



ARBITRAGE AD HOC

RÉPUBLIQUE D'ITALIE C. RÉPUBLIQUE DE CUBA

SENTENCE FINALE

15 January 2008

Tribunal:

[Yves Derains](#) (Président)

[Attila Tanzi](#) (Nommé par le demandeur)

[Nacirso Cobo-Roura](#) (Nommé par le défendeur)

Table of Contents

Sentence Finale	1
I. LES FAITS.....	1
II. LA PROCEDURE	1
III. DISCUSSION	14
A) Position de la République d'Italie.....	14
(1) "Caribe and Figurella Project s.r.l. "	16
(2) "Finmed s.r.l. "	19
(3) "Icemm s.r.l."	22
(4) "Cristal Vetro SA"	25
(5) "Pastas y Salsas Que Che vere"	27
(6) "Menarini Società Farmaceutica"	28
B) Position de la République de Cuba.....	32
(1) "Caribe & Figurella Project, srl"	33
(2) "Finmed srl"	37
(3) "Icemm srl"	39
(4) "Cristal Vetro SA "	41
(5) "Pastas y Salsas qué Chévere "	42
(6) "Menarini Sociedad Farmacéutica "	44
C) La décision du Tribunal Arbitral	45
1. Les six espèces soumises par la République d'Italie	48
(a) "Caribe and Figurella Project s.r.l."	48
(b) "Finmed s.r.l."	54
(c) "Icemm s.r.l."	61
(d) "Cristal Vetro SA"	62
(e) "Pastas y Salsas Que Chevere"	64
(f) "Menarini Società Farmaceutica"	65
2. L'action de la République d'Italie fondée sur ses droits propres.....	67
4. La demande de la République d'Italie de condamnation de la République de Cuba à lui verser €1 symbolique	72
3. L'action subsidiaire de la République d'Italie fondée sur l'enrichissement sans cause	72
4. La demande reconventionnelle de la République de Cuba	73
5. Les frais de l'Arbitrage	74
Par ces motifs, statuant à la majorité	74

Sentence Finale

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.

Selon la République d'Italie, la République de Cuba n'aurait pas respecté des obligations découlant de cet Accord. La République d'Italie a engagé des démarches diplomatiques en vue du règlement des différends en résultant mais sans succès.

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 cue 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 amigables 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 solicitara 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 courrier électronique 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 courrier électronique 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^o1, 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 des parties 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 son mémoire en duplique au 31 août 2004. Le Président du Tribunal Arbitral précisait que la date fixée pour l'audience de procédure restait inchangée.

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.

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.

11. 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 Garcia, nouvelle Directrice Juridique de la Chancellerie.
12. 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.

13. Le 30 août 2004, la République de Cuba annonçait par télécopie l'envoi de son mémoire en duplique que le Président du Tribunal Arbitral recevait finalement le 6 septembre 2004.

14. Le 27 septembre 2004 se tenait 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.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

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

20. 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. "

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

22. Le 15 mars 2005, le Tribunal Arbitral rendait à la majorité une Sentence Préliminaire dont le dispositif se lit comme suit :

"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. "

23. Le 22 avril 2005, le Tribunal Arbitral faisait parvenir aux parties un projet d'ordonnance sur la suite de la procédure.

24. Le 12 mai 2005, dans son Ordonnance de Procédure n°4 adoptant le calendrier de procédure, le Tribunal Arbitral rappelait que :

- dans le corps de la sentence, il était précisé en page 45, §85, que l'application de la définition de la notion d'investissement, fixée à la majorité par le Tribunal Arbitral, relevait du fond de l'affaire et qu'il y serait fait référence au cas par cas pour décider de la compétence du Tribunal Arbitral à l'occasion des différents cas qui lui seraient soumis ;

- que les parties étaient invitées, et plus précisément la Demanderesse, à ne soumettre à l'examen du Tribunal Arbitral que les cas qui s'avéreraient 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 ;

- qu'en page 47 de la sentence, §91, le Tribunal Arbitral avait également précisé que dans les hypothèses où la République d'Italie demanderait la condamnation de l'Etat cubain à indemniser des préjudices qu'auraient subis des investisseurs italiens, le Tribunal Arbitral devrait examiner au cas par cas si le principe de l'épuisement des voies de recours internes avait été respecté, ce qui constituait une question de fond ;

- qu'était précisé en page 38, §66 :

"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 (Le. 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."

- qu'en page 49, §97, après avoir déclaré recevables les demandes liées aux "cas" autres que "Caribe & Figurella" et "Finmed", le Tribunal Arbitral avait indiqué que :

"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."

- que le Tribunal Arbitral avait ajouté :

"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. "

Le Tribunal Arbitral concluait qu'un nouvel échange de mémoires s'avérait nécessaire d'une part pour que la République d'Italie ait la possibilité de reconsidérer les cas qu'elle souhaitait soumettre à l'examen du Tribunal Arbitral à la lumière notamment de la notion d'investissement telle que définie par la majorité du Tribunal Arbitral et à la lumière également du principe de l'épuisement des voies de recours internes, et d'autre part pour permettre à la République de Cuba de se prononcer sur le fond de ces demandes et permettre par là même au Tribunal Arbitral de se

prononcer sur sa propre compétence.

Le calendrier de procédure était alors fixé comme suit :

"(a) Le 27 juin 2005, la République d'Italie devra remettre à la République de Cuba et à chacun des arbitres, son Mémoire complémentaire à la lumière de la Sentence préliminaire ;

La Demanderesse doit joindre à sa demande les pièces qu'elle juge pertinentes ainsi que toute déclaration de témoins et/ou rapport d'experts ;

(b) Le 26 août 2005, la République de Cuba devra remettre à la République d'Italie et à chacun des arbitres, son Mémoire en réponse à la lumière de la Sentence préliminaire ;

La Défenderesse doit joindre à sa demande les pièces qu'elle juge pertinentes ainsi que toute déclaration de témoins et/ou rapport d'experts ;

(c) Le 27 septembre 2005, 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, joindre tout témoignage ou rapport d'expertise ;

(d) Le 27 octobre 2005, 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, joindre tout témoignage ou rapport d'expertise ;

(e) La semaine du 9 janvier 2006 sera consacrée à l'audience de témoignages. "

Il était en outre précisé dans le corps de cette Ordonnance de Procédure n°4 que les témoignages et rapports d'expertise soumis avec les mémoires seraient considérés comme des interrogatoires directs ; qu'ainsi, au cours de l'audience, après que le témoin ou l'expert ait confirmé sa déclaration ou son rapport, il serait directement procédé à son contre-interrogatoire par la partie adverse, suivi d'un re-interrogatoire limité aux points ayant fait l'objet du contre-interrogatoire.

25. Le 22 juin 2005, le Président du Tribunal Arbitral recevait par courrier électronique le mémoire complémentaire de la République d'Italie.

Le 27 juin 2005, le Président du Tribunal Arbitral - faisant suite à l'information selon laquelle l'arbitre Dra Miranda Bravo occupait de nouvelles fonctions au sein du Grupo Hotelero Gran Caribe - indiquait aux parties avoir reçu copie de la lettre de la République d'Italie à la Dra Miranda Bravo, laquelle précisait n'avoir aucune objection à ce que cette dernière continue à exercer ses fonctions d'arbitre dans ce dossier.

26. Le 28 juin 2005, le Président du Tribunal Arbitral recevait par porteur le mémoire de la République d'Italie en 4 originaux.

Le même jour, le Président du Tribunal Arbitral rappelait aux parties, qu'elles devaient faire parvenir à chacun des membres du Tribunal Arbitral ainsi qu'à la partie adverse un exemplaire complet de leur mémoire.

27. Le 29 juin 2005, la République de Cuba demandait, du fait qu'elle n'avait toujours pas reçu le mémoire de la République d'Italie, qu'à réception de ce mémoire une nouvelle date soit fixée pour la remise de son mémoire en réponse.

Le 30 juin 2005, le Président du Tribunal Arbitral accusait réception du courrier susmentionné. Il relevait que le Mémoire en cause avait été envoyé par courrier électronique le 22 juin 2005 et demandait à la République de Cuba de confirmer qu'elle n'avait pas reçu ce courrier électronique. Le Président du Tribunal Arbitral requérait également les commentaires de la République d'Italie sur cette demande d'extension de délai.

Le 4 juillet 2005, la République de Cuba confirmait ne pas avoir reçu le courrier électronique du 22 juin 2005.

Le même jour, la République d'Italie confirmait de son côté avoir bien envoyé ce courrier électronique, et avoir au surplus fait parvenir le mémoire en question à la République de Cuba "en format papier" le 24 juin 2005. Cependant, afin de respecter le principe du contradictoire, la République d'Italie déclarait ne pas s'opposer à une extension de délai de 15 jours pour la remise du mémoire en réponse de la République de Cuba si la même extension de délai était appliquée au dépôt des mémoires en réplique et en duplique.

Aussi, le 6 juillet 2005, le Tribunal Arbitral faisait parvenir aux parties une Ordonnance de procédure n°5 modifiant le calendrier procédural comme suit :

"(a) Le 12 septembre 2005, la République de Cuba devra remettre à la République d'Italie et à chacun des arbitres, son Mémoire en réponse à la lumière de la Sentence préliminaire ;

La Défenderesse doit joindre à sa demande les pièces qu'elle juge pertinentes ainsi que toute déclaration de témoins et/ou rapport d'experts ;

(c) Le 12 octobre 2005, 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, joindre tout témoignage ou rapport d'expertise ;

(d) Le 12 novembre 2005, 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, joindre tout témoignage ou rapport d'expertise ;

(e) La semaine du 9 janvier 2006 sera consacrée à l'audience de témoignages. "

Le Tribunal Arbitral ajoutait que les parties devaient respecter les termes du Règlement

d'arbitrage.

28. Le 13 septembre 2005, l'arbitre Professeur Tanzi indiquait à la République de Cuba avoir reçu son mémoire par courrier électronique mais que certains documents étaient illisibles. Le même jour, la Secrétaire du Tribunal Arbitral indiquait à la République de Cuba n'avoir pas reçu ledit courrier électronique. Toujours le même jour, la République de Cuba expédiait de nouveau ce courrier électronique aux arbitres ainsi qu'à la République d'Italie.
29. Les 11 et 12 octobre 2005, la République d'Italie faisait parvenir son mémoire en réplique (en deux envois séparés).
30. Le 11 novembre 2005, la République de Cuba faisait parvenir son mémoire en duplique.
31. Le 22 novembre 2005, le Tribunal Arbitral demandait aux parties de confirmer que tous les témoins énumérés dans cette correspondance seraient entendus à l'audience. Il demandait par ailleurs aux parties de remettre avant le 9 décembre 2005 une note précisant l'objet du témoignage ou de la déclaration d'expert.

Le 7 décembre 2005 la République d'Italie remettait une nouvelle liste de témoins/experts et des sujets qui seraient abordés par ceux-ci.

Le 9 décembre 2005, la République de Cuba en faisait de même.

Le 20 décembre 2005, le Tribunal Arbitral émettait une Ordonnance de Procédure n°6 organisant l'audience de témoignages de la semaine du 9 janvier 2006 (Ordonnance corrigée le 28 décembre 2005).

32. L'audience de témoignages s'est tenue du 9 janvier 2006 au 13 janvier 2006. Le Tribunal Arbitral a émis ensuite une ordonnance de Procédure n°7 dans les termes suivants :

*"1. **Le 27 janvier 2006**, la République d'Italie devra remettre au Tribunal Arbitral et à la République de Cuba, copie des Conditions Générales de Vente dans le cas "Menarini";*

2. Le Tribunal Arbitral déclare que l'ensemble des documents listés en pages 5 et 6 de la présente ainsi que le document mentionné en "1. " ci-dessus font désormais partie de la procédure;

*3. **Le 27 janvier 2006**, la République de Cuba remettra au Tribunal Arbitral et à la République d'Italie une copie de l'enregistrement de l'audience de témoignages des 9, 10, 11, 12 et 13 janvier 2006;*

*4. **Le 15 mars 2006**, les parties remettront simultanément un mémoire destiné à présenter une synthèse de leur position à la lumière de l'ensemble de la preuve documentaire et de l'ensemble des témoignages recueillis au cours de l'audience des 9, 10, 11, 12 et 13 janvier 2006 ; aucun document nouveau ne devra être joint à ce mémoire;*

5. Une ordonnance de procédure sera émise à la suite de la remise de ces mémoires, prononçant la clôture des débats et indiquant une date possible d'émission de la Sentence Finale;"

33. Le 26 janvier 2006, la République d'Italie faisait parvenir au Président du Tribunal Arbitral une copie du contrat de vente du 30/03/90, les factures relatives à ce contrat, le tout accompagné d'une lettre explicative de M. Elisacci de la société Menarmi.

Le même jour, le Président de Tribunal Arbitral déclarait que les factures et la lettre de M. Elisacci n'étaient pas admissibles.

34. Le 27 janvier 2006, la République de Cuba déclarait envoyer un CD sur lequel était gravé l'enregistrement de l'audience de la semaine du 9 janvier 2006.

35. Le 15 et le 16 mars 2006, la République d'Italie et la République de Cuba remettaient respectivement leur mémoire relatif à l'audience susmentionnée.

36. Le 18 mai 2006, le Tribunal Arbitral émettait une Ordonnance de Procédure n°8 dans les termes suivants :

"1. La clôture des débats est prononcée;

2. La Sentence Finale devrait être rendue à la mi-septembre 2006 ; si ce délai devait être prorogé, les parties en seraient dûment informées;

3. Les honoraires du Président du Tribunal Arbitral sont fixés à 120,000 F;

4. Les parties sont invitées à régler le solde des honoraires et frais de chacun des membres du Tribunal Arbitral selon les instructions de chacun d'entre eux et dans les 60 jours de l'émission de la présente ordonnance; "

37. Le 21 août 2006, le Président du Tribunal Arbitral écrivait aux parties que la sentence finale était en cours de préparation, mais constatant qu'aucune des parties n'avait payé les honoraires supplémentaires tels que fixés par l'Ordonnance de Procédure n°8, il attirait leur attention sur le contenu de l'Article 21(3) du Règlement d'Arbitrage que le Tribunal Arbitral pourrait appliquer si ce problème n'était pas réglé dans les 15 jours.

