

SENTENCE PRELIMINAIRE**ARBITRAGE AD'HOC****ENTRE :**

REPUBLIQUE D'ITALIE domiciliée à Rome, représentée par Avv. Ivo Maria BRAGUGLIA, Chef du Service du Contentieux Diplomatique, Ministère des Affaires Etrangères, Pza della Farnesina, 00100 Roma, ITALIE, assisté de l'Avocat de l'Etat Gaetano ZOTTA, du Ministre plénipotentiaire Giorgio BOSCO et du Professeur Roberto BARATTA.

Demanderesse,

ET :

REPUBLIQUE DE CUBA, représentée par Lcda. Mercedes DE ARMAS GARCÍA, Ministère des Affaires Etrangères, Calzada 360, Vedado, Plaza de la Revolución, CUBA.

Défenderesse,



NOTE: The below is an unofficial translation of the excerpts from the French original.

Par ailleurs, la République de Cuba conteste que la République d'Italie soit en droit d'agir devant le Tribunal Arbitral pour n'avoir pas respecté la procédure relative à la conciliation entre les États qui, selon l'Article 10 de l'Accord, aurait dû être demandée par notification écrite au moyen des canaux diplomatiques. La République d'Italie allègue, quant à elle, avoir respecté son obligation de soumettre tout litige à une conciliation amiable, se fondant sur ses demandes écrites adressées à diverses autorités cubaines qui ont parfois été suivies d'entretiens mais sans arriver à une solution amiable.

Le problème soulevé n'est pas en réalité un problème de légitimité active, c'est-à-dire de droit ou d'intérêt à agir. C'est un problème de recevabilité de la demande d'arbitrage introduite par la République d'Italie. Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il soit traité dans cette partie de la sentence.

Furthermore, the Republic of Cuba contests the right of the Republic of Italy to bring these proceedings before the Arbitral Tribunal since it did not comply with the conciliation procedure between States that, according to Article 10 of the Agreement, should have been requested by written notification through diplomatic channels. The Italian Republic alleges, for its part, that it complied with its obligation to submit any disputes to amicable conciliation, based on its written demands addressed to multiple Cuban authorities. These demands were sometimes followed by meetings, but without achieving an amicable settlement.

The issue raised is not actually one of standing, that is, of the right or interest to bring an action. It is an issue of admissibility of the arbitration request submitted by the Republic of Italy. However, there is nothing to prevent it from being addressed in this part of the award.

I. LES FAITS

1. Le 7 mai 1993 la République d'Italie et la République de Cuba ont conclu un Accord "sur la promotion et la protection des investissements" (ci-après "l'Accord de 1993" ou "APPRI") entré en vigueur le 23 août 1995 et toujours applicable.

Des litiges sont nés des violations alléguées des obligations prévues à cet accord. La République d'Italie a engagé des démarches diplomatiques en vue de la résolution de ces litiges. Ces litiges n'ont pas trouvé de solution.

II. LA PROCEDURE

2. Par Note du 16 mai 2003, le Gouvernement Italien notifiait au Gouvernement Cubain son intention de recourir à l'Article 10 de l'Accord de 1993.

3. Cet Article 10 traite de la résolution des litiges entre les parties contractantes et prévoit qu'en cas d'échec d'une tentative de conciliation amiable après trois mois, le litige sera soumis à un Tribunal Arbitral *ad hoc*. Selon cet article, deux mois après la réception de la Demande d'Arbitrage, chacune des parties nommera un membre du Tribunal Arbitral et les deux arbitres ainsi nommés devront choisir un Président. Cet article se lit comme suit dans sa rédaction italienne et dans sa rédaction espagnole :

"Articolo 10 – Reglamento delle Controversie tra le Parti Contraenti

1. *Le controversie tra le Parti Contraenti relative all'interpretazione ed alla applicazione del presente Accordo dovranno essere, per quanto possibile, amichevolmente composte per via diplomatica.*
2. *Nel caso in cui tali controversie non possano essere composte nei tre mesi successivi alla data in cui una delle Parti Contraenti ne abbia fatto richiesta scritta, esse verranno, su domanda di una di esse, sottoposte alla competenza di un Tribunale arbitrale ad hoc in conformità alle disposizioni del presente Articolo.*
3. *Il Tribunale Arbitrale verrà costituito nel modo seguente : entro due mesi dalla data di ricezione della richiesta di arbitrato, ogni Parte nominerà un membro del Tribunale. Questi due membri sceglieranno poi, quale Presidente, un cittadino di uno Stato terzo. Il Presidente sarà nominato entro tre mesi dalla data di nomina dei due membri predetti.*
4. *Se entro i termini di cui al paragrafo 3 del presente Articolo, le nomine non siano ancora state effettuate, ognuna delle due Parti Contraenti potrà, in mancanza di altri Accordi, richiedere la loro effettuazione al Presidente della Corte Permanente di arbitrato de L'Aja. Qualora questi sia cittadino di una delle Parti Contraenti o non fosse a lui possibile accettare l'incarico, ne verrà fatta richiesta al Vice Presidente della Corte che effettuerà la nomina. Ove poi il Vice Presidente sia cittadino di una delle Parti Contraenti o non fosse a lui pure possibile accettare, ne verrà invitato il membro della Corte Permanente di arbitrato de L'Aja più anziano e che non sia cittadino di una delle Parti Contraenti.*
5. *Il Tribunale Arbitrale deciderà a maggioranza dei voti e le sue decisioni saranno vincolante. Ognuna delle Parti Contraenti sosterrà le spese per il proprio arbitro e*

quelle per la propria partecipazione al procedimento arbitrale. Le spese per il Presidente e le rimanenti spese saranno a carico delle due Parti in misura uguale.

Il Tribunale Arbitrale stabilirà le proprie modalità di procedura."

"Artículo 10 - Conciliación de las controversias entre las Partes Contratantes.

1.- Las controversias entre las Partes Contratantes sobre la interpretación y la aplicación del presente Acuerdo deberán, cuando sea posible, ser conciliados por medio de consultas amistosas de las dos Partes a través de los canales diplomáticos.

2.- En el caso en que tales controversias no puedan ser arregladas en los tres meses sucesivos a partir de la fecha en la cual una de las Partes Contratantes haya notificado por escrito a la otra Parte, las mismas serán sometidas, a solicitud de una de las Partes, a un Tribunal Arbitral ad hoc de acuerdo a lo dispuesto por el presente Artículo.

3.- El Tribunal Arbitral se constituirá de la siguiente manera: dentro de dos meses después del momento en el cual se reciba la solicitud de arbitraje, cada una de las Partes nombrará un miembro del Tribunal. Los dos miembros deberán seguidamente seleccionar a un ciudadano de un tercer Estado para la función de Presidente. El Presidente será nombrado durante los tres meses a partir de la fecha de nombramiento de los otros dos miembros.

4.- Si, en los plazos fijados en el párrafo 3 del presente Artículo, no hubiesen sido todavía efectuados los nombramientos, cada una de las Partes Contratantes podrá, en ausencia de otros Acuerdos, enviar una solicitud al Presidente de la Corte Permanente de arbitraje de La Haya para hacer efectivo el nombramiento. En el caso en que él sea ciudadano de una de las Partes Contratantes o que no le sea posible realizar tal función, se solicitará al Vicepresidente de la Corte que efectúe el nombramiento. En el caso en que el Vicepresidente sea ciudadano de una de las Partes Contratantes o que no le sea posible realizar tal función, el miembro de la Corte Permanente de arbitraje de La Haya que le sigue en orden de antigüedad y que no sea ciudadano de ninguna de las Partes Contratantes será invitado a efectuar el nombramiento.

5.- El Tribunal Arbitral decidirá por mayoría sus votos y sus decisiones tendrán carácter vinculante. Cada una de las Partes Contratantes deberá pagar los gastos de su propio árbitro y de las de su representación en el proceso. Los gastos para el Presidente y los otros restantes estarán a cargo de las dos Partes en partes iguales.

El Tribunal Arbitral establecerá su propio reglamento."

4. Par Note du 15 juillet 2003, l'Ambassade d'Italie à la Havane avisait le Gouvernement de la République de Cuba que le Ministère des Affaires Etrangères de la République d'Italie avait nommé le Professeur Attila Tanzi comme arbitre.

Par Note du 16 juillet 2003, le Ministère des Relations Extérieures de Cuba nommait la Dotora Olga Miranda Bravo comme arbitre.

Par e-mail du 13 août 2003, suite à une demande conjointe des arbitres, Monsieur Yves Derains acceptait d'être nommé Président du Tribunal Arbitral tout en précisant qu'il se devait d'informer les parties que quelques années auparavant il avait agi en tant que conseil de sociétés cubaines et de la République de Cuba dans des procédures d'arbitrage et que, de même, il était intervenu et continuait d'intervenir comme conseil pour différentes sociétés italiennes dans des procédures d'arbitrage.

Par e-mail du même jour, les arbitres informaient Monsieur Yves Derains que ni la République d'Italie, ni la République de Cuba n'avait d'objection à sa désignation en tant que Président du Tribunal Arbitral.

C'est dans ces conditions que par e-mail du 14 août 2003 Monsieur Yves Derains confirmait accepter sa nomination en tant que Président du Tribunal Arbitral dans cet arbitrage.

5. Les arbitres se sont réunis le 26 septembre 2003 et ont constaté que le Tribunal Arbitral était constitué.

Lors de cette réunion des décisions étaient prises quant au déroulement de la procédure. Ces décisions étaient reprises dans une Ordonnance de Procédure n°1, adressée aux parties le 3 octobre 2003, en ces termes :

- "1. *Le Tribunal Arbitral est constitué conformément à l'article 10 de l'Accord de 1993;*
2. *Madame Christelle THEOPHILE est désignée comme Secrétaire du Tribunal Arbitral;*
3. *Les langues de l'arbitrage sont : l'italien, l'espagnol et le français ; chaque partie est admise à rédiger ses correspondances et mémoires dans sa propre langue ; les correspondances du Tribunal Arbitral seront rédigées tant en italien qu'en espagnol et les documents de procédure (ordonnances et sentences) seront rédigés en français;*
4. *Le lieu de l'arbitrage est Paris ; cependant, les arbitres se réservent la possibilité de tenir des réunions en tout autre lieu, dans la mesure où ceci pourrait réduire les coûts de la procédure;*
5. *Un Règlement de procédure, élaboré par le Tribunal Arbitral, sera adressé sous peu aux parties;*
6. *Les honoraires et frais du Président du Tribunal Arbitral sont provisoirement estimés à 100.000 Euros.*

Les parties sont invitées à régler une avance représentant 50% de l'estimation actuelle des honoraires et frais de chacun des membres du Tribunal Arbitral selon les instructions de chacun d'entre eux;

Le solde des honoraires et frais de chacun des membres du Tribunal Arbitral sera versé 60 jours après la décision de clôture des débats;

7. *Le calendrier de procédure est fixé comme suit :*
 - (a) ***Le 15 janvier 2004**, la République d'Italie devra remettre à la République de Cuba et à chacun des arbitres, son Mémoire en demande qui devra comporter l'indication précise des éléments ci-après :*
 - (i) *les noms et adresses des parties;*
 - (ii) *un exposé des faits présentés à l'appui de la demande;*
 - (iii) *les points litigieux;*
 - (iv) *l'objet de la demande.*

La Demanderesse doit joindre à sa demande les pièces qu'elle juge pertinentes et offrir toutes preuves testimoniales ou expertales qu'elle est en mesure de déterminer à ce stade;

- (b) **Le 30 avril 2004**, la République de Cuba devra remettre à la République d'Italie et à chacun des arbitres, son Mémoire en réponse qui devra répondre aux alinéas (ii), (iii) et (iv) ci-dessus.

La Défenderesse doit joindre à sa réponse les pièces qu'elle juge pertinentes et offrir toutes preuves testimoniales ou expertales qu'elle est en mesure de déterminer à ce stade;

- (c) **Le 15 juin 2004**, la République d'Italie devra remettre son Mémoire en réplique;

A cette occasion elle pourra produire toutes pièces dont la production est justifiée par le Mémoire en réponse et, sous réserve de la même justification, offrir toutes preuves testimoniales ou expertales qu'elle est en mesure de déterminer à ce stade

- (d) **Le 31 Juillet 2004**, la République de Cuba devra remettre son Mémoire en duplique;

A cette occasion elle pourra produire toutes pièces dont la production est justifiée par le Mémoire en réplique et, sous réserve de la même justification, offrir toutes preuves testimoniales ou expertales qu'elle est en mesure de déterminer à ce stade

- (e) **Le 27 septembre 2004** se tiendra à Paris une réunion consacrée à la suite de la procédure, dont l'objet sera entre autres de fixer la date d'une audience."

6. Le 21 novembre 2003, le Président du Tribunal Arbitral adressait à chacune des parties une note d'honoraires pour un montant de 25.000 euros.

Le 27 janvier 2004, le Président du Tribunal Arbitral faisait savoir aux conseils qu'il avait bien reçu le paiement de la République de Cuba et qu'il restait dans l'attente du paiement de la République d'Italie.

7. Le 12 janvier 2004, le Président du Tribunal Arbitral recevait le mémoire de la République d'Italie qu'il transmettait aux co-arbitres et à la République de Cuba.

8. Le 9 février 2004, le Président du Tribunal Arbitral recevait le paiement de la République d'Italie.

9. Le 14 avril 2004, la République de Cuba soumettait au Tribunal Arbitral des questions préliminaires et des exceptions préalables.

10. Le 26 avril 2004, le Président du Tribunal Arbitral recevait le mémoire de la République de Cuba qui, conformément à l'Ordonnance de Procédure n°1, était adressé directement aux arbitres et à la République d'Italie. Ce mémoire, entre autre, reprenait et développait les termes de la lettre du 14 avril 2004.

Le 11 juin 2004, le Président du Tribunal Arbitral recevait le mémoire de la République d'Italie.

Le 9 juillet 2004, le Président du Tribunal Arbitral, constatant que la République d'Italie n'avait fait parvenir son mémoire qu'au seul Président du Tribunal Arbitral pour distribution – alors que l'Ordonnance de Procédure du 3 octobre 2003 spécifiait que les mémoires devaient être adressés à l'ensemble des membres du Tribunal Arbitral ainsi qu'à la partie adverse – transmettait ledit mémoire à la République de Cuba ainsi qu'aux membres du Tribunal Arbitral et prolongeait le délai alloué à la République de Cuba pour remettre sa duplique au 31 août 2004. Le Président du Tribunal Arbitral précisait que la date fixée pour l'audience de procédure restait inchangée, et à cet égard demandait aux parties de bien vouloir lui communiquer le nombre de participants.

Le 14 juillet 2004, le Ministère italien des Affaires Etrangères informait le Président du Tribunal Arbitral avoir délivré le 15 juin 2004 un original du mémoire de la République d'Italie, par l'entremise de l'Ambassade d'Italie à la Havane, directement au Ministère cubain des Affaires Etrangères, mais précisait que du temps s'étant déjà écoulé, la République d'Italie ne s'opposait pas à la prolongation au 31 août 2004 du délai de remise du mémoire en duplique. Quant à la réunion du 27 septembre 2004, la République d'Italie informait le Président du Tribunal Arbitral que 2 personnes y participeraient.

Le 16 juillet 2004, le Président du Tribunal Arbitral remerciait la République d'Italie de ses explications et, rappelant aux parties que toute correspondance devait être adressée à la partie adverse et aux autres membres du Tribunal Arbitral, transmettait copie de la lettre de la République d'Italie à ceux-ci. Le Président du Tribunal Arbitral demandait à nouveau aux parties de bien vouloir l'informer du nombre de personnes qui assisteraient à la réunion du 27 septembre 2004.

Le 23 juillet 2004, le Président du Tribunal Arbitral indiquait avoir pris note de la participation de 2 personnes du côté de la République d'Italie et demandait à nouveau à la République de Cuba de bien vouloir l'informer du nombre de participants à cette réunion de procédure du 27 septembre 2004.

Le 23 juillet 2004, M. José J. Cala Sagué, jusqu'alors représentant de la République de Cuba, informait le Tribunal Arbitral que cette dernière serait dorénavant représentée par la Lcda. Mercedes De Armas García, nouvelle Directrice Juridique de la Chancellerie, et que 2 personnes assisteraient à la réunion du 27 septembre 2004 pour la République de Cuba.

11. Le 26 juillet 2004, le Président du Tribunal Arbitral informait les parties que la réunion du 27 septembre 2004 se tiendrait en son cabinet, qu'elle commencerait à 14h pour se terminer à 18h.

12. Le 30 août 2004, la République de Cuba annonçait par fax l'envoi de son Mémoire en Duplique que le Président du Tribunal Arbitral recevait finalement le 6 septembre 2004.

13. Le 27 septembre 2004 s'est tenue une réunion de procédure. L'ordre du jour de cette réunion – remis aux parties dans les trois langues de l'arbitrage – était le suivant :

« 1. *Sentence Unique ou Sentence Préliminaire sur les points suivants :*

- (i) *La légitimation à agir de la République d'Italie;*
- (ii) *La République d'Italie peut-elle se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993;*

- (iii) *La République de Cuba peut-elle opposer le fait que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées;*
 - (iv) *La compétence du Tribunal Arbitral est-elle limitée aux affaires "Caribe & Figurella" et "Finmed";*
2. *Selon le cas - délai relatif à un échange complémentaire de mémoires, à la production de preuves documentaires, testimoniales et expertales;*
 3. *Selon le cas - fixation d'une audience arbitrale et organisation de la procédure pendant l'audience. »*

Après en avoir débattu avec les parties et avec leur accord, le Tribunal Arbitral décidait de rendre une sentence préliminaire sur les quatre points ci-dessus mentionnés.

14. Le 28 septembre 2004, à la suite de cette réunion, le Tribunal Arbitral émettait une Ordonnance de Procédure n°2 fixant le calendrier de procédure comme suit :

- "(a) Le 6 octobre 2004, la République de Cuba devra remettre le document dit "Sentence de Dublin";
- (b) Le 8 novembre 2004, les Parties devront remettre simultanément à la partie adverse et à chacun des arbitres, un mémoire limité à leurs arguments de droit sur les quatre points suivants :
 - (i) *La légitimation active de la République d'Italie;*
 - (ii) *La République d'Italie peut-elle se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993 ?*
 - (iii) *La République de Cuba peut-elle opposer le fait que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées ?*
 - (iv) *La compétence du Tribunal Arbitral est-elle limitée aux affaires "Caribe & Figurella" et "Finmed" ?*

La République d'Italie pourra, dans son mémoire, commenter la remise par la République de Cuba de la "Sentence de Dublin", mais ceci uniquement dans l'hypothèse où ce document viendrait au soutien de la position de la République de Cuba sur un des quatre points ci-dessus mentionnés,

- (c) Le 17 novembre 2004, chacune des Parties pourra, si nécessaire, remettre simultanément à la partie adverse et à chacun des arbitres, leurs commentaires sur d'éventuels arguments nouveaux développés par la partie adverse ;

En aucun cas cette communication ne pourra être l'occasion pour les parties d'étoffer leur position sur des points déjà débattus ;"

Le Tribunal Arbitral adressait également aux parties un projet de Règlement d'Arbitrage ouvert à leurs commentaires jusqu'au 15 novembre 2004.

15. Le 6 octobre 2004, la République de Cuba faisait savoir au Tribunal Arbitral qu'elle n'avait pas pu obtenir communication de la "Sentence de Dublin" et que donc, pour cette phase de la procédure, elle renonçait à se prévaloir de cette décision.

16. Le 8 novembre 2004, la République d'Italie remettait son Mémoire répondant aux 4 questions de l'Ordonnance n°2.

Le même jour, la République de Cuba, par courrier électronique, annonçait la remise de son mémoire par DHL.

Le 9 novembre 2004, le Tribunal Arbitral rappelait à la République de Cuba que le Mémoire devait également être envoyé par courrier électronique.

