

## AFFAIRE DE L'ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI)

Arrêt du 20 juillet 1989

Dans son arrêt, la Chambre constituée par la Cour pour connaître de l'affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) a rejeté l'exception soulevée par l'Italie à la recevabilité de la requête et dit que l'Italie n'avait commis aucune des violations alléguées par les Etats-Unis du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les parties, signé à Rome le 2 février 1948, ni de l'accord complétant ce traité. Elle a rejeté en conséquence toute prétention des Etats-Unis d'Amérique à un droit d'obtenir réparation.

\*  
\* \*

La Chambre était composée comme suit : M. J. M. Ruda, *président*; M. S. Oda, M. R. Ago, M. S. M. Schwebel et sir Robert Jennings, *juges*.

\*  
\* \*

Le texte complet du *dispositif* de l'arrêt est reproduit ci-après :

“La Chambre,

“1) A l'unanimité,

“*Rejette* l'exception soulevée par la République italienne à la recevabilité de la requête déposée en l'espèce par les Etats-Unis d'Amérique le 6 février 1987;

“2) Par 4 voix contre une,

“*Dit* que la République italienne n'a commis aucune des violations, alléguées dans ladite requête, du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Parties, signé à Rome le 2 février 1948, ni de l'accord complétant ce traité, signé par les Parties à Washington le 26 septembre 1951;

“POUR : M. Ruda, *président*; MM. Oda et Ago, sir Robert Jennings, *juges*;

“CONTRE : M. Schwebel, *juge*.

“3) Par 4 voix contre une,

“*Rejette* en conséquence la demande en réparation formulée contre la République italienne par les Etats-Unis d'Amérique;

“POUR : M. Ruda, *président*, MM. Oda et Ago, sir Robert Jennings, *juges*;

“CONTRE : M. Schwebel, *juge*.”

\*  
\* \*

Une opinion individuelle a été jointe à l'arrêt par M. Oda et une opinion dissidente par M. Schwebel.

Les juges intéressés ont défini et expliqué dans ces opinions la position qu'ils ont prise sur certains points traités dans l'arrêt.

\*  
\* \*

*Procédure et conclusions des parties* (paragraphe 1 à 12)

La Chambre passe en revue, pour commencer, les diverses étapes de la procédure; elle rappelle que dans la présente instance les Etats-Unis d'Amérique soutiennent que l'Italie, par ses diverses mesures prises à l'égard de la société italienne, Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), filiale à 100 p. 100 de deux sociétés des Etats-Unis, Raytheon Company (“Raytheon”) et Machlett Laboratories, Inc. (“Machlett”), a violé certaines dispositions du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé à Rome par les deux Etats le 2 février 1948 (le “traité de 1948”) et de l'accord complétant ce dernier, conclu le 26 septembre 1951.

*Genèse et évolution du différend* (paragraphe 13 à 45)

En 1967, Raytheon détenait 99,16 p. 100 des actions de l'ELSI, les autres actions (soit 0,84 p. 100) étant détenues par Machlett, filiale de Raytheon entièrement aux mains de celle-ci. L'ELSI a été constituée à Palerme (Sicile) où elle avait une usine pour la fabrication de composants électroniques; en 1967, elle employait une main-d'œuvre d'un peu moins de neuf cents salariés. Ses cinq principaux secteurs de production étaient ceux des tubes à micro-ondes, des tubes à rayons cathodiques, des redresseurs à semi-conducteurs, des tubes à rayon X et des disjoncteurs.

De 1964 à 1966, le compte d'exploitation de l'ELSI a été bénéficiaire, mais ceci était insuffisant pour couvrir la charge de la dette ou les pertes accumulées. Selon les Etats-Unis, en février 1967, Raytheon a entrepris une action en vue de permettre à l'ELSI de devenir autonome.

En même temps, de février 1967 à mars 1968, de nombreuses réunions avec les autorités et des sociétés italiennes ont eu lieu, dont il a été dit que l'objectif était de trouver pour l'ELSI un partenaire italien puissant et influent sur le plan économique et d'examiner d'autres modalités possibles de soutien gouvernemental.

Lorsqu'il est devenu clair que ces discussions avaient peu de chance de conduire à un arrangement mutuellement satisfaisant, Raytheon et Machlett, en tant qu'actionnaires de l'entreprise, commencèrent à envisager sérieusement de fermer et de liquider l'ELSI pour minimiser leurs pertes. Le chef des services financiers de Raytheon a procédé à une analyse des actifs de la société qui indiquait quelle serait probablement la situation au 31 mars 1968 et précisait que la valeur comptable des actifs de l'ELSI devait être de

18 640 millions de liras; dans une déclaration sous serment déposée en l'espèce, il a expliqué que son analyse faisait aussi apparaître "les montants minimaux que nous pouvions être assurés de retirer de la réalisation des actifs, afin de procéder à une liquidation régulière de la société"; la valeur totale de réalisation des actifs sur cette base (la "valeur de vente rapide") était estimée à 10 838,8 millions de liras. Au 30 septembre 1967, le total du passif de la société était de 13 123,9 millions de liras. La "liquidation régulière" envisagée comprenait les opérations pour vendre l'entreprise ou ses avoirs, en bloc ou séparément, et pour payer intégralement ou non les dettes de celle-ci avec le produit de la vente, ces opérations devant s'effectuer sous le contrôle de la direction même de l'ELSI. Il était envisagé que tous les créanciers seraient remboursés intégralement ou, dans le cas où le produit de la vente n'aurait correspondu qu'à la valeur de "vente rapide", que les principaux détenteurs de créances non garanties recevraient 50 p. 100 des sommes qui leur étaient dues, et que ceci aurait été jugé acceptable, car étant plus favorable pour ces créanciers qu'une mise en faillite.

Le 28 mars 1968, il fut décidé que la société mettrait fin à ses activités. Les réunions avec des représentants du Gouvernement italien ont cependant continué, réunions au cours desquelles les autorités italiennes pressèrent vivement l'ELSI de ne pas fermer l'usine et de ne pas licencier la main-d'œuvre. Le 29 mars 1968, les lettres de licenciement furent envoyées aux salariés de l'ELSI.