38. Le 27 septembre 2006, le Ministère des affaires étrangères italien indiquait être toujours en attente des fonds du Ministère de l'économie et des finances.

Par deux règlements des 20 octobre et 2 novembre 2006, la partie cubaine s'acquittait de versement du complément d'honoraires tel que fixé par l'Ordonnance de Procédure n°8. Le paiement de la République d'Italie est intervenu le 28 novembre 2006.

39. En date du 2 février 2007, la République d'Italie informa le Tribunal Arbitral que l'affaire « *Menarmi Società Farmaceutica* » avait fait l'objet d'un règlement amiable entre les parties et qu'elle n'invoquait donc plus la protection diplomatique à cet égard. En revanche, elle n'a pas précisé qu'elle se désistait de son action fondée sur ses droits propres.

40. Alors que le délibéré était toujours en cours, intervint le décès de la Dra Olga Miranda Bravo, qui

remplit tous les participants à la procédure d'une profonde tristesse.

41. En date du 5 mars 2007, la République de Cuba fut invitée à désigner un successeur à la Dra Olga Miranda Bravo, ce qu'elle fit le 3 avril 2007, en la personne du Dr. Narciso A. Cobo Roura.
42. Le 4 avril 2007, le Président du Tribunal Arbitral octroya un délai de 15 jours à la République d'Italie pour se prononcer sur cette désignation. La République d'Italie indiqua qu'elle n'avait aucune objection à formuler le 5 avril 2007.
43. Après avoir pris connaissance du dossier, le Dr. Narciso A. Cobo Roura n'exprima pas le désir que soit répétée une quelconque phase de la procédure.
44. La présente sentence est rendue à la majorité du Tribunal Arbitral.

III. DISCUSSION

45. Après avoir présenté la position des parties [(A) et (B)] le Tribunal Arbitral, procédera à quelques remarques préliminaires et tranchera les demandes qui lui sont soumises dans les limites de sa compétence (C).

A) Position de la République d'Italie

46. La République d'Italie agit ici tant en qualité de sujet directement lésé dans ses droits subjectifs garantis par le Droit International et par l'Accord de 1993, qu'au titre de la protection diplomatique de ses investisseurs dont les droits ont été violés du fait du comportement des autorités cubaines ou des actions de sujets cubains, pour l'essentiel d'entreprises sous le contrôle de l'Etat, imputables à la République de Cuba.

Elle conclut au prononcé de la responsabilité internationale de la République de Cuba.

47. La République d'Italie souligne que s'agissant de la protection diplomatique, les arguments de la République de Cuba fondés sur des conditions de nationalité et d'épuisement préalable des voies de recours internes sont des arguments des plus discutables car la République d'Italie défend ses droits internationaux subjectifs pour lesquels elle ne peut être obligée à épuiser une quelconque voie de recours dans l'ordre juridique d'un autre Etat comme l'a souligné le Tribunal Arbitral au paragraphe 88 de la Sentence Préliminaire du 15 mars 2005.
48. 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 dans un système économique dominé par des entreprises d'Etat et un système juridique opaque.

49. L'accès à la justice s'est souvent révélé inadéquat et inefficace en l'absence d'impartialité et d'indépendance de la justice par rapport au pouvoir exécutif.
50. La République d'Italie prétend également que ses ressortissants ont subi des menaces, des intimidations et des atteintes à leur personne et à leurs biens (cf. cas "*Caribe & Figurella Project s.r.l.*") sans que les autorités cubaines aient mis en place les mesures de sécurité nécessaires, violant ainsi les obligations précises imposées par le droit international général.

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.

51. En réponse à l'argument de la République de Cuba selon lequel en application du droit interne cubain, il n'y aurait pas de rattachement suffisant entre les entreprises étatiques en cause et l'Etat, la République d'Italie souligne qu'un Etat ne peut éluder l'application du Droit International en invoquant son droit interne. De plus, la République d'Italie s'étonne que la République de Cuba soulève cette question à ce stade de la procédure car elle aurait dû faire partie des questions préjudicielles traitées dans la Sentence Préliminaire. L'argument est donc inadmissible. En toute hypothèse, selon la République d'Italie, l'attribution d'un comportement individuel à un Etat est possible dès lors que peut être démontré un lien suffisant entre l'Etat et celui dont le comportement est en cause.
52. L'application de ce principe ne présente aucune difficulté quand il s'agit d'un organe de l'Etat, peu importe qu'il s'agisse d'un organe du pouvoir central, local ou qui remplit d'autres fonctions.

La République d'Italie se fonde, entre autres, sur l'article 4 du projet d'articles de la Commission du Droit International (CDI) sur la responsabilité de l'Etat. Par ailleurs, selon l'Article 8 du projet d'articles 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 ou les directives ou le contrôle de l'Etat. Selon la République d'Italie, en Droit International, la séparation formelle de l'Etat et de ses entreprises est nécessairement limitée dans les cas où le "*voile sociétaire*" est un simple moyen qui permet à cet Etat d'éluder ses obligations internationales. 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 estime que doivent être imputés à l'Etat cubain les actes de ses sociétés.

53. 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'articles (art. 28 ss) de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats. Elle vise 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".

54. La République d'Italie souligne que la restitution, selon la jurisprudence internationale, doit intervenir en nature sauf impossibilité de retour au *statu quo ante*.

L'indemnisation du dommage effectif 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 en équité, tout en rappelant que la jurisprudence internationale applique un intérêt composé de 6% par an.

55. Selon la République d'Italie, tous ou certains des principes généraux ci-dessus rappelés constituent le fondement des demandes de réparation qu'elle formule s'agissant des espèces ci-dessous :

- "*Caribe and Figurella Project s.r.l.* "

- "*Finmed s.r.l.*"

- "*Icemm s.r.l.*"

- "*Cristal Vetro SA*"

- "*Pastas y Salsas Que Che vere*"

- "*Menarmi Società Farmaceutica*¹"

En effet parmi les 16 espèces visées dans ses premières écritures, la République d'Italie, à la suite de la Sentence Préliminaire du 15 mars 2005, n'a soumis au Tribunal Arbitral que 9 espèces. En cours d'instance la République d'Italie a renoncé à soumettre les espèces suivantes : "*Mego srl*", "*Mercandino srl*", "*Costa Container Lines Spa*". Il ne seront donc pas abordés dans cette sentence.

(1) "*Caribe and Figurella Project s.r.l.* "

56. Caribe and Figurella Project s.r.l est une société italienne constituée pour opérer sur les marchés internationaux et particulièrement sur les marchés des Caraïbes. Son principal objet est la création et la gestion de centres de médecine esthétique, de beauté, de santé et de centres touristiques.

¹ Il est rappelé que la République d'Italie a renoncé à invoquer la protection diplomatique dans cette espèce

Un premier contrat signé le 1er octobre 1998 entre Caribe and Figurella Project srl, représentée par M. Aleo, et Grupo Hotelero Gran Caribe SA pour l'ouverture d'un centre de beauté à l'hôtel Habana Libre Trip a été rompu par la partie cubaine alors que Caribe and Figurella Project srl avait déjà procédé aux investissements nécessaires.

Sur intervention du Ministère du Tourisme cubain la présidence de Grupo Hotelero Gran Caribe fut contrainte, le 3 septembre 1999, de conclure un second contrat d'une durée de trois ans ayant le même objet que le premier.

Le 3 novembre 2000, la partie cubaine fermait sans préavis le centre de beauté, au motif qu'aurait été constatée dans ce centre la pratique de tatouages, activité qui n'entrait pas dans la liste des services autorisés par le Ministère du Commerce Intérieur (MINCIN). De même, toujours en novembre 2000, une demande d'inscription à la Chambre de Commerce était refusée à la société italienne alors même qu'elle avait été demandée par le Ministre du Commerce Intérieur et par le Ministère du Commerce Extérieur cubains en date du 19 mai 2000.

Il apparaît que la licence d'exploitation a été rétablie sans que la société italienne en ait été informée directement. Elle n'a donc pas été mise en mesure de reprendre son activité.

En avril 2001, la direction de l'hôtel Habana Libre Trip procédait au démontage de la zone occupée par Caribe and Figurella Project srl. ; à cette occasion, des produits cosmétiques furent soustraits. La restitution de ces produits est intervenue par la suite, mais seulement de façon partielle.

La République d'Italie relève en outre que le représentant de la société italienne a fait l'objet de menaces et de tentatives d'expulsion du territoire cubain, tentatives mises en échec seulement grâce à l'intervention de l'Ambassade d'Italie auprès des autorités cubaines. Selon la République d'Italie, ce représentant aurait été empêché, et ce pendant près de deux années, de rentrer en Italie, par crainte que les autorités cubaines ne lui permettent pas de revenir à Cuba et par crainte du risque que, du fait de l'absence de son propriétaire, la société italienne perde définitivement son investissement.

57. Selon la République d'Italie, il ne peut être mis en doute que Caribe and Figurella Project srl correspond bien à la définition donnée par le Tribunal Arbitral de la notion d'investisseur. En effet, entre 1998 et 2000 la société a procédé à un investissement financier considérable afin de créer et de gérer un centre de beauté à l'hôtel Habana Libre Trip et, au final, d'ouvrir une chaîne de centres analogues à Cuba. L'investissement a nécessité l'acquisition d'équipements médicaux, d'accessoires, de produits cosmétiques, de mobiliers et de décorations, et d'un point de vue plus général de tout ce dont il est usuellement nécessaire pour la gestion de ce type d'activité. De plus, la société italienne a participé aux coûts d'adaptation des locaux et a garanti à l'Hôtel Habana Libre sa participation aux dépenses utiles en plus d'un fixe mensuel. Enfin, la société italienne a transféré aux cubains l'esprit commercial, le know-how y relatif au travers de divers cours de formation professionnelle dispensés au personnel technique cubain par les professionnels italiens, en plus d'avoir supporté toutes les charges relatives à un projet de promotion publicitaire qui a fait l'objet d'une parution régulière dans les mass media. La société italienne a donc effectué un investissement financier considérable à Cuba qui s'est caractérisé par sa durée dans le temps, la prise en charge de tous les risques de l'entrepreneur et l'ouverture d'une agence opérationnelle.

58. La République d'Italie considère que dans le cas "*Caribe and Figurella Project Srl*" les voies de recours internes ont été épuisées.

En effet, le 27 mars 2001, la société italienne engageait une instance par devant "*la Sala de lo Economico del Tribunal Supremo Popular*" de Cuba, instance déclarée irrecevable.

Les 23 avril, 9 mai et 21 mai 2001, la société italienne engageait également une instance par devant le "*Tribunal Provincial Popular*" de la Havane, lequel rendait une décision négative.

Le 3 juillet 2001, la société italienne engageait une instance par devant la "*Fiscalía Municipal de Plaza de la Revolucion*", laquelle se déclarait incompétente.

Au cours d'une procédure de conciliation entre les parties, la partie cubaine, de façon inattendue, intenta une action contre la société italienne par devant le "*Tribunal Supremo Popular*" de Cuba. La société italienne se défendit, entre autres, en soumettant une demande reconventionnelle pour les dommages causés par la partie cubaine. Le Tribunal Suprême Populaire rejeta la demande reconventionnelle comme incomplète.

Dans une instance ultérieure, le 26 novembre 2001, la société italienne fit valoir de nouveaux moyens de preuve ; de façon inattendue, le Tribunal se déclarait incompétent après avoir estimée irrecevable au fond la demande de dommages présentée par la société italienne et sans se prononcer sur les nouveaux éléments de fait allégués par cette dernière, et ce, bien qu'il eut retenu implicitement mais de façon univoque que les parties avaient renoncé à la clause d'arbitrage.

Par la suite, les avocats de Caribe and Figurella Project srl firent l'objet de pressions visant à les faire renoncer à leur charge professionnelle. Ils n'ont donc pu défendre pleinement leur client italien.

D'autre part, les nombreuses notes adressées aux Ministères cubains sont restées sans réponse.

Quant à l'instance arbitrale introduite par la partie cubaine par devant la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce de la République de Cuba contre la société italienne, la République d'Italie souligne qu'elle a été engagée en juin 2003, après que le Gouvernement italien eut notifié son intention de se prévaloir de la clause d'arbitrage prévue à l'Accord (16 mai 2003). Le Gouvernement italien s'est alors empressé d'informer la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de la litispendance résultant d'une procédure arbitrale internationale entre Etats. Il apparaît clairement que l'intention de la partie cubaine était de ramener la question dans le cadre d'un litige entre les sujets directement intéressés et par conséquent de faire obstacle à la résolution du litige entre les deux Etats.

De plus, la République d'Italie souligne que la notification de l'acte introductif d'instance devant la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce n'est pas valable selon le droit procédural cubain et selon le droit procédural civil italien. De surcroît, la sentence a été défavorable à la société italienne, celle-ci ayant été condamnée au paiement de US\$ 21,472,07 par défaut, contrairement aux principes du droit cubain. Comme preuve de l'inadéquation du système judiciaire cubain, la République d'Italie relève que la sentence a reconnu que la partie cubaine avait illégitimement rompu le second contrat, car elle connaissait l'existence du service de tatouage qui a par la suite été le fondement du retrait de la licence commerciale ; cependant, la sentence considère que les responsabilités de la partie italienne et de la partie cubaine sont partagées.

59. La République d'Italie estime être en droit d'agir en raison de la violation par la République de Cuba de l'Accord de 1993. Elle rappelle que le représentant de Caribe and Figurella Project srl a été l'objet de tentatives d'expulsion du territoire cubain.

La République d'Italie dénonce, en conséquence, une violation des dispositions suivantes de l'Accord de 1993 :

- Art.2, par. 1 : obligation d'encourager les investisseurs italiens ;

- Art.2, par.2 : obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens, et de ne pas pratiquer de traitements injustifiés et discriminatoires à leur égard ;

- Art.3, par.2 : obligation d'accorder aux investisseurs un traitement et un régime juridique identique à celui réservé à ses propres citoyens ;

- Protocole additionnel (point 1, lettre b) : obligation de régler de la façon la plus favorable possible les questions relatives à l'entrée et au séjour sur son territoire des investisseurs.

60. La République d'Italie allègue que Caribe and Figurella Project srl auraient subis un préjudice évalué à US\$ 6,878,332 au titre du *lucrum cessans* ; b) de la rétention illégale de l'équipement ; c) du préjudice social ; d) et des frais engagés pour être dédommagée de la violation de ses droits.

Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie arrondit ce montant à US\$ 6,800,000 et y ajoute US\$ 2,000,000 au titre pour la période postérieure à cette évaluation et de dommages antérieurs à la signature du premier contrat. Elle estime de plus à US\$1,000,000 le préjudice moral subi et réclame donc pour l'affaire "*Caribe and Figurella Project s.r.l.*" un total de US\$ 9,800,000 augmentés d'intérêts.

(2) "Finmed s.r.l. "

61. En 1996, Cubanacan Grupo (Cubanacan) 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 dépend de l'Etat Cubain par son appartenance au Ministère du tourisme ; Finmed Limited est une société de droit irlandais dont les actionnaires uniques sont deux sociétés italiennes Samarcanda s.r.l. et Clinica Santa Chiara s.r.l. En 1998, les travaux avaient atteint une progression de l'ordre de 40%.

A cette époque, Samarcanda s.r.l. et Clinica Santa Chiara s.r.l., fondatrices de Finmed Ltd, ont demandé que Finmed s.r.l., société de droit italien, soit substituée à Finmed Ltd. Le 28 août 1998, par acte n° 4/98, l'Assemblée de Medi Club SA approuvait l'entrée de Finmed srl dans Medi Club SA en remplacement de Finmed Ltd, tout en la subordonnant à l'approbation des autorités cubaines. Finmed Srl fut effectivement constituée en Italie en octobre 1998. Cubanacan 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. Seule restait en attente la transcription officielle sur les certificats d'actionnaires et sur les registres appropriés.

62. Les actions de Medi Club SA détenues par Finmed Ltd n'ont cependant jamais pu être transférées à Finmed S.r.l.

Selon la République d'Italie, Cubanacan aurait empêché les transcriptions officielles, en incitant, par des accords occultes, quelques associés financiers complaisants de Finmed Ltd, menés par l'Avv. Roberto Rossi et par M. Rampinini, à prendre le contrôle de Finmed Ltd, ce qui a bloqué la substitution prévue.

La République d'Italie, dans son mémoire récapitulatif, rejette l'argument de la République de Cuba selon lequel Finmed Ltd n'a pas cessé d'être associé au sein de Medi Club SA car tous les associés de Finmed Ltd, à l'exception de M. Rampinini sont aujourd'hui associés de Finmed Srl. Finmed Ltd n'est même plus administrée ni gérée par M. Rampinini, unique associé resté lié à la société irlandaise. La République d'Italie en conclut que la volonté de reconnaître une société désormais inexistante est une manœuvre cubaine destinée à s'appropriier l'entier patrimoine en spoliant les investisseurs italiens pour aboutir à une véritable expropriation par abandon.

63. Ainsi, les entrepreneurs italiens, privés des investissements effectués, ont subi des dommages matériels, professionnels et moraux d'une grande gravité. De plus, l'associé principal de Finmed Ltd et de Finmed s.r.l., Président du Conseil d'Administration de Medi Club SA, 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.

Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie précise qu'avant la constitution de Medi Club SA et de Finmed Ltd les associés de cette dernière avaient procédé à un préinvestissement sous forme d'études évaluées à US\$280,000 USD et qui ont été considérées comme un apport de Finmed lors de l'assemblée constitutive. Cet apport se trouverait perdu au bénéfice de Cubanacan si les droits de Finmed Sri n'étaient pas reconnus. De même, le know-how appartenant exclusivement à M. Filippi (ex-Président de Medi Club SA), évalué à 10% de la valeur de l'investissement d'environ US\$ 9,000,000, apporté à Medi Club SA à titre gratuit deviendrait lui aussi la propriété de tiers, sans contrepartie. La République d'Italie estime les dommages subis à US\$ 24,000,000 : US\$ 5,899,609 dont US\$4,317,609 pour l'investissement effectué, US\$ 1,302,000 pour rémunérations, rupture anticipée et non motivée, et know-how dus à M. Filippi ("per compensi, anticipata e immotivata revoca, know how dovuti al Signor Filippi Adriano"), US\$ 280,000 pour le préinvestissement et US\$ 18,100,000 pour le "*Iucrum cessans*" et le préjudice moral et matériel (faillite de Clinica Santa Chiara).

Il convient de souligner ici que cette subdivision telle que présentée en page 34 du mémoire récapitulatif de la République d'Italie ne correspond pas exactement aux conclusions finales de la République d'Italie dans le même mémoire telles que reprises ci-dessous au n° 90.

64. Selon la République d'Italie, il ne peut être mis en doute que la société Finmed srl à la constitution

de laquelle ont participé deux sociétés italiennes, a procédé à des investissements sur le marché cubain d'une valeur financière considérable pour la construction et la gestion d'une entreprise locale, d'un complexe touristique/hôtelier/médical. Cet investissement économique considérable impliquait une durée et surtout la prise en charge des risques de l'entreprise de même que l'embauche d'un personnel italien pour la formation du personnel technique local.

Dans son mémoire en réplique, la République d'Italie ajoute que le choix de constituer une société en Italie ou en Irlande peut répondre à des motivations les plus diverses d'opportunité et de convenance. Il est certain, cependant, que les capitaux investis étaient italiens, en ce qu'ils appartenaient à des sociétés de propriété italienne. La République d'Italie fait état pour preuve d'un communiqué attribuable au Ministère du Tourisme cubain reconnaissant la nationalité italienne de Finmed.

65. Selon la République d'Italie, dans le cas "*Finmed Srl*", les voies de recours internes ont été épuisées.

En mars 2001, l'ex-Président de Medi Club SA a déposé une plainte auprès de la "*Fiscalía General*" de la République de Cuba, organe qui veille à la régularité des procédures administratives à Cuba. La "*Fiscalía General*" a indiqué qu'aucun délit n'avait été prouvé, mais dans le même temps a déclaré qu'il fallait s'adresser à Porgane cubain compétent "*pour enquêter sur le point de savoir si Cubanacan SA avait violé les dispositions de la Loi sur l'Investissement Etranger et dans l'affirmative, vérifier s'il existait des raisons d'apporter une aide illégale à l'acceptation de ONORINO RAMPININI comme nouveau président de MEDICLUB SA qui constituent un ou plusieurs faits illicites*". Ceci, selon la République d'Italie, prouve les actes fautifs de la partie cubaine. La "*Fiscalía General*" n'a jamais fait suite à la demande ultérieure de M. Filippi du 20 avril 2004 de rendre son avis exécutoire.

Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie précise que, toujours en 2001, M. Filippi s'en est remis au Ministre des investissements étrangers cubain, puis au Comité Exécutif du Conseil des Ministres. Aucune réponse n'a été donnée par l'autorité ministérielle compétente.

En avril 2002, sur délégation des associés et du représentant légal de Finmed srl, agissant au nom et pour le compte de cette dernière, M. Filippi a acquis une créance revendiquée par un tiers sur Finmed Ltd dans le but de mettre sous séquestre les actions que cette dernière détenait dans Medi Club SA. Dans ce contexte, M. Filippi a agi par devant la "*Sala de lo Economico*" du Tribunal Suprême Populaire afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale émise par la Chambre de commerce suisse en Italie. Cette sentence avait déclaré que Finmed, représentée par M. Onorino Rampinini, était débitrice d'environ US\$ 171,000 à l'égard de M. Filippi. Bien que la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale était pleinement conforme à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales et au droit interne cubain, le Tribunal Suprême Populaire a rejeté l'instance comme étant contraire à l'ordre public cubain.

En août 2002, le représentant légal de Finmed Srl a présenté une demande de procédure arbitrale au sens de l'article 9 de l'Accord Bilatéral. La demande fut transmise à l'Ambassade Italienne à Cuba, laquelle, par Note Verbale du 3 octobre 2002 a demandé au Ministre de l'Extérieur cubain l'activation de la procédure arbitrale. Ce dernier a transmis la demande au Tribunal de Province cubain qui a décidé de convoquer Cubanacan pour le 21 novembre 2003. Cette dernière a constitué

avocat, en excipant de la nullité des actes et de la notification réalisée par acte du 22 novembre 2002.

Aussi le Gouvernement italien soutient que non seulement Finmed srl a satisfait à la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes, mais également qu'en l'espèce le système judiciaire cubain n'a jamais fait preuve ni d'adéquation ni d'effectivité.

66. La République d'Italie souligne que s'il était décidé que Finmed S.r.l n'a pas investi dans Medi Club SA directement mais seulement au travers des deux associés italiens qui sont à sa tête, l'Etat italien aurait intérêt à agir en protection diplomatique de ceux-ci.
67. La République d'Italie dénonce une violation des dispositions suivantes de l'Accord de 1993 :
- Art.2 par. 1 : obligation d'encourager les investisseurs italiens ;
 - Art. 2, par. 2 : obligations de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens et de ne pas pratiquer un traitement injustifié et discriminatoire à leur égard ;
 - Art. 3, par. 2 : obligation d'accorder aux investisseurs italiens un traitement et un régime juridique identique à celui réservé à ses citoyens ;
 - Art. 5 par. 2 : obligation de ne pas exproprier ni directement ni indirectement les investisseurs italiens.

(3) "Icemm s.r.l."

68. Dans son mémoire récapitulatif la République d'Italie relate qu'Icemm souhaitait réaliser sur le territoire Cubain une installation pour la production de tuiles et un grand magasin pour le stockage de matériel de construction et d'équipements importés d'Italie pour les besoins du marché cubain. Comme première approche et pour surmonter les difficultés bureaucratiques suscitées par les autorités locales, M. Pilloni, administrateur unique d'Icemm, a signé un contrat avec Emexcon (société importatrice cubaine dépendant du Ministère du Commerce), cette dernière intervenant en tant qu'agent sur le territoire cubain. L'accord prévoyait l'envoi à Cuba de matériel de construction et d'appareillage pour le bâtiment, en exécution des demandes d'Emexcon, formulées en fonction des besoins locaux. Il était prévu que l'accord se prolonge dans le temps, au travers de la souscription d'avenants. Il ne s'agissait donc pas de simples contrats de vente.

Emexcon aurait réglé les factures émises dans ce contexte sauf à deux reprises. D'abord pour un montant de US\$ 90,762,27 qui n'a été réglé que récemment alors que Emexcon avait fait l'objet d'une condamnation à cet égard depuis le 20 juin 2003. Une seconde facture du 17 septembre 1999 pour un montant de US\$ 44,075,65 reste impayée. Cette facture avait été émise pour un matériel de construction envoyé par container sur une demande informelle d'Emexcon ; il s'agissait entre autres d'oxyde de fer, matériel essentiel et indispensable à la fabrication des tuiles, dont l'appareil de fabrication avait été fourni auparavant. Cependant, l'avenant au contrat émis n'a jamais été

signé par EMEXCON.

Alors que courant octobre 1999, la société cubaine, a dédouané la marchandise et l'a retirée du port de la Havane, Icemm reste aujourd'hui sans nouvelle de cette marchandise.

Toujours courant octobre 1999, Emexcon mettait fin à ses rapports commerciaux avec Icemm et en février 2000 le Bureau Gouvernemental de l'Immigration révoquait le permis de séjour concédé à M. Pilloni. Ce dernier, tenta d'être reçu par Emexcon pour demander le paiement des sommes dues, et clarifier la situation des marchandises du dernier container envoyé, mais sans succès. Enfin, M. Pilloni fut refoulé à la frontière cubaine le 21 janvier et le 28 août 2003.

Afin de mettre fin au litige, Icemm, a offert à Emexcon le choix entre la restitution de la marchandise et son paiement avec une forte remise. Emexcon est restée silencieuse. Icemm fut donc contrainte d'intenter une action. Finalement par décision du 29 octobre 2004, le Tribunal Provincial Populaire de la Havane a rejeté la demande considérant qu'Icemm n'aurait pas prouvé la propriété de la marchandise. Icemm a fait appel et a succombé. Cependant, bien que les juges cubains aient rejeté la position d'Icemm, cette dernière s'estime en droit d'être indemnisée pour la marchandise perdue, selon les principes de l'enrichissement sans cause.

69. Concernant la clause limitative de responsabilité (article 16 du Contrat signé avec Emexcon²) dont se prévaut la République de Cuba selon laquelle le Gouvernement Italien ne pourrait exercer la protection diplomatique, la République d'Italie répond que cette clause ne vaut que dans les rapports de nature privée entre Icemm et Emexcon ; les pouvoirs du Gouvernement italien ne peuvent être limités ou interdits par des actes ou des comportements de personnes privées. De plus, selon la République d'Italie, la clause en question serait étrange car elle exonérerait un tiers d'une responsabilité dans un contrat auquel il ne serait pas partie.

En fait, selon la République d'Italie, tout porte à croire qu'Emexcon a agi comme une personne publique (en exerçant un pouvoir répressif, en conservant le container et en provoquant la révocation d'un titre de séjour), ceci d'autant plus qu'elle appartient au Gouvernement cubain (Ministère du Commerce) et agit sur ses directives. Aussi, les actes d'Emexcon peuvent être imputés au Gouvernement cubain.

70. La République d'Italie estime que Icemm remplit bien les conditions posées par le Tribunal Arbitral dans sa définition de la notion d'investisseur.

L'entreprise a opéré sur le territoire cubain de 1996 à 2000 en exportant depuis l'Italie et en s'occupant du transport et de l'importation à Cuba d'équipements, de matériel, d'outillage pour le bâtiment et pour le génie civil, ne se limitant pas à la vente de marchandises à des entités cubaines. Ses représentants légaux (particulièrement M. Pilloni) ont fait la navette entre l'Italie et Cuba pour suivre les affaires, restant même pendant de longues périodes, jusqu'à ce que la présence de M. Pilloni et son activité de soutien et de tutelle des intérêts d'Icemm à Cuba soit considérées comme

² « es una empresa constituida al amparo de la legislación de la República de Cuba, en virtud de la cual posee personalidad jurídica y patrimonio propio, teniendo total independencia legal económica y financiera con relación al Estado Cubano y/o cualesquiera terceras entidades de esa nacionalidad por lo que solo y exclusivamente responde con su patrimonio propio por las obligaciones que en virtud de este contrato contrae ».

indésirables par les autorités locales, et qu'il soit pratiquement expulsé de l'île en 2000.