Le 9 novembre 2004 à 9h35 heure de Paris, le Tribunal Arbitral recevait par télécopie le Mémoire de la République de Cuba.

17. Le même jour la République d'Italie demandait à ce que soit introduit dans le Règlement d'Arbitrage un article sur les mesures provisoires et conservatoires.

18. Le 10 novembre 2004 à 0h50, heure de Paris, la République de Cuba transmettait à nouveau son Mémoire par courrier électronique.

19. Le 16 novembre 2004, la République de Cuba indiquait être en parfait accord avec le projet de Règlement d'Arbitrage mais s'opposait à la demande de la République d'Italie sur l'introduction d'un article sur les mesures provisoires et conservatoires.

Le 18 novembre 2004, le Tribunal Arbitral émettait une Ordonnance de Procédure n°3, rédigée comme suit :

- "1. *La demande de la République d'Italie relative à l'ajout dans le Règlement d'arbitrage d'un article sur les mesures provisoires et conservatoires, en l'absence d'accord des parties, est rejetée, les pouvoirs des arbitres étant ceux que les parties s'accordent conjointement à lui donner;*
2. *Le Règlement d'arbitrage, tel que soumis aux parties le 28 septembre 2004, est adopté sans aucune autre modification ; il est joint à la présente ordonnance de procédure;*
3. *Si le Tribunal Arbitral venait à se trouver devant une demande de l'une des parties de prendre des mesures provisoires et/ou conservatoires, il agira en vertu des pouvoirs dont dispose tout Tribunal Arbitral international statuant en France."*

20. Le 6 décembre 2004, le Tribunal Arbitral se réunissait pour délibérer.

III. DISCUSSION

A) POSITION DES PARTIES

1. Position de la République d'Italie

21. Selon la République d'Italie, les deux Gouvernements avaient depuis longtemps des échanges sur la violation par la partie cubaine de ses obligations, prévues à l'Accord, de promouvoir et protéger les investissements effectués par des entrepreneurs italiens à Cuba.

22. La République d'Italie allègue en effet qu'en application de l'Article 10 de l'Accord, elle a entrepris de nombreuses démarches diplomatiques en vue de prévenir et résoudre la violation des règles sur le traitement des investisseurs italiens à Cuba, mais surtout qu'elle a demandé par écrit et obtenu de nombreux entretiens au cours desquels le problème a été abordé à plusieurs occasions mais malheureusement jamais résolu par la voie de la négociation. Pour exemple, la République d'Italie cite entre autres les événements suivants :

- les nombreuses interventions de l'Ambassade Italienne à Cuba relatives au cas "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*", à compter de novembre 2000 ;
- la lettre du 11 mars 2002 de l'Ambassadeur d'Italie à la Havane au Vice-Président cubain, relative au cas "*Finmed*", dans laquelle il exprimait le souhait d'une amiable composition sur le différend tout en prévenant que le cas échéant l'administration italienne était prête à solliciter l'application de l'Accord ;
- l'entretien du 17 juin 2002 de l'Ambassadeur italien à Cuba avec le Premier Vice-Ministre cubain pour les investissements étrangers et la coopération au sujet du cas "*Caribe and Figurella s.r.l.*", qui envisageait l'éventualité d'engager une procédure si le différend n'était pas résolu amiablement ;
- la lettre du 6 février 2003 de l'Ambassade italienne à Cuba relative aux cas "*Icemm s.r.l.*", "*Ossidal*" et "*Italialumínio*" ;
- la lettre du 10 février 2003 par laquelle le Ministre cubain des investissements étrangers et de la coopération économique répondait à certaines plaintes émanant de l'Ambassadeur italien à Cuba quant à la protection des intérêts italiens relatifs aux sociétés "*Pastas y Salsas que chévere*" et "*Cristal Vetro SA*" ;

(...)

A cette occasion, la République d'Italie souligne que la République de Cuba n'a jamais soulevé l'exception de défaut de légitimation active – comme elle le fait maintenant – de la République d'Italie à défendre les intérêts des investisseurs italiens qui ont demandé la protection du Gouvernement italien, en particulier de "*Caribe & Figurella project s.r.l.*" et "*Finmed s.r.l.*".

Ainsi, la République d'Italie estime avoir, conformément à l'Article 10, respecté son obligation de soumettre tout litige à une résolution amiable et ceci à plusieurs niveaux.

23. Selon la République d'Italie, la République de Cuba aurait violé ses obligations prévues à l'Accord de 1993 dans 16 cas :

- (1) Cas "*Icemm s.r.l.*" : société titulaire d'une créance à l'encontre de la société cubaine EMEXCON pour un montant de 125.804 US\$ (81.030 de capital et 9.732 d'intérêts), reconnue par la sentence 017 du Tribunal Suprême Populaire du 20 juin 2003. Une créance ultérieure de 44.075 US\$ est née d'un amendement à un contrat de vente, EMEXCON n'ayant jamais réglé le prix convenu pour les marchandises reçues. Le Tribunal saisi ne s'est pas encore prononcé. De plus, l'administrateur unique d'Icemm a été reconduit à la frontière cubaine le 21 janvier et le 28 août 2003. La Note Verbale du 24 janvier 2003 envoyée par l'Ambassade italienne au Ministère des Affaires étrangères cubain à l'occasion de la première interdiction d'entrée est restée sans réponse. Par sa deuxième Note Verbale du 4 novembre 2003, l'Ambassade italienne

à Cuba a demandé une réponse en insistant sur le fait que cette situation entravait l'activité de la société.


- (2) Cas "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*" : société italienne constituée pour opérer sur les marchés internationaux et particulièrement sur les marchés des Caraïbes. Son principal objet commercial est la création et la gestion de centres de traitement esthétique, de beauté, de santé et de centres touristiques. Le 1^{er} octobre 1998, cette société concluait un contrat avec "*Grupo Hotelero Gran Caribe SA*" en vue d'ouvrir un centre de beauté à l'hôtel "*Habana Libre Trip*". L'inauguration du centre a eu lieu le 13 octobre 1998, cependant aucune activité ne s'est développée du fait des nombreuses inexécutions contractuelles de la partie cubaine. Selon la République d'Italie, le comportement de la société cubaine pourrait s'expliquer par un changement de stratégie de cette dernière. Alors que les documents nécessaires étaient finalement expédiés fin février 1999 et que les derniers équipements étaient mis en place en mars 1999 avec l'accord de la société cubaine, le 28 avril 1999 cette dernière informait "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*" qu'elle considérait que le contrat était résolu et qu'en conséquence elle avait commencé la dépose de toutes les installations appartenant à la société italienne. Sur intervention du Ministère du Tourisme cubain, la présidence de "*Grupo Hotelero Gran Caribe*" fut contrainte, le 3 septembre 1999, à conclure un second contrat. Cependant, une série d'obstructions et d'inexécutions a retardé l'ouverture du centre au 22 juillet 2000. Le 3 novembre 2000, la partie cubaine a fermé sans préavis le centre de beauté, de façon arbitraire, arguant d'une inspection du Ministère du Commerce Intérieur (MINCIN) qui avait constaté la pratique d'une activité de tatouages qui n'entraînait pas dans les services autorisés par le MINCIN. Selon la République d'Italie, il ne s'agissait que d'un prétexte car les autorités cubaines avaient été informées de cette activité (ex : par la liste des prix) et il s'agissait d'une activité offerte par d'autres à Cuba. Ainsi, en novembre 2000, l'inscription à la Chambre de Commerce était refusée à la société italienne alors même qu'elle avait été demandée par le Ministre du Commerce Extérieur cubain en date du 19 mai 2000. D'autre part, il n'a jamais été donné réponse à une instance engagée par "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*" auprès de la Chambre de Commerce quant à l'issue réservée à la demande d'inscription. En avril 2001, la direction de l'hôtel "*Habana Libre Trip*" procédait au démontage de la zone occupée par "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*"; à cette occasion, des produits cosmétiques furent volés. L'hôtel s'est refusé dans un premier temps à restituer les biens de la société. Ce n'est qu'après un an que la restitution eut lieu.

Par ailleurs, le représentant de la société italienne a fait l'objet de tentatives d'expulsion du territoire cubain, surtout dans les moments les plus critiques du litige avec la partie cubaine.

La République d'Italie allègue avoir subi un préjudice évalué à 6.878.332 US\$ (Cf. Dictamen – allegato n°23). La République d'Italie renvoie pour plus de détails sur les faits à trois consultations qu'elle produit (allegatos n°24, 25 et 26).

Selon la République d'Italie, la responsabilité de la partie cubaine est reconnue dans la correspondance interne de "*Grupo Hotelero Gran Caribe SA*" (allegatos n°27, 28, 29, 30, 31 et 32).

Dans son mémoire en réplique, la République d'Italie fait observer quant au refus d'inscription à la Chambre de Commerce, que la République de Cuba a expliqué que seul l'Hôtel pouvait demander cette autorisation. Ceci, selon la République d'Italie, est la preuve des obstacles mis à l'activité de la société italienne, alors qu'au titre de l'Article 2 de l'Accord de 1993, la République de Cuba s'est engagée à encourager



les investissements et à leur accorder un traitement et un régime juridique qui ne seraient pas moins favorables que ceux accordés à ses propres investissements.

- (3) Cas "*Mego*" : société italienne, constituée en 1963 et opérant dans le secteur des pièces détachées et accessoires automobiles, titulaire de créances échues et impayées d'un montant de 1.638.266,17 US\$ à l'encontre de l'entreprise DIVEP sous l'autorité du Ministère cubain de la Sidérurgie Mécanique, pour la fourniture de marchandises, dont certaines remontent à 1998 et ont été renégociées par lettres de change impayées depuis août 2002.
- (4) Cas "*Ossidal s.r.l.*" : société titulaire d'une créance de 287.650,65 US\$ contre la société cubaine importatrice EMEXCON, née de contrats conclus entre 2001 et 2002 pour la fourniture de marchandises. La contre-prestation monétaire n'a jamais été effectuée. La société Whiteway Business Inc. qui défend les intérêts de la société italienne à Cuba a souscrit un acte de conciliation avec EMEXCON pour un montant quasi équivalent, du reste jamais payé.
- (5) Cas "*Italaluminio Inc.*" : cette société, opérant dans le secteur de l'aluminium, a fourni depuis 1997 des profilés, des accessoires et de l'outillage pour la fabrication de serrures à une société cubaine sous l'autorité du MICONS, entité gouvernementale cubaine. La créance s'élève à 139.989,58 US\$ tel que reconnu par EMEXCON lors d'un entretien en août 2002 au Ministère cubain des Investissements étrangers (MINVEC).
- (6) Cas "*Finmed s.r.l.*" : en 1996, "*Cubanacan Grupo*" (Corporación de Turismo y Comercio Internacional) et "*Finmed Limited*" ont signé un "*convenio de asociación*" qui prévoyait la constitution d'une entreprise mixte "*Medi Club SA*", société de droit cubain, dont l'objet social était la construction et la gestion d'un complexe touristique/hôtelier à Cuba. "*Cubanacan Grupo*" dépend de l'Etat Cubain car étant *in toto* de la propriété du Ministère du tourisme ; "*Finmed Limited*" est une société de droit irlandais dont les actionnaires uniques sont deux sociétés italiennes Samarcanda s.r.l. et Clínica Santa Chiara s.r.l. En 1998, ces dernières ont demandé la substitution à Finmed Ltd de Finmed s.r.l., société de droit italien. Ce qui fut accepté lors d'une assemblée de Medi Club s.a., décision soumise à l'approbation de l'autorité cubaine. Finmed s.r.l. fut effectivement constituée en Italie en octobre 1998. Cubanacan Grupo a considéré qu'il n'était pas nécessaire de demander l'autorisation gouvernementale car les fondateurs de Finmed s.r.l. étaient les mêmes que ceux de Finmed Ltd. Cependant, les actions de Medi Club s.a. détenues par Finmed Ltd n'ont jamais pu être transférées à Finmed S.r.l. Ainsi, les entrepreneurs italiens, privés des investissements effectués, ont subi des dommages matériels, professionnels et moraux d'une grande gravité. Etant seulement au stade "*opératif*" de l'activité qu'aurait dû développer la Clínica à Cuba, un bénéfice global d'à peu près 3.000.000 US\$ annuel à partir de 2000 était prévu. Il est raisonnablement prévisible que la reprise de l'activité de la structure, conformément à son projet initial, ne pourra avoir lieu avant 2006, les appareils médicaux entre-temps auront sûrement subi des dommages dûs au manque d'entretien. De plus, l'associé principal de Finmed Ltd et de Finmed s.r.l., Président du Conseil d'Administration de Medi Club, a travaillé à Cuba durant près de 40 mois sans recevoir aucune compensation pour l'activité développée. De même, la "*Clinica Santa Chiara s.r.l.*" (société co-fondatrice de Finmed Ltd et Finmed s.r.l.) a fait l'objet d'une faillite du fait du blocage de l'activité des entrepreneurs à Cuba.


Par conséquent, la République d'Italie estime avoir subi un préjudice de 12.000.000 US\$ si Finmed s.r.l. est remise en possession de sa part équivalent à 50% des actions de MEDI CLUB, au cas contraire, le préjudice devra être multiplié par deux.

- (7) Cas "*Cristal Vetro SA*" : cette société de droit panaméen détenue par un citoyen italien qui en est également président et qui opère à Cuba depuis 1989 dans le secteur de la production du verre destiné essentiellement aux constructions immobilières du secteur touristique, a obtenu l'autorisation de s'établir dans la zone franche de la Havane en 1997. Le 1^{er} juillet 1998, elle a signé avec la société responsable de cette zone un contrat de bail. Les relations des parties se sont détériorées par suite d'une série d'inexécutions contractuelles de la "*Zona Franca Ciudad de la Habana SA*", ce qui a empêché la société italienne d'exercer son activité normalement. Les décisions des autorités judiciaires relatives à ce cas n'ont pas été adoptées dans un contexte d'impartialité. En février 2001, la société italienne a demandé une double indemnisation pour un montant total de 571.625,64 US\$. En 2001, l'autorisation d'opérateur économique lui était retirée.
- (8) Cas "*Pastas y Salsas que Chévere*" : le représentant légal de cette société, citoyen italien, et sa famille, ont investi tous leurs biens dans un projet voué à la production et à la commercialisation de sauces et de pâtes fraîches préalablement convenu avec la direction de la "*Zona Franca Beroa*" de la Havane depuis janvier/février 1988. En avril 1998, le représentant légal de la société a souscrit un "*Projet de Lettre d'Intention*" avec l'entreprise "*VITA NUOVA*" appartenant au Ministère de l'Industrie Alimentaire cubain. En mai et juin 1998, il recevait de la "*Zona Franca Ciudad Habana SA*" des encouragements à poursuivre ses opérations d'investissement. Subitement, le 24 octobre 1998, l'Office National des Zones Franches l'informait qu'il n'avait pas été donné suite à sa demande d'opérateur car il résultait de la procédure de consultation du Ministère de l'Alimentation (MINAL) que cela était sans intérêt pour l'industrie nationale. Le représentant légal de la société a par la suite été amené par les représentants de l'autorité cubaine à explorer d'autres hypothèses mais, malgré de nouveaux encouragements, ces tentatives n'ont pu aboutir.

La responsabilité de la partie cubaine dans ce cas est amplement démontrée par une consultation juridique (allegato n°46).

- (9) Cas "*Mercandino s.r.l.*" : cette société détient des créances pour un montant de 639.083,34 Euros sur une société cubaine qui dépend du Ministère des Transports cubain. Ces créances sont certaines et exigibles. Le 20 février 2003, cette société italienne s'est vu notifier le retrait de la licence accordée à sa succursale de la Havane pour opérer sur le marché cubain.
- (10) Cas "*Battistelli Otello & C. s.n.c.*" : cette société italienne détient une créance de 277.203,49 Euros et 64.538,40 Euros d'intérêts, née le 21 avril 2003 d'un commun accord avec le client BK Import du Ministère cubain de la Sidérurgie Mécanique Légère (SIME) concernant la fourniture de biens mobiliers en application de 6 contrats passés entre 2001 et 2002.

Dans son Mémoire du 7 juin 2004 (page 9), la République d'Italie a indiqué en note de bas de page que l'entreprise Battistelli lui avait indiqué qu'elle ne souhaitait plus être représentée dans la procédure.

- (11) Cas "*CAPICA Minuterie S.p.A.*" : titulaire depuis 1994 d'une créance de 191.785.438 liras italiennes (environ 100.000 Euros) pour la fourniture d'objets métalliques à la société Cubatex-Cuba. Il semble que la partie cubaine ait déposé la somme due
- 


auprès de la Banque Nationale de Cuba qui n'a jamais procédé au paiement correspondant.

- (12) Cas "*Menarini Società Farmaceutica*" : titulaire d'une créance de 2.337.170.861 liras italiennes (environ 1.200.000 Euros) pour la fourniture de produits pharmaceutiques entre 1990 et 1991 à la société Medicuba sous l'autorité du Ministère cubain de la Santé.
- (13) Cas "*Mahle Pistoni Italia S.p.A.*" : cette société détient depuis 1991 une créance sur la Banque Nationale de Cuba d'un montant de 955.041,74 Deutschmarks relative à 3 contrats de fourniture de biens de la société italienne à la société cubaine Transimport. Cette dernière a déposé le montant équivalent en devises cubaines à la Banque Nationale de Cuba laquelle n'a pas effectué les paiements. L'intervention de l'ambassade italienne a été sans succès.
- (14) Cas "*Costa Container Lines S.p.A.*" : société détentrice d'une créance de 2.432.822,27 US\$ sur la société cubaine Coral Containers Lines, partie du holding Antaras appartenant au Ministère des Transports cubain, résultant de la signature d'un "*heads of agreement*" pour un "*joint container service*". La société cubaine n'a jamais respecté les termes de paiement convenus. L'augmentation graduelle de la créance a amené la société italienne à notifier son intention de résilier le contrat pour insolvabilité manifeste. Cependant, face aux promesses de paiement répétées de la société cubaine, le service a continué. Lors d'une réunion en avril 2003, un plan de remboursement a été convenu, ainsi que la réduction des slots à la disposition de Coral Containers Lines. La société italienne a appris que cette société devrait être fermée et remplacée par une nouvelle société enregistrée au Panama.
- (15) Cas "*Trans European Container Unit S.p.A.*" : cette société a passé divers contrats de location de ses containers avec la société Coral Containers Lines. A partir de début 2002, d'importants retards de paiement sont survenus jusqu'à l'arrêt complet des paiements. Aujourd'hui, la créance s'élève à 73.560,62 US\$ pour les factures émises de juillet à décembre 2002 et à 131.975,71 US\$ plus 5.366,64 Euros pour les factures émises de janvier à octobre 2003.
- (16) Cas "*Contini*" : société titulaire d'une créance de 101.455,32 US\$ à l'encontre de la société cubaine Corporación Atlantida s.a., cliente finale de l'entreprise Publicentro du Ministère des Transports cubain. La société italienne a reçu des paiements partiels, mais reste une créance de 76.455,30 US\$.

24. La République d'Italie explique qu'elle agit dans la procédure arbitrale sur deux fondements :

- défendre ses droits subjectifs prévus à l'Accord de 1993 qui reprend les principes de droit international général sur le traitement des étrangers ;
- défendre le droit à la protection diplomatique des personnes physiques et morales italiennes qui ont procédé à des investissements au sens de l'Article 1 paragraphe 1 de l'Accord de 1993, afin de développer une activité entrepreneuriale sur le territoire cubain conformément à l'Article 1 paragraphe 1 lettres a) à e).

Ainsi la République d'Italie défend à la fois ses propres droits subjectifs et les intérêts des investisseurs italiens.