Le 1<sup>er</sup> avril 1968, le maire de Palerme prit une ordonnance de réquisition pour une période de six mois, avec effet immédiat, de l'usine et des biens connexes de l'ELSI.

Les parties sont en désaccord sur le point de savoir si, immédiatement avant l'ordonnance de réquisition, une occupation de l'usine de l'ELSI par ses ouvriers a eu lieu, mais elles s'accordent à reconnaître que l'usine a été effectivement occupée au cours de la période qui a suivi immédiatement la réquisition.

Le 19 avril 1968, l'ELSI porta un recours administratif contre l'ordonnance devant le préfet de Palerme.

Le 26 avril 1968, l'ELSI a déposé une demande de mise en faillite faisant référence à la réquisition comme constituant la cause pour laquelle la société avait perdu le contrôle de l'usine et se trouvait dans l'incapacité d'utiliser une source immédiate de liquidités, et mentionnant les paiements qui étaient devenus exigibles et auxquels il ne pouvait être fait face. Le 16 mai 1968, le *Tribunale di Palermo* ("le tribunal de Palerme") rendit un jugement déclaratif de faillite.

Par décision rendue le 22 août 1969, le préfet de Palerme se prononça sur le recours administratif que l'ELSI avait introduit contre l'ordonnance de réquisition, et annula cette dernière. Les Parties s'opposent sur la question de savoir si ce délai était ou non normal pour un recours de ce genre.

Devant le tribunal de Palerme, le 16 juin 1970, le syndic de faillite avait intenté au ministre de l'intérieur de la République italienne et au maire de Palerme une action en dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la réquisition. La cour d'appel de Palerme accorda des dommages et intérêts pour la perte de jouissance de l'usine pendant la période de réquisition.

La procédure de faillite a été clôturée en novembre 1985. Sur le produit de la vente, il ne restait rien à distribuer aux actionnaires, Raytheon et Machlett.

1. — *Compétence de la Cour et recevabilité de la requête introductive d'instance; règle de l'épuisement des recours internes* (paragraphe 48 à 63)

Une exception à la recevabilité de la présente instance a été soulevée par l'Italie dans son contre-mémoire; l'Italie a soutenu que la présente affaire est irrecevable au motif que les deux sociétés américaines, Raytheon et Machlett, au nom desquelles les Etats-Unis ont introduit la demande, n'auraient pas épuisé les recours internes qui leur étaient ouverts en Italie. Les Parties sont convenues que cette exception serait tranchée lors de l'examen au fond de l'affaire.

Les Etats-Unis ont soulevé la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes peut trouver une quelconque application, puisque l'article XXVI (la clause de juridiction) du traité de 1948 est rédigé en termes catégoriques et n'est limité par aucune mention de la règle de l'épuisement des recours internes. Ils ont également avancé l'argument selon lequel, dans la mesure où ils sollicitent un arrêt déclaratoire pour un préjudice directement causé aux Etats-Unis par atteinte à leurs droits sous le traité de 1948, indépendamment du différend sur la violation dont le traité aurait été l'objet à l'égard de Raytheon et Machlett, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas. La Chambre rejette ces arguments. Les Etats-Unis ont fait aussi observer qu'à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en l'espèce l'Italie n'a laissé entendre que Raytheon et Machlett devaient tenter action devant les tribunaux italiens en se fondant sur le traité, et ont soutenu que cela équivalait à un *estoppel*. Or la Chambre considère qu'il est difficile de déduire l'existence d'un *estoppel* du simple fait de n'avoir pas mentionné une question à un moment donné au cours d'échanges diplomatiques assez intermittents.

En ce qui concerne la question de savoir si Raytheon et Machlett ont épuisé ou non les recours internes, la Chambre constate que le préjudice qui aurait été causé à Raytheon et Machlett en l'espèce est présenté comme résultant des "pertes subies par les propriétaires de l'ELSI à la suite du changement intervenu, contre leur volonté, dans le mode d'aliénation des avoirs de l'ELSI"; c'est l'ordonnance de réquisition qui aurait entraîné ce changement et qui est par conséquent au cœur de la réclamation des Etats-Unis. Il était donc juste que les recours internes émanent de l'ELSI elle-même.

Après avoir examiné les recours formés par l'ELSI contre l'ordonnance de réquisition, puis par le syndic de faillite, qui réclamait des dommages et intérêts pour la réquisition, la Chambre estime que les juridictions internes ont bien été saisies de la question qui forme l'essence de la requête du demandeur devant la Chambre. L'Italie soutient cependant qu'il était possible de se prévaloir devant les tribunaux internes des dispositions des traités eux-mêmes, ainsi que de l'article 2043 du Code civil italien, ce qui n'a jamais été fait en l'espèce.

Après avoir examiné la jurisprudence citée par l'Italie, la Chambre aboutit à la conclusion qu'il est impos-

sible d'inférer de cette jurisprudence qu'elle aurait été l'attitude des tribunaux italiens si une telle requête avait été portée devant eux. Puisqu'il revenait à l'Italie d'établir la réalité de l'existence d'un recours interne, et qu'elle n'a pas réussi à la convaincre qu'il restait manifestement quelque recours que Raytheon et Machlett auraient dû former et épuiser, indépendamment de l'ELSI et du syndic de faillite, la Chambre rejette l'exception de l'Italie fondée sur le non-épuisement des recours internes.

II. — *Allégation de violations du traité d'amitié, de commerce et de navigation et de l'accord complémentaire* (paragraphes 64 à 67)

Au paragraphe I de leurs conclusions finales, les Etats-Unis soutiennent :

"1) que le défendeur a violé les obligations qu'il avait assumées au regard du droit international dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays et dans l'accord complétant ce traité et, en particulier, qu'il a violé les articles III, V et VII du traité et l'article premier de l'accord complémentaire..."