Selon la République d'Italie la qualité d'investisseur se déduit des rapports commerciaux entretenus avec EAT-7 di Camaguey, avec Emexcon et avec Pesmar dell'Avana sur le territoire cubain, rapports qui se sont étendus dans le temps, et ce avec la prise en charge de risques considérables.

Dans son mémoire récapitulatif la République d'Italie soutient que les indications fournies par le Tribunal Arbitral sur la notion d'investissement sont significatives mais non exhaustives ; il n'existe pas de notion précise qui identifie la notion d'investissement sur le plan juridico-économique. Tout est question d'évaluation selon l'équité, la légitimité et le bon sens du juge. Ainsi une sentence du 19 août 2005 (Eureko B.V. c/ Pologne) a considéré comme investissement un contrat de vente.

En l'espèce, il s'agissait selon la République d'Italie d'un contrat d'agence de longue durée.

Quant au risque, la République d'Italie souligne dans son mémoire récapitulatif qu'il est démontré par la perte des marchandises et le défaut de paiement d'une facture.

71. Selon la République d'Italie, les voies de recours internes ont été épuisées. En effet, le recours à la justice locale a été totalement inutile - la demande a été rejetée avec l'absurde motivation que n'aurait pas été prouvée l'appartenance à Icemm de la marchandise facturée. Selon la République d'Italie, il est évident que les garanties offertes par l'ordre juridique interne cubain à l'investisseur étranger sont seulement apparentes.

A cet égard, la République d'Italie estime que la motivation des juges cubains n'est pas pertinente. Ce qu'il faut retenir c'est que Emexcon s'est emparée de la marchandise et que cette marchandise a disparu. S'il n'y a pas de responsabilité contractuelle, comme l'ont décidé les juges cubains, il y a en tout cas une responsabilité pour comportement illicite ou encore un enrichissement sans cause.

72. La République d'Italie dénonce une violation des dispositions suivantes de l'Accord de 1993 :
- Art.2, par.2 : obligations de toujours garantir un traitement juste et équitable aux investissements italiens et de ne pas soumettre les investisseurs italiens à des mesures injustifiées et discriminatoires ;
 - Art. 5, par.1: obligation de concéder une pleine protection et une sécurité aux investisseurs italiens ;
 - Art.5, par.2: obligation de ne pas exproprier les investisseurs italiens ;
 - Art. 6: obligation de garantir le retour des capitaux investis ;
 - Protocole additionnel : obligation de régler de la façon la plus favorable possible les problèmes relatifs à l'entrée et au séjour sur son territoire des italiens.

73. La République d'Italie demande à ce que la République de Cuba soit condamnée au paiement de

US\$ 44,075,67 augmentés d'intérêt, et à US\$ 30,000 pour préjudice moral, M. Piloni s'étant vu interdit l'entrée du territoire cubain.

(4) "Cristal Vetro SA"

74. Dans son mémoire récapitulatif la République d'Italie précise qu'il ressort du témoignage de M. et Mme Amici, que Cristal Vetro SA, à l'origine une société italienne, Cristal vetro s.r.l., ayant son siège à Rome, a initié des relations commerciales avec Cuba en 1989, acquérant ainsi 70% du marché. En 1998, pour offrir un meilleur service et réduire les coûts de transport, elle a décidé d'implanter une usine à la Havane.

Cristal Vetro s.r.l. s'est transformée en société de droit panaméen, Cristal Vetro SA, détenue par un citoyen italien, qui opère à Cuba dans le secteur de la production du verre destiné essentiellement aux constructions immobilières du domaine touristique. Elle a obtenu l'autorisation de s'établir dans la zone franche de la Havane en 1997 (Zona Franca di Berroa). Le 1er juillet 1998, elle a signé avec la société responsable de cette zone, Zona Franca SA ci-après ZF SA, un contrat de bail. Les relations des parties se sont détériorées du fait d'une série d'inexécution contractuelles de ZF SA, ce qui a empêché la société italienne d'exercer son activité normalement. Un conflit entre les parties a éclaté, la partie cubaine invoquant une créance de loyer et la partie italienne le caractère inexploitable des locaux et une créance pour les dommages en résultant.

Une transaction a été signée le 17 novembre 1999 pour le paiement du solde des loyers ("*Acta de confiscación*"). A titre de paiement partiel Cristal Vetro s.r.l., devait fournir à la ZF SA des verres travaillés. Cependant, le nouveau directeur de ZF SA a remis en cause cette transaction, souhaitant un paiement au comptant, ce qu'a refusé Cristal Vetro S.r.l. En réponse le nouveau directeur a fait procéder à l'arrêt immédiat des opérations douanières de Cristal Vetro sans préavis, ce qui équivalait à la fermeture de l'usine. Il a également procédé au séquestre des meilleures marchandises du show-room et du salon Expocomer. En 2001, l'autorisation d'opérateur économique de la Zone Franche lui était retirée.

75. Cristal Vetro s'en est remise à la justice cubaine d'abord pour réclamer US\$ 571,624,6 puis US\$ 1,227,470 à titre de dommages et intérêts. Cependant, le recours aux autorités judiciaires locales a été totalement inutile, puisque les décisions des autorités judiciaires relatives à ce cas n'ont pas été adoptées dans un contexte d'impartialité.

Finalement, les propriétaires du capital investi ont été contraints d'abandonner précipitamment le pays en perdant tout ce qu'ils avaient investi.

76. Que Cristal Vetro soit un investisseur soumis à la protection de l'Accord est parfaitement évident : il s'agit d'une société de nationalité panaméenne dont les capitaux sont entièrement italiens. De plus, l'usine est délocalisée dans la Zone Franche de la Havane à l'Est.

Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie rappelle que ce n'est qu'en 2000-2001 que la société est devenue panaméenne alors que les dommages étaient déjà causés.

77. Cristal Vetro a engagé diverses actions pour la sauvegarde de ses créances par devant les tribunaux locaux sans aucun résultat. Elle a, au contraire, été condamnée au paiement de frais de justice. D'autres initiatives judiciaires n'ont été ni possibles, ni utiles. Elles ont même été contre-productives, conduisant à la révocation de l'autorisation d'opérateur économique de la Zone Franche. Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie souligne que son avocat a été agressé et licencié, que Cristal Vetro a donc été privée d'assistance légale, tous les avocats contactés se refusant à l'assister.

La condition d'épuisement des voies de recours internes est donc remplie, étant au surplus établi qu'elles ne sont pas effectives. Dans son Mémoire en réplique, la République d'Italie ajoute que le fait que les actions engagées par Cristal Vetro aient eu une issue négative, n'empêche pas que les conditions de l'enrichissement sans cause soient réunies. L'action en protection diplomatique de la République d'Italie en faveur de Cristal Vetro apparaît pleinement fondée.

78. Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie allègue que l'Etat cubain, au travers de la MINVEC, exerce "*la supervision et le contrôle*" du Concessionnaire de la Zone Franche. La concession est donnée par Décret du Conseil des Ministres. Il ne fait donc aucun doute que les actions illicites du directeur de la ZF sont imputables au Gouvernement Cubain. M. Burguet ayant déclaré que la fermeture d'une usine de la ZF pouvait intervenir sans recours juridictionnel, la République d'Italie en déduit que le Concessionnaire dispose d'un véritable « *imperium* » assimilable au pouvoir du gouvernement. De même la République d'Italie souligne qu'il est difficile de qualifier d'entité privée celle à laquelle l'investisseur étranger doit remettre son passeport pour pouvoir sortir du pays.

79. La République d'Italie dénonce la violation des dispositions suivantes de l'Accord de 1993 :

- Art.2, par.2 : obligation d'encourager les investissements italiens ;

- Art.2, par.2 : obligation de toujours garantir un traitement juste et équitable aux investissements italiens ;

- Art.5, par.1 : obligation de concéder une pleine protection et une sécurité aux investisseurs italiens ;

- Art.5, par.2 : obligation de ne pas exproprier les investisseurs italiens ;

- Art.6 : obligation de garantir le retour des capitaux investis.

80. La République d'Italie demande dans son mémoire récapitulatif que la République de Cuba soit condamnée au paiement de US\$ 1,799,094,64 à titre de dommages et intérêts, soit: US\$ 571,624,64 déjà demandés (cause entreprise le 2/2/2000) plus US\$ 1,227,470 pour dommages subis du fait de la fermeture de l'usine (cause entreprise le 27/2/2000), augmentés d'intérêts à 6% à compter de février 2001, plus US\$ 500,000 pour préjudice moral et professionnel. Doit être ajoutée la perte de marchés acquis difficilement en 12 ans, pour un montant dont la République d'Italie laisse la liquidation à la sagesse du Tribunal Arbitral.

Il convient de souligner que ces montants ne correspondent pas à ceux qui apparaissent aux conclusions finales de la République d'Italie reprises au n°90.

(5) "Pastas y Salsas Que Che vere"

81. Le représentant légal de cette société, qui en est également propriétaire, et sa famille, la famille Panizzardi, tous citoyens italiens, ont investi tous leurs biens dans un projet destiné à la production et à la commercialisation de sauces et de pâtes fraîches, projet convenu avec la direction de la Zona Franca Beroa de la Havane depuis janvier/février 1998. 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, au point qu'il importa à Cuba du matériel et des équipements pour la production qu'il avait acquis en Italie. 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.

En conclusion, la famille a été contrainte de rentrer en Italie en juin 2002, privée de tout revenu. Dans son mémoire en réplique, la République d'Italie souligne que l'installation (le hangar et les équipements) importée à Cuba n'est jamais revenue en Italie, ce qui constitue une véritable expropriation.

La famille Panizzardi est en droit d'obtenir restitution selon les principes de l'enrichissement sans cause.

82. Selon la République d'Italie, la famille Panizzardi a transféré depuis l'Italie à Cuba une installation complète pour la production de pâtes alimentaires et sauces, mais n'a pas pu commencer son activité industrielle. La République d'Italie en conclut que la première condition à l'action devant le Tribunal Arbitral est remplie. En effet, il s'agit d'un aspirant investisseur, qui a transféré à Cuba toutes ses ressources financières et ses biens nécessaires à l'activité et tout lui a été indûment soustrait, d'une façon ou d'une autre, par la bureaucratie étatique.

La République d'Italie soutient que si la société Pastas y Salsas a été constituée au Costa Rica, c'est sur les conseils des autorités cubaines de la Zone Franche Berroa "*afin d'éviter les pratiques bureaucratiques qu'aurait rendu nécessaire l'acceptation d'une société italienne*". En toute hypothèse, ce qui importe pour l'application de l'Accord de 1993, selon la République d'Italie, ce n'est pas la nationalité de la personne juridique qui investit, mais la provenance des capitaux. Quant au fait que sur l'acte de constitution, les capitaux sont indiqués comme d'origine costaricaine, M. Panizzardi a pu expliquer qu'il avait signé des documents dont il ne comprenait pas la signification, mais a confirmé n'avoir aucun lien avec le Costa Rica et que les capitaux investis étaient bien les siens.

83. La République d'Italie soutient dans son mémoire récapitulatif qu'il est possible, au terme de l'art. 11 du projet de la Commission du Droit International relatif à la Protection Diplomatique, qu'un Etat de la nationalité des titulaires du capital de la société exerce la protection diplomatique, et ce, en application de l'arrêt Barcelona Traction, même si la société a cessé d'exister au lieu de constitution.
84. Selon la République d'Italie, les comportements et mesures prises en violation de l'Accord de 1993 qui ont spolié la famille Panizzardi de ses avoirs sont tous imputables au Gouvernement cubain directement ou indirectement, au travers de sociétés dépendant des divers ministères cubains.
- Elle évoque le rôle de Vita Nuova qui dépend de l'Union Confitera qui dépend elle même du MINAL et souligne que l'Etat Cubain, au travers du MINVAC exerce "*la supervision et le contrôle*" du Concessionnaire de la ZFCH dont la concession est donnée par décret en Conseil des Ministres.
85. La société italienne a tenté d'obtenir l'assistance de conseils juridiques à Cuba, lesquels se sont refusés à engager une procédure contre le Ministère de l'Alimentation responsable de l'affaire. Aussi, il est évident que l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes est inapplicable car on se trouve dans l'hypothèse dérogatoire prévue par le Tribunal Arbitral : "*à moins qu'il ne soit établi qu'elles ne sont pas effectives*". En outre, selon la République d'Italie, si un jugement était intervenu, il aurait été, selon toute probabilité, contraire aux intérêts de la société italienne et quand bien même aurait-il été favorable, il n'aurait pas été exécuté et/ou exécutable.
86. Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie précise que les Panizzardi ont perdu pendant 5 ans leur salaire mensuel de techniciens de radiologie, soit US\$ 5,000 plus les contributions de prévoyance. Ainsi, le dommage subi s'élève à US\$185,000 en plus du préjudice moral pour perte d'illusion sur la validité du système économique cubain.
87. La République d'Italie dénonce la violation des dispositions suivantes de l'Accord de 1993 :
- Art.2, par. 1 : obligation d'encourager les investissements italiens ;
 - Art.2, par. 1 : obligation de concéder des autorisations de procéder à des investissements.
 - Art.5, par. 1 : obligation d'assurer une pleine protection et une sécurité aux investisseurs italiens.
88. La République d'Italie demande que la République de Cuba soit condamnée au paiement de US\$ 185,000 à titre de dommages et intérêts augmentés d'intérêts à 6% sur une base annuelle à compter de 1998, et à US\$ 200,000 à titre de préjudice moral et professionnel.

(6) "Menarini Società Farmaceutica"

89. Menarini est une société italienne qui assure la production de produits pharmaceutiques. Au

milieu des années 80, elle a effectué un important investissement commercial en relation avec Medicuba (entité attachée au Ministère de la Santé cubain), destiné à permettre l'entrée de produits pharmaceutiques sur le territoire cubain. En contrepartie ont été émises des factures de fournitures pour les pharmacies de 1987 à 1991. Menarmi est titulaire d'une créance d'environ 2,337,170,861 liras italiennes (environ € 1,200,000) pour la fourniture de produits pharmaceutiques entre 1990 et 1991 à la société Medicuba.

Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie précise que les investissements n'étaient pas seulement destinés à permettre l'entrée des produits pharmaceutiques sur le territoire cubain, mais également à développer des activités de recherche dans de nombreux domaines thérapeutiques du secteur sanitaire cubain.