25. Concernant la protection diplomatique de ses citoyens, la République d'Italie se fonde sur la notion d'"investisseur" contenue à l'Article 1 paragraphe 2 de l'Accord de 1993, soit : toute personne physique ou morale d'une Partie contractante qui a procédé, procède ou prévoit de procéder à des investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante.

Selon la République d'Italie, la protection diplomatique est une institution "*consolidée*" du droit international général. La République d'Italie fait, entre autres, référence à la définition de MM. Daillier et Pellet : la protection diplomatique c'est "*l'endossement (appropriation serait peut-être plus exacte) par un Etat de la réclamation d'un particulier lésé par un fait internationalement illicite d'un autre Etat ou d'une organisation internationale*" (Daillier, Pellet, Droit international public, 7^{ème} édition, Paris, 2002, page 809).

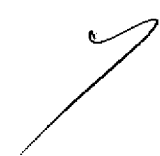
La République d'Italie prétend que la condition prévue par l'Accord de 1993 et par le droit international coutumier selon laquelle il doit exister un lien subjectif entre l'Etat qui agit en protection et l'individu protégé est satisfaite. Selon la République d'Italie, la question de la légitimation active est traitée par l'Accord qui se fonde sur le principe de la provenance de l'investissement. En l'espèce, la République d'Italie a agi en protection de sociétés constituées en Italie, de personnes physiques et, dans deux cas, de sociétés constituées dans d'autres Etats mais appartenant à des citoyens italiens auxquels revient l'investissement effectué à Cuba.

A cet égard, dans son dernier mémoire, la République d'Italie souligne que Finmed s.r.l. est bien une personne morale italienne constituée en Italie et non en Irlande. La République d'Italie a toujours prétendu agir exclusivement en protection diplomatique de Finmed s.r.l.. Par conséquent, la nationalité de cette dernière est un élément suffisant dans la détermination de la légitimation active de la République d'Italie. Par contre, la question de savoir si Finmed s.r.l. est titulaire d'une action vis-à-vis de Medi Club s.a., ou si les droits correspondants appartiennent à la société de nationalité irlandaise, est une question de fond.

Dans son dernier mémoire, la République d'Italie explique que la "*double légitimation*" qu'elle invoque prend son origine dans l'institution de la protection diplomatique qui implique que le droit subjectif de l'Etat qui agit en protection diplomatique soit indissolublement connexe aux intérêts des personnes physiques et morales en faveur desquelles il agit. S'il n'y avait pas d'intérêts privés à protéger sur la base du droit international, il n'y aurait pas de protection diplomatique.

26. Afin de déterminer les éléments constitutifs du fait illicite en droit international, la République d'Italie fait référence aux principes généraux du droit international et au projet d'article sur la responsabilité internationale des Etats préparé par la Commission du Droit International (CDI) et approuvé par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 12 décembre 2001, renvoyant la décision sur l'éventuelle adoption d'une convention à la 59^{ème} session qui se tiendra en 2004. Selon la République d'Italie, par l'effet de cette résolution, le projet d'article est un point de référence essentiel quand il s'agit d'établir les normes juridiques qui régissent la responsabilité internationale des Etats. Selon la République d'Italie, la Cour de Justice Internationale s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises.

A cet égard, répondant aux arguments de la République de Cuba tirés de l'affaire Nagymaros examinée par cette Cour, la République d'Italie, dans son mémoire en réplique, précise que la décision d'exclusion de l'illicéité ne s'explique pas seulement par le fait qu'entre les parties il n'y avait pas de désaccord quant à la référence à l'article 33 du projet - cet élément étant du reste sans conséquence dans la décision - mais la Cour, en définissant les conditions posées par le droit coutumier concernant les contre-mesures, se réfère *inter*



alia "tout court" aux "articles 47 à 50 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats adoptés par la Commission de droit international en première lecture".


27. Selon la République d'Italie, le fait illicite suppose, selon une conception dualiste accueillie par l'article 2 du projet susmentionné, la réunion de deux éléments constitutifs : l'élément subjectif qui réside dans l'imputation d'un acte illicite à un Etat et l'élément objectif qui réside dans la contrariété de cet acte aux obligations internationales de cet Etat.

28. Pour ce qui est de l'élément subjectif, la République d'Italie renvoie à la théorie en droit international "du rattachement suffisant". Ceci ne pose pas de difficulté quand il s'agit d'organes de l'Etat, comme le prévoit l'Article 4 du projet d'article de la CDI. Ainsi, selon la République d'Italie, sont imputables à la République de Cuba, les interdictions d'entrée imposées à l'administrateur de "Icemm s.r.l.", le retrait de la licence commerciale de "Caribe and Figurella Project s.r.l.", l'absence de réponse de la Chambre de Commerce cubaine à "Caribe and Figurella Project s.r.l." la révocation de l'autorisation à "Cristal Vetro SA", le défaut de délivrance des autorisations à "Pasta y Salsa que Chévere", le défaut de paiement à "Mondial Pistoni S.p.A." de la part de la Banque Centrale Cubaine, le retrait de licence à "Mercandino s.r.l." pour opérer sur le marché cubain au travers de sa succursale.

Par ailleurs, selon l'Article 8 du projet d'article qui fait application d'un principe international, le comportement d'une personne est considéré comme un fait de l'Etat si cette personne agit sur les instructions, les directives ou le contrôle de cet Etat (ces éléments étant alternatifs). Selon la République d'Italie, en droit international la séparation formelle de l'Etat et de ses entreprises est nécessairement réduite dans les cas où le "voile social" est un simple moyen qui permet à cet Etat d'éviter ses obligations internationales (la République d'Italie cite des décisions du Tribunal Arbitral Iran/Etats-Unis). De plus, on peut considérer comme un fait notoire que dans l'ordonnancement cubain toutes les activités économiques sont réservées à des entreprises de propriété et sous le contrôle de l'Etat, ce qui résulte également de la Loi n°77 du 5 septembre 1995. Ainsi, la République d'Italie conclut que les activités de toutes les entreprises cubaines qui ont instauré des rapports contractuels avec des entrepreneurs italiens entrent dans la sphère juridique de la République de Cuba qui en contrôle la propriété, la gestion et les choix opérationnels. Selon la République d'Italie, les sociétés d'Etat cubaines agissent tantôt comme "instruments" tantôt comme "instruments d'exécution" de l'Etat cubain qui exerce sur elles une autorité effective et exerce à travers elles les stratégies et finalités politico-économiques adéquates.

Ainsi, la République d'Italie estime que doivent être imputés à l'Etat cubain les actes de ses sociétés. L'Etat cubain doit répondre de ces actes au niveau international sur la base du principe général de droit selon lequel l'Etat qui mène des opérations économiques doit répondre des obligations de nature patrimoniale qui en découlent.

29. Quant à l'élément objectif du fait illicite, il convient de s'arrêter sur les raisons et sur les objectifs de l'Accord de 1993. Selon la République d'Italie, cet Accord avait pour objectif d'encourager une coopération économique et commerciale plus intense entre les deux pays afin de favoriser la prospérité et le progrès des communautés nationales. L'accroissement des initiatives d'entrepreneurs dans les territoires respectifs a été retenu comme étant d'un intérêt premier. Les parties entendaient assurer un milieu favorable aux investisseurs dans leur territoire respectif au travers de l'interdiction de comportements hostiles, vexatoires et discriminatoires. Intention particulièrement importante pour l'Italie. L'objectif de fond de l'Accord était d'envisager des solutions aux situations difficiles auxquelles devaient faire face les investisseurs étrangers en territoire cubain, comme dans tout pays à économie collective.




30. La République d'Italie prétend que par le biais d'actes de ses organes ou de sociétés d'Etat, la République de Cuba a violé de façon constante et répétée dans le temps les dispositions de l'Accord de 1993. Ainsi, la République de Cuba a manqué :

- à l'obligation prévue à l'Article 2, par. 1, première partie, selon laquelle elle aurait dû encourager les investisseurs italiens à effectuer des investissements sur son territoire dans tous les "cas" ci-dessus rappelés ;
- à l'obligation contenue à l'Article 2, par. 1, seconde partie, de concéder des autorisations à effectuer des investissements ; les autorités cubaines ayant refusé ou révoqué leurs autorisations à "*Caribe & Figurella Project s.r.l.*", "*Pastas y Salsas que Chévere*", "*Mercandino s.r.l.*" ;
- à l'obligation prévue à l'Article 2, par. 2, première partie, de garantir un traitement juste et équitable aux investissements italiens dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation sanctionnée à l'Article 2, par. 2, dernière partie, de ne pas soumettre les investisseurs italiens à des mesures injustifiées et discriminatoires dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation fixée à l'Article 3, par. 2, d'accorder aux investissements italiens un traitement et un régime juridique qui ne seraient pas moins favorables que ceux prévus pour les investissements et les revenus de ses propres investisseurs dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation sanctionnée à l'Article 5, par. 1 d'accorder pleine protection et sécurité aux investisseurs italiens dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation prévue à l'Article 5, par. 2, de ne pas exproprier les investisseurs italiens dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation de l'Article 6 de garantir le rapatriement des capitaux investis dans tous les "cas" susmentionnés ;
- à l'obligation prévue au Protocole Additionnel de régler de la façon la plus favorable possible les problèmes liés à l'entrée et au séjour, dans et sur son territoire des citoyens italiens et en tout cas dans l'esprit de l'Accord, ceci dans les cas "*Icemm s.r.l.*" et "*Caribe & Figurella Project s.r.l.*" dont les représentants légaux se sont vus, respectivement, interdit d'entrer sur le territoire cubain et interdit de rentrer en Italie pendant près de deux ans.

Concernant l'interdiction des expropriations, la République d'Italie rappelle que l'Article 5, par. 2 de l'Accord de 1993 est formulé dans des termes assez similaires à d'autres clauses contenues dans de nombreux autres accords internationaux du même type. A cet égard, la République d'Italie cite des décisions du CIRDI et du Tribunal Arbitral Iran / Etats-Unis selon lesquelles l'expropriation couvre également les interventions de l'Etat qui ont pour effet de priver le propriétaire totalement ou en partie de l'usage ou des bénéfices qu'il était en droit d'attendre de son bien.

Aussi, selon la République d'Italie, la République de Cuba a violé les dispositions des Articles 2, par. 1, 2, par. 2, 5 de l'Accord de 1993 et le principe général de nature coutumière qui oblige les Etats à concéder sur leur territoire une protection juridictionnelle aux droits



subjectifs des étrangers en général et plus particulièrement à ceux protégés par des traités bilatéraux de protection et promotion des investissements. Ainsi, dans le cas "*Icemm s.r.l.*" dans lequel d'une part le jugement rendu par un tribunal local n'a pas été suivi d'effet et d'autre part une deuxième procédure est depuis longtemps "*enterrée*"; et dans le cas "*Cristal vetro SA*" dans lequel le jugement n'a pas été rendu dans des conditions d'impartialité.

31. De façon plus générale, la République d'Italie soutient que la République de Cuba a trahi et violé la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993. En effet, de nombreux investisseurs italiens se sont plaints auprès de l'Ambassade d'Italie à la Havane et du Ministère des Affaires Etrangères à Rome, de comportements des autorités cubaines, obstructionnistes, abstentionnistes, hostiles, discriminatoires, dénotant en tout état de cause une aversion vis-à-vis des investisseurs italiens. Alors que la finalité de l'Accord de 1993 était d'éviter de telles difficultés, sachant qu'elles sont courantes, le système économique étant dominé par des entreprises d'Etat et le système juridique n'étant pas transparent.

Ces difficultés ont été mises en lumière par le gouvernement canadien de même que par les Conseillers économiques des Ambassades des Etats membres de l'Union Européenne à Cuba.

La République d'Italie prétend également que ses citoyens ont subi des menaces, des intimidations et des attentats à leur personne et à leurs biens (cf. "*Caribe & Figurella Project s.r.l.*") sans que les autorités cubaines aient mis en place les mesures de sécurité nécessaires.


De plus, le gouvernement italien a rencontré des difficultés dans le rassemblement des documents nécessaires à cet arbitrage, les entreprises craignant que leur participation à l'arbitrage donne lieu à des représailles et à des répercussions sur leur activité économique. D'autres craignant ces mêmes représailles ont préféré rester dans l'ombre et n'ont pas contacté les autorités italiennes.

La République d'Italie suspecte la République de Cuba d'avoir adopté un tel comportement pour pousser les investisseurs à abandonner le territoire cubain et les capitaux investis.

32. A titre subsidiaire, la République d'Italie fait valoir son droit à restitution des capitaux investis sur le territoire cubain, non rémunérés et/ou indûment retenus, conformément aux principes généraux du droit international sur l'enrichissement sans cause reconnus tant des nations de *common law* que de celles de droit civil.

Les conditions de l'action "*d'enrichissement sans cause*" sont : l'enrichissement d'une partie (entendu comme profit patrimonial, accroissement patrimonial ou économie), et l'appauvrissement de l'autre partie. Il doit en outre y avoir un lien de causalité entre le fait et l'enrichissement d'un côté et l'appauvrissement de l'autre. Selon la République d'Italie, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu un véritable transfert de richesse, il suffit qu'on ait réussi à réaliser un projet de façon injuste en utilisant les ressources d'autrui (conception admise dans la majorité des pays de *common law*).

Ainsi, s'il devait être retenu que la République de Cuba n'a pas violé l'Accord de 1993 ou les obligations accessoires à la promotion et à la protection des investissements, il devrait être admis qu'à tout le moins elle a obtenu un profit patrimonial non justifié. En effet, la République de Cuba au travers de ses entités, organes, sociétés, a tiré profit des investissements italiens effectués sur son territoire et l'avantage ainsi obtenu ne trouve pas



de justification dans un "rapport courant" avec l'entité qui a apporté les fonds. Il s'agit d'investissements qui n'ont pas été récompensés comme prévu et dont les capitaux n'ont pas pu être rapatriés en Italie, des obstacles de nature diverse s'interposant, tous destinés à empêcher une démobilisation qui aurait des conséquences négatives sur l'économie cubaine. Vu que c'est l'Italie qui supporte finalement ces conséquences négatives, la perte patrimoniale de l'Italie est la conséquence directe des investissements non rémunérés dont le retour a été injustement empêché.

33. La République d'Italie demande à ce qu'il soit fait application des normes du droit international coutumier qui prévoient les conséquences du fait illicite, telles que codifiées dans le projet d'article (art. 28 ss) de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale des Etats. S'appliquent également, et en particulier, l'article 30 qui prévoit la double obligation de cessation immédiate du trouble et de garantie de non répétition, et l'article 31 qui prévoit l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. Selon la République d'Italie, en droit international, la réparation intégrale prend "*la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement*". Quant à la restitution, selon la jurisprudence internationale, elle doit intervenir en nature. L'indemnisation du dommage est aussi amplement reconnue dans la pratique. Le dommage n'est pas forcément de caractère patrimonial, les actions illicites pouvant affecter la dignité ou le prestige de l'Etat. L'indemnisation doit être complète et doit inclure les intérêts (art. 38 du projet) en plus des préjudices moraux (art. 31.2 du projet) et plus généralement ceux n'ayant pas de caractère patrimonial.

Il est conforme au droit international coutumier de faire courir les intérêts à partir du moment où le fait illicite s'est produit et où la responsabilité de l'Etat s'est par conséquent trouvée engagée.

Quant à la quantification des intérêts, la République d'Italie s'en remet à la prudente évaluation qu'effectuera le Tribunal Arbitral *ad hoc* en équité, tout en rappelant que la jurisprudence internationale applique un intérêt composé de 6% par an.

34. Les demandes de la République d'Italie sont les suivantes telles qu'exposées dans son Mémoire Introductif du 7 janvier 2004 :

"1. *In tesi e in via principale :*

- a) *che la Repubblica di Cuba ha violato e viola in modo sostanziale e diffuso gli obblighi contenuti nell' Accordo bilaterale "sulla promozione e protezione degli investimenti", e in particolare gli obblighi di cui agli articoli 2, par. 1, prima parte ; 2, par. 1, seconda parte ; 2, par. 2, ultima parte ; 3, par. 2 ; 5, par. 2 ; 6 e al Protocollo aggiuntivo all'Accordo bilaterale, singolarmente considerati e/o in combinato disposto tra loro ;*
- b) *che la Repubblica di Cuba ha violato la lettera, lo spirito e la finalità dell'Accordo bilaterale ;*
- c) *che la Repubblica di Cuba ha violato i menzionati obblighi imposti dall'Accordo bilaterale in congiunzione con le norme di diritto internazionale generale sul trattamento e la protezione degli stranieri consistenti negli obblighi di concedere tutela giurisdizionale ai diritti suggestivi invocati dallo straniero sul proprio territorio e proteggere gli interessi e la persona dello straniero ;*
- d) *che la Repubblica di Cuba deve immediatamente porre fine alla suddette violazioni e dare completa assicurazione che in futuro rispetterà i propri obblighi internazionali ;*

e) che la Repubblica di Cuba è tenuta a corrispondere alla Repubblica italiana piena riparazione degli illeciti commessi e, in conseguenza di ciò, disporre :

- a titolo di restitutio in integrum, che la "Finmed s.r.l." sia reimmessa nel possesso delle sue quote societarie in MEDICLUB SA ;
- a titolo di risarcimento del danno, che la Repubblica di Cuba corrisponda alla Repubblica italiana gli importi in USD e EURO di seguito specificati, più per ciascuno di essi gli interessi da calcolarsi nella percentuale del 6% su base annuale (ovvero della percentuale superiore o inferiore decisa in via equitativa dal Tribunale arbitrale), nonché i danni subiti dalle imprese italiane e sono così definite : 1) in relazione al caso "Incemm s.r.l.", 125.804 USD, più interessi decorrenti dalla data di emissione delle cinque fatture emesse tra il 1997 e 1999, oltre al danno morale, quantificato in 30.000 USD, subito e subendo dal Signor Pilloni al quale è stato negato per ben due volte l'ingresso sul territorio cubano al preciso scopo di impedirgli di far valere il credito della società ; 2) in relazione al caso "Caribe and Figurella Project s.r.l." danni per USD 6.878.332, come dimostrato dal Dictamen reso dalla Consultoria Rado y Asociados già allegato, oltre agli interessi decorrenti dal 18 febbraio 2002, ossia dalla data di redazione del Dictamen appena menzionato e ai danni morali e professionali cagionati alla società italiana e al suo rappresentante, Signor Aleo, che si quantificano in 500.000 USD ; 3) in relazione al caso "Mego s.r.l.", 1.638.266,17 USD, più interessi composti in ragione del fatto che i crediti sono maturati dal 1999 al 2003 ; 4) in relazione al caso "OSSIDAL s.r.l.", 287.650,65 USD, oltre interessi decorrenti dal 2002 ; 5) in relazione al caso "Italaluminio", 139.989,58 USD, più interessi decorrenti dall'agosto 2002 ; 6) in relazione al caso "Finmed", 12.000.000 USD a titolo di danni materiali (danno emergente e lucro cessante), morali e professionali subiti e subendi, ovvero la somma maggiore o minore che il Tribunale arbitrale dovesse accertare con perizia ovvero in via equitativa ; sempre in relazione al caso "Finmed", qualora l'Onorevole Tribunale arbitrale ad hoc non volesse accogliere la richiesta di restituito in integrum di cui al primo trattino della lettera e), a titolo di risarcimento danni si conceda la somma complessiva di 24.000.000 USD ; 7) in relazione al caso "Cristal Vetro SA", 571.625,64 USD a titolo di danni materiali, più interessi decorrenti dal febbraio 2001, oltre a 500.000 USD a titolo di danni morali e professionali ; 8) in relazione al caso "Pastas y Salsas que Chévere", 185.000 USD a titolo di danni materiali, più interessi decorrenti dal 1998, oltre a 200.000 USD a titolo di danni morali e professionali ; 9) in relazione al caso "Mercandino s.r.l.", 639.083,34 euro, più interessi decorrenti dal 1999 ; 10) in relazione al caso "Battistelli Otello & C. S.n.c.", 277.203,49 euro, oltre agli interessi quantificati in 64.538,40 euro d'accordo con il debitore in date 21 aprile 2003, più gli interessi ulteriori sulla somma capitale decorrenti da tale data ; 11) in relazione al caso "CAPICA Minuterie S.p.A.", 100.000 euro, più interessi dal 1994 ; 12) in relazione al caso "Menarini Società Farmaceutica", 1.200.000 euro, oltre interessi decorrenti dal 1991 ; 13) in relazione al caso "Mondial Piston S.p.A.", 400.000 euro, oltre interessi decorrenti dal 1991 ; 14) in relazione al caso "Costa Container Lines S.p.A.", 2.432.822,27 USD, più gli interessi decorrenti dal 2002 ; 15) in relazione al caso "Trans European Container Unit S.p.A." USD 73.560,62 e USD 131.975,71, più euro 5.366,64, oltre interessi decorrenti per la prima somma dal 2002 e per le altre due somme dal 2003 ; 16) in relazione al caso "Cantini", 76.455,30 USD, più interessi decorrenti dal 2002 ;
- a titolo di soddisfazione, corrispondere alla Repubblica italiana la somma simbolica di 1 euro per continuata e reiterata violazione della lettera, dello spirito e delle finalità dell'Accordo bilaterale del 1993, e per il rifiuto, l'indifferenza e il silenzio delle autorità cubane nei confronti degli innumerevoli

passi diplomatici diretti alla soluzione amichevole delle controversie relative agli investitori italiani.