Les actes du défendeur qui auraient violé ses obligations conventionnelles ont été décrits par le conseil du demandeur en des termes qu'il convient de citer ici :

"Premièrement, le défendeur a violé ses obligations juridiques lorsqu'il a illégalement réquisitionné l'usine de l'ELSI le 1<sup>er</sup> avril 1968, privant ainsi les actionnaires de leur droit direct de procéder à la liquidation des actifs de la société dans des conditions normales. Deuxièmement, le défendeur a violé ses obligations lorsqu'il a permis aux ouvriers de l'ELSI d'occuper l'usine. Troisièmement, le défendeur a violé ses obligations en s'abstenant, pendant un délai déraisonnable de seize mois, de statuer sur la "légitimité" de la réquisition et en ne le faisant qu'immédiatement après que l'usine, le matériel et l'en-cours de l'ELSI eurent été achetés par l'ELTEL. Enfin, quatrièmement, le défendeur a violé ses obligations lorsqu'il est intervenu dans la procédure de faillite de l'ELSI, ce qui lui a permis, comme il en avait auparavant exprimé l'intention, d'acheter l'ELSI à un prix bien inférieur au juste prix du marché."

Le plus important de ces actes du défendeur dont le demandeur prétend qu'ils ont constitué une violation du traité de 1948 est la réquisition de l'usine de l'ELSI par le maire de Palerme, le 1<sup>er</sup> avril 1968, acte qui aurait fait échec au plan relatif à ce que le demandeur définit comme une "liquidation régulière" de la société. Les autres actes dont il fait grief au défendeur, lesquels seront exposés plus en détail ci-après, peuvent être qualifiés d'actes accessoires par rapport au grief principal fondé sur la réquisition et ses effets.

A. — *Article III du traité de 1948* (paragraphes 68 à 101)

L'allégation des Etats-Unis selon laquelle l'Italie aurait agi en violation de l'article III du traité de 1948 se rapporte à la première phrase du deuxième paragraphe, qui dispose ce qui suit :

"Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes seront

autorisés, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, à constituer, contrôler et gérer des sociétés et associations à cette autre Haute Partie contractante en vue de poursuivre des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou des activités minières, commerciales, scientifiques, éducatives, religieuses et philanthropiques."

Dans le cas de la présente affaire, cette phrase a pour effet que Raytheon et Machlett doivent être autorisés, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur du territoire italien, à constituer, contrôler et gérer l'ELSI. La demande présentée par les Etats-Unis est axée sur le droit de "contrôler et gérer". La Chambre examine s'il y a eu violation de cet article si, comme les Etats-Unis l'allèguent, la réquisition a eu pour effet de priver l'ELSI du droit et de la possibilité matérielle de vendre son usine et ses actifs pour s'acquitter de ses dettes envers ses créanciers et rembourser ses actionnaires.

Une réquisition de ce genre doit normalement équivaloir à une privation, du moins pour une part importante, du droit de contrôler et gérer. La mention faite à l'article III de la conformité aux "lois et règlements applicables" ne saurait signifier que, si un acte est conforme aux lois et règlements nationaux (comme l'était la réquisition, selon l'Italie), il est par là même exclu qu'il puisse s'agir d'un acte violant le traité de 1948. La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes.

Le droit conventionnel d'être autorisé à contrôler et à gérer ne peut être interprété comme une garantie que l'exercice normal du contrôle et de la gestion ne sera jamais troublé. Tout système juridique doit prévoir, par exemple, des limites à l'exercice normal de certains droits dans des situations d'urgence nécessaire ou autres.

Il a été estimé, par le préfet comme par la cour d'appel de Palerme, que la réquisition ne se justifiait pas au regard du droit interne applicable; en conséquence, si la réquisition, comme cela semble être le cas, a privé Raytheon et Machlett de droits qui étaient pour elles, à l'époque, des droits tout à fait essentiels, à savoir leurs droits de contrôle et de gestion, il paraît s'agir à première vue d'une violation du paragraphe 2 de l'article III.

Néanmoins, selon le défendeur, Raytheon et Machlett étaient déjà, du fait de la situation financière de l'ELSI, privées des droits de contrôle et de gestion dont elles prétendent précisément avoir été dépouillées. La Chambre doit voir par conséquent quel effet la situation financière de l'ELSI peut éventuellement avoir eu à cet égard, d'abord d'un point de vue pratique, puis du point de vue du droit italien.

La thèse du demandeur est tout entière fondée sur le fait que Raytheon et Machlett, qui contrôlaient l'ELSI, ont été privées par la réquisition du droit et de la possibilité matérielle de procéder à une liquidation régulière des avoirs de l'ELSI, liquidation dont le plan était pourtant très étroitement lié à l'état financier de l'ELSI.

La Chambre relève tout d'abord que, malgré la liquidation régulière, on entendait aussi maintenant l'entreprise en marche, en espérant que la menace de la fermeture impressionnerait les autorités italiennes.

Celles-ci ne vinrent pas à la rescousse dans des conditions acceptables pour la direction de l'ELSI. La Chambre fait observer alors que ce qu'il est essentiel de savoir, c'est si Raytheon, à la veille de la réquisition et après la fermeture de l'usine et le licenciement de la majorité des salariés, intervenu le 29 mars 1968, était en mesure d'exécuter son plan de liquidation régulière, même en faisant abstraction du fait que, comme elle l'allègue, la réquisition y aurait fait échec.

Le succès de la mise en œuvre d'un plan de liquidation régulière aurait dépendu d'un certain nombre de facteurs qui échappaient au contrôle de la direction de l'ELSI. Le demandeur a apporté des éléments de preuve pour démontrer que Raytheon était disposée à fournir des liquidités et autres formes d'assistance nécessaire à la réalisation de la liquidation régulière, et la Chambre ne voit pas de raison de mettre en doute que Raytheon a pris ou était prête à prendre un tel engagement; mais d'autres facteurs inspirent des doutes.