90. L'apport de la société au marché cubain a été très important et durable (de 1987 à 1991). L'interruption de l'investissement est seulement due au défaut de paiement des factures source des créances en cause. L'apport de Menarmi concernait des produits pharmaceutiques d'une importance particulière pour la santé des citoyens cubains. Menarmi, afin d'organiser au mieux l'investissement sur le marché cubain, s'était dotée d'une structure de support grâce à la collaboration d'un agent local. Elle a ensuite également essayé d'investir dans la promotion de ses propres produits, mais ce fut impossible, la norme locale l'interdisant.

La société aurait également sponsorisé ou participé à d'importants évènements scientifiques de cardiologie.

91. La République d'Italie souligne qu'à partir du moment où une société étrangère décide d'entrer sur un nouveau marché, elle investit dans ce marché, ce qui est constitutif d'avantages certains pour le système économique du pays d'accueil. En conclusion, les activités développées par Menarmi à Cuba, remplissent indiscutablement la condition de durabilité et de risque qui caractérisent la notion d'investissement.

Selon la République d'Italie, l'article 1 de l'Accord de 1993 recouvre tout à fait l'activité développée par Menarmi sur le marché cubain. Ainsi la lettre a) de l'alinéa 1 vise tous les « *biens mobiliers* » et la lettre c) du même alinéa inclut, par une expression très large « *tout autre droit relatifs à des obligations ou services ayant une valeur économique* ».

92. Dans son mémoire récapitulatif, la République d'Italie rappelait que la créance de Menarini s'élevait à € 1,238,420,00 et qu'elle devait être augmentée des intérêts échus depuis 1992. A la suite d'un accord intervenu le 28 novembre 2005 cette créance devrait être réglée en 4 fois d'ici à septembre 2006 avec renonciation aux intérêts. Le 2 février 2007, la République d'Italie a indiqué que l'affaire étant définitivement réglée entre les parties, elle n'entendait plus exercer la protection diplomatique.
93. La République d'Italie n'a pas pour autant renoncé à exercer l'action fondée sur ses droits propres.
94. La République d'Italie dénonce la violation des dispositions suivantes de l'accord de 1993 :

- Art.2, par.2 : obligation de toujours garantir un traitement juste et équitable aux investissements italiens ;
- Art.5, par.1 : obligation d'assurer une pleine protection et une sécurité aux investisseurs italiens ;
- Art. 5, par.2 : obligation de ne pas exproprier les investisseurs italiens ;
- Art.6 : obligation de garantir le retour des capitaux investis.

95. La République d'Italie demande la condamnation de la République de Cuba au paiement de € 938,420,00 (sauf paiement à intervenir).

96. Les demandes de la République d'Italie sont les suivantes telles qu'exposées dans son dernier mémoire :

"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. 1; 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 soggettivi 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 alle 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 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 morali e non patrimoniali. Tali somme sono calcolate sulla base dei danni subiti dalle imprese italiane e sono così definite:

- 1) in relazione al caso "Caribe & Figurella Project srl" danni per USD 9,800,000 (così calcolato: USD 6,878,332, come dimostrato dal Dictamen reso dalla Consultoria Rado y Asociados già allegato; USD 2,000,000 per il danno societario anteriore alla firma del 1° contratto e per quello posteriore al 18 febbraio 2002 fino al maggio 2003, come sopra specificato; almeno USD 1,000,000 per danni morali e professionali cagionati alla società italiana e al suo rappresentante, Signor Aleo, ovvero secondo

la valutazione equitativa che l'Ecc.mo Tribunale arbitrale riterrà congrua; gli interessi decorrenti dal 18 febbraio 2002, ossia dalla data di redazione del Dictamen appena menzionato);

- 2) in relazione al caso "Finmed", 24,000,000 USD a titolo di danni materiali (danno emergente e lucro cessante), morali e professionali subiti e subendi, comprensivi delle somme dovute al Signor Filippi per avere prestato la sua attività professionale per 37 mesi senza compenso, ovvero la somma maggiore o minore che il Tribunale arbitrale dovesse accertare in via equitativa, oltre gli interessi decorrenti dalla data di introduzione della presente procedura arbitrale; come già precisato tale somma complessiva è così suddivisa: USD 4,324,269,92 per investimenti effettuati dagli investitori italiani, (v. pagina 5 riga 40 e pagina 6 riga 45 dell'allegato 17/1 della memoria italiana del giugno 2004) oltre interessi legali; USD 309,000 di cui 259,000 per compensi dovuti al Signor Filippi e 50,000 per danno dovuto a revoca immotivata (v. allegati 19 - 19/1 della memoria italiana del giugno 2004), oltre interessi legali dalla data della revoca 17 novembre 1999, USD 3,000,000 per danni morali e rivalutazione degli investimenti, oltre interessi legali; USD 16,317,731 per lucro cessante oltre interessi legali.

- 3) in relazione al caso "ICEMM" danni per 44,075,67 USD, 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;

- 4) in relazione al caso Cristal Vetro, danni per 799,094,64 USD (51,624,64 USD già richiesti nei precedenti atti e che costituirono oggetto della prima causa intrapresa il 2 febbraio 2000; 1,227,470,00 USD per i danni causati a seguito del protrarsi della chiusura della fabbrica, che costituirono oggetto della seconda causa, intrapresa il 27 marzo 2000), oltre a 500,000 USD a titolo di danni morali e professionali; danni per la perdita dell'avviamento commerciale acquisito in 12 anni di attività, da liquidarsi in via equitativa dall'onde Tribunale Arbitral;

- 5) in relazione al caso Pastas y Salsas, 185,000 USD a titolo di danni materiali e 200,000 USD a titolo di danni morali e professionali;

- 6) in relazione al caso Menarini industrie Farmaceutiche riunite S.r.l., € 938,420,00, con l'intesa che ove dovesse intervenire il pagamento della seconda rata secondo l'accordo del 25 novembre 2005, l'ammontare del credito che si farà valere, si intenderà ridotto del relativo importo³.

- 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) delle "Conclusioni". "

³ La République d'Italie a renoncé à cette demande particulière le 2 février 2007.

B) Position de la République de Cuba

97. 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 dans le cadre légal offert aux investissements étrangers à Cuba et accèdent sans difficultés au système juridique et judiciaire pour régler les différends qui surviennent dans leurs relations avec des entités nationales ou des organismes étatiques.
98. Selon la République de Cuba, pour qu'il y ait commission d'un acte illicite de la part de l'Etat, plusieurs conditions, reconnues en doctrine comme en jurisprudence internationales, doivent être remplies. Elles ne le sont pas en l'espèce.
99. On exige tout d'abord un lien de causalité entre l'action (ou l'omission) du sujet (qui doit être qualifiée juridiquement comme fait illicite) et l'Etat et la démonstration d'une intention attribuable à l'Etat. C'est justement ce caractère intentionnel qui fait défaut en l'espèce.
100. La République de Cuba nie la responsabilité de l'Etat cubain dans tous les cas où des responsables et employés d'entreprises cubaines ont été prétendument assimilés à des fonctionnaires du gouvernement.

Le droit cubain distingue clairement les entreprises étatiques de l'Etat, particulièrement en ce qui concerne leur patrimoine. Ceci ressort clairement de la Constitution de la République de Cuba qui prévoit que ses sociétés répondent des obligations contractées sur leurs ressources financières, de même que des articles 39 et 44 du Code civil cubain.

Les sociétés à capital public n'existent pas seulement dans les économies planifiées comme Cuba. On en trouve également dans les pays à économie de marché, sans que cela signifie que, dans leurs relations commerciales, elles agissent comme représentant l'Etat. Nombreuses sont les décisions judiciaires ou arbitrales, dans le système continental comme de common law, qui reconnaissent le principe de séparation entre les entreprises étatique et l'Etat.

Quant à l'article 8 du Projet d'articles sur la Responsabilité des Etats de la CDI et les commentaires qui en ont été faits au Rapport de sa 53ème session (p.92 à 97), la République de Cuba relève que la République d'Italie a omis de mentionner que la conclusion du point 3 de ces commentaires est la suivante : *"Le fait de savoir si un comportement a eu lieu sous la direction ou le contrôle de l'Etat pose des problèmes plus complexes. Ce comportement ne sera attribuable à l'Etat que si celui-ci a dirigé ou contrôlé l'opération ou si le comportement dénoncé était une partie intégrante de cette opération. Ce principe ne peut être étendu au comportement relatif à, d'une façon seulement incidente ou périphérique, l'opération et qui aurait échappé à la direction ou au contrôle de l'Etat"*. Aussi, pour imputer à un Etat la responsabilité des agissements d'une entreprise étatique, il faut démontrer, au cas par cas, non seulement un lien réellement suffisant entre l'entreprise étatique et l'Etat, mais aussi que la supposée violation d'une norme du Droit International, cause de responsabilité, a été réalisée de façon concrète et pour chaque cas spécifique sous la direction et le contrôle direct de l'Etat.

101. Selon la République de Cuba, il résulte du Projet d'articles de la CDI sur la Protection diplomatique, qu'en exerçant la protection diplomatique, un Etat épouse la cause du national qu'il a décidé de protéger en faisant usage du droit et du pouvoir discrétionnaire que lui offre le droit international, sans que cela ne soit pour lui ni un devoir ni une obligation. Ayant décidé de représenter un groupe de personnes qui ont renoncé à soumettre leurs différends à l'arbitrage international comme le leur permet l'Accord, la République d'Italie doit faire la preuve d'un pouvoir de représentation de chacun des supposés investisseurs.
102. La République de Cuba soutient que le principe le plus fondamental de la protection diplomatique des personnes morales est qu'elle doit être assurée par l'Etat dont elles ont la nationalité. Dans l'Accord de 1993, aucune disposition ne permet de soutenir la thèse d'un exercice de la protection diplomatique en vertu de la nationalité des capitaux comme le soutient la République d'Italie.
103. La République de Cuba considère que la République d'Italie manipule les dispositions de la Sentence Préliminaire lorsqu'elle invoque son paragraphe 88 pour prétendre agir "*en défense de ses droits internationaux subjectifs*" pour lesquels "*elle ne peut être obligée d'épuiser tous les recours de l'ordonnancement juridique d'un autre Etat*". En effet, dans le paragraphe suivant la Sentence Préliminaire indique : "*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*". La République de Cuba estime que, selon le droit international et les dispositions de la Sentence Préliminaire, pour pouvoir exercer la protection diplomatique, la République d'Italie est obligée de démontrer dans cette procédure, au cas par cas, l'épuisement des recours internes par les prétendus investisseurs.
104. La République de Cuba énonce qu'il résulte de la Sentence Préliminaire que seules les opérations effectuées en conformité avec les lois et règlements du pays récepteur pourront être considérées comme "*investissement*". Ignorer ces normes juridiques dans l'appréciation de la régularité de l'investissement serait incompatible avec le principe d'interprétation internationale "*ut res magis valeat quam pereat*".
105. La République de Cuba formule les observations ci-après s'agissant de chacun des cas présentés par la République d'Italie.

(1) "Caribe & Figurella Project, srl"

106. Dans son mémoire en réponse du 11 septembre 2005, la République de Cuba porte à la connaissance du Tribunal Arbitral de nouveaux faits qu'elle considère être d'une grande importance dans cette procédure.

Selon M. Giuseppe Santanello, associé de la société Figurella Project srl, M. Aleo ne serait pas propriétaire des équipements qu'il louait et n'aurait pas d'autorisation de la société Figurella Project srl pour réaliser des opérations commerciales à Cuba. De plus, M. Aleo aurait été déclaré incapable de manière permanente et absolue à exercer un quelconque travail. La République de Cuba, en conclut l'existence d'un comportement frauduleux et de mauvaise foi de M. Aleo, puisque

la partie cubaine a contracté sur la croyance erronée que ce dernier était dûment autorisé à louer les biens objets du contrat.

107. Ce fait nouveau permettrait, selon la République de Cuba, d'annuler la relation contractuelle en cause et a au surplus une incidence sur la régularité de l'investissement. Les lois cubaines s'opposent à ce que soit considéré comme un investissement régulier un contrat de location d'équipements dont la partie italienne n'était pas propriétaire, et qu'elle n'était pas autorisée à louer. Toute relation juridique ayant pour objet ces équipements est nulle. Aussi, l'activité de Caribe and Figurella Project srl ne peut donc être qualifiée d'investissement à la lumière du concept défini par le Tribunal Arbitral.

De plus, à Cuba, la société italienne se limitait exclusivement à la location d'un ensemble d'équipements et à la fourniture de conseils techniques à l'Hôtel Habana Libre Tryp ("l'Hôtel") pour le fonctionnement de son Centre de Beauté. Elle n'a créé ni n'administré aucun Centre de Beauté à Cuba.

En outre, il ne résulte aucunement des dispositions contractuelles un quelconque transfert de know how. Quant au transfert d'une image commerciale, M. Aleo a tenté de vendre l'image commerciale de la société Figurella Project Srl, profitant ainsi de la réputation d'autrui. De plus, l'image commerciale de la société Caribe and Figurella sur le marché international est quasi-inexistante.

En conséquence, la notion d'investissement ne saurait s'appliquer en l'espèce. Le Tribunal Arbitral devra donc se déclarer incompétent.

108. Contrairement aux allégations de la République d'Italie, cette espèce confirme non seulement l'efficacité et l'effectivité du système juridique cubain, mais également le respect des principes généraux du droit et en particulier de la clause arbitrale contenue au contrat.

La République de Cuba rappelle que Caribe and Figurella Project srl a déposé une demande auprès de la "*Sala de la económico del Tribunal Supremo Popular de Cuba*", laquelle a déclaré la demande irrecevable, et ce conformément au droit cubain. Caribe and Figurella Project srl a alors déposé une seconde demande, cette fois auprès de la "*Sala de lo civil del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana*", avec une prétention identique à la précédente. Le 31 mai 2001, le tribunal rendait sa décision rejetant la demande comme irrecevable, pour les mêmes raisons que dans l'affaire précédente. Le 9 juillet 2001, une nouvelle demande fut déposée devant la "*Sala de lo econòmico del TribunalSupremo Popular*", mais cette fois par l'Hôtel. Dans cette affaire, toutes les garanties du procès ont été respectées, la demande a dûment été signifiée et la partie italienne a formé une demande reconventionnelle tout en soulevant l'incompétence des tribunaux du fait de la clause d'arbitrage. Le tribunal s'est finalement déclaré incompétent. Ceci démontre la logique de fonctionnement des tribunaux cubains conformément au droit ainsi que leur impartialité.