2. *In ipotesi e in subordine :*

si chiede che la Repubblica di Cuba venga condannata a corrispondere alla Repubblica italiana, a titolo di indennizzo per ingiustificato arricchimento, una somma in euro e/o in USD parametrata in via equitativa sull'ammontare del risarcimento del danno come sopra indicato al punto 1 lett. e) dell "Conclusioni".

Aux termes de l'indication portée en page 9 du Mémoire de la République d'Italie du 7 juin 2004, rappelée en page 12 de cette sentence, le point e-10) des prétentions ci-dessus rappelées doit être considéré comme non écrit.

35. Dans son mémoire du 29 octobre 2004, la République d'Italie procède à un résumé de ses prétentions qu'elle confirme.

36. Selon la République d'Italie, les deux exceptions préliminaires de la République de Cuba sont sans fondement.

37. Quant à la première exception selon laquelle les cas soulevés dans la demande sont en réalité étrangers à l'objet de l'Accord de 1993 car n'étant pas qualifiables d'investissements, la République d'Italie estime qu'elle est basée sur une interprétation erronée de cet Accord. La République d'Italie a d'ailleurs repris cette argumentation dans la réponse à la question du Tribunal Arbitral sur la possibilité pour la République d'Italie de se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993.

Selon la République d'Italie, il est faux que cet Accord, en son Article 1 par. 1, définit la notion d'investissement par référence au droit en vigueur dans le pays récepteur.

La République d'Italie rappelle que l'interprétation des traités internationaux est régie par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (23 mai 1969). Aux termes de cet article, l'Accord de 1993 doit être interprété de bonne foi. Ce principe est reconnu par la majorité des ordonnancements juridiques nationaux et repris dans les textes de droit uniforme en matière contractuelle (UNIDROIT), de même il est reconnu par les systèmes de *common law*.

La République d'Italie maintient qu'interpréter ne signifie pas seulement déterminer la signification correcte d'une stipulation conformément à son contenu littéral et à la commune intention des parties, mais également déterminer son contenu qui n'est pas exprès mais qui doit être reconnu comme partie intégrante du contrat selon la volonté des parties.

Selon la République d'Italie, si l'interprétation de la République de Cuba était retenue, la protection des investissements serait différente selon qu'il s'agit d'investissements italiens à Cuba ou d'investissements cubains en Italie. Cela ne répond pas aux critères de logique et d'équité et serait la preuve de l'échec de l'Accord. La signification et les effets d'un traité de protection des investissements réciproques ne peuvent qu'avoir la même ampleur dans les Etats signataires. Or, selon l'interprétation cubaine, les investisseurs d'une partie seraient abandonnés au bon vouloir du législateur de l'autre partie, la matière des investissements étrangers pouvant être modifiée à tout moment. La République d'Italie estime au contraire qu'une interprétation de bonne foi doit nécessairement conduire à une protection des

investissements réciproques égale et garantie dans les deux Etats. C'est le but que les parties à l'Accord s'étaient fixé et s'étaient réciproquement garanti.

La République d'Italie invoque également l'article 7 de la Convention de Vienne sur la vente internationale du 11 avril 1980 qui prévoit que lors de l'interprétation de cette Convention son caractère international devra être considéré, de même que devront être considérés la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et la conformité à la bonne foi dans le commerce international.

Dans ses dernières écritures, la République d'Italie a ajouté qu'il convient de distinguer l'aspect substantiel de la reconnaissance des investissements et de leur réglementation, de l'aspect simplement procédural. L'aspect substantiel de l'initiative entrepreneuriale et donc de la reconnaissance substantielle des investissements des sujets de l'autre Etat contractant, en tant que réalité économique consentie sur son territoire et, donc, ayant droit à protection et promotion aux termes du traité, doit nécessairement être uniforme en Italie et à Cuba. Voilà pourquoi, le renvoi à l'Article 1, alinéa 1 de l'Accord de 1993 aux lois et règlements de l'Etat dans lequel il y a un investissement, ne peut être compris, du point de vue substantiel, que comme un renvoi à l'ordre public interne.

Par contre, il ne fait aucun doute que les Etats parties à l'Accord sont libres de réglementer la procédure au travers de laquelle l'opérateur économique de l'autre Etat est admis à opérer sur son territoire. Le renvoi à l'Article 1 alinéa 1 doit également être compris dans ce sens. Cependant, cette réglementation procédurale ne doit pas être telle qu'elle nierait la protection substantielle de l'investissement étranger, et par conséquent violerait l'Accord de 1993. C'est ce qui s'est passé dans les cas dénoncés par le Gouvernement italien.

La clause doit être lue et interprétée dans son contexte, en se référant à son préambule où sont exprimées les intentions des Etats signataires. Ainsi la clause stipule que par investissement on entend :

- a) *"indépendamment de la forme juridique choisie et de l'ordonnancement juridique de référence"*
 - c'est-à-dire en faisant abstraction du moyen de réalisation, pourvu qu'il comprenne l'entrée de capitaux dans l'Etat signataire de l'Accord et, en définitive, pourvu qu'il comprenne l'établissement à cet endroit d'intérêts économiques ;
 - et en faisant abstraction du fait qu'il ait lieu en Italie ou à Cuba. La notion d'investissement ne peut donc qu'être identique en Italie et à Cuba ;
- b) *"Chaque bien investi par des personnes physiques ou morales d'une partie contractante dans le territoire de l'autre"* : par conséquent il ne peut y avoir de distinction pour un même bien selon qu'il sera investi en Italie ou à Cuba ;
- c) *"En conformité avec les lois et les règlements de cette dernière"* : l'interprétation qui doit être donnée à cette stipulation est que l'apport d'intérêts économiques de sujets de l'Etat signataire ne doit pas être contraire à la législation d'ordre public du pays récepteur ; c'est-à-dire qu'il ne doit pas tomber sous le coup d'interdictions relevant du droit pénal.

L'Article 2 prévoit que chaque partie contractante encouragera les investisseurs de l'autre partie à investir dans son territoire et surtout qu'elle leur donnera les autorisations conformes

à sa législation. Ainsi, tout investisseur doit avoir été autorisé et donc doit avoir accompli son investissement conformément à la législation locale en vigueur.

La notion d'investissement est clarifiée à l'alinéa 2 du paragraphe 1 de l'Article 1, aux lettres a) et e). Il s'agit de biens mobiliers, immobiliers, droits réels, de crédits, titres et autres. Donc de biens et, de façon plus générale, d'intérêts économiques des sujets d'un Etat contractant, à partir du moment où ils sont introduits sur le territoire d'un autre Etat, sous n'importe quelle forme qui ne soit pas interdite. La République d'Italie en conclut que quand un sujet fournit des biens ou des services italiens directement à des sujets cubains, il "investit" dans le territoire cubain ses intérêts économiques. S'il ne réussit pas à en tirer un juste profit ou s'il subit directement une perte de leur valeur, du fait d'un comportement hostile ou obstructionniste plus ou moins caché du Gouvernement local, la violation de l'Accord apparaît évidente.

Si la loi cubaine n'a pas assuré la protection de ces cessions de biens et services, alors la République de Cuba a violé l'Accord.

38. La République d'Italie s'oppose à l'argument de la République de Cuba selon lequel les "cas" de la compétence du Tribunal Arbitral seraient seulement "*Caribe & Figurella*" et "*Finmed*", cas dans lesquels des investissements directs ont été réalisés, au sens de la Loi 77 de 1995, dans une société mixte.


Le Tribunal Arbitral doit connaître de tous les "cas" abordés dans la demande. En effet, dans tous les cas, les entreprises établissant ou tentant d'établir leur activité à Cuba (cas 7, 8 et 9) ou fournissant des biens (cas 1, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13 et 16) ou des services (cas 14 et 15) à des entreprises, des entités ou organismes dépendant plus ou moins directement du Gouvernement cubain, ont de toute façon "investi" légalement sous des formes diverses leurs capitaux sur le territoire cubain et doivent recevoir protection au sens de l'Article 1.

Dans ses dernières écritures, la République d'Italie souligne que les cas "*Cristal vetro S.A.*" et "*Pasta y Salsas que Chevere*" traitent également de l'implantation à Cuba d'une entreprise pour la production de biens au travers de l'investissement de capitaux italiens. Donc dans ces deux cas aussi le Tribunal Arbitral sera compétent.

Limiter la protection du Traité à des investissements directs ou indirects dans des entreprises cubaines mixtes ou exclusivement de capital italien, et donc exclure les contrats de vente, de fourniture de biens ou de services, serait contraire à la bonne foi, contraire aux finalités de l'Accord et non équitable, la finalité de l'Accord étant de faciliter les échanges économiques entre les deux Etats.

Selon la République d'Italie peu importe que l'investissement ait été réalisé par une personne de nationalité étrangère aux signataires, du moment que les capitaux sont italiens (cas "*Finmed*"); aussi, l'alinéa 4 de l'Article 1 de l'Accord de 1993 qui parle de "*personne morale*" doit être interprété comme comprenant non seulement celles qui investissent directement dans l'autre Etat, mais également celles qui investissent indirectement au travers d'une autre personne morale.

La protection et la promotion de l'Accord de 1993 doit concerner toutes les initiatives et opérations économiques dans lesquels sont en jeu les intérêts des sujets qui les auraient réalisés.



La République d'Italie rappelle que, subsidiairement, elle demande que la Défenderesse soit condamnée à lui verser une indemnité aux termes des principes sur l'enrichissement sans cause. La République de Cuba n'a d'ailleurs pas répondu sur ce point.

39. Quant à la seconde exception préliminaire par laquelle la République de Cuba nie qu'il existe une politique de l'Etat cubain hostile aux investisseurs italiens, la République d'Italie estime qu'il ne s'agit pas d'une exception préliminaire, mais d'une défense au fond.

La République d'Italie insiste sur le fait que dans 15 cas il y a eu violation de l'Accord de 1993 comme démontré ci-dessus et donc que le comportement hostile de la République de Cuba ne peut être nié. Le fait que dans des cas plus nombreux des italiens aient pu sans difficulté s'établir sur le territoire cubain ne démontre en rien le contraire.

De plus la République d'Italie prétend avoir reçu plus de plaintes que les cas dénoncés mais avec une documentation insuffisante.

Selon la République d'Italie, il suffit d'une seule violation pour fonder un recours.


40. Par ailleurs, le Gouvernement italien prétend que le fait que le cas "*Caribe and Figurella*" fasse l'objet d'un arbitrage devant la Cour d'Arbitrage du Commerce Extérieur de Cuba ne constitue pas un obstacle à l'admissibilité de ce cas dans cet arbitrage, car la République d'Italie agit dans son propre intérêt faisant valoir un de ses pouvoirs et un de ses droits.

41. Quant à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la République d'Italie souligne que pour qu'elle soit applicable, encore faut-il que soit prouvée l'existence, dans l'ordonnancement juridique de l'Etat, de recours effectifs qui, s'ils étaient exercés, permettraient de trouver une solution à la violation des obligations internationales en matière de traitement de l'étranger.

En effet, la République d'Italie reconnaît que sur la base de la jurisprudence de la Cour internationale de justice, l'épuisement des voies de recours internes est un principe reconnu de droit international coutumier. Cependant, il appartient à l'Etat défendeur de rapporter la preuve de l'existence de recours effectifs. Or, la République d'Italie relève, au principal, que la République de Cuba n'a pas rapporté une telle preuve.

Subsidiairement, la République d'Italie souligne 3 éléments qui en droit international délimitent la sphère d'application de cette règle : (a) elle n'est pas applicable quand un Etat agit pour faire valoir une atteinte à un de ses droits subjectifs ; (b) il peut y être dérogé par traité ; (c) pour que l'exercice du recours interne interdise l'examen de la responsabilité internationale de l'Etat par un tribunal international, il faut que le recours en cause existe et qu'il soit effectif, ces conditions étant cumulatives.

(a) Cette règle n'est pas applicable dans les litiges où l'Etat fait valoir une atteinte à un de ses droits subjectifs. En effet, cette règle ne peut être applicable que lorsque l'Etat agit pour la protection diplomatique de ses nationaux, car les recours ne peuvent être exercés que par des individus. Elle ne peut être appliquée à un Etat qui a recours à un Tribunal Arbitral sur une question d'interprétation et d'application d'un Traité (cf. *Air Services Agreement, France v. United States of America* 1978, U.N.R.I.A.A., vol. XVIII, p.415 et *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, I.C.J. Reports, 1988, p.29 § 41).



En l'espèce, la République d'Italie agit afin que soit admise la responsabilité de la République de Cuba et afin de défendre ses droits subjectifs prévus à l'Accord de 1993. C'est seulement par voie accessoire et indirecte qu'elle tente d'obtenir un résultat favorable aux investisseurs.

(b) Selon la République d'Italie, il peut être dérogé à cette règle par traité, à partir du moment où résulte de ce traité une volonté évidente des parties d'en exclure l'application. Cette solution est largement admise dans la pratique. Cette volonté peut être tacite ou implicite. En l'espèce, il résulte du fait que la seule condition pour que le litige soit soumis à l'arbitrage est qu'il ait été soumis à un règlement amiable, que les parties ont clairement entendu exclure l'application de la règle en question.


De plus, cette interprétation ressort de considérations d'ordre systématique, ainsi que des principes coutumiers selon lesquels les traités internationaux doivent être interprétés de bonne foi et conformément à leur objet et leur but. Or, les parties contractantes ont sans aucun doute prévu l'hypothèse dans laquelle les investisseurs privés exerceraient des recours juridictionnels prévus par l'ordonnancement juridique de l'Etat où l'investissement est pratiqué.

Par ailleurs, l'Article 9 de l'Accord de 1993 donne une alternative à l'investisseur entre un "*tribunal compétent*" et un collège arbitral. Par conséquent, ces investisseurs n'ont pas pour obligation d'avoir recours aux juridictions cubaines ou italiennes. Il serait donc illogique d'exiger de la République d'Italie qu'elle respecte cette règle alors qu'elle fait valoir la responsabilité de la République de Cuba aux termes de l'Article 10 de l'Accord et qu'elle tente d'obtenir un résultat favorable à ses investisseurs. Le fait que l'hypothèse d'avoir recours aux juridictions internes n'ait pas été considérée par les parties prouve que celles-ci n'ont pas retenu comme applicable la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

On arrive au même résultat en appliquant le principe de droit coutumier selon lequel la bonne foi et le but poursuivi par l'Accord constituent des paramètres d'interprétation de cet Accord. L'Accord en question, comme de nombreux autres, tente de renforcer la perspective de règlement des litiges qui pourraient naître des rapports entre investisseurs et Etat destinataire de l'investissement. Ces litiges doivent être résolus conformément à la bonne foi et rapidement, ceci dans l'intérêt (économique, financier et politique) de l'Etat impliqué. Il est au contraire évident que la règle d'épuisement des voies de recours internes aurait pour effet de paralyser l'examen du Tribunal Arbitral *ad hoc* et produirait un résultat inconciliable tant avec le but premier de l'Accord, qu'avec l'exigence d'interprétation de bonne foi. L'Accord de 1993 constitue une *lex specialis* incompatible avec l'application de la règle générale d'épuisement des voies de recours internes.

(c) Enfin, la République d'Italie allègue que le recours interne doit être effectif. La règle ne joue que quand un organe a la possibilité d'effacer le dommage. Ceci résulte de la pratique et d'une jurisprudence abondante. Selon la République d'Italie, il n'y a pas en l'espèce de recours effectif. Elle cite pour exemple le cas "*Icemm*" dans lequel les tribunaux locaux n'ont toujours pas rendu de décision. Or, si la durée d'une procédure interne est indéfinie et qu'un terme n'est pas prévisible pour le prononcé de la sentence, le recours ne peut être regardé comme effectif. De même, il résulte du cas "*Cristal Vetro SA*" que la décision n'a pas été rendue dans des conditions d'impartialité, ce qui permet également de conclure selon la pratique que le recours n'est pas effectif.

La doctrine a également pu préciser qu'on ne peut prétendre au respect de cette règle en présence d'un déni de justice. Le Gouvernement italien reproche à la République de Cuba un tel déni de justice, en violation des Articles 2, par. 1, 2 par. 2 et 5, par. 1 de l'Accord et du principe coutumier qui oblige les Etats à concéder sur leur territoire une protection



juridictionnelle aux droits subjectifs invoqués par les étrangers et en particulier les investisseurs protégés par des accords *ad hoc*.

La République d'Italie allègue que le manquement à l'obligation d'épuisement des voies de recours internes doit être vu comme une exception de prétexte dépourvue de tout fondement.

42. La République d'Italie confirme qu'elle a respecté les dispositions de l'Article 10 de l'Accord de 1993 relatives à la recherche d'une solution amiable. Des tentatives ont été exercées à divers niveaux : par l'Ambassade d'Italie à Cuba, par le Ministère des Affaires Etrangères à l'égard de l'Ambassade cubaine à Rome, par des membres du Gouvernement italien s'entretenant à ce sujet avec des membres du Gouvernement cubain (p. 3 et 4 du premier mémoire).

Selon la République d'Italie, la conciliation en droit international n'est pas une condition nécessaire et préliminaire aux autres moyens de résolution des litiges mais un moyen autonome. Un tel recours n'est pas prévu à l'Accord de 1993.


De plus, la République d'Italie ne comprend pas comment la République de Cuba peut invoquer un processus de conciliation entre les Etats si elle allègue d'un défaut de légitimation active de la demanderesse d'un point de vue procédural.

43. Quant à l'allégation de la République de Cuba selon laquelle la République d'Italie a dénoncé une série de questions commerciales qui n'ont pas été l'objet des Notes du 16 mai 2003, la République d'Italie a déjà répondu que ces notes n'avaient pas pour fonction de "formaliser" la demande d'arbitrage.

Se référant à la question du Tribunal Arbitral de savoir si la compétence du Tribunal Arbitral était limitée aux affaires "*Caribe and Figurella*" et "*Finmed*", la République d'Italie dit ne pas comprendre la raison sous-jacente à cette question. Si elle est liée à la position de la République de Cuba selon laquelle seuls ces cas seraient des investissements conformément à l'Accord de 1993, la République d'Italie répond qu'il a été démontré que tous les cas invoqués étaient des investissements aux termes de l'Accord ; donc la compétence du Tribunal Arbitral n'est pas limitée aux cas "*Caribe & Figurella*" et "*Finmed*".