Ayant examiné ces autres facteurs pertinents en l'espèce — la disposition des créanciers à coopérer pendant une liquidation régulière, notamment au cas d'une éventuelle inégalité entre eux, la probabilité que le produit de la vente des avoirs serait suffisant pour payer tous les créanciers en totalité, les droits des ouvriers licenciés, la difficulté de vendre les avoirs de la société au meilleur prix dans un délai minimal, étant donné les troubles auxquels on pouvait s'attendre quand les plans de fermeture seraient divulgués et l'attitude de l'administration sicilienne —, la Chambre estime que tous ces facteurs invitent à conclure qu'au 31 mars 1968 la possibilité d'exécuter un plan de liquidation régulière, élément essentiel du raisonnement sur lequel les Etats-Unis fondent leur demande, n'a pas été suffisamment établie.

Il y avait enfin, en plus des possibilités matérielles, la situation au regard du droit italien de la faillite. Si l'ELSI se trouvait juridiquement en état d'insolvabilité le 31 mars 1968 et si, comme le soutient l'Italie, l'état d'insolvabilité entraînait pour la société l'obligation de demander sa propre mise en faillite, il n'y aurait pas eu de droits de contrôle et de gestion à protéger par le traité de 1948. Bien que cela ne soit pas essentiel pour la conclusion de la Chambre déjà énoncée, il est donc très important d'établir si l'ELSI était ou non solvable au regard du droit italien.

Après avoir examiné la décision du préfet et les arrêts des cours de Palerme, la Chambre exprime l'avis suivant : que leurs conclusions doivent être considérées comme établissant qu'en droit italien l'ELSI était insolvable le 31 mars 1968, ou qu'elles constatent qu'à cette date la situation financière de l'ELSI était si désespérée qu'elle était sans salut, cela ne change rien; ces décisions étayaient la conclusion que la possibilité d'exécuter un plan de liquidation régulière n'est pas suffisamment établie.

En conséquence, si les dirigeants de l'ELSI n'avaient pas, au moment déterminant, la possibilité matérielle de mener à bien un projet de liquidation régulière sous leur propre gestion et s'ils avaient peut-être même déjà perdu le droit de le faire sur la base des lois italiennes, on ne peut pas dire que la réquisition les ait privés de cette faculté de contrôle et de gestion. Plusieurs facteurs ont concouru au désastre de l'ELSI. Les effets de la réquisition ont sans doute constitué l'un d'eux. La réalisation d'une liquidation régulière est de l'ordre

des pures spéculations. La Chambre ne peut en conséquence rien discerner ici qui puisse équivaloir à une violation par l'Italie du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1948.

#### B. — *Paragraphe 1 et 3 de l'article V du traité de 1948* (paragraphe 102 à 112)

Le moyen du demandeur fondé sur les paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948 vise la protection et la sécurité des ressortissants et de leurs biens.

Le paragraphe 1 de l'article V dispose que les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront "de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens" et que, lorsqu'il s'agit de biens, le terme "ressortissants" sera interprété comme "désignant également les sociétés et les associations"; pour définir la nature de cette protection, on a fixé la norme requise en stipulant que les intéressés jouiront "entièrement... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international". Le paragraphe 3 développe encore la notion de protection et de sécurité en exigeant qu'elles ne soient inférieures ni à celles accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ni à celles accordées aux ressortissants, sociétés et associations de tout autre pays tiers. En conséquence, il existe trois normes différentes de protection, qui doivent toutes être observées.

Le demandeur considère qu'une violation de ces dispositions a été commise lorsque le défendeur a "permis aux ouvriers de l'ELSI d'occuper l'usine". Tout en relevant l'affirmation de l'Italie que le "bien" dont il est question, l'usine de Palerme, n'appartenait pas à Raytheon et Machlett, mais à la société italienne ELSI, la Chambre examine la question en se fondant sur l'argumentation des Etats-Unis selon laquelle le "bien" à protéger était l'ELSI elle-même.

Il n'est pas possible de voir dans l'octroi "de la protection et de la sécurité... constantes" prévu à l'article V la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance. En tout état de cause, vu qu'il n'est pas établi qu'une détérioration quelconque de l'usine et de ses machines ait été due à la présence des ouvriers et que les autorités ont pu non seulement protéger l'usine mais même poursuivre la production dans une certaine mesure, la protection assurée par elles ne pouvait pas être considérée comme étant tombée au-dessous du niveau requis pour que les intéressés jouissent "entièrement... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international", ni surtout comme étant inférieure à la protection accordée aux nationaux ou aux ressortissants de pays tiers. De l'avis de la Chambre, le simple fait que l'occupation a été qualifiée d'illégitime par la cour d'appel de Palerme ne veut pas dire nécessairement que la protection accordée ait été inférieure à la norme nationale à laquelle se réfère le traité de 1948. Ce qu'il est essentiel d'établir, c'est si des ressortissants des Etats-Unis ont été traités moins bien que des ressortissants italiens par le droit interne, dans ses termes ou dans son application. De l'avis de la Chambre, cela n'a pas été établi. La Chambre doit en conséquence rejeter le moyen fondé sur une violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V.

Le demandeur voit une autre violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948 dans le délai de seize mois qui s'est écoulé avant que le préfet ne statue sur le recours administratif exercé par l'ELSI contre l'ordonnance de réquisition du maire. Pour les motifs déjà indiqués à propos de l'article III, la Chambre rejette la thèse selon laquelle la faillite aurait pu être évitée si le préfet avait rendu sa décision rapidement.

En ce qui concerne l'autre argument, selon lequel l'Italie était tenue de protéger l'ELSI contre les effets préjudiciables de la réquisition, notamment en prévoyant une voie adéquate de révocation de cette dernière, la Chambre fait observer qu'il est prévu dans l'article V que les intéressés jouiront "entièrement... de la protection et de la sécurité" et que celles-ci doivent être conformes à la norme internationale minimale, à laquelle s'ajoutent les normes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Il est douteux que, compte tenu de tout cela, le délai avec lequel le préfet a rendu sa décision puisse être considéré comme ne satisfaisant pas à la norme internationale minimale. En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle l'Italie aurait manqué à l'obligation d'accorder une protection conforme à la norme nationale, la Chambre n'a pas été entièrement convaincue par l'argument selon lequel un délai aussi long était tout à fait courant; mais elle n'est pas non plus convaincue que l'existence d'une "norme nationale" prévoyant qu'il doit être statué plus rapidement sur les recours administratifs ait été démontrée. Elle ne peut donc pas voir dans ce retard une violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948.