Le 9 juin 2003, l'Hôtel a déposé une demande d'arbitrage contre Caribe and Figurella Project srl auprès de "*la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio*" de la République de Cuba pour dommages et intérêts du fait de l'inexécution contractuelle. Le 9 juillet 2003 M. Aleo fit parvenir

un écrit à la Cour précisant qu'il ne s'agissait pas d'une réponse mais exposant tous ses arguments et soumettant des documents. Finalement la Cour d'arbitrage a rendu une sentence reconnaissant la totalité des dommages et intérêts demandés par la partie cubaine. La sentence fut notifiée à M. Aleo en Italie, lequel refusa la notification. Cette notification, selon la République de Cuba a été faite dans les formes prévues par la loi cubaine et par la majorité des législations en matière de notification de sentences arbitrales.

Quant à la demande de M. Aleo devant la "*Fiscalía Municipal de Plaza*" afin qu'elle se prononce sur le comportement de l'Hôtel du fait de ses inexécutions contractuelles, la République de Cuba estime que c'est à bon droit que la Fiscalia s'est déclarée incompétente, s'agissant d'un organe public dont les fonctions ne l'autorise pas à régler un conflit de ce type.

La République de Cuba considère avoir ainsi démontré la transparence et l'efficacité des recours internes que les entrepreneurs italiens ont à leur disposition à Cuba.

Enfin, la République de Cuba prétend que la clause d'arbitrage contenue au contrat entre les parties oblige le Tribunal Arbitral à déclarer irrecevable la prétention de la République d'Italie que soit réglée devant le présent Tribunal Arbitral les questions liées à l'interprétation et à l'exécution du Contrat de location et d'assistance. La "*Corte de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Cuba*" s'est déjà prononcée sur ces questions.

En vertu du respect dû aux clauses compromissoires entre les parties, au principe de spécialisation des tribunaux arbitraux et au principe de l'autorité de la chose jugée, le Tribunal Arbitral doit déclarer infondée la prétention de la République d'Italie d'exercer la protection diplomatique, comme moyen permettant à ses ressortissants d'éluder les modes de règlement des litiges convenus librement dans leurs contrats.

109. La République de Cuba rappelle que cette espèce concerne une relation commerciale fondée sur deux contrats de location d'équipements et de conseils techniques. La société italienne a été constituée le 8 juillet 1998 par M. Aleo, uniquement et spécialement pour la signature du contrat et n'a donc pas d'expérience sur les marchés internationaux comme le prétend la République d'Italie. Aux termes du premier contrat avec Grupo Hotelero Gran Caribe S.A., la partie italienne devait fournir certains documents avant le 31 décembre 1998, ce qu'elle n'a pas fait. Ce premier contrat n'a donc produit aucun effet, car il dépendait d'une condition suspensive qui n'a pas été réalisée.

Le deuxième contrat, signé le 3 septembre 1999 entre Caribe and Figurella Project S.r.l et l'Hôtel est un contrat de location ce qui exclut tout transfert de propriété de l'équipement qui est donc resté propriété de la partie italienne. Il ne peut s'agir d'un investissement en l'absence d'apport et de risque.

110. La République de Cuba rapporte que l'administration de l'Hôtel se serait plainte auprès de M. Aleo du non respect par celui-ci des règles de fonctionnement de l'Hôtel et de la violation de la législation cubaine.

C'est M. Aleo qui, le 26 Septembre 2000, aurait demandé qu'il soit mis fin au contrat.

Du fait des inexécutions de la partie italienne, l'Hôtel, le 16 décembre 2000, faisait savoir qu'il était prêt à démonter les équipements du Centre de Beauté. Contrairement à ce que prétend la République d'Italie, les biens de la partie italienne n'ont pas été volés. M. Aleo a été à plusieurs reprises prévenu du démantèlement des équipements mais n'a pas réagi. Les biens furent remis à Caribe & Figurella le 2 mai 2001, sauf quelques uns qui furent indentifiés. Finalement, le transfert des équipements eut lieu le 26 novembre 2001, en présence de M. Aleo qui signa le document identifiant les équipements livrés et les biens manquants. Dans son mémoire récapitulatif, la République de Cuba souligne que M. Aleo a reconnu lors de son audition que ses biens lui avaient été restitués dans leur intégralité.

111. La République d'Italie a fait allusion à deux interventions d'organes publics dans cette affaire : le retrait de la licence commerciale 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 car cette licence devait être demandée par l'Hôtel et l'a été. La République de Cuba relate que la licence a été concédée pour une activité d'institut de beauté. A la date de la demande et d'octroi de la licence, l'annexe IV du contrat du 17 juillet 2000 qui incluait le service de tatouage n'avait pas été signée par les parties. C'est pourquoi l'autorité qui a concédé le Certificat ne savait pas que serait pratiqué cette activité, quand elle étudia la documentation. Le 3 novembre 2000, 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 rétabli ladite licence à condition que le service de tatouages soit supprimé jusqu'à ce qu'une décision définitive soit adoptée. La République de Cuba soutient donc que l'intervention des autorités compétentes n'a été ni arbitraire ni discriminatoire.

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 répondre à certains critères, ce qui n'était pas le cas de la société italienne. 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 critères soient remplis. En l'espèce, c'est le Ministère du Commerce Intérieur qui a fait la démarche. Cependant, une telle autorisation dépendant de raisons de convenance ou de l'intérêt économique du pays, elle n'a pu être accordée, ce qui n'est en rien une intervention discriminatoire. La notification de cette décision n'a jamais pu intervenir, le représentant de l'entité italienne n'ayant indiqué ni domicile légal ni numéro de télécopie.

112. Aussi, les interventions de l'Etat dans cette espèce n'ont été ni discriminatoires ni arbitraires.
113. Enfin, la République de Cuba conteste l'évaluation des dommages à laquelle a procédé la République d'Italie.

(2) "Finmed srl"

114. Selon la République de Cuba, la société italienne Finmed srl n'a pu procéder à un quelconque investissement à Cuba, n'ayant pas rempli, du fait exclusif de ses représentants, les conditions de légitimité nécessaires pour se substituer à la société irlandaise Finmed Ltd.

Aucun apport dans l'entreprise mixte Medi Club SA, ne peut être attribué à la société italienne Finmed srl qui n'a de plus pris aucun risque. Tous les apports de Medi Club SA ont été réalisés par ses associés : Cubanacan S.A. et la société irlandaise Finmed Ltd. La République de Cuba rejette toute accusation d'enrichissement sans cause pour usurpation ou expropriation des ressources provenant de Finmed srl étant donné que tous les apports de chacune des parties sont dûment justifiés. Quand bien même Finmed Ltd serait originellement constituée de sociétés italiennes, il n'en reste pas moins que depuis la constitution de l'entreprise mixte Medi Club, l'associé de Cubanacan S.A. est uniquement et exclusivement la société irlandaise Finmed Ltd.

115. La République de Cuba considère qu'il est totalement inacceptable que l'on tente d'imputer une quelconque responsabilité à Medi Club ou à Cubanacan du fait des modifications internes de Finmed Ltd, ou que l'on tente d'exiger que la République de Cuba règle la situation actuelle de M. Filippi et Mme Ciscatto dans leurs relations avec les associés de Finmed Ltd et dans l'entreprise mixte Medi Club SA. La République de Cuba soutient que Medi Club et Cubanacan se sont toujours refusés à participer à des procédures contre M. Filippi.

116. La République de Cuba rejette l'affirmation selon laquelle M. Rampinini aurait assumé "illégalement" la représentation de Finmed Ltd au sein de Medi Club SA. avec l'appui de Cubanacan. Cette dernière a reçu de nombreux courriers d'autres associés de Finmed Ltd avant, pendant et après l'adoption de l'accord n°4 à l'Assemblée Générale du 28 août 1998, courriers qui ont conduit à la paralysie totale de Medi Club pendant plus de 8 mois, en attendant que les associés de Finmed Ltd règlent leurs problèmes internes devant les tribunaux irlandais. Ce n'est qu'à partir du moment où M. Rampinini fut en condition de présenter tous les documents demandés qui le désignaient comme représentant légal de Finmed Ltd face à Medi Club, qu'a pu se réunir une Assemblée Générale et qu'ont pu reprendre les réunions du Conseil de Direction de l'entreprise mixte.

La République de Cuba souligne l'absence d'identité entre les associés de la société irlandaise Finmed Ltd et ceux de la société italienne Finmed Srl au moment où a été tentée la substitution de la seconde à la première dans Medi Club SA, M. Filippi ayant reconnu qu'il existait dix actionnaires supplémentaires dans Finmed Ltd. En août 1998, "Samarconda" et "Santa Chiara" ne détenaient que 16,2% des actions dans Finmed Ltd. Selon la République de Cuba, il n'est pas certain que Mme Ciscatto ait eu les pouvoirs suffisants pour priver Finmed Ltd de ses droits dans Medi Club SA.

La République de Cuba ajoute que si les représentants de Cubanacan ont considéré à tort que pour demander un changement d'associé dans l'entreprise mixte Medi Club SA, il n'était pas nécessaire d'obtenir une approbation gouvernementale, la loi cubaine impose néanmoins de procéder aux démarches nécessaires à l'obtention de cette autorisation et son octroi avant de procéder au changement d'associé. En effet, ce changement modifie l'autorisation initiale concédée par le

Gouvernement pour la constitution de l'entreprise mixte. Or, il est certain que les documents pour demander cette autorisation n'ont jamais été fournis par les représentants de Finmed, en raison du conflit opposant ses associés. Aussi, les autorités publiques n'ont jamais eu à connaître d'aucune demande de changement d'associé, jusqu'à ce que M. Filippi s'adresse à elles se plaignant et exigeant que la République de Cuba le remette dans sa position de Président de Medi Club SA, et lui restitue les droits que lui et Mme Ciscatto avaient perdus.

117. La clause d'arbitrage CCI figurant dans les statuts de Medi Club SA n'a été invoquée par aucune des parties à l'investissement ce qui témoigne de l'admission par Finmed srl de son défaut de légitimation active. La République de Cuba en déduit que les recours librement prévus par les parties n'ont pas été épuisés.

En outre, les différentes tentatives procédurales de la partie italienne contre la partie cubaine ont été défectueuses.

La demande d'arbitrage de Mme Ciscatto en août 2002, par la voie diplomatique, était entachée de deux erreurs irréparables qui ne peuvent être attribuées à la République de Cuba : comparution au nom d'une entité dont la condition d'investisseur à Cuba n'est pas reconnue ; identification erronée du défendeur.

C'est à juste titre que la "*Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular*" a refusé, le 28 juin 2002, l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère demandée par M. Filippi : défaut de légitimation passive de l'entreprise mixte cubaine, la véritable partie défenderesse étant Finmed Ltd ; absence de soumission du transfert d'actions nominatives appartenant à Finmed Ltd dans Medi Club SA aux normes cubaines impératives en matière d'investissement.

M. Filippi reconnaît avoir reçu une réponse dans les temps et dans les formes concernant la procédure engagée devant la "*Fiscalía General de la República de Cuba*". La demande a été dûment examinée par l'autorité en question. Cependant s'agissant d'une décision se limitant à suggérer qu'il soit enquêté sur les problèmes soulevés, il ne pouvait en être demandé une exécution spécifique étant donné qu'il ne s'agit pas d'une sentence susceptible d'exécution forcée..

Quant à la réclamation que M. Filippi a soulevé le 27 février 2002 contre Medi Club, en se faisant représenter par un avocat du "*Bufete Colectivo del Municipio Playa en Ciudad de la Habana*", la République de Cuba estime qu'elle est infondée. Il s'agissait pour M. Filippi d'obtenir une rémunération pour services rendus dans le cadre de ses fonctions de Président de Medi Club. Or, la question a été discutée à de nombreuses reprises dans le cadre de l'Assemblée Générale des actionnaires et du Conseil de Direction et la réclamation a été rejetée. La République de Cuba considère donc que Medi Club n'a aucune dette envers M. Filippi sur ce fondement.

La République de Cuba conclut que les résultats défavorables obtenus par la partie italienne dans des procédures à Cuba ne permettent pas d'en déduire que ces procédures n'offraient pas toutes les garanties universellement reconnues.

118. En conclusion, la République de Cuba demande qu'il soit reconnu qu'il n'existe pas d'investissement à Cuba de Finmed srl car la participation étrangère dans Medi Club SA est

attribuée à la société irlandaise Finmed Ltd.

Elle demande également que soit reconnue l'absence de dommage matériel (*damnus emergens et lucrum cessans*) et de dommage moral ou professionnel souffert par la Demanderesse ou par les représentants de Finmed srl du fait d'autorités, entités ou représentants de Cuba.

De même, la demande de *restitutio in integrum* devra être rejetée, en l'absence de légitimité et de fondement légal de celle-ci.

Quant aux droits économiques réclamés par l'ex-Président du Conseil d'Administration de Medi Club SA, la République de Cuba souligne qu'aucune compensation relative à l'activité du Président n'a été approuvée par l'Assemblée de la société. Ce sujet est d'ailleurs de la compétence exclusive de la l'arbitrage CCI prévu par les statuts.

(3) "Icemm srl"

119. Il a été démontré que l'espèce "*Icemm srl*" concernait uniquement l'exportation et l'importation, au travers de deux contrats de vente, opérations que le Tribunal Arbitral a expressément exclues, au paragraphe 81 de sa Sentence Préliminaire, de la définition d'investissement.

Les opérations réalisées par M. Pilloni, administrateur unique d'*Icemm srl*, n'entrent dans aucun des éléments de la définition du Tribunal Arbitral : "apport, durée, risque". Il n'y a pas eu d'apport, s'agissant d'opérations de ventes dont l'essence contractuelle est la réciprocité. Le risque entrepreneurial, lui-même, lié à la notion d'apport, implique l'existence d'une "*aventure*" commune qui n'existe pas dans les opérations de vente internationale, les actions de chacune des parties en l'espèce étant conditionnées par le "gain" escompté de l'opération. Quant à la durée, la simple présence de M. Pilloni à Cuba durant de longues périodes avait d'autres motivations que celles strictement commerciales.