Si elle est liée à la position de la République de Cuba selon laquelle dans la Note du 16 mai 1993, l'arbitrage n'était demandé que pour les cas "*Caribe & Figurella*" et "*Finmed*", la République d'Italie soutient pareillement que l'arbitrage ne peut être limité à ces deux cas. En effet, les Notes du 16 mai 2003 n°2231 et 2232 n'avaient pas la nature d'une demande d'arbitrage. La demande d'arbitrage a été formulée pour la première fois le 7 janvier 2004. Il n'y a pas d'interdiction d'extension de la demande d'arbitrage à l'Article 10 de l'Accord, pas plus que dans les règles du Tribunal Arbitral dictées avant l'adoption du Règlement d'arbitrage ou par ce même Règlement. De plus, aucun règlement de procédure arbitrale internationale ne prévoit une telle interdiction.

Bien que la République d'Italie nie avoir "*étendu*" sa demande d'arbitrage, elle précise que les règles CNUDCI en leur article 20 ne prévoient dans cette hypothèse que la limite selon laquelle la demande amendée ou étendue ne doit pas dépasser le cadre de la clause compromissoire. Cet article laisse au Tribunal Arbitral la faculté de déclarer inadmissible l'extension ou l'amendement pour des questions d'opportunité. Ceci doit être exclu en l'espèce puisque le mémoire introductif italien contient les demandes relatives aux 16 cas soumis à la décision du Tribunal Arbitral.



De plus, les demandes de la République d'Italie sont basées sur une attitude prolongée et répétée des autorités cubaines en violation de l'Accord de 1993. La gravité de cette violation peut-être appréciée au vu de la diversité des actes et comportements illicites des autorités cubaines, aux termes du Traité. Par ailleurs, la limite prévue à l'article 20 des règles CNUDCI coïncide avec le cadre de la compétence des arbitres défini par la clause compromissoire et non pas avec les demandes formulées dans la Notification d'Arbitrage. De plus, le Requête d'Arbitrage est un document plus précis qui peut donc comporter des ajouts par rapport à la Notification d'Arbitrage. En l'espèce il peut-être considéré que la "*richiesta d'arbitrato*" constitue la Notification d'Arbitrage et que la "*memoria introduttiva del giudizio*" constitue la Requête d'Arbitrage.

D'autre part, le rejet par le Tribunal Arbitral n'intervient qu'exceptionnellement quand les nouvelles demandes sont frivoles ou vexatoires.

La République d'Italie souligne que la prétendue extension de la demande d'arbitrage est intervenue *in limine litis* ; la Défenderesse ne peut donc avoir subi aucune atteinte à son droit de défense, étant donné qu'elle a pu l'exercer pleinement depuis le premier mémoire en défense.


44. En conséquence, la République d'Italie demande à ce que la République de Cuba soit déboutée de toutes ses exceptions préliminaires.

2. Position de la République de Cuba

45. La République de Cuba allègue avoir répondu et répondre régulièrement et avec bonne foi aux objectifs, à la lettre et à l'esprit de l'Accord.

Selon la République de Cuba, la demande d'arbitrage est sans objet car il n'existe aucune politique de l'Etat cubain orientée contre les investisseurs italiens. La République de Cuba appuie cette affirmation sur le nombre croissant d'entrepreneurs italiens qui ont acquis le titre d'investisseurs dans le pays et qui continuent de pratiquer leurs activités normales dans le cadre légal offert aux investissements étrangers dans la République de Cuba. Concernant le montant des moyens financiers engagés, à partir de l'année 2000 les investisseurs italiens ont occupé la première place de façon continue.

A l'examen du développement de chaque investissement italien approuvé à Cuba et de leur évolution à la lumière des autorisations données ponctuellement par le Gouvernement pour les mener à bien, on observe que sur le total des associations économiques internationales de capital italien (51), au moins 17 ont demandé et obtenu de l'autorité ayant approuvé l'investissement les modifications suivantes : transmissions de droits réels (4) ; exonérations fiscales et douanières pour la période de reprise de l'investissement et pour l'introduction des équipements utilisés (10) ; modifications pour l'extension de l'objet social initialement autorisé (8) ; extensions de la période de validité autorisée (5) ; et changement d'associés qu'ils soient cubains ou étrangers, ou transfert d'actions entre les associés (9). Seules 3 demandes de modification de l'objet social ont été refusées, celles-ci étant liées à l'approbation des facultés d'importer des produits finis, à leur commercialisation sur le territoire cubain ou à la restriction de l'objet social. Deux grandes opérations de fusion par absorption ont été enregistrées à Cuba auxquelles ont participé des investissements de capitaux italiens, ce qui démontre une consolidation des programmes de promotion des investissements depuis l'Accord entre les deux gouvernements.



De 1991 - date du premier investissement italien - à nos jours, aucun litige entre investisseurs cubains et italiens parties à un investissement étranger qui n'ait été résolu par négociation directe ou en ayant recours à la voie convenue dans les contrats d'association, n'a été rapporté. Pas plus que des demandes d'investisseurs italiens contre l'Etat cubain.

En plus de cette présence d'investisseurs et coexistant avec elle, dès le début des années 90 on a constaté à Cuba une importante présence commerciale italienne. Ainsi 57 représentations ou succursales de sociétés commerciales ou entrepreneurs individuels ont été autorisés à réaliser des opérations commerciales sur le territoire national.

46. Selon la République de Cuba, la République d'Italie a déformé avec mauvaise foi la réalité des faits. De plus, en franche contradiction avec la conduite, les intentions et les satisfactions obtenues par les investisseurs à Cuba, la République d'Italie a politisé tout ce qui est exposé dans sa demande.


47. Répondant à la question du Tribunal Arbitral quant à la légitimation active de la République d'Italie, la République de Cuba relate que dans sa demande d'arbitrage la République d'Italie invoquait l'Article 10 paragraphe 2 de l'Accord qui permet la constitution du Tribunal Arbitral *ad hoc* uniquement quand le litige intervient entre deux Etats contractants et concerne l'interprétation et l'application de l'Accord. Puis, dans sa réplique, elle prétend que son mémoire introductif comprend deux demandes : une de la République d'Italie même et l'autre en vertu de la protection diplomatique des investisseurs, c'est-à-dire au nom et pour le compte de ces pseudo-investisseurs. Ce qui contredit de façon flagrante le principe de l'intégrité de la demande.

La République de Cuba considère que la République d'Italie ne pouvait réclamer qu'en son propre nom, au terme de l'Article 10 de l'Accord, conçu pour régler les différends inter-Etats sur son interprétation et/ou son application après l'échec des tentatives de règlement amiable prévues au paragraphe 2.

Le manque de légitimation active de la République italienne constitue un défaut d'autonomie relative, et en tant qu'élément de la personnalité active comme passive, il doit être apprécié par le Tribunal Arbitral *ab initio*.

La République de Cuba conteste que les conditions soient réunies pour qu'elle puisse être le sujet passif d'une demande basée sur l'Accord de 1993. Pour que la République d'Italie puisse se prévaloir de l'Accord de 1993, il aurait fallu qu'elle invoque un investissement italien à Cuba et non un autre type d'affaire. Pourtant, il résulte clairement des documents soumis par la Demanderesse que "*Caribe & Figurella Projects s.r.l.*" n'est pas un investissement selon la loi cubaine et que Finmed s.r.l. est une entreprise constituée à Dublin, Irlande, et qu'il ne s'agit donc pas d'une personne morale italienne (on verra plus bas que la République de Cuba considère que l'arbitrage ne peut concerner que ces deux cas).

48. En outre, selon la République de Cuba, l'Accord de 1993 n'est pas applicable aux faits invoqués par la République d'Italie. En effet, les faits en question ne peuvent être qualifiés d'investissements et ne concernent pas des investisseurs tels que définis par les normes applicables. Ceci répond à la question du Tribunal Arbitral de savoir si la République d'Italie peut se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993.



Selon la République de Cuba, sa position est confirmée par la doctrine – comme l'auteur espagnol Hermenegildo Alfozano García-Figueron – selon laquelle pour déterminer le champ d'application objectif de l'Accord, il est nécessaire de procéder à un examen rigoureux de la législation spécifique du pays récepteur.

La République de Cuba prétend qu'il n'existe pas de concept unique, étatique de l'investissement étranger. Le concept a changé avec le temps alors que se modifiaient les relations économiques. Aussi a-t-il été nécessaire de délimiter sa portée. L'Accord de 1993 procède à une limitation des investissements permis au regard de la loi du pays "récepteur".

Selon la République de Cuba, il convient de faire application des termes des traités internationaux qui sont la loi des parties. On ne peut pas donner à ces termes un sens différent de celui convenu et contraire à la loi du pays destinataire des investissements qui reprend les termes du traité et les complète.

Quand un traité bilatéral en matière d'investissement prévoit que ses dispositions s'appliquent uniquement aux investissements réalisés en conformité avec les lois et règlements du pays récepteur, cela suppose que les investisseurs étrangers respectent la législation du pays destinataire de l'investissement, et par là-même que l'investissement protégé par l'application du Traité est uniquement celui qui se trouve être compatible avec la politique de développement du pays récepteur.

La République de Cuba allègue qu'aux termes de l'Article 1, paragraphe 1 de l'Accord, il faut s'en remettre à la loi du pays récepteur. Les prétendues clarifications portées aux lettres a) et e) restent soumises au cadre général du terme "investissement" et ne pourront être invoquées qu'en considération de la définition de laquelle elles résultent.

L'Accord de 1993 dispose en son Article 1, par. 1 que :

"Como "inversión" se comprende, independientemente de la forma jurídica elegida y del ordenamiento jurídico de referencia, cualquier tipo de bien invertido, por persona física o jurídica de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de este última".

Ainsi, selon la République de Cuba, cet article suppose qu'il faut s'en remettre à la loi nationale d'une des Parties Contractantes, c'est-à-dire pour Cuba à la Loi n°77 du 5 septembre 1995 dénommée "Loi de l'investissement étranger" et à ses dispositions complémentaires.

L'article 2 de cette loi donne la définition suivante des investissements étrangers : *"Aportes de capital realizados por inversionistas extranjeros, en cualquiera de las formas previstas en esta Ley".*

Et l'article 11 :

"Se consideran inversiones de capital extranjero, a los efectos de esta ley :

- a) *las inversiones directas, en las que el inversionista extranjero participa de forma efectiva en la gestión de una empresa mixta o de capital totalmente extranjero y las que constituyen aportaciones suyas en contratos de asociación económica internacional ; y*
- b) *las inversiones en acciones, o en otros títulos-valores, públicos o privados, que no tienen la condición de inversiones directas".*

Et, quant à la forme juridique de ces investissements, l'article 12 prévoit :

"Artículo 12 : las inversiones extranjeras adoptarán alguna de las formas siguientes :

- a) Empresa mixta ;
- b) Contrato de asociación económica internacional ; y
- c) Empresa de capital totalmente extranjero. (Sic.)".

Ainsi, la République de Cuba en déduit qu'il ne fait pas de doute que la législation nationale oblige l'investisseur étranger à ce que les investissements directs comme indirects adoptent une des formes prévues ci-dessus. L'Accord de 1993, en définissant le concept d'investissement par référence aux lois du pays récepteur, reconnaît les conditions et les limites de ces règles, dont la plupart étaient bien connues avant la promulgation de cette Loi 77 de 1995. De plus, selon la République de Cuba, l'interprétation des traités qui utilisent cette référence à la loi nationale, doit être rapprochée de l'objectif consistant à garantir que chaque investissement soit en conformité avec la politique de développement économique et social du pays, ce qui suppose une connaissance parfaite de la législation nationale relative aux investissements.

Par ailleurs, la définition de l'investisseur dans l'Accord de 1993 comme étant la personne physique ou morale d'une Partie Contractante qui a réalisé, réalise ou a l'intention de réaliser des investissements dans le territoire de l'autre Partie Contractante, est également soumise au concept d'investissement tel que défini par la loi du pays récepteur.

En outre, pour invoquer la protection d'un investissement déterminé, il doit exister un fondement légitime reconnu par la législation.

Aussi, la République de Cuba en conclut que les cas soulevés par la République d'Italie ne sont pas des investissements ou ne concernent pas des investisseurs et que donc l'Accord de 1993 ne leur est pas applicable.

Par ailleurs, pour qu'il y ait investissement, deux conditions procédurales doivent être remplies : l'autorisation exigée pour réaliser des investissements étrangers sur le territoire cubain concédée par le Comité Exécutif du Conseil des Ministres ou par une Commission désignée par cet Organe (Article 21, Loi 77) ; l'acte d'enregistrement obligatoire (Article 6, Rés. 230/02) – c'est seulement après enregistrement que la personnalité morale est acquise et qu'on peut dire qu'il y a investissement étranger à Cuba.

Dans le cas "*Caribe & Figurella Projects s.r.l.*", il n'y a eu ni autorisation ni enregistrement. Il ne peut donc s'agir d'un investissement étranger à Cuba. Il n'est donc pas protégé par l'Accord de 1993.

Le cas "*Finmed s.r.l.*" concerne un investissement étranger irlandais et non italien. Cette entité irlandaise a été reconnue par l'autorité cubaine habilitée, au moment de l'approbation de la constitution de l'entreprise mixte Medi Club s.a.

Aux termes de l'article 12 du Code Civil cubain, doivent être appliquées aux sociétés les règles de droit de l'Etat conformément auxquelles elles ont été constituées. La société Finmed S.r.l. n'étant pas enregistrée, le Gouvernement italien ne peut représenter les intérêts d'une société irlandaise laquelle a procédé à un investissement à Cuba sous la forme d'une entreprise mixte.

49. De plus, la République de Cuba estime qu'accepter l'interprétation que la République d'Italie fait de l'Accord serait ignorer les différences naturelles et historiques qui existent entre le commerce et les investissements, différences reconnues par le système multilatéral du commerce depuis son existence, soit un demi-siècle. Ainsi, l'*Accord sur les mesures en matière d'investissements rattachés au Commerce*, qui en tant qu'annexe fait partie de l'*Accord de Marrakech* qui a donné naissance à l'OMC, a été adopté sous la considération que devaient être mises en place les dispositions nécessaires afin d'éviter les effets de restriction et de distorsion du commerce résultant des mesures prises en matière d'investissements. De même, un Groupe de travail pour étudier les rapports entre le Commerce et les Investissements a été établi à la suite de la Conférence Ministérielle de 1996 à Singapour. La République de Cuba mentionne également le point de vue de l'UNCTAD dans son examen des caractéristiques du rapport entre investissement étranger direct, IED, et le commerce, dans sa publication *"Inversión Extranjera Directa y Desarrollo"*.

50. Selon la République de Cuba, l'investissement étranger selon les concepts dégagés par l'OMC, recouvre l'introduction de capitaux, technologies et connaissances spécifiques en matière de gestion et de commercialisation. C'est pourquoi les pays, et plus particulièrement les pays en voie de développement, habituellement récepteurs d'investissements, doivent avoir la possibilité de sélectionner et de canaliser l'investissement étranger conformément à leurs intérêts et leurs priorités nationales.

Ce concept, repris par diverses institutions a également été repris par la République de Cuba en 1982 dans sa législation sur les investissements et l'adoption qui s'en est suivie des Accords bilatéraux qui permettent de conserver le principe de sélection des investissements. La Défenderesse s'oppose à ce que la République d'Italie puisse recevoir la protection prévue à l'Accord de 1993 pour des activités commerciales qui se différencient en tout d'un investissement et qui impliquent moins de risques que les activités d'investissement et supposent moins de frais irrécupérables. Elle rappelle qu'en application des normes et pratiques de l'OMC les gouvernements se voient dans l'obligation de maintenir leur politique commerciale à l'intérieur des limites fixées.


La République de Cuba souligne que son interprétation est partagée par tous les pays qui utilisent ce type d'accord.

Par ailleurs, toute négociation d'un APPRI est précédée d'une explication détaillée des lois nationales des pays en cause ; ainsi il a toujours été clair que Cuba depuis 1982 avait une législation particulière en la matière et que tout acte de commerce ne constituait pas un investissement.

La Défenderesse s'oppose à l'argumentation de la République d'Italie selon laquelle le fait de s'en remettre à la loi du pays récepteur signifierait respecter l'ordre public interne.

51. La République de Cuba soutient que la demande d'arbitrage doit être limitée aux cas *"Caribe and Figurella Project, s.r.l."* et *"Finmed s.r.l."* aux termes des Notes 2231 et 2232 du 16 mai 2003. Elle rejette donc comme *"tendancieuses"* les allégations relatives aux autres exemples.

Dans son Mémoire en Duplique, se référant à la page 11, 1^{er} paragraphe, du Mémoire en Réplique, la République de Cuba souligne la mauvaise foi de la Demanderesse qui allègue avoir soumis au Tribunal Arbitral deux demandes : une, en vertu de la protection diplomatique des investisseurs concernés qui auraient subi un traitement qui viole l'Accord de 1993, l'autre, propre à l'Etat italien.



La République de Cuba en conclut que, par son Mémoire en Réplique, la Demanderesse prétend introduire une demande qui n'est pas prévue dans l'arbitrage entre États en cause, mais qui au contraire correspond à un autre type de procédure.

52. Dans le cas "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*", la République de Cuba maintient que l'Accord de 1993 n'est pas applicable, étant donné qu'il s'agit d'une relation de type commercial et non d'un investissement. Cette relation commerciale est née de deux contrats commerciaux de location d'équipements et d'un bureau d'étude technique, signés par des entités de nationalités différentes, ce qui détermine son caractère international mais ne signifie pas qu'il s'agisse d'un investissement étranger.


Le premier contrat fut signé le 31 octobre 1998 entre Grupo Hotelero Gran Caribe S.A., société privée jouissant d'une personnalité juridique et d'un patrimoine propre, et Caribe and Figurella Project s.r.l. constituée spécialement pour la signature de ce contrat. Ce contrat était soumis à une condition suspensive selon laquelle la partie italienne devait fournir tout une série de documents financiers et juridiques. La partie italienne n'ayant pas produit ces documents, le contrat est caduc.

Le deuxième contrat fut signé le 3 septembre 1999 entre l'Hôtel Habana Libre Tryp, partie de Grupo Hotelero Gran Caribe, administré par une entité étrangère, et Caribe and Figurella Project, s.r.l. Cette relation contractuelle fut résolue par l'Hôtel conformément aux stipulations contractuelles.

La République d'Italie a fait allusion à deux interventions d'organes publics dans cette affaire : le retrait de la licence commerciale à Caribe and Figurella Project s.r.l. et le défaut de réponse de la Chambre de Commerce à une demande d'autorisation pour l'établissement d'une succursale.

Quant au retrait de la licence, la République de Cuba souligne qu'il ne s'agissait pas d'un acte dirigé contre la société italienne, vu que cette licence devait être demandée, et l'a été, par l'Hôtel. La République de Cuba relate que la licence a été concédée pour une activité d'institut de beauté. Cependant, une inspection du Ministère du Commerce a révélé que l'activité quasi-exclusive de l'institut était la prestation de services de tatouages non prévus dans ce type de centre. Aussi, l'inspecteur a décidé de retirer à l'Hôtel sa licence commerciale. 20 jours plus tard, les autorités compétentes ont rendu ladite licence à condition que le service de tatouage soit supprimé jusqu'à ce qu'une décision définitive soit adoptée. Ainsi, la République de Cuba soutient que l'intervention des autorités compétentes n'a ni été arbitraire ni discriminatoire, mais en conformité avec le droit et avec une volonté évidente de ne pas provoquer de préjudices inutiles.