C. — *Paragraphe 2 de l'article V du traité de 1948*  
(paragraphes 113 à 119)

La première phrase du paragraphe 2 de l'article V du traité de 1948 dispose ce qui suit :

"2. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes ne pourront être privés de leurs biens dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante qu'après une procédure conforme au droit et moyennant le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable."

La Chambre constate l'existence d'une différence de terminologie entre les deux versions authentiques (anglaise et italienne) du traité: le mot "taking" a un sens plus large et moins précis que le mot "espropriazione".

Selon les Etats-Unis, premièrement, aussi bien la réquisition de l'usine de l'ELSI par le défendeur que son acquisition ultérieure de l'usine, des actifs et des fabrications en cours sont des actes qui, pris isolément ou ensemble, constituent des "taking of property" effectués sans procédure conforme au droit et sans indemnisation équitable. Deuxièmement, les Etats-Unis allèguent que le défendeur, intervenant dans la procédure de faillite, agissait à travers la société ELTEL afin d'acquérir l'usine et les actifs de l'ELSI pour moins que leur juste valeur marchande.

La Chambre fait observer que le grief fondé sur la combinaison de la réquisition et des faits ultérieurs signifie en réalité que la réquisition a marqué le commencement d'un processus qui a abouti à l'achat de la plus grande partie des actifs de l'ELSI pour bien moins que leur valeur marchande. Ce qui est ainsi allégué par

le demandeur pourrait être considéré, sinon comme une expropriation déclarée, du moins comme une expropriation déguisée; en effet, au terme du processus en question, c'est effectivement le titre de propriété qui est en jeu. Or, durant la procédure orale, les Etats-Unis ont rejeté toute allégation selon laquelle ils auraient prétendu que les autorités italiennes avaient pris part à une conspiration en vue de provoquer le changement de propriété.

A supposer, mais sans se prononcer sur ce point, que le terme "espropriazione" puisse être assez large pour englober une expropriation déguisée, il faut tenir compte en plus du protocole annexé au traité de 1948 portant application du paragraphe 2 de l'article V "aux droits ['interests' dans la version anglaise] que des ressortissants ou des sociétés ou associations de l'une des Hautes Parties contractantes possèdent directement ou indirectement".

Le Chambre constate à cet égard qu'il n'est pas possible d'ignorer la situation financière de l'ELSI et la décision prise en conséquence de fermer l'usine et de mettre fin aux activités de l'entreprise. Parmi les faits qui se sont produits après la faillite et qui sont maintenant mis en cause, pas un ne peut être considéré par la Chambre comme violant le paragraphe 2 de l'article V, en l'absence de toute preuve de collusion; or la collusion n'est même plus alléguée maintenant. Même s'il était possible de considérer que la réquisition visait à provoquer la faillite, comme premier pas vers une expropriation déguisée, et à supposer que l'ELSI était déjà tenue de demander sa mise en faillite ou qu'elle se trouvait dans une situation financière telle que cette demande ne pouvait pas être longtemps différée, la réquisition était un acte surrogatoire. De plus, indépendamment des motifs l'ayant prétendument inspirée, cette réquisition avait selon ses propres termes une durée limitée et pouvait être annulée moyennant un recours administratif; elle ne pouvait, de l'avis de la Chambre, être assimilée à un "taking" contrevenant à l'article V, à moins de constituer pour Raytheon et Machlett une privation importante de leur "interest" dans l'usine de l'ELSI, ce qui aurait pu être le cas si, l'ELSI restant insolvable, la durée de la réquisition avait été prolongée et la décision sur le recours administratif différée. En fait, la faillite de l'ELSI a transformé la situation moins d'un mois après la réquisition. Cette réquisition ne pouvait donc être considérée comme importante à cet effet que si elle avait causé ou déclenché la faillite. C'est là précisément une proposition qui est inconciliable avec les conclusions des juridictions internes avec celles auxquelles la Chambre est parvenue.

D. — *Article premier de l'accord complétant le traité de 1948* (paragraphes 120 à 130)

L'article premier de l'accord complétant le traité de 1948, qui confère des droits auxquels les normes du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée n'apportent aucune restriction, dispose ce qui suit :

"Les ressortissants, les sociétés et les associations de l'une des Hautes Parties contractantes ne seront pas soumis, sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à des mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet : a) de les empêcher de [contrôler] et de gérer effectivement des

entreprises qu'ils ont été autorisés à créer ou à acquérir: ou *b*) de porter préjudice aux autres droits et intérêts qu'ils ont légitimement acquis dans ces entreprises ou dans les investissements qu'ils ont effectués sous la forme d'apport de fonds (prêts, achats d'actions ou autres), de matériel, de fournitures, de services, de procédés de fabrication, de brevets, de techniques ou autres. Chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à ne pas faire de discrimination contre les ressortissants, les sociétés et les associations de l'autre Haute Partie contractante, en ce qui concerne l'obtention, dans des conditions normales, des capitaux, des procédés de fabrication et des connaissances pratiques et techniques dont ils peuvent avoir besoin aux fins du développement économique."

A l'allégation du demandeur selon laquelle la réquisition constituait un acte arbitraire ou discriminatoire en violation des clauses *a* et *b* de l'article premier, il peut être opposé qu'il n'y a pas de lien assez tangible entre les effets de la réquisition et l'inexécution par l'ELSI de son plan de liquidation régulière. La Chambre estime cependant que le mot "notamment", qui introduit les clauses *a* et *b*, donne à penser que l'interdiction des actes arbitraires (et discriminatoires) ne se limite pas à ceux qui résultent des situations définies dans ces clauses, mais qu'elle revient en réalité à prohiber les actes de cette nature, qu'ils produisent ou non de tels résultats. Il faut donc rechercher si la réquisition constituait ou non en soi un acte arbitraire ou discriminatoire.