120. Les réclamations de M. Pilloni ont toujours été attentivement examinées par les entreprises cubaines. Lorsqu'une solution amiable n'a pas été possible, M. Pilloni a amplement utilisé la voie judiciaire, appuyé d'avocats cubains qui l'ont dûment défendu. Ainsi, la "*Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular*", le 28 décembre 2002 a condamné la société cubaine Pesmar à verser à *Icemm srl* à un montant de US\$ 40,292.50.

M. Pilloni a obtenu le plus souvent des décisions favorables, sauf dans un cas où la décision, dûment justifiée, a été confirmée après un ultime recours.

Ceci démontre que le système de garanties établies par l'ordre interne cubain est effectif et non discriminatoire. Aussi, la République de Cuba rejette toutes les prétentions de la République d'Italie dans cette espèce, la République d'Italie ne cherchant qu'à obtenir une révision au fond d'une procédure cubaine.

121. La société *Icemm srl*, qui opère à Cuba depuis 1996, entretenait des rapports contractuels principalement avec deux clients : les entreprises de commerce extérieur Emexcon et Pesmar

auxquelles Icemm srl vendait des équipements pour la construction. Dans ses contrats avec ces sociétés, Icemm s.r.l. a expressément accepté une clause limitative de responsabilité, prévoyant que ces sociétés étant indépendantes, répondraient de leurs obligations sur leur propre patrimoine ce qui fait obstacle à l'exercice de la Protection Diplomatique. L'argument de la République d'Italie selon lequel cette clause ne s'oppose pas à ce qu'elle agisse au titre de la Protection Diplomatique pour que lui soit remboursée la prétendue créance d'Icemm s.r.l., est en contradiction avec le principe généralement admis selon lequel la Protection Diplomatique est la procédure qu'utilise l'Etat de la nationalité de la personne lésée pour garantir la protection de cette personne contre un fait internationalement illicite d'un autre Etat.

La République de Cuba soutient qu'à aucun moment, M. Pilloni, n'a effectué des actions concrètes destinées à constituer ou même à promouvoir une activité économique autre que la vente de marchandises.

Selon la République de Cuba, M. Pilloni aurait procédé à l'envoi de marchandises sans avoir été autorisé par la partie cubaine. M. Pilloni a ensuite remis à Emexcon, deux mois après lui avoir envoyé la marchandise non demandée, un avenant modifiant unilatéralement dans la facture le prix qui apparaissait à l'origine dans l'offre et en incluant d'autres prix. A plusieurs reprises Emexcon a communiqué par téléphone à M. Pilloni son désaccord quant à l'envoi de la marchandise. Ce n'est que dans le but d'éviter la perte de cette marchandise qu'Emexcon a décidé de la retirer et de la maintenir en dépôt dans ses magasins.

En conséquence des agissements peu éthiques de M. Pilloni, Emexcon a rompu toute relation commerciale avec Icemm s.r.l.. En application des lois applicables au séjour des étrangers, Emexcon a communiqué aux autorités cubaines la révocation du permis de séjour de M. Pilloni, lequel avait été demandé par Emexcon dans le cadre des relations commerciales existant entre les parties. Le résultat n'a été qu'un changement dans le statut selon le droit de l'immigration de ce ressortissant italien, auquel il n'était pas interdit d'entrer dans le pays. Il ne s'agit donc en aucun cas d'un traitement discriminatoire ou d'un acte illégal, Emexcon, au contraire, s'est conformée aux dispositions réglementaires en vigueur.

Dans son mémoire en duplique, la République de Cuba explique que les interdictions d'entrée sur le territoire cubain opposées à M. Pilloni ont été motivées par note diplomatique du 31 décembre 2003 du Ministère des relations extérieures de Cuba à l'Ambassade italienne : M. Pilloni avait à plusieurs reprises violé le droit de l'immigration. Parmi ces violations : l'embauche d'employés cubains en violation du droit du travail cubain, alors que l'entreprise cubaine qui avait demandé son permis de travail et d'affaires n'avalisait déjà plus ce type de demande ; M. Pilloni pratiquait des activités entrepreneuriales avec un visa de touriste. Cependant, le Gouvernement cubain a informé l'Ambassade, comme geste de bonne volonté politique, de la levée de la prohibition d'entrée sur le territoire cubain si M. Pilloni respectait dorénavant les termes et conditions de séjour établis pour les étrangers qui entrent à Cuba avec un statut de touriste. Or, M. Pilloni a continué de commettre ces violations, auxquelles s'ajoutaient d'autres violations relatives à l'entrée de façon irrégulière de marchandises à Cuba, ce qui a motivé la décision des organes douaniers de rétablir l'interdiction d'entrée sur le territoire cubain.

122. M. Pilloni n'a jamais été placé dans une situation qui l'aurait mis dans l'impossibilité de défendre les intérêts d'Icemm, puisque ses avocats ont poursuivi, avec une totale liberté, les actions en son

nom et ont maintenu les communications nécessaires. La preuve en est la décision de 2003 de la "Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular", qui a mis fin à la demande d'Icemm contre Emexcon en condamnant cette dernière au paiement de 90,762.37 USD postérieurement au changement de statut migratoire de M. Pilloni. La République de Cuba soutient que ce montant a dûment été payé à une date antérieure à la présentation du mémoire introductif du 7 janvier 2004.

Icemm a pu faire appel de la décision du 29 octobre 2004 auprès du « *Tribunal Supremo Popular* » qui a rendu une décision en date du 31 mai 2005 jugeant conformément au droit.

Aussi, à cette date, Icemm n'est créancière d'aucune entité cubaine. En effet, elle a reçu paiement des 90,767.27 USD en exécution de la décision du "*Tribunal Supremo Popular*" du 20 juin 2003 en date du 17 octobre 2003 et elle a perdu en appel la demande initiée pour un montant de 44,075.67 USD pour sa facture du 17 septembre 1999 correspondant à l'avenant au contrat de vente.

(4) "Cristal Vetro SA "

123. Selon la République de Cuba, Cristal Vetro S.A n'est pas une personne morale de nationalité italienne, mais de nationalité et de domicile panaméen. Le Tribunal Arbitral doit donc se déclarer incompétent.
124. Les décisions rendues dans cette affaire l'ont été conformément aux principes substantifs et processuels du droit positif cubain, et dans le contexte de procès où les deux parties ont disposé des pleines garanties dans l'exercice de leurs droits, présenté leurs prétentions et les preuves qu'elles considéraient opportunes. La République de Cuba en conclut que dans cette espèce les recours internes nécessaires existaient et ont été effectifs.
125. Cristal Vetro SA est une société de droit panaméen autorisée comme opérateur de la Zona Franca Ciudad de la Habana S.A. (ZFCH). Les relations entre les parties se sont détériorées du fait de l'inexécution par Cristal Vetro de son obligation de paiement du loyer. En conséquence ZFCH de façon licite et légitime a pris les mesures prévues par le contrat et par les normes juridiques de droit positif qui régissent le fonctionnement de cette zone franche. Cristal Vetro SA de son côté a présenté deux réclamations judiciaires contre ZFCH devant la juridiction ordinaire cubaine, tel que prévu au contrat, et interjeté appel des décisions en résultant, acceptant et reconnaissant par là même ce mode de règlement des litiges.
126. Selon la République de Cuba, c'est à la suite d'une correspondance de M. Amici du 28 décembre 1999 qui demandait d'initier la procédure de résolution des relations contractuelles, que la ZFCH lui faisait parvenir le 17 janvier 2000 la "*Notificación del Acto de Resolución de Contracto y liquidación de Obligaciones*", avec copie à l'avocat de Cristal Vetro.

La révocation de Cristal Vetro SA en tant qu'opérateur de la Zone Franche a été décidée par Résolution du 21 mai 2001 du Ministre pour l'investissement étranger et la collaboration économique, au motif que Cristal Vetro avait cessé d'exécuter ses obligations légales. La République de Cuba ajoute que la procédure de révocation était le résultat de la rupture du lien contractuel entre cet opérateur et le concessionnaire, rupture intervenue sur demande de Cristal Vetro. Cette

décision a fait suite à plusieurs notifications et a été prononcée conformément aux normes juridiques cubaines applicables. La révocation est donc intervenue dans un cadre de légalité et ne peut être considérée comme une pratique discriminatoire.

127. Dans son mémoire récapitulatif, la République de Cuba précise qu'il n'existe aucune relation de subordination entre la Sociedad Mercantil Zona Franca Ciudad Habana, concessionnaire de la Zone Franche et l'Etat Cubain ; cette société n'exerce aucune fonction gouvernementale. L'unique intervention dans cette espèce de l'Etat cubain a été la révocation de l'autorisation d'opérateur.

Cependant, la République d'Italie s'obstine à rendre l'Etat cubain responsable du solde d'une dette qui n'a pas été prouvée. En fait, la République d'Italie cherche à utiliser le Tribunal Arbitral comme un outil de révision des décisions judiciaires adoptées par les tribunaux compétents, sans démontrer un quelconque doute raisonnable quant aux agissements des organes judiciaires cubains.

(5) "Pastas y Salsas que Chévere "

128. Soulignant que M. Panizzardi a toujours agi en sa qualité de Président et de représentant légal de la société Pastas y Salsas que Chévere, la République de Cuba porte à l'attention du Tribunal Arbitral que cette société a été constituée à Costa Rica et y a son siège social. Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'un investisseur italien.

La République de Cuba conteste l'argument de la République d'Italie selon lequel les autorités de la Zona Franca Berroa auraient conseillé à M. Panizzardi de créer une société avec un siège social à Costa Rica. A cet égard, dans son mémoire récapitulatif, la République de Cuba fait valoir qu'il est ressorti de l'audience que ce conseil émanait de M. Berdini, représentant légal de M. Panizzardi.

129. Le statut sous lequel M. Panizzardi a demandé d'entrer à Cuba et qui lui a été concédé par les autorités d'immigration cubaines, pour le mois d'avril 1998, était celui de touriste, qui, selon la législation cubaine, ne permet pas de réaliser des affaires. La République de Cuba en conclut que la condition de régularité du supposé investissement qu'exige le Tribunal Arbitral pour le considérer comme régulier ne serait pas remplie dans ce cas quand bien même la Lettre d'intention mentionnée ci-après (n° 126) aurait été interprétée comme un investissement. Selon les autorités compétentes, M. Panizzardi a effectué quatre voyages à Cuba en qualité de touriste et à partir du 3 octobre 1998, la qualité de résident temporaire lui a été accordée en vertu de sa condition de fonctionnaire de la société Epocatur, Agent de voyages dûment inscrit à la Chambre de Commerce de la République de Cuba.
130. La République de Cuba nie que l'on soit en présence d'un investissement tel que défini par la Sentence Préliminaire en l'absence d'éléments tel que l'apport et le risque.
131. Le supposé investisseur dénonce l'inexistence ou l'ineffectivité des recours internes à Cuba pour régler le litige en question, alors qu'il existe d'innombrables cas dans lesquels des investisseurs ont

utilisé ces recours, avec des résultats favorables pour leurs intérêts.

Aux termes de la loi cubaine c'est la juridiction administrative qui est compétente en l'espèce. Cependant, M. Panizzardi en sa qualité de représentant légal de la société Pastas y Salsas que Chévere n'a jamais utilisé les recours disponibles à Cuba pour obtenir réparation de son prétendu dommage patrimonial. En effet, les démarches légales auxquelles M. Panizzardi affirme avoir procédé ne sont pas des recours internes qui auraient été épuisés sans avoir été effectifs.

132. Quant aux faits, la République de Cuba relate que le 8 avril 1998, M. Panizzardi, Président de la société Pastas y Salsas que Chévere SA., signait un projet de Lettre d'intention avec le Directeur de l'entreprise de pâtes alimentaires Vita Nuova. Il y indiquait procéder aux démarches pour obtenir son inscription en Zone Franche à la Havane comme opérateur, mais n'y procédait finalement que 13 jours plus tard. Le 24 octobre 1998 cette demande était rejetée par le Directeur de l'Office National des Zones Franches.

A cet égard, la République de Cuba nie l'existence d'un accord préalable entre la famille Panizzardi et la Direction de la Zone Franche Berroa de la Havane depuis janvier-février 1998 tel qu'allégué par la République d'Italie mais non prouvé. Le fait que M. Panizzardi ait fait livrer à Cuba un container chargé d'effets personnels et d'équipements pour l'usine qu'il prétendait installer ne prouve en rien ce prétendu accord. Au contraire, il ressort du document 46 que M. Panizzardi agissait en connaissance de cause. Ainsi, le 14 juillet 1998 la Spécialiste Principale de l'Office National des Zones Franches, prenant en considération le fait que M. Panizzardi avait déjà fait embarquer le container, écrivait au Vice Chef de la Douane Générale de la République afin qu'il intervienne en faveur de l'importation de ce container, tout en faisant la réserve suivante : *"Le hemos comunicado al Sr. Panizzardi que en caso de que su solicitud no fuese aceptada, tendra que reexportar el contenedor con el suministro en cuestión". ("Nous avons indiqué à M. Panizzardi qu'au cas où sa demande ne serait pas acceptée, il devra ré-exporter le container avec les fournitures en question").*

La République d'Italie prétend que la non remise des autorisations à Pastas y Salsas que Chévere constituerait une violation de l'Accord de 1993. Or, il s'agit là d'une faculté discrétionnaire de l'autorité compétente, soumise exclusivement à des éléments d'appréciation tels que la faisabilité, la nécessité, l'insertion possible sur le marché et la réalité économique, les intérêts du pays récepteur et autres éléments propres à ce dernier qui ne peuvent faire l'objet d'aucune négociation. Prétendre le contraire serait absurde en ce qu'il s'agirait de consacrer l'obligation d'un Etat d'accepter, dans tous les cas, toute tentative d'investissement étranger.

Dans son mémoire récapitulatif, la République de Cuba ajoute qu'il n'existe aucune relation de subordination entre la Sociedad Mercantil Zona Franca Ciudad Habana, concessionnaire de zone Franche et l'Etat Cubain ; cette société n'exerce aucune fonction gouvernementale. L'unique intervention dans cette espèce de l'Etat cubain au travers de *"la Oficina Nacional de Zonas Francas"*, a été de ne pas remettre l'autorisation d'opérateur, faisant alors usage de son pouvoir discrétionnaire. Les actes en cause ne peuvent faire l'objet d'une protection diplomatique, puisqu'il n'y a pas eu d'intervention d'agent étatique du Gouvernement de Cuba.