Quant à l'intervention de la Chambre de Commerce, la République de Cuba rappelle que, selon l'article 10 du Décret 206 de 1996, une société, pour être inscrite au Registre, doit procéder à certaines formalités dont : confirmer l'activité commerciale développée les 5 dernières années, lister les entités nationales avec lesquelles elle négocie et le volume d'opérations réalisées dans les 3 dernières années. La société italienne n'a respecté aucune de ces formalités. Cependant, ce règlement prévoit qu'à titre exceptionnel, le Ministère du Commerce Extérieur, sur demande de la plus haute autorité des organismes de l'Administration Centrale de l'Etat, peut autoriser l'inscription sans que les formalités aient été respectées. En l'espèce, c'est le Ministère du Commerce Intérieur qui a fait la démarche. Cependant, une telle demande étant soumise à des raisons de convenance ou à l'intérêt économique du pays, elle n'a pu être accueillie, ce qui n'est en rien une intervention discriminatoire. De plus, cela n'empêche pas que la société continue de développer ses



relations commerciales avec des entités cubaines. Cependant, la notification de cette décision n'a jamais pu se réaliser, le représentant de l'entité italienne n'ayant indiqué ni domicile légal ni numéro de fax.

La République de Cuba souligne que la République d'Italie omet de signaler les cas dans lesquels les organismes de l'Etat sont intervenus en sa faveur, comme le Ministère de l'Intérieur ou encore le Ministère du Tourisme intervenu pour une prolongation du séjour du représentant de la société italienne. A cet égard, la République de Cuba soutient que les craintes de ce dernier quant à la possibilité qu'on lui interdise d'entrer sur le territoire sont infondées, celui-ci étant entré à Cuba en décembre 2003 et son séjour s'étant prolongé jusqu'en mars 2004.


Aussi, s'agissant d'un contrat privé qui prévoit comme mode de résolution des conflits l'arbitrage de la "*Corte de Arbitraje adscrita a la Cámara de Comercio de la Republica de Cuba*", le litige doit être soumis à cette Cour. Tant le représentant de Caribe and Figurella Project s.r.l. que les représentants du Gouvernement italien admettent qu'une demande a été présentée à cette Cour. Cependant, le représentant de Caribe and Figurella Project s.r.l. y a fait obstacle en n'honorant pas la clause compromissoire.

53. Dans le cas "*Finmed s.r.l.*", la République de Cuba rappelle que la société mixte Medi Club s.a. est constituée à 50% de la société irlandaise Finmed Ltd. L'accord de 1993 ne vise pas les investissements italiens dont les opérations se réalisent au travers de sociétés constituées dans des Etats tiers. Le Gouvernement italien n'a donc pas d'intérêt à agir au nom d'une société irlandaise, même si ses actionnaires sont italiens (cf. Cour Internationale de Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Ltd*, 24 juillet 1964).

La République de Cuba relate que Finmed Ltd a subi une restructuration interne, de nouveaux actionnaires ayant pris de manière progressive une grande importance jusqu'à prendre le contrôle de la société. M. Adriano Filippi, alors qu'il avait été président de Medi Club s.a. depuis le 27 mai 1996 s'est trouvé exclu de la société en septembre 1999. Ce dernier ne peut donc plus agir au nom de Finmed Ltd. La République de Cuba s'oppose à l'applicabilité de l'article 13, 5) de la Loi n°77 du 5 septembre 1995. En effet, si la composition interne de l'actionariat de Finmed Ltd a changé, les associés de Medi Club s.a. sont restés les mêmes : Finmed Ltd et Cubanacan SA.

Lors d'une assemblée générale du 28 août 1998, M. Adriano Filippi et son épouse ont demandé à ce que Finmed Ltd soit remplacée par Finmed s.r.l. dans Medi Club s.a.. A cette occasion, Cubanacan SA a formulé les requêtes et notifications exigées par la procédure applicable, conformément à la loi cubaine et aux statuts de la société mixte, à la suite de quoi des décisions furent prises. Quelques heures plus tard, M. Filippi et son épouse ont demandé à modifier les accords adoptés lors de l'assemblée et ont proposé, plutôt qu'une substitution, que la société italienne Finmed s.r.l. soit incorporée comme troisième associé avec la propriété de 50% des actions sur lesquelles Finmed Ltd aurait un droit de souscription préférentiel. Cubanacan précisa de nouveau les formalités nécessaires selon la loi nationale. Une correspondance ultérieure réitérait ces conditions et exigeait que cette demande soit confirmée et inscrite dans un accord des organes de la direction de Finmed Ltd, mais cette condition ne fut jamais satisfaite d'où l'annulation un an plus tard des décisions prises lors de l'assemblée du 28 août 1998.

La République de Cuba conteste l'argument de la République d'Italie selon lequel M. Onorino Rampinini aurait assumé illégalement la représentation de Finmed Ltd avec l'appui de Cubanacan. Cubanacan n'a joué aucun rôle dans les décisions prises au sein de Finmed Ltd.



La République de Cuba souligne que tous les apports à Medi Club s.a. ont été réalisés par ses associés : Cubanacan SA et Finmed Ltd, et aucun n'a été réalisé à titre personnel ou par une entité différente des associés.

M. Filippi a voulu politiser cette affaire. Il a été accueilli à plusieurs reprises par les autorités gouvernementales de la République de Cuba. Mais le défaut de fondement légal a rendu impossible l'action de Finmed s.r.l. contre l'Etat cubain pour le préjudice prétendument subi lié à un investissement étranger.

De plus, les statuts de Medi Club prévoient une clause de résolution des litiges par devant la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale qui n'a jamais été évoquée.


Selon la Loi 77 du 5 septembre 1995, chaque investissement étranger à Cuba est soumis à une procédure précise pour autorisation, qui relève de la compétence du Comité Exécutif du Conseil des Ministres. Cette procédure garantit que les investissements correspondent à la politique fixée par l'Etat. Chaque investissement autorisé doit être enregistré. Le contrat de location n'obéit pas à ce régime car il ne s'agit pas d'un investissement, de même que Finmed s.r.l. n'est pas un investisseur, étant donné que la partie étrangère de la société mixte Medi Club s.a. est une société irlandaise.

54. La République de Cuba allègue qu'elle a toujours soutenu que les deux exemples ci-dessus examinés n'emportaient pas l'application de l'Accord de 1993 et que les différends y relatifs devaient être résolus selon les conventions des parties. Telle a été sa position au mois de juin 2002, dans un entretien sur le cas "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*"; en décembre 2002 dans le même "cas"; en mars 2003 toujours dans le même "cas"; dans une note du Vice-Président du Conseil d'Etat du 12 février 2003 soulignant que cette affaire devait être soumise à la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de la République de Cuba et que la société Finmed s.r.l. n'avait aucune relation juridique avec Cubanacan ni de marchés à Cuba et que donc aucune action du Gouvernement cubain n'affectait Finmed s.r.l..

55. Dans son Mémoire en Duplique, quant à ces deux "cas", la République du Cuba soulève que la République d'Italie a démontré qu'elle ne comprenait pas la véritable nature des actes au centre de ce conflit et refuse de comprendre les procédures légales auxquelles les étrangers doivent se soumettre. En effet, la Demanderesse confond la procédure d'autorisation d'inscription à la Chambre de Commerce, à laquelle doivent se soumettre toutes les sociétés étrangères qui envisagent de s'établir à Cuba, avec la licence que doivent obtenir les établissements qui offrent des types de services déterminés à Cuba, concédée exclusivement aux établissements et non aux succursales de sociétés étrangères.

La République de Cuba rejette la thèse du renvoi aux "*considérations de fait apportées par les administrateurs*" de ces sociétés, en ce qu'elle dissimule une intention de légitimer une modalité de subrogation non prévue à l'Accord.

56. Par ailleurs, le 27 juin 2003, par Note Verbale n°2623, le Gouvernement cubain a déclaré au Gouvernement italien que les conversations qualifiées par ce dernier de tentatives de conciliation, ne constituaient pas en elles-mêmes la procédure adéquate pour la conciliation entre les Etats qui, selon l'Article 10 de l'Accord de 1993, devait être demandée par notification écrite au travers des canaux diplomatiques.



A cet égard, dans son Mémoire en duplique, la République de Cuba rappelle qu'aux termes de l'Article 10.1 de l'Accord, les différends nés de l'interprétation et de l'application de l'Accord doivent être résolus au moyen de consultations amiables, au travers des canaux diplomatiques. De plus l'Article 10.2 stipule que si les différends ne peuvent être résolus dans les 3 mois suivant la notification écrite à l'autre partie, chacune des parties pourra solliciter la constitution d'un tribunal ad hoc.

Selon la République de Cuba, la Défenderesse en présentant sa demande d'arbitrage est bien loin des considérations de bonne foi qui ont motivé la signature de l'Accord et la prévision dans celui-ci de la conciliation par voie de consultations amiables.

Il n'existe aucun écrit envoyé par voie diplomatique dans lequel serait sollicitée du Gouvernement cubain par le Gouvernement italien, une conciliation par consultations amiables sur les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'APPRI ; ni aucun écrit envoyé par voie diplomatique par le Gouvernement italien qui ferait connaître à la République de Cuba ses considérations sur les prétendues violations systématiques de l'Accord.

Tous les écrits et réunions invoqués par la Demanderesse ne sont que des entrevues au cours desquelles la République Italienne demandait à différentes autorités cubaines d'intervenir pour faciliter la recherche d'une solution amiable aux litiges intervenus entre les entrepreneurs.

57. La République de Cuba soutient que la République d'Italie n'a pas épuisé les recours internes et qu'elle ne peut donc recourir à la protection diplomatique.

En effet, pour arriver au point qu'un Etat doive intervenir auprès d'un autre Etat afin de protéger ses nationaux, selon les termes de l'accord bilatéral adopté à cet effet, cette demande devra avoir été précédée de l'épuisement des voies de recours légales offertes à l'investisseur étranger par l'ordonnancement juridique du pays où s'effectue l'investissement. Cela n'a pas été le cas en l'espèce.

Selon la République de Cuba, ce principe jouit d'une totale acceptation tant par la doctrine que par la jurisprudence. Ainsi un arrêt de la Cour Internationale de Justice, en 1959, "*Interhandel*", a pu préciser que : "*Avant d'avoir recours à la juridiction internationale, il a été considéré comme nécessaire que l'Etat dans lequel l'atteinte a eu lieu puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordonnancement juridique interne*".

Même parmi les auteurs qui déduisent de la signature d'un APPRI une renonciation au principe de l'épuisement des voies de recours internes, il est largement admis que pour que s'applique la règle prévue à cet accord quant au règlement des litiges, les conditions d'applicabilité dudit accord doivent être rigoureusement remplies. Si l'APPRI est applicable, la disponibilité des tribunaux et autres moyens alternatifs locaux disposés à et capables de résoudre des questions spécifiques indépendamment des parties ne peut en aucune façon être un obstacle à l'examen du fond du litige par un tribunal international.

Cependant, la République de Cuba estime qu'une interprétation de bonne foi des dispositions de l'APPRI amène à reconnaître le défaut d'applicabilité des règles de l'Accord aux situations de faits invoquées par la République d'Italie. En effet, celle-ci a qualifié d'investisseurs des personnes qui ne le sont pas. Ces personnes auraient dû épuiser les recours internes permettant de résoudre leurs litiges commerciaux particuliers et qui sont prévus dans les documents constitutifs ou contractuels au travers des clauses d'attribution

de compétence pour le règlement des litiges qui pourraient naître lors du déroulement du marché.

Ainsi, dans le cas "*Caribe & Figurella Project s.r.l.*", les parties ont décidé de s'en remettre à la Cour d'Arbitrage du Commerce Extérieur attachée à la Chambre de Commerce de la République de Cuba. La partie cubaine a d'ailleurs soumis un litige à cette Cour, une sentence a été rendue en sa faveur. Dans le cas "*Finmed*", les parties s'en sont remis à l'arbitrage sous l'égide de la CCI, mais aucune n'y a eu recours.

58. Concernant la responsabilité internationale de Cuba invoquée par la République d'Italie, la République de Cuba allègue avoir toujours agi conformément aux principes généraux et aux règles de droit international. Les arguments développés par la République d'Italie ne sont pas valables car ils ne peuvent être appliqués à la conduite des organes de la République de Cuba.

Concernant le projet d'Article sur la responsabilité internationale des Etats joint à la Résolution de l'Assemblée Générale de l'ONU, la République de Cuba souligne, quant à son applicabilité, que cette Résolution fait la précision suivante : "*sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro medida, según corresponda*". De plus, dans le cas cité par la République d'Italie, les parties avaient expressément accepté les règles découlant de ce projet d'Article. Ainsi, ce projet d'Article ne peut être considéré comme norme de droit international. Par ailleurs, la République de Cuba refuse de se référer aux décisions du Tribunal Iran / Etats-Unis, les décisions de ce dernier devant être considérées comme "*lex specialis*".

59. Quant à la théorie du "*rattachement suffisant*" invoqué par République d'Italie, qui rend imputable à la République de Cuba les agissements des organes de l'Etat, cette dernière rappelle que pour qu'il y ait un comportement illicite il doit y avoir violation d'une obligation internationale de l'Etat en question, en l'espèce violation de l'Accord de 1993. Or, parmi les agissements cités par la République d'Italie, aucun n'est contraire à cet Accord qui renvoie à la loi nationale.

D'autre part, la République d'Italie allègue que la même théorie rend imputable à la République de Cuba les agissements des entités cubaines. La République d'Italie argue à cet effet de la question de la "*levée du voile*". Or, ce principe n'est appliqué que quand une société est utilisée comme instrument pour fraude, abus de droit ou illicéité, ce qui ne correspond en rien aux exemples cités par la République d'Italie.

La République de Cuba conteste également l'argument de la République d'Italie sur la propriété des entreprises cubaines. Les normes cubaines reconnaissent l'indépendance respective de l'Etat et des sociétés qu'elles soient créées par lui ou non.

De plus, la République d'Italie a reconnu dans l'Accord de 1993 la personnalité juridique de ces entités (Article I. 4). Arguer du contraire serait agir contre ses propres actes (principe de l'estoppel).

60. La République de Cuba expose ses demandes comme suit dans sa réponse à la Demande d'Arbitrage du 26 avril 2004 :

"Primero : que se declare No Haber Lugar a la Demanda interpuesta por la República Italiana contra la República de Cuba, dada su falta de aplicación y carencia de presupuestos fácticos y legales.

Segundo : Que además, se declare :

- 1) Que la solicitud arbitral propuesta por la República Italiana, sólo se circunscribe a los ejemplos mostrados respecto a Caribe and Figurella Project, s.r.l. y FINMED, s.r.l. y a ningún otro.
- 2) Que resulta improcedente la aplicación del APRI CUBA-ITALIA, en tanto los supuestos de hechos sobre los que se sostiene la Demanda no están relacionados con inversiones y/o inversionistas a que se refiere dicho Acuerdo.
- 3) Que el objeto de la Demanda, al no existir una política del Estado Cubano orientada contra los inversionistas italianos, es totalmente inexistente.
- 4) Que aquellos que figuran como partes en los contratos referidos en la Demanda, no agotaron las vías que les conceden los procedimientos internos según lo pactado.
- 5) Que el Estado Cubano no ha violado el APPRI CUBA-ITALIA, ni en su letra ni en su espíritu, en relación con la Demanda y los ejemplos que en la misma se invocan por la República Italiana.
- 6) Que al no tener carácter vinculante que obligue a la República de Cuba la Resolución A/RES/56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, no resulta aplicable dicha disposición al caso que examina El Tribunal Arbitral.
- 7) Que el Estado Cubano no ha incurrido en responsabilidad internacional alguna, dada la inexistencia de hechos ilícitos que le sean imputables a la República de Cuba de los que resulte la violación de los compromisos contraídos en virtud del APRI CUBA-ITALIA.


Tercero : Que consecuentemente y derivado de los pronunciamientos precedentes, se desestimen las pretensiones de la Demandante, con relación a la exigibilidad de resarcimiento por daños o satisfacción alguna, advirtiendo y declarando en ese sentido también la improcedencia de su solicitud de restituito in integrum.

Cuarto : Que la República de Cuba no debe satisfacción alguna, indemnización o pago a la República Italiana por motivos de su proceder respecto a la interpretación o aplicación del APPRI CUBA-ITALIA al que se contrae la Demanda.

Quinto : Por último, que se obligue a la República Italiana al pago de las costas procesales y a retractarse diplomáticamente, a modo de resarcimiento, por el daño moral que ha ocasionado a la República de Cuba en virtud del establecimiento de su Demanda."

B) DECISION DU TRIBUNAL ARBITRAL

61. Comme annoncé aux parties au cours de la réunion de procédure du 28 septembre 2004 et par l'Ordonnance de procédure n°2, cette sentence a pour objet de trancher les questions préliminaires suivantes :

- (1) La légitimation active de la République d'Italie ;
 - (2) La République d'Italie peut-elle se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993 ?
- 

- (3) La République de Cuba peut-elle opposer le fait que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées ?
- (4) La compétence du Tribunal Arbitral est-elle limitée les affaires "Caribe & Figurella" et "Finmed" ?

(1) La légitimation active de la République d'Italie

62. Pour contester la légitimité active de la République d'Italie, la République de Cuba estime que celle-ci, aux termes des dispositions de l'Article 10 de l'Accord ne peut agir qu'en son nom propre, pour obtenir que soient tranchés des problèmes d'interprétation ou d'application de l'Accord. Toujours selon la République de Cuba, la République d'Italie ne saurait agir en vertu de la protection diplomatique des investisseurs ou, selon elle, de pseudo investisseurs. Or, la République d'Italie prétend à la fois défendre les droits propres que lui confère l'Accord et les intérêts des investisseurs italiens, sur le fondement de la protection diplomatique.


63. Le Tribunal Arbitral constate à la majorité que la République de Cuba ne conteste pas la légitimité active de la République d'Italie pour soumettre, en son nom propre, au Tribunal Arbitral tout problème d'interprétation et d'application de l'Accord. Ceci inclut nécessairement, entre autres, la définition de la notion d'investissement selon l'Accord, l'exigence contestée de l'épuisement des voies de recours internes et l'étendue de la compétence du Tribunal Arbitral, questions abordées ci-après dans la présente sentence. La légitimité active de la République d'Italie est donc établie à cet égard. De même il ne fait aucun doute non plus que la République d'Italie a une légitimation active quand elle demande de constater la violation de l'Accord et qu'il soit ordonné à la République de Cuba qu'elle s'abstienne de toute violation dudit Accord, ce que la République d'Italie qualifie comme le premier fondement de sa demande.

64. En revanche, la légitimation active de la République d'Italie quand il s'agit pour cette dernière de demander une condamnation de la République de Cuba à indemniser des préjudices subis par les nationaux italiens, personnes physiques ou morales, mérite un examen plus approfondi.

En effet, se pose alors la question de savoir si, en se fondant sur les termes de l'Accord de 1993, la République d'Italie peut invoquer la protection diplomatique et donc agir en lieu et place de ses nationaux, ce que la République de Cuba conteste.

65. On relèvera tout d'abord qu'à l'origine le concept de protection diplomatique a été institué afin de permettre à une personne privée qui n'a pas accès à la protection du droit international, de demander à l'Etat, dont elle est un ressortissant, qu'il la protège et qu'il défende ses intérêts au niveau international.

Cependant, comme l'a relevé la sentence rendue sous l'égide du CIRDI le 17 juillet 2003 dans l'affaire CMS c/ Argentine, « la protection diplomatique elle-même s'est affaiblie en droit international contemporain, puisque l'Etat de nationalité n'est plus considéré comme protégeant son propre intérêt dans la demande mais celui de la personne privée affectée. Dans une certaine mesure, la protection diplomatique intervient comme un mécanisme résiduel, auquel il y a lieu de recourir en l'absence d'autres engagements reconnaissant aux personnes privées un droit d'action direct. C'est précisément ce genre de mécanisme qui



prévaut de plus en plus en droit international, en particulier à l'égard des investissements internationaux, l'exemple le plus significatif étant celui de la Convention de 1965 ».