Les Etats-Unis affirment qu'il y a eu "discrimination" en faveur de l'IRI, entité contrôlée par l'Etat italien. Cependant, aucune preuve suffisante n'a été soumise à la Chambre à l'appui de l'idée qu'il y aurait eu un plan visant à favoriser l'IRI aux dépens de l'ELSI; l'allégation de "mesures discriminatoires" au sens de l'accord complémentaire doit par conséquent être rejetée.

Pour démontrer que l'ordonnance de réquisition constituait un acte "arbitraire" au sens de l'accord complétant le traité de 1948, le demandeur s'est notamment fondé sur la valeur de cette ordonnance en droit italien. Il soutient que la réquisition "était précisément le type d'acte arbitraire qui était interdit" par l'article premier de l'accord complémentaire, parce qu'"au regard du traité aussi bien que du droit italien, la réquisition était déraisonnable et irrégulièrement motivée"; elle a "été déclarée illégale en droit interne italien précisément pour cette raison".

Bien qu'ayant procédé à l'examen des décisions du préfet de Palerme et de la cour d'appel de Palerme, la Chambre fait observer que le fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne ne signifie pas nécessairement que cet acte était illicite en droit international. On ne peut pas dire que l'illégitimité équivaldrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire. La qualification donnée par une autorité nationale à un acte (par exemple comme injustifié, déraisonnable ou arbitraire) peut constituer une indication utile, mais il n'en découle pas que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international.

Que l'on se réfère aux motifs que le préfet de Palerme a donnés à l'appui de l'annulation de l'ordonnance de réquisition, ou à l'analyse par la cour d'appel de Pa-

lerme de la décision du préfet, où celle-ci est interprétée comme constatant que la réquisition par le maire constituait un excès du pouvoir et comme signifiant dès lors que l'ordonnance était entachée d'un vice de légitimité, cela ne veut pas dire nécessairement et cela ne suffit pas pour qu'on puisse dire, de l'avis de la Chambre, que le préfet ou la cour d'appel de Palerme estimait que l'acte du maire était déraisonnable ou arbitraire. L'arbitraire est une méconnaissance délibérée des procédures régulières, un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique. Dans la décision du préfet ou dans l'arrêt de la cour d'appel de Palerme, rien n'indique que l'ordonnance de réquisition du maire devait être considérée sous cet angle. Indépendamment des conclusions auxquelles sont parvenus le préfet et les tribunaux internes, la Chambre estime qu'on ne peut pas dire qu'il ait été déraisonnable ou simplement capricieux de la part du maire de s'efforcer d'user de ses pouvoirs pour tenter de faire quelque chose face à la situation à Palerme au moment de la réquisition. L'ordonnance du maire a été prise sciemment dans le cadre d'un système de droit et de recours qui fonctionnait et elle a été traitée comme telle par l'autorité administrative supérieure et par les juridictions locales. Ce ne sont vraiment pas là les marques d'un acte "arbitraire". Il n'y a donc pas eu violation de l'article premier de l'accord complémentaire.

#### E. — Article VII du traité de 1948 (paragraphe 131 à 135)

L'article VII du traité de 1948, qui comporte quatre paragraphes, a surtout pour objet d'assurer le droit "d'acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens" [dans la version italienne: "*beni immobili o... altri diritti reali*"], "dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante".

La Chambre a pris note de la controverse existant entre les parties et portant sur la différence de sens entre le terme anglais "*interests*" et les termes italiens "*diritti reali*", ainsi que des problèmes posés par les restrictions apportées par le traité au groupe de droits accordés par cet article, qui indique deux critères distincts, et comprend une stipulation à laquelle ces droits sont assujettis. Mais la Chambre estime que, pour l'application de cet article, on se heurte précisément à la difficulté que posait la tentative d'application du paragraphe 2 de l'article III du traité: ce qui a effectivement privé Raytheon et Machlett, en tant qu'actionnaires, de leur droit de disposer des biens immobiliers de l'ELSI, ce n'est pas la réquisition mais l'état financier précaire de la société, qui l'a finalement menée à une faillite inévitable. En cas de faillite, le droit de disposer des biens d'une société n'appartient même plus à celle-ci mais au syndic, qui agit en son nom; la Chambre a déjà décidé que l'ELSI allait à la faillite dès avant la réquisition. En conséquence, elle n'estime pas que l'article VII du traité de 1948 a été violé.

Ayant déclaré que le défendeur n'a pas violé le traité de 1948 de la manière prétendue par le demandeur, la Chambre rejette aussi, par conséquent, la demande en réparation formulée dans les conclusions du demandeur.

\*  
\* \* \*

*Opinion individuelle de M. Oda, juge*

Dans son opinion individuelle, M. Oda approuve les conclusions contenues dans le dispositif de l'arrêt. Mais il relève qu'en introduisant l'instance les Etats-Unis ont pris fait et cause pour leurs ressortissants (Raytheon et Machlett) en tant qu'actionnaires d'une société italienne (l'ELSI), alors que, comme la Cour l'a elle-même établi dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* les droits des actionnaires en tant que tels échappent à la protection diplomatique au sens du droit international général.

De l'avis de M. Oda, le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 ne vise ni à modifier le statut des actionnaires ni à augmenter aucunement leurs droits. Les dispositions de ce traité sur lesquelles le demandeur s'est fondé, et qui sont examinées de façon approfondie dans l'arrêt, ne sont pas destinées à protéger les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI.

Le traité de 1948 comme d'autres traités d'amitié, de commerce et de navigation analogues auxquels les Etats-Unis sont parties permettent à un Etat partie de prendre fait et cause pour une société de l'autre Etat partie dans une instance introduite contre ce dernier lorsque cette société est contrôlée par des ressortissants de la partie qui introduit l'instance. Les Etats-Unis auraient donc pu introduire une action en violation de certaines dispositions du traité de 1948 qui les autorisaient à défendre une société italienne (l'ELSI) dans laquelle leurs ressortissants (Raytheon et Machlett) avaient une participation majoritaire.

Mais le demandeur ne s'est pas fondé sur ces dispositions et la Chambre, dans son arrêt, y a fait à peine référence. Même si le demandeur avait introduit l'instance en prenant fait et cause pour l'ELSI, estime M. Oda, il aurait dû apporter la preuve qu'il y avait eu déni de justice, ce qu'il n'a pas fait.

*Opinion dissidente de M. Schwebel, juge*

M. Schwebel approuve l'arrêt à propos de ce qu'il considère comme deux aspects primordiaux qui ont d'importantes conséquences pour la vitalité et le développement du droit international.

Tout d'abord, 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 pour que la règle de l'épuisement de ces recours soit satisfaite, 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 que telle ou telle voie de recours n'a pas été utilisée. Certaines interprétations antérieures de la règle ont ainsi été ramenées à de sages limites.

En second lieu, dans une large mesure, l'arrêt interprète le traité de 1948 d'une façon qui le soutient au lieu de le restreindre en tant qu'instrument pour la protection des droits des ressortissants et sociétés des Etats-Unis et de l'Italie. La Chambre a refusé d'accepter divers arguments présentés avec insistance qui, s'ils avaient été retenus, auraient privé le traité d'une bonne partie de sa valeur. En particulier, la Chambre a refusé de considérer que l'ELSI, une société italienne dont les actions appartenaient à des sociétés américaines, se trouvait hors du champ de la protection assurée par le traité. 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 l'affaire. Le traité de 1948 et l'accord qui le complète doivent être interprétés comme un tout, étant précisé que l'accord "constituera... partie intégrante du traité..." Les Etats-Unis et l'Italie ayant présenté des interprétations divergentes du traité, ce qui démontre que certaines de ses dispositions étaient ambiguës, il s'agissait d'une affaire où il était indiqué de recourir aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. C'est un fait que l'Italie a demandé que l'accord complémentaire soit négocié afin de répondre à ce que l'on savait être ses besoins en investissements émanant d'investisseurs américains. Les procès-verbaux du Parlement italien concernant la ratification du traité et de l'accord complémentaire démontrent que l'intention des Parties était de donner aux investisseurs des "garanties contre les risques politiques" et "la liberté... de gérer les sociétés" qu'ils auront créées ou acquises, en application des "principes de traitement équitable" dont il est dit qu'ils sont énoncés dans le traité. Dans l'ensemble des débats relatifs à la ratification, qui furent détaillés, on ne trouve aucune trace de soutien à l'interprétation selon laquelle les multiples droits garantis aux investisseurs auraient pour condition que l'investissement soit fait dans une société ayant la nationalité de l'investisseur.

*La réquisition a privé Raytheon de son droit conventionnel à contrôler et gérer et donc liquider l'ELSI*

La conclusion principale de la Chambre en l'espèce est que Raytheon, à cause des réalités de la situation financière de l'ELSI et des aspects juridiques de la pratique italienne en matière de faillite, n'était plus en mesure, à la date de la réquisition, d'exercer le contrôle et la gestion de l'ELSI et donc de liquider cette dernière, et que, par conséquent, elle n'a été privée par la réquisition d'aucun droit conventionnel. De l'avis de M. Schwebel, cette conclusion est erronée pour les raisons suivantes :

Premièrement, l'ELSI a été informée en mars 1968, sur la base de données financières et de droit, qu'elle pouvait entreprendre la liquidation de ses biens, dans le cadre d'une procédure qu'elle aurait menée à bien.

Deuxièmement, au jour de la réquisition, aucune mesure juridique ou pratique n'avait été prise par quiconque pour mettre l'ELSI en faillite ou l'y contraindre.

Troisièmement, au cours des semaines et des jours qui ont précédé et suivi la réquisition, les fonctionnaires de plus haut rang de la région sicilienne et du Gouvernement italien, tandis qu'ils étaient informés de la manière la plus précise de la situation financière précaire de l'ELSI, pressaient cette dernière de ne pas fermer l'usine, de ne pas licencier la main-d'œuvre, et plus particulièrement de ne pas demander sa mise en faillite, mais bien de prendre des mesures, en accord avec les secteurs public et privé italiens, pour garder l'usine ouverte ou la rouvrir, et pour procéder à la liquidation sur un certain laps de temps. On peut présumer — et il faut d'ailleurs le présumer — que le premier ministre italien et le président de la région sicilienne, ainsi que leurs collègues, ont agi conformément au droit italien. Ainsi, dans la présente affaire, que ce soit le conseil de

l'Italie ou des Etats-Unis qui ait raison dans son interprétation de la loi italienne sur la faillite, 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. On ne peut admettre qu'en 1989 l'Italie soutienne le contraire de ce qu'elle a soutenu en 1968.

Quatrièmement, la conclusion essentielle de la Chambre n'est pas totalement compatible avec la décision de la cour d'appel de Palerme sur laquelle la Chambre se base. La cour d'appel 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. Mais la cour d'appel de Palerme n'a pas conclu, même implicitement, qu'une telle insolvabilité avait fait disparaître les droits de contrôler et gérer l'ELSI dont cette dernière disposait. Elle a par contre accordé des dommages et intérêts "découlant de l'impossibilité d'utiliser l'usine", pour ce qu'elle a qualifiée d'ordonnance de réquisition "illicite". Ainsi, la cour a déclaré que l'ELSI continuait, à la date de la réquisition et par la suite, à avoir un droit de possession sur l'usine et l'équipement, bien qu'elle ait été insolvable avant cette date.

Cinquièmement, les experts de l'Italie ne sont pas d'accord entre eux sur le point de savoir si l'ELSI était insolvable au moment de la réquisition.