Or, l'Article 9(2) de l'Accord reconnaît aux investisseurs le droit d'agir au plan international en saisissant un tribunal arbitral tel qu'établi aux paragraphes 3 et 5 de son Article 10. Il y a donc lieu de s'interroger sur le point de savoir si cette disposition n'interdit pas à l'Etat dont ressortissaient les investisseurs d'exercer la protection diplomatique dans le cadre de l'arbitrage inter-étatique prévu à l'Article 10 de l'Accord.

Une réponse positive s'impose si l'investisseur a saisi le tribunal arbitral. La règle est bien établie s'agissant des procédures d'arbitrage CIRDI, ainsi que l'a souligné la décision du 16 mai 1986 dans l'affaire *AMCO c/ Indonésie* : "... l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant ne peut exercer son droit de protection diplomatique tant que se déroule la procédure d'arbitrage CIRDI et même au delà de celle-ci, à l'égard de l'Etat contractant qui se conforme à la sentence CIRDI ...". L'absence dans l'Accord d'une disposition semblable à l'article 27 de la Convention de Washington de 1965 n'empêche pas l'application de ce principe par analogie.

Il en irait de même si l'investisseur avait accepté à l'avance de se soumettre à l'arbitrage international comme le lui permet l'Article 9(2) de l'Accord.


Cependant, l'existence même de l'Accord n'implique pas une telle acceptation. En effet, son Article 9(2) offre à l'investisseur l'option suivante :

- soit saisir le tribunal compétent de l'Etat dans lequel est né le litige ;
- soit recourir à l'arbitrage international visé à l'Article 10.

Aussi doit-il être considéré que tant que l'investisseur ne s'est pas soumis à l'arbitrage international contre l'Etat d'accueil, son droit à la protection diplomatique subsiste. Par conséquent, dans cette hypothèse, la République d'Italie a intérêt à agir au lieu et place de ses ressortissants, au titre de la protection diplomatique. Si elle entend exercer cette prérogative en raison d'une violation alléguée par la République de Cuba de l'Accord, elle est en droit de le faire dans le cadre de l'arbitrage international visé à son Article 10 pour autant que les conditions d'application de l'Accord soient par ailleurs remplies.

66. Bien entendu, il conviendra de vérifier, lors de l'étude du fond des prétentions des parties, si pour chacun des "cas" soumis les conditions de la mise en jeu de la protection diplomatique sont remplies, c'est-à-dire qu'il y ait eu un comportement de la République de Cuba portant atteinte aux intérêts et aux droits de personnes physiques ou morales de nationalité italienne. Ceci suppose essentiellement : un comportement fautif de la République de Cuba, ce qui peut impliquer l'exigence de l'épuisement des voies de recours locales (i.e. les tribunaux ou organes judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, en ce compris les tribunaux arbitraux), ainsi qu'on le verra ci-après, et une atteinte aux droits et intérêts de personnes physiques ou morales de nationalité italienne.

67. Le Tribunal Arbitral conclut donc à la majorité que la République d'Italie est en droit d'agir dans cette procédure arbitrale pour obtenir, en son nom propre, que soient tranchés par le Tribunal Arbitral des problèmes d'interprétation et d'application de l'Accord et lorsqu'elle prétend exercer la protection diplomatique de ses ressortissants, à condition que les conditions d'application de l'Accord soient remplies et que ses ressortissants ne se soient pas soumis à l'arbitrage international visé à l'Article 10 de l'Accord.



68. Par ailleurs, la République de Cuba conteste que la République d'Italie soit en droit d'agir devant le Tribunal Arbitral pour n'avoir pas respecté la procédure relative à la conciliation entre les Etats qui, selon l'Article 10 de l'Accord, aurait dû être demandée par notification écrite au moyen des canaux diplomatiques. La République d'Italie allègue, quant à elle, avoir respecté son obligation de soumettre tout litige à une conciliation amiable, se fondant sur ses demandes écrites adressées à diverses autorités cubaines qui ont parfois été suivies d'entretiens mais sans arriver à une solution amiable.


Le problème soulevé n'est pas en réalité un problème de légitimité active, c'est-à-dire de droit ou d'intérêt à agir. C'est un problème de recevabilité de la demande d'arbitrage introduite par la République d'Italie. Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il soit traité dans cette partie de la sentence.

69. Cette exception d'irrecevabilité doit être examinée à la lumière des dispositions pertinentes de l'Article 10 de l'Accord. Il faut reconnaître qu'elles ne sont pas particulièrement claires, ce qui explique sans doute les interprétations divergentes qu'en donnent les parties.

A cet égard, il convient de distinguer soigneusement le premier paragraphe de l'Article 10 de son deuxième paragraphe.

70. L'Article 10(1) pose le principe général que les litiges entre les parties contractantes, c'est-à-dire les Etats cubain et italien, doivent, dans la mesure du possible, être réglés à l'amiable, par voie de consultation au moyen des canaux diplomatiques. Aucune procédure pour ce faire n'est précisément définie et la durée de ces consultations n'est enfermée dans aucun délai. Il est exact que le texte espagnol de l'Accord indique que les litiges doivent être "conciliés" ("*conciliados*"), mais la méthode retenue pour y parvenir – des consultations amiables entre les parties au niveau diplomatique – ("*consultas amigables de las dos partes a traves de los canales diplomaticos*") montre bien que l'on ne vise pas une procédure de conciliation. Le texte italien de l'Accord, qui fait également foi, plus clair, le confirme. Il dispose que les litiges devront, dans la mesure du possible, être réglés à l'amiable par voie diplomatique "*essere, per quanto possibile, amichevolmente comporte per via diplomatica*". On ne saurait donc voir dans l'Article 10(1) de l'Accord l'exigence d'une procédure de conciliation préalable à l'introduction d'un arbitrage.

71. En revanche, l'Article 10(2) concerne directement la recevabilité d'une demande d'arbitrage, puisqu'il indique que seront soumis à un tribunal arbitral *ad hoc* les litiges qui n'ont pu être réglés à l'amiable dans un délai de 3 mois après qu'une des parties en ait fait la demande. L'une ou l'autre des parties peut prendre l'initiative de déclencher la procédure arbitrale. Cette disposition ne fixe aucune procédure à suivre dans la recherche d'un règlement amiable du différend et encore moins n'exige, comme semble le penser la République de Cuba, une conciliation préalable à l'arbitrage. Le délai de 3 mois qu'elle contient s'apparente plutôt à un délai de grâce, qui court à partir du moment où une partie a notifié à l'autre par écrit l'existence du litige et sa disposition à le régler à l'amiable. Il n'est même pas nécessaire que des négociations entre les parties aient effectivement lieu, mais seulement qu'elles aient été rendues possibles par la notification de l'existence du litige et par l'indication, par l'auteur de la notification, qu'il était prêt à négocier. A l'échéance du délai de 3 mois, le litige peut être soumis à un tribunal arbitral.



72. Le Tribunal Arbitral constate que la République d'Italie n'a pas respecté cette disposition à la lettre. En effet, elle a initié la procédure d'arbitrage par deux Notes Verbales du 16 mai 2003, soumises au Tribunal Arbitral en langue espagnole, rédigées dans des termes identiques en ce qui concerne respectivement les cas "Finmed s.r.l." et "Caribe and Figurella Project s.r.l.". Le texte en est reproduit ci-après :

"La Embajada de Italia saluda muy atentamente al Honorable Ministerio de Relaciones Exteriores y, al hacer referencia al Acuerdo para la Protección y la Promoción de las Inversiones entre el Gobierno de la República italiana y el Gobierno de la República de Cuba, del 7 de mayo de 1993, que entró en vigor el 23 de agosto de 1995, tiene el honor de comunicar que el Gobierno italiano, considerando la imposibilidad de resolver, tanto con las iniciativas llevadas a cabo por parte de la sociedad interesada, como por la vía diplomática, así como con las numerosas intervenciones realizadas por parte de esta Embajada, el contencioso entre la sociedad italiana "FinMed S.r.l." [ou "Caribe and Figurella Project S.r.l."] y la "Corporación Cubanacan S.A." [ou el Grupo Hotelero "Gran Caribe S.A."], ha decidido recurrir al arbitraje internacional, según lo previsto por el art.10 del mencionado Acuerdo.


Al respecto, el Gobierno italiano considera que las intervenciones efectuadas por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores italiano y por parte de esta Embajada constituyen intentos de conciliación por vía amistosa contemplados en el art.10, párrafo 1 del Acuerdo, y que por tanto, el período de tres meses previsto en el párrafo 2 del citado art.10, al fin de la conciliación amistosa de la controversia en cuestión, haya trascurrido inútilmente.

La Embajada de Italia al agradecer anticipadamente la atención que se brindará a cuanto expresado recuerda que, a partir de la fecha de recepción de la presente Nota por parte del Registro de Entrada de ese Honorable Ministerio, decorrerá el término de dos meses en el cual las dos Partes deberán nombrar un miembro del Tribunal Arbitral según el art. 10 párrafo 3 del Acuerdo.

La Embajada de Italia hace propicia la oportunidad para renovar al Honorable Ministerio de Relaciones Exteriores el testimonio de su más alta y distinguida consideración".

73. Ces Notes Verbales ne sauraient être considérées comme la notification visée à l'Article 10(2) de l'Accord. Tout au contraire, la République d'Italie y déclare que le délai de 3 mois mentionné dans ce texte est échu et qu'elle a décidé de soumettre à l'arbitrage international les cas "Finmed s.r.l." et "Caribe and Figurella Project s.r.l.". De fait, la République d'Italie y fait une confusion entre les consultations amiables par la voie diplomatique évoquée au premier paragraphe de l'Article 10 et le délai de grâce du deuxième paragraphe. Il résulte que la République de Cuba avait parfaitement raison de souligner, dans sa Note Verbale du 27 juin 2003 que, contrairement à ce que prétendait la République d'Italie, les Notes Verbales du 16 mai 2003 ne faisaient pas courir le délai de 2 mois applicable à la nomination d'un arbitre et devaient être considérées comme le point de départ du délai de 3 mois de l'Article 10(2).

74. Le Tribunal Arbitral n'en conclut cependant pas que la demande d'arbitrage de la République d'Italie est irrecevable. En effet, les conséquences de sa décision prématurée, d'un point de vue formel, de recourir à l'arbitrage doivent être appréciées avec flexibilité à la lumière des faits qui l'ont précédée et l'ont suivie. Il n'est pas contesté qu'au moins depuis le mois de novembre 2000, par exemple dans le cas "Caribe and Figurella s.r.l.", différents échanges sont intervenus entre les parties pour rechercher une solution amiable aux difficultés prétendument rencontrées à Cuba par des entreprises italiennes. A cet égard, on pourrait même considérer que la lettre du 11 mars 2002 de l'Ambassade d'Italie à la Havane au Vice-Président de la République de Cuba, dans laquelle il exprime le souhait que le cas "Finmed" fasse l'objet d'une négociation amiable constitue la notification écrite de l'Article



10(2). On ne saurait non plus ignorer à cet égard l'entretien du même Ambassadeur, le 11 juin 2002 avec le Premier Vice-Ministre de Cuba pour les investissements étrangers et la coopération au sujet du cas "*Caribe and Figurella s.r.l.*", où il a été demandé que soit recherchée une solution amiable.

Mais surtout, il convient de souligner que dans sa Note du 15 juillet 2003, par laquelle elle nommait un arbitre, la République d'Italie précisait rester disponible pour une solution négociée. De la même façon, si par Note du 16 juillet 2003, la République de Cuba nommait un conciliateur, elle nommait en même temps un arbitre. Il apparaît donc qu'à compter du 15 juillet 2003, les deux parties avaient exprimé leur disposition à trouver une solution amiable aux cas "*Finmed*" et "*Caribe and Figurella s.r.l.*", tout en procédant parallèlement à la constitution du Tribunal Arbitral. Ce n'est finalement que le 12 janvier 2004 que la République d'Italie a déposé son Mémoire en Demande. Rien n'empêchait donc qu'entre le 15 juillet 2003 et cette dernière date, des négociations amiables, auxquelles chacune des parties s'était déclarée disposée, puissent avoir lieu et aboutir.

75. Compte tenu de ces diverses circonstances de fait, le Tribunal Arbitral estime que le non-respect par la République d'Italie de la lettre de l'Article 10(2) de l'Accord ne justifie pas que sa demande d'arbitrage soit déclarée irrecevable, tout au moins en ce qui concerne les deux cas, "*Finmed*" et "*Caribe and Figurella s.r.l.*", objet des Notes Verbales du 16 mai 2003. Quant aux autres cas, le problème sera étudié ultérieurement dans la présente sentence, à l'occasion de l'examen de l'exception d'incompétence dont ils sont l'objet de la part de la République de Cuba.

(2) La République d'Italie peut-elle se prévaloir en l'espèce de la notion d'investissement au sens de l'Accord de 1993 ?

76. Selon la République de Cuba, l'Accord ne s'appliquerait qu'aux opérations économiques qualifiées d'investissement étranger par la loi cubaine, plus précisément la Loi n°77 du 5 septembre 1995. La République d'Italie conteste ce point de vue en estimant que la notion d'investissement visée par l'Accord est beaucoup plus large et doit être appréciée selon les critères de la bonne foi. Elle qualifie d'investissement au sens de l'Accord tout intérêt économique d'un ressortissant d'un Etat contractant sur le territoire de l'autre Etat.

77. En tant que Traité International, l'Accord est une source de Droit International, génératrice de droits et obligations pour chacune des parties : la République d'Italie et la République de Cuba. Son texte doit être en premier lieu interprété à la lumière des dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le Droit des Traités qui, sur ce point, exprime le contenu du droit coutumier.

La Convention de Vienne contient des règles d'interprétation qui se fondent sur trois principes de base : (i) la bonne foi, (ii) la primauté du texte du Traité complété par la règle selon laquelle les mots doivent recevoir leur sens ordinaire et (iii) l'objet et les objectifs du Traité.

C'est à la lumière de ces principes, confortés par la jurisprudence internationale, que le Tribunal Arbitral doit définir la notion d'investissement visé par l'Accord.



78. Le premier paragraphe de l'Article 1 (intitulé "Définitions") de l'Accord définit la notion d'investissement comme suit :

- dans la version espagnole :

"Como "inversión" se comprende, independientemente de la forma jurídica elegida y del ordenamiento jurídico – de referencia, cualquier tipo de bien invertido, por – persona física o jurídica de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última.


En este marco de tipo general, el término "inversión" indica :

- "a) bienes muebles e inmuebles, como también cualquier otro derecho real, incluidos, mientras sean utilizables para inversiones, los derechos reales de garantía sobre propiedad de terceros ;*
- b) títulos, acciones, obligaciones, cuotas de participación y todo otro título de crédito así como documentos de estado y públicos ;*
- c) créditos financieros por sumas de dinero o cualquier otro derecho para obligaciones o servicios con valor económico así como también los provechos de inversiones, así como en el sucesivo punto 5 del presente artículo ;*
- d) derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, Know-how, secretos comerciales, nombres comerciales y goodwill ;*
- e) cualquier derecho de tipo económico conferido por la ley o por contrato y cualquier licencia y concesión de acuerdo a las leyes sobre ejecución de actividades económicas, incluyéndose la prospección, cultivación, extracción y explotación de los recursos naturales."*

- dans la version italienne :

"Per "investimento" si intende, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta e dall'ordinamento giuridico di riferimento, ogni bene investito, da persone fisiche o giuridiche di una Parte contraente nel territorio dell'altra, in conformità delle leggi e dei regolamenti di quest'ultima.

In tale contesto di carattere generale, il termine "investimento" indica :

- "a) beni mobili ed immobili, nonché ogni diritto reale compresi, per quanto impiegabili per investimento, i diritti reali di garanzia su proprietà di terzi ;*
 - b) titoli, azioni, obbligazioni, quote di partecipazione ed ogni altro titolo di credito nonché titoli di Stato e titoli pubblici in genere ;*
 - c) crediti finanziari per somme di denaro a qualsiasi altro diritto per obbligazioni o prestazioni, aventi valore economico, nonché, come definiti nel successivo punto 5 del presente articolo, i redditi da investimento;*
 - d) diritti d'autore, marchi commerciali, brevetti, designs industriali ed altri diritti di proprietà intellettuale ed industriale, know-how, segreti commerciali, la ditta e l'avviamento;*
 - e) ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza e concessione rilasciata in conformità a vigenti disposizioni per l'esercizio di attività*
- 

economiche, comprese quelle di prospezione, coltivazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali."

79. L'article 2 de la Loi cubaine n°77 du 5 septembre 1995, intitulé "*Ley de inversiones extranjeras*" définit les investissements étrangers comme suit :

"Aportes de capital realizados por inversionistas extranjeros, en cualquiera de las formas previstas en esta Ley".

Son article 11 précise :

"Se consideran inversiones de capital extranjero, a los efectos de esta ley :

- a) *las inversiones directas, en las que el inversionista extranjero participa de forma efectiva en la gestión de una empresa mixta o de capital totalmente extranjero y las que constituyen aportaciones suyas en contratos de asociación económica internacional ; y*
- b) *las inversiones en acciones, o en otros títulos-valores, públicos o privados, que no tienen la condición de inversiones directas".*

Son article 12 fixe la forme que doit adopter l'investissement étranger, dans les termes suivants :

" las inversiones extranjeras adoptarán alguna de las formas siguientes :

- a) *Empresa mixta ;*
- b) *Contrato de asociación económica internacional ; y*
- c) *Empresa de capital totalmente extranjero. "*

La loi exige par ailleurs l'approbation des investissements étrangers par le Comité Exécutif du Conseil des Ministres et le Décret 230 leur enregistrement au Registre des Investissements.

80. Les dispositions de cette loi ne peuvent être utilisées pour définir la notion d'investissement au sens de l'Accord. En effet, selon les principes énoncés ci-dessus, celui-ci doit être interprété de bonne foi, en accordant la primauté à son texte et en fonction de son objet et de ses objectifs, c'est-à-dire de façon téléologique.

Contrairement à ce que prétend la République d'Italie, le recours à la bonne foi ne confirme l'interprétation d'aucune des parties, l'interprétation proposée par la République de Cuba n'impliquant pas l'absence de bonne foi et encore moins la mauvaise foi.

En revanche la primauté donnée au texte de l'Accord dans le processus d'interprétation exclut nécessairement que la définition de l'investissement soit enfermée dans les limites de la Loi cubaine n°77 de 1995. En effet, l'Article 1 de l'Accord a pris soin de détacher la définition de l'investissement à la fois de la forme juridique choisie et de l'ordre juridique de référence. Par conséquent, qu'elle soit cubaine ou italienne ou d'un Etat tiers, toute définition nationale de l'investissement doit être écartée *a priori*.

Cette approche est conforme à l'objet et aux objectifs de l'Accord qui vise à encourager les investissements entre les deux Etats contractants. Pour qu'ils soient placés sur un pied

d'égalité à cet égard, la notion d'investissement ne doit pas pouvoir varier et fluctuer en fonction des législations nationales de chacun d'entre eux et de leurs évolutions respectives.

C'est pourquoi l'Accord fournit dans la seconde partie de son Article 1^{er} une liste des actifs de toutes sortes qui peuvent faire l'objet d'un investissement, après avoir précisé dans la première partie que la forme juridique et l'ordre juridique applicable ne sont pas à prendre en considération pour apprécier la notion d'investissement. Cependant, si l'Accord décrit de façon fort large l'objet de l'investissement et précise le lieu où il doit être réalisé (le territoire de l'autre Etat contractant), il s'abstient de donner une définition de l'acte d'investir en se contentant, de façon tautologique, d'indiquer que l'on doit entendre par investissement "*tout bien investi*". [*"Per investimento si intende.....ogni bene investito"* ; "*Como inversión se comprende...cualquier tipo de bien invertido....*"].