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 essentiellement de la ligne de conduite adoptée par Raytheon, dont les ressources étaient très importantes. La Chambre a admis que Raytheon avait transféré en Italie de nouveaux fonds pour désintéresser les petits créanciers, qu'elle était disposée à acheter à 100 p. 100 de leur valeur les effets à recouvrer détenus par l'ELSI et qu'elle était prête à avancer à l'ELSI de quoi disposer de liquidités suffisantes pour pouvoir procéder à une liquidation régulière. Pourquoi la Chambre, dans ce cas, aboutit-elle à cette conclusion peu cohérente que, à la date de la réquisition, l'ELSI était insolvable ou, du moins, s'acheminait de toute manière à grands pas vers la faillite ? 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 les avoirs, pourrait-on vraiment affirmer que l'ELSI aurait été réduite à la faillite, du moins *au moment* où elle l'a été ? Si même la faillite était advenue par la suite, les pertes effectivement subies par Raytheon auraient été inférieures à ce qu'elles ont été. De plus, au cas où la réquisition n'aurait pas eu lieu, il aurait été dans l'intérêt des banques d'arriver à un arrangement aux termes duquel elles auraient obtenu 40 ou 50 p. 100 de leurs créances vis-à-vis d'ELSI.

M. Schwebel reconnaît 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 déni de ce droit.

La conclusion que par l'imposition de la réquisition l'Italie a violé le droit de Raytheon de "contrôler et gérer" l'ELSI s'impose d'autant plus si l'on considère le sens du traité, que les procédures de ratification permettent de mettre en lumière. Elle n'était pas con-

forme à la faculté de "contrôler librement" que pouvaient obtenir les investisseurs, à la "garantie contre les risques politiques" prévue par le traité, et aux "principes de traitement équitable" que le traité avait pour but d'assurer.

*La réquisition constituait une mesure arbitraire en violation du traité*

La conclusion de la Chambre selon laquelle la réquisition de l'usine et de l'outillage de l'ELSI ne constituait pas une mesure arbitraire contraire au traité s'appuie sur trois propositions qui sont selon M. Schwebel mal fondées : premièrement, que le préfet de Palerme et la cour d'appel 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.

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

Le préfet a jugé que le maire, en prenant l'ordonnance de réquisition, s'était fondé sur des dispositions légales qui, dans des conditions de grave nécessité publique, l'autorisaient 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 décision du préfet montre qu'en fait ces conditions n'existaient pas, les conclusions de cette décision étant : a) que l'ordonnance de réquisition ne pouvait pas remettre en marche l'usine de l'ELSI ou ne pouvait résoudre les problèmes de la société; b) qu'en fait l'ordonnance de réquisition n'a pas eu cet effet; 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 par la fermeture de l'usine. En résumé, il conclut que l'ordonnance de réquisition s'est révélée injustifiée à tous égards. La conclusion du préfet selon laquelle, 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 revient presque à dire que la réquisition était mal motivée et par conséquent déraisonnable, voire capricieuse.

De plus, le préfet a considéré que les termes de l'ordonnance du maire indiquaient qu'elle avait été prise pour montrer son désir d'intervenir "d'une manière ou d'une autre", comme un moyen "visant essentiellement à démontrer son intention de traiter le problème tout de même". Dans ce passage, le préfet se réfère aux lignes de l'ordonnance du maire énonçant que "la presse locale s'intéresse vivement à la situation... et est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité..." La Cour d'appel de Palerme a qualifié de "sévère" cette constatation du préfet, et a dit que ce dernier avait constaté "un cas typique d'excès de pouvoir" de la part du maire, c'est-à-dire un acte arbitraire typique. De plus la cour d'appel a jugé que le fait que le maire n'ait pas versé d'indemnisation, prévue dans l'ordonnance elle-même, pour la réquisition, aggrave l'"illégitimité" de cette dernière, et cette violation s'oppose à une procédure régulière, laquelle est l'antithèse d'un acte arbitraire.

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

La notion de ce qui est déraisonnable ou capricieux en droit international, quoique ayant un sens en droit international coutumier, n'a pas une signification ordinaire et invariable, mais ne peut être appréciée que dans le contexte particulier des faits d'une affaire. En l'occurrence, l'ordonnance de réquisition, vu ses motivations, ses buts et son application, était arbitraire du fait 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, et ne les a pas atteints;

— L'ordonnance avait "aussi" été prise "principalement" pour apaiser les critiques de l'opinion publique, plutôt que pour son bien-fondé, un "cas typique d'excès de pouvoir";

— L'ordonnance contrevenait à ses propres termes, du fait qu'aucune indemnité n'avait été versée pour la réquisition;

— L'un des buts essentiels de la réquisition était d'empêcher la liquidation de l'ELSI et la dispersion possible de ses avoirs, but qui faisait fi des obligations conventionnelles qui s'y opposaient (en dépit du fait que l'Italie a soutenu que ces obligations la liaient dans l'ordre interne).

iii) *L'exercice des voies de recours n'a pas rendu la mesure non arbitraire*

On pourrait soutenir que les voies objectives de recours administratifs et judiciaires qui existaient et ont

été utilisés ont assuré que la réquisition, même si elle était à l'origine arbitraire, ne l'était pas en définitive, et que de ce fait l'Italie se trouve absoute de tout reproche d'avoir violé, par sa conduite, une règle de droit qui engagerait sa responsabilité internationale.

Cependant, comme le projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international des Nations Unies l'a affirmé :

"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."

Cela correspond à cette affaire, car l'Italie n'a pas assuré à l'ELSI ou à son représentant une "pleine et entière réparation" (comme la Commission du droit international l'exige) pour ce qui par ailleurs était l'acte arbitraire de réquisition. L'ordonnance de réquisition a été annulée par le préfet, mais seize mois après qu'elle ait été prise, et elle avait déjà entraîné des dommages irréparables pour l'ELSI. La cour d'appel de Palerme a accordé pour la réquisition des dommages et intérêts minimes, qui ne tenaient pas compte des principaux éléments des pertes qu'avait subies réellement l'ELSI. 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, ou dans une situation équivalente. Pour cette raison, en dépit des procédures administratives et judiciaires italiennes, si dignes d'estime soient-elles, l'Italie est restée coupable d'avoir commis un acte arbitraire au sens du traité.