81. Il appartient donc au Tribunal Arbitral de rechercher dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine une définition de la notion d'investissement compatible avec les dispositions de l'Accord, son objet et ses objectifs.

Ces sources permettent de constater que, sauf dispositions contraires spécifiques d'un Traité Bilatéral de protection des Investissements, trois éléments sont requis pour que l'on se trouve en présence d'un investissement : un apport, la durée et une prise de risque de la part de l'investisseur (ce dernier doit, au moins en partie, participer aux aléas de l'opération économiques)¹. Ceci permet d'écarter, par exemple, les simples opérations de vente. Or l'Accord ne contient pas de disposition spécifique contraire à cette interprétation de la notion d'investissement.

Cette dernière affirmation ne signifie pas que le Tribunal Arbitral entende ignorer l'exigence de l'Article 1^{er} de l'Accord, selon laquelle l'investissement doit être effectué en conformité avec les lois et règlements de l'Etat dans lequel il a été effectué, ce qui serait incompatible avec le principe d'interprétation international selon lequel une disposition doit être interprétée de façon à lui donner un sens plutôt que de façon à la priver de sens (*ut res magis valeat quam pereat*).

82. Le Tribunal Arbitral considère à la majorité qu'en se référant à la conformité aux lois et règlements de l'Etat hôte, l'Article 1^{er} de l'Accord ne vise pas la définition de l'investissement mais la régularité de sa réalisation. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcé un tribunal arbitral dans l'affaire *Salini c/ Maroc* dans sa Décision sur la compétence du 23 juillet 2001 relative à "*l'Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République italienne relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements*" signé le 18 juillet 1990, dont l'Article 1 est très voisin, quoique non identique, de celui de l'Accord de 1993 entre la République d'Italie et la République de Cuba².

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a décidé qu'il ne pouvait suivre le Royaume du Maroc dans sa thèse selon laquelle l'alinéa 1 de l'Article 1 renverrait à la loi de l'Etat d'accueil de l'investissement pour la définition de celui-ci. Le tribunal arbitral précisa : "*En visant "les catégories de biens investis (...)" conformément aux lois et règlements de la dite partie", la*

¹ Cf. C.A. Michalet « *Les nouveaux cadres de la coopération industrielle* », in les investissements français dans le Tiers Monde, 1984 p.59ss. ; C. Oman, « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement : Etudes du Centre de Développement de l' O.C.D.E.* », 1984 p.14ss. ; D. Carreau et P. Juillard, « *Droit International Economique* », 2003, n° 1091ss.

² Cf. "*La Jurisprudence du CIRDI*", par Emmanuel Gaillard, 2004 p. 621ss .

disposition en cause se réfère à la régularité de l'investissement et non à sa définition. Elle tend notamment à éviter que l'Accord bilatéral protège des investissements qui ne devraient pas l'être, notamment parce qu'ils seraient illicites".


83. Selon l'Accord, seuls les investissements réalisés dans le respect des lois et règlements de l'Etat hôte doivent être encouragés et protégés. Mais la notion d'investissement est préexistante à sa réalisation et à son accueil par l'ordre juridique de l'Etat hôte. Ceci est d'ailleurs encore plus évident s'agissant de l'Accord que s'agissant du Traité italo-marocain interprété dans l'affaire Salini. En effet l'article 1^{er} de ce dernier, dans son énumération des éléments d'actifs considérés comme investissements, exigeait que certains d'entre eux aient fait l'objet de "*contrats approuvés par l'autorité compétente*". Une telle exigence ne figure pas dans l'Accord. On notera aussi à cet égard que les travaux de la CNUCED sur les accords internationaux en matière d'investissements³ montrent que cette approbation peut, selon les Traités, intervenir avant ou après la réalisation de l'investissement. Dans l'Accord soumis à l'interprétation du Tribunal Arbitral, une telle approbation ou autorisation de l'investissement par les autorités de l'Etat hôte n'est pas mentionnée, seul le respect des lois et règlements de l'Etat hôte étant requis. L'interprétation retenue par la Décision rendue dans l'affaire est donc *a fortiori* applicable. On relèvera d'ailleurs que contrairement à celle proposée par la République de Cuba, elle est compatible avec la définition de l'investisseur donnée à l'Article I(2) de l'Accord qui reconnaît cette qualité non seulement à la personne physique ou juridique qui a réalisé un investissement, mais aussi à celle qui réalise ou a l'intention de réaliser un investissement. Or, l'investisseur ainsi défini est en droit de se prévaloir de l'Accord et notamment de son Article 9 relatif à l'arbitrage. L'existence préalable d'un investissement conforme aux lois et règlements d'un des Etats contractant ne se confond donc pas avec la notion d'investissement qui commande l'applicabilité de l'Accord.

84. On ne saurait déduire de ce qui précède que le Tribunal Arbitral entend se désintéresser de la régularité, aux yeux de la Loi cubaine sur les investissements étrangers, des opérations économiques qualifiables d'investissement selon l'Accord. En effet, le Tribunal Arbitral ne pourrait admettre qu'un investissement reçoive la protection de l'Accord de 1993 si celui-ci était illicite. Cependant, le seul défaut d'enregistrement dans le Registre des Investissements étrangers à Cuba ne saurait pas, en soi, priver un investisseur de la protection de l'Accord de 1993 si ledit investisseur avait procédé aux démarches nécessaires mais qu'un refus arbitraire lui aurait été opposé, alors même que selon l'Accord, tel qu'interprété par le Tribunal Arbitral à la majorité, son activité devait être qualifiée d'investissement, c'est-à-dire comportait un apport dans la durée et une participation aux risques de l'opération.

85. L'application d'une telle définition relève du fond de l'affaire. Il y sera donc fait référence, au cas par cas, pour décider de la compétence du Tribunal Arbitral à l'occasion des différents cas qui lui sont soumis.

Le Tribunal Arbitral invite les parties, et plus précisément la Demanderesse, à ne soumettre à l'examen du Tribunal Arbitral que les cas qui s'avèrent être des investissements aux termes de la définition ci-dessus énoncée exigeant un apport, une certaine durée et une participation aux risques de l'opération.

³ CNUCED/ ITE/IIT/11(vol.II), p.24/25, New York et Genève, 2001.



(3) La République de Cuba peut-elle opposer le fait que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées ?

86. La République de Cuba soutient que pour qu'un Etat puisse intervenir auprès d'un autre Etat pour la protection de ses nationaux, cette demande devra avoir été précédée de l'épuisement des voies de recours légales offertes à l'investisseur étranger par l'ordre juridique du pays où s'effectue l'investissement, ce qui ne serait pas le cas de l'espèce.

87. La République d'Italie estime, quant à elle, que cette règle n'est pas applicable quand il s'agit pour un Etat de faire valoir une atteinte à un de ses droits subjectifs, qu'il peut y être dérogé par traité et qu'il faut encore qu'un tel recours existe et qu'il soit effectif.

88. Il semble qu'il y ait eu une confusion dans l'esprit des parties entre l'obligation de l'investisseur d'épuiser les voies de recours internes et l'obligation de l'Etat d'épuiser les voies de recours pour introduire l'arbitrage de l'Article 10 de l'Accord.

Il est indiscutable, tel que relevé par la République d'Italie, que l'Etat agissant pour la défense de ses droits internationaux subjectifs ne peut être obligé à épuiser une quelconque voie de recours dans l'ordre juridique d'un autre Etat, aucune juridiction n'y ayant compétence pour recevoir son action. Aussi ne peut-on lui opposer un tel défaut, même si il fonde la violation de l'Accord qu'il invoque sur des préjudices prétendument subis par des investisseurs particuliers. Que les voies de recours internes aient ou n'aient pas été épuisées par l'investisseur peut être un élément d'appréciation de la réalité de la violation de l'Accord alléguée par la République d'Italie, mais c'est là une question de fait à examiner au cas par cas.

89. En revanche, le fait que les voies de recours n'aient pas été épuisées par les investisseurs, qu'il s'agisse ou non de voies de recours existant dans l'ordre juridique cubain, est de nature à constituer un obstacle à l'exercice de la protection diplomatique.

A cet égard, la République de Cuba invoque, à juste titre, l'arrêt "*Interhandel*"⁴ de la Cour Internationale de Justice rendu en 1959 d'où il résulte, ainsi qu'elle l'indique, qu'avant un recours à la juridiction internationale, il est nécessaire que l'Etat dans lequel une atteinte a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne. S'agissant d'un différend dans lequel le Gouvernement suisse invoquait la protection diplomatique en épousant la cause d'un de ses ressortissants en vue d'obtenir la restitution d'avoirs séquestrés aux Etats-Unis, la Cour déclara que c'était précisément là une situation donnant lieu à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes.

Il en va de même lorsque la République d'Italie ne prétend pas exercer les droits subjectifs que lui confère l'Accord, en invoquant en son nom propre une ou des violations de l'Accord, mais se fonde sur la protection diplomatique pour demander une condamnation de la République de Cuba à indemniser des préjudices qu'auraient subis des investisseurs italiens, personnes physiques ou morales. Elle ne peut le faire que si ceux-ci ont épuisé les recours à leur disposition.

⁴ C.I.J., Rec., 1959; 27.



90. A cet égard, le Tribunal Arbitral ne peut retenir l'argumentation de la République d'Italie selon laquelle il ressortirait de l'Accord de 1993 une volonté évidente des parties d'exclure l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

La République d'Italie base cette conclusion sur l'Article 9 de l'Accord, mais rien dans cette disposition n'indique que les parties aient renoncé au principe de l'épuisement des voies de recours internes. Il offre simplement, ainsi que le Tribunal Arbitral l'a déjà souligné, une option aux investisseurs entre une action devant les tribunaux de l'Etat d'accueil ou devant un tribunal arbitral international. C'est d'ailleurs le fait qu'il ne s'agisse que d'une option, sans obligation pour l'investisseur de porter le litige au plan international, qui permet au droit à la protection diplomatique de subsister. Mais dans ce cas les principes applicables à l'exercice de la protection diplomatique et, notamment l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, doivent être respectés.

91. Ainsi, dans les hypothèses où la République d'Italie demande la condamnation de l'Etat cubain à indemniser des préjudices qu'auraient subis des investisseurs italiens, personnes physiques ou morales, le Tribunal Arbitral devra examiner si le principe de l'épuisement des voies de recours internes (i.e. les tribunaux ou organes judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, en ce compris les tribunaux arbitraux) a été respecté.


Bien entendu, l'application de ce principe suppose que de tels recours existent et qu'ils soient effectifs, ce que la République d'Italie conteste. C'est d'ailleurs bien l'esprit de la Décision de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire "*Interhandel*", invoquée par la République de Cuba où la Cour, en exigeant l'épuisement des recours internes, prend soin de souligner qu'elle attache une importance décisive au fait que la législation des Etats-Unis donne aux intéressés des remèdes adéquats pour la défense de leurs droits contre le pouvoir exécutif.

Cependant il ne s'agit plus là d'une question préliminaire mais d'une question de fond qui devra être examinée au cas par cas.

(4) La compétence du Tribunal Arbitral est-elle limitée aux cas "*Caribe & Figurella*" et "*Finmed*" ?

92. Considérant que les Notes Verbales du 16 mai 2003, ouvrant la période de trois mois préalable à la soumission du litige à un Tribunal Arbitral ne concernait que les cas "*Finmed*" et "*Caribe & Figurella*", la République de Cuba a soulevé une exception selon laquelle le Tribunal Arbitral ne pourrait connaître des autres cas présentés par la République d'Italie dans son Mémoire en Demande. En réalité, il ne s'agit pas d'une exception d'incompétence mais d'une exception d'irrecevabilité, et le Tribunal Arbitral la traitera comme telle, la République de Cuba estimant que la procédure d'introduction des demandes, telle que précisée à l'Article 10 de l'Accord n'a pas été respectée à l'égard des cas non mentionnés dans les Notes Verbales.

Quand bien même les conversations diplomatiques antérieures à l'introduction de la procédure auraient concerné l'ensemble des cas soumis à l'arbitrage (cf. Mémoire en Demande de la République d'Italie p.3 et 4 et plus particulièrement le point 5) p.4), elles relèvent du premier et non du deuxième paragraphe de l'Article 10 de l'Accord. De plus, il est de fait que lesdites Notes Verbales du 16 mai 2003 ne concernaient que les cas "*Caribe &*



Figurella" et *"Finmed"*. Contrairement à ces deux cas où la procédure définie par l'Article 10(2) de l'Accord n'a pas été appliquée à la lettre par la République d'Italie, mais dont l'esprit a toutefois été respecté dans les faits, la République d'Italie ne s'est aucunement préoccupée de cette disposition de l'Accord en introduisant dans son Mémoire en Demande 14 nouveaux cas, ramenés à 13 dans son mémoire du 7 juin 2004.

93. Cependant, le Tribunal Arbitral à la majorité ne peut adopter la conclusion restrictive qu'en tire la République de Cuba. En effet, la question de savoir si les 13 cas non visés dans les Notes Verbales du 16 mai 2003 ont valablement été soumis au Tribunal Arbitral ne doit pas être tranchée à la lumière des dispositions de l'Article 10(2) de l'Accord relatives aux conditions requises pour l'initiation d'une procédure d'arbitrage. La question qui se pose est celle de la recevabilité de demandes nouvelles après qu'une procédure d'arbitrage ait été initiée.

94. L'Accord est silencieux à cet égard. Le Tribunal Arbitral doit donc se prononcer à la lumière des dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le Droit des Traités comme il l'a déjà indiqué.


Les règles d'interprétation de cette Convention se fondent sur trois principes de base : (i) la bonne foi, (ii) la primauté du texte du Traité complété par la règle selon laquelle les mots doivent recevoir leur sens ordinaire et (iii) l'objet et les objectifs du Traité. Le Tribunal Arbitral doit aussi prendre en considération les principes du Droit International, tels qu'exprimés par la jurisprudence internationale et, compte tenu de la nature spécifique du problème qui lui est posé en l'espèce, les principaux règlements d'arbitrage international.

95. Ni des considérations de bonne foi, ni le texte de l'Accord n'offre de solution au problème de la recevabilité de demandes nouvelles dans une procédure déjà initiée. En revanche, l'objet de l'Accord et ses objectifs sont tels qu'il est souhaitable que les difficultés qui opposent les parties en ce qui concerne tant l'interprétation de l'Accord que ses violations alléguées reçoivent des solutions non contradictoires. Ecarter des demandes nouvelles au simple motif qu'elles n'ont pas suivi la procédure de l'Article 10(2) irait à l'encontre de cet objectif d'uniformité, puisque ceci impliquerait l'initiation pour ces demandes nouvelles de procédures d'arbitrage nouvelles sans aucune garantie de ce que les mêmes arbitres seraient nommés. Il en résulterait un risque sérieux de décisions contradictoires.

La nécessité d'éviter qu'un tel risque se matérialise conduit à accepter des demandes nouvelles après que la procédure d'arbitrage ait été initiée, à condition, toutefois qu'elles ne soient pas soumises à une date incompatible avec le respect d'un calendrier de procédure raisonnable et qu'il ne soit pas porté atteinte au droit d'être entendu des parties.

96. Telle est la position adoptée par l'article 20 du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI, évoqué par la République d'Italie. Son texte indique :

"Au cours de la procédure arbitrale, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée au point qu'elle sorte du cadre de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage."



Quand bien même ce règlement n'est pas applicable en l'espèce, il est important non seulement par son origine puisqu'il est recommandé par l'Assemblée Générale des Nations Unies mais surtout parce qu'il est repris dans son intégralité par le Règlement facultatif de la Cour permanente d'Arbitrage de la Haye pour l'arbitrage entre deux États. Or, l'Accord fait référence à cette institution arbitrale en ce qui concerne la désignation des arbitres, ce qui, sans rendre ce Règlement applicable, confirme qu'il est bien connu des deux parties.

De plus, la jurisprudence internationale se prononce dans le même sens. Ainsi, dans l'affaire CIRDI «CMS/Argentine», qui a donné lieu à une décision sur la compétence le 17 juillet 2003⁵, le tribunal arbitral a considéré que les demandes incidentes ou supplémentaires n'avaient pas à être soumises à la période de consultation de six mois prévue au Traité.

Enfin, une telle solution est confortée par le souci d'économie procédurale. Si le Tribunal Arbitral écartait les demandes nouvelles de la République d'Italie, celle-ci serait amenée à présenter une nouvelle demande d'arbitrage pour les cas non examinés par le Tribunal Arbitral, ce qui induirait des coûts supplémentaires pour les deux parties. Il ne fait aucun doute qu'il est de l'intérêt même des parties de limiter les coûts de procédure.

97. En l'espèce, la République d'Italie a soumis des demandes nouvelles, que la République de Cuba souhaite voir écartées de la procédure, avec son Mémoire en Demande, *in limine litis*, c'est-à-dire dans le respect du calendrier établi par le Tribunal Arbitral. Leur examen n'est donc pas de nature à désorganiser la présente procédure arbitrale. Le Tribunal Arbitral à la majorité les déclare donc recevables.

Bien entendu, cette décision ne doit pas porter atteinte au droit d'être entendu de la République de Cuba qui ne s'est pas prononcée sur le fond de ces demandes, doutant de leur recevabilité. Elle pourra le faire dans la seconde phase de la procédure que le Tribunal Arbitral consacrerait au fond du litige, et qui fera l'objet d'un nouvel échange de mémoires.

Il importe de souligner que le Tribunal Arbitral ne se prononce pas, en l'état, sur sa compétence à l'égard de ces demandes particulières, ce qu'il ne fait d'ailleurs pas en ce qui concerne les autres, puisqu'une telle décision implique l'examen du fond de chacune d'entre elles, à la lumière notamment de ses conclusions quant à la notion d'investissement selon l'Accord.

⁵ Cf. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, 2004 p.793ss.

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ARBITRAL
A LA MAJORITE

1. Rejette l'exception préliminaire soulevée par la République de Cuba quant à la légitimation active de la République d'Italie, tant pour les demandes de cette dernière fondées sur ses droits propres, en vertu de l'Accord, à la défense de ses intérêts subjectifs, que pour ses demandes fondées sur la protection diplomatique de ses ressortissants ;


2. Déclare que la notion d'investissement selon l'Accord doit être entendue comme toute opération économique réunissant un apport, une certaine durée et une participation aux risques de l'opération.

3. Rejette l'exception préliminaire soulevée par la République de Cuba quant à l'épuisement des voies de recours internes lorsque la République d'Italie fait valoir une atteinte à un de ses droits propres en vertu de l'Accord ;

Dit que lorsque la République d'Italie fait valoir le droit à la protection diplomatique de ses ressortissants, les voies de recours existantes dans l'ordre juridique cubain (i.e. les tribunaux ou organes judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, en ce compris les tribunaux arbitraux) doivent avoir été épuisées, à moins qu'il ne soit établi qu'elles ne sont pas effectives ;

4. Rejette l'exception préliminaire de la République de Cuba d'irrecevabilité des cas autres que "*Caribe & Figurella*" et "*Finmed*" ;

Dit que cette décision ne préjuge pas de la compétence du Tribunal Arbitral qui sera examinée avec le fond de chaque cas, à la lumière des principes fixés dans cette sentence ;



5. Décide qu'il se prononcera sur la répartition des coûts de l'arbitrage relatifs à cette sentence préliminaire dans sa sentence finale ;

6. Réserve toutes autres demandes des parties.

Lieu de l'arbitrage : Paris
Le 15 Mars 2005

La Dra Olga MIRANDA BRAVO, arbitre,
invitée à signer la sentence a exprimé son
désaccord et s'est refusée à le faire

Prof. Attila TANZI, Ph. D., arbitre


Me Yves DERAIS, Président du Tribunal Arbitral