133. Quant à la demande d'indemnisation de M. Panizzardi, la République de Cuba relève que,

concernant la demande de 185,000 USD pour dommage matériel, somme qui représenterait le fruit de ses économies personnelles qu'il aurait engagées à Cuba, M. Panizzardi ne prouve aucunement ni qu'il détenait effectivement cette somme, ni qu'il l'ait apportée à Cuba, et surtout il ne prouve pas que cette somme ait été dépensée pour les besoins de l'investissement qu'il prétendait réaliser.

Quant à la demande d'indemnisation des préjudices moral et professionnel, la République de Cuba soutient que de tels préjudices n'existent pas du fait qu'il n'y a eu qu'une demande d'autorisation en tant qu'opérateur qui n'a pas été acceptée par le pays récepteur et tout cela en totale conformité avec sa législation. Dans son mémoire récapitulatif, elle ajoute qu'un tel préjudice moral ne peut concerner une personne morale.

(6) "Menarini Sociedad Farmacéutica "

134. La société italienne Menarini n'a réalisé que des opérations commerciales de vente de médicaments avec l'entité de commerce extérieur Medicuba, sans qu'aucune de ses actions puisse être considérée comme un investissement conformément à la définition de ce concept par la Sentence Préliminaire. Aucune preuve n'a été rapportée d'une supposée intention de Menarini de réaliser une autre activité à Cuba que la vente ponctuelle de marchandises. A cet égard, la République de Cuba précise que Menarini n'a jamais importé ses produits à Cuba, elle les vendait simplement à Medicuba qui les importait sur le territoire national et procédait à toutes les démarches nécessaires (consignation, transport, douanes). La distribution et la vente des produits de Menarini étaient réalisées par les entreprises de gros et de détail cubaines, et par les hôpitaux et autres institutions de santé à qui Medicuba transférait les produits acquis. Selon la République de Cuba, il n'existait aucune agence et/ou chaîne avec points de vente, de même que n'a été conclu ou négocié aucun accord avec des entreprises locales.

Selon la République de Cuba, l'existence d'une créance aussi importante soit-elle ne constitue en rien un apport à une activité économique d'investissement. Elle n'est que la conséquence d'un retard dans le paiement de marchandises dans le cadre d'un contrat de vente. A cet égard, la Sentence Préliminaire a clairement exclu de la notion d'investissement les simples opérations de vente. Au surplus, les transactions de vente dont s'agit n'ont pas été durables dans le temps, puisqu'il s'agissait de ventes sur commande ponctuelle.

Le fait que Menarmi ait collaboré avec un agent local, ne peut conduire à considérer les activités de Menarmi comme un investissement. Il s'agit là d'une pratique usuelle dans les activités commerciales. Le fait d'accueillir un événement scientifique tel que le Congrès de cardiologie à la Havane constitue également une pratique usuelle pour ce type d'activité, le but étant de diffuser une gamme de produits en rapport avec le thème de la conférence : cela ne constitue en rien une intention de développer un investissement.

La République de Cuba souligne que Menarmi n'a été exposée à aucun autre risque que tous les risques qu'un vendeur doit assumer.

Enfin, selon la République de Cuba, les achats de médicaments à Menarmi n'ont apporté aucune augmentation de la compétitivité ou du *know how* à Cuba.

135. Dans son mémoire récapitulatif, la République de Cuba souligne qu'il a été expressément déclaré à l'audience par les témoins présentés par la République d'Italie, qu'à aucun moment Menarmi ne s'est sentie discriminée dans son activité commerciale à Cuba du fait de sa condition d'entité italienne.
136. Elle relate que les parties ont conclu un accord privé pour le paiement des dettes qui apporte satisfaction aux deux parties, et que Menarmi s'apprête à reprendre ses opérations commerciales avec Medicuba.
137. La société Menarmi n'a formulé aucune demande arbitrale ou judiciaire devant les organes compétents à Cuba.
138. La République de Cuba conclut de façon générale comme suit :

"La REPUBLICA DE CUBA, en virtud de los hechos que resultaron probados y los principios fijados por la Sentencia Preliminar del Honorable Tribunal Arbitral Ad Hoc, solicita

PRIMERO: Que examinada su competencia en cada caso se declare incompetente para pronunciarse en los casos Caribe & Figurella Project srl., FINMED srl, ICEMM srl., Cristal Vetro, Salsas y Pastas Que Chévere, Menarini Società Farmaceutica y Costa Container Lines.

SEGUNDO: Que se reconozca en cada uno de los casos en los cuales el Honorable Tribunal Ad Hoc decida declararse competente, la inexistencia de hechos ilícitos que puedan ser imputables al Estado cubano contra inversionistas italianos, que puedan servir de fundamento para una condena a la República de Cuba por este concepto.

Adicionalmente LA REPUBLICA DE CUBA solicita del Honorable Tribunal Ad Hoc, que se obligue a LA REPÚBLICA ITALIANA al pago de las costas procesales y a retractarse pública y diplomáticamente, a modo de resarcimiento, por el daño moral que le ha ocasionado por el establecimiento de su Demanda.

Sírvase el Tribunal Arbitral Ad Hoc: Que habiendo presentado este escrito, con sus copias, lo admita; tenga por evacuado el trámite a que se contrae y consecuentemente resuelva admitiendo los pronunciamientos que en Derecho resulten procedentes.

Es Justicia que se solicita en la Ciudad de La Habana, a los 14 días del mes de marzo del 2006. "

C) La décision du Tribunal Arbitral

139. La République d'Italie reproche à la République de Cuba d'avoir violé l'Accord de 1993 en ne promouvant pas et en ne protégeant pas les investissements effectués par des ressortissants

italiens à Cuba.

La République d'Italie agit à double titre:

- elle poursuit la défense des droits propres que lui confère l'Accord de 1993 et le Droit International. Cette action vise à faire constater par le Tribunal Arbitral que la République de Cuba a violé la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993 ainsi que les normes de droit international sur le traitement et la protection des étrangers et à ce que le Tribunal Arbitral lui ordonne de mettre fin à ces violations et de donner toutes garanties qu'elle respectera à l'avenir ses obligations internationales ;

- elle exerce la protection diplomatique de personnes physiques et morales italiennes en vue d'obtenir la condamnation de la République de Cuba à l'indemniser des préjudices divers qu'elles auraient subis du fait de la violation des droits que leur conférerait l'Accord de 1993 ;

De plus, elle demande que la République de Cuba soit condamnée à lui verser €1 symbolique en raison de ses violations continues de la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993 et son refus de régler de façon amiable, par la voie diplomatique, les litiges relatifs aux investisseurs italiens.

A titre subsidiaire la République d'Italie agit sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour obtenir une indemnité pour les capitaux investis sur le territoire cubain, non rémunérés et/ou indûment retenus évaluée en équité sur la base des dommages-intérêts réclamés au titre des préjudices divers mentionnés ci-dessus.

140. La République de Cuba a soutenu que la demande d'arbitrage était sans objet au motif qu'un nombre croissant d'entrepreneurs italiens auraient acquis le titre d'investisseur et pratiqueraient leurs activités sans difficulté aucune à Cuba. Cependant, le Tribunal Arbitral estime que cela n'empêche pas que la responsabilité de la République de Cuba puisse être engagée dans des hypothèses où certains entrepreneurs auraient été l'objet d'actes contraires à l'Accord de 1993 et/ou au droit international imputables à la République de Cuba. Par conséquent, la demande d'arbitrage n'est pas dépourvue d'objet, elle est recevable et doit être examinée par le Tribunal Arbitral.

141. La République de Cuba a également prétendu qu'ayant décidé de représenter un groupe de personnes qui ont renoncé à soumettre leurs différends à l'arbitrage international comme le leur permet l'Accord, la République d'Italie doit faire la preuve d'un pouvoir de représentation conforme de chacun des supposés investisseurs. La République d'Italie a rejeté cet argument en soulignant qu'elle n'agissait pas sur le plan privé en représentant ses sujets nationaux en vertu d'un mandat à elle conféré, mais dans l'exercice d'une prérogative souveraine sur le plan des rapports de droit international public.

Dans la Sentence Préliminaire le Tribunal Arbitral, à la majorité, a décidé que la République d'Italie pouvait invoquer la protection diplomatique et donc agir en lieu et place de ses nationaux tant que l'investisseur ne s'est pas soumis à l'arbitrage international contre l'Etat d'accueil. Le Tribunal Arbitral fait sienne la citation par la République d'Italie de MM. Daillier et Pellet qui rappellent que la protection diplomatique 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, 7eme édition, Paris, 2002, page 809). La République d'Italie, s'appropriant les réclamations de ressortissants italiens, n'a nul besoin de justifier d'une représentation quelconque.

142. Que la République d'Italie poursuive la défense de ses droits propres ou agisse dans l'exercice de la protection diplomatique, elle se fonde sur le même ensemble de faits et de droits résultant des six espèces qu'elle soumet au Tribunal Arbitral. Cependant, alors que ces espèces doivent être considérées individuellement pour apprécier la compétence du Tribunal Arbitral à l'égard de chacune d'entre elles et l'action de la République d'Italie au titre de la protection diplomatique, celles pour lesquelles le Tribunal Arbitral retiendra sa compétence doivent être considérée globalement, l'action de la République d'Italie au nom de ses droits subjectifs étant fondée sur des violations de la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993 ainsi que des normes de droit international sur le traitement et la protection des étrangers dont l'intensité ne peut être évaluée qu'à partir d'une appréciation d'ensemble.

C'est pourquoi le Tribunal Arbitral examinera dans un premier temps individuellement les six espèces soumises par la République d'Italie. Pour chacune d'entre elles, s'il retient sa compétence, il se prononcera sur l'action de la République d'Italie fondée sur l'exercice de la protection diplomatique de ses ressortissants (1). Ce n'est qu'ensuite que le Tribunal Arbitral examinera l'action de la République d'Italie fondée sur ses droits propres (2), sa demande de condamnation de la République de Cuba à lui verser €1 symbolique (3), puis se prononcera sur la demande subsidiaire de la République d'Italie fondée sur l'enrichissement sans cause (4). Le Tribunal Arbitral statuera aussi sur la demande reconventionnelle de la République de Cuba que la République d'Italie soit condamnée à se rétracter publiquement et diplomatiquement de ses allégations, a titre de réparation du préjudice moral qu'elle lui a causé en présentant sa demande d'arbitrage (5). Enfin, le Tribunal Arbitral décidera de la charge des frais de la procédure arbitrale (6).

143. Avant d'aborder successivement les différentes espèces soumises par la République d'Italie il convient de rappeler que dans sa Sentence Préliminaire du 15 mars 2005, le Tribunal Arbitral a décidé *inter alia* 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 (Dispositif, n° 2)

- il n'y a pas lieu de vérifier 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 même si elle fonde la violation de l'Accord qu'elle invoque sur des préjudices prétendument subis par des investisseurs particuliers. Cependant, 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 (n° 88, page 46);

- 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 doivent avoir été épuisées, à moins

qu'il ne soit établi qu'elles ne sont pas effectives. (Dispositif n°3).

De plus, en page 38, n° 66 de la Sentence Préliminaire, le Tribunal Arbitral a indiqué qu'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. "*

Au cours des débats, il est également apparu nécessaire dans certaines espèces de vérifier la réalité de la nationalité italienne de la personne physique ou morale en cause.

1. Les six espèces soumises par la République d'Italie

(a) "Caribe and Figurella Project s.r.l."

144. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral en prétendant que Caribe and Figurella Project s.r.l. n'est pas un investisseur faute d'avoir effectué un investissement. Elle invoque les arguments suivants au soutien de cette position :

- Caribe and Figurella Project s.r.l. ne serait pas propriétaire des équipements en cause ce qui s'opposerait à ce que soit considéré comme investissement un contrat de location d'équipements ne lui appartenant pas.

- Un contrat de location d'équipements et de conseils techniques, ne pourrait constituer un investissement en l'absence d'apport et de risque.

145. Le premier de ces arguments est dépourvu de toute pertinence. La propriété des équipements donnés en location par Caribe and Figurella Project s.r.l. n'a pas d'incidence sur la qualification ou non d'investissement de l'opération conclue. Si le contrôle des équipements par Caribe and Figurella Project s.r.l. était d'origine frauduleuse ou illégitime, la validité du contrat pourrait être remise en cause, mais ce n'est pas le problème posé. De plus, les allégations de la République de Cuba n'ont pas été étayées de preuves suffisamment convaincantes. Par ailleurs, la République d'Italie a expliqué que s'il était prévu au départ de conclure le contrat avec Figurella Project s.r.l. (ce qui pourrait expliquer l'envoi de documents publicitaires au nom de cette dernière), ce projet n'a pas abouti et le contrat a été conclu avec Caribe and Figurella Project srl, société nouvellement créée. Rien dans les documents de la procédure ne laisse croire que cette dernière société aurait subtilisé le matériel de la première pour conclure le contrat.

146. Il s'agit donc de décider si le contrat en cause peut recevoir la qualification d'investissement tel que

défini par le Tribunal Arbitral dans la Sentence Préliminaire. Y a-t-il apport, durée, et participation aux risques ? Le Tribunal Arbitral ne peut que répondre par l'affirmative.

147. Le contrat conclu avec l'Hôtel Habana Libre Tryp (l'Hôtel) du "Grupo Hotelero Gran Caribe"⁴ est intitulé "*Contrato de Arrendamiento y Asesoría*", soit "Contrat de location et de conseil". Son objet est défini comme suit à son article 1er:

" El objeto del presente Contrato lo constituye el arrendamiento por FIGURELLA a EL HOTEL de los equipos cuya relación se anexa al presente, los que se emplearan en el Centro de Belleza de EL HOTEL ; y la asesoría que ofrecerá FIGURELLA a EL HOTEL en función del empleo más eficiente de los equipos de referencia, la imagen comercial y el funcionamiento general del Centro de Belleza, así como el adiestramiento del personal cubano que laborará en el Centro⁵. "

Il s'agit donc d'un contrat de location de matériel et de prestations de services.

148. De façon générale, un tel contrat entre dans les définitions, particulièrement larges de la notion d'investissement données à l'Article 1 (intitulé "*Définitions*") de l'Accord de 1993. Son alinéa e) vise "*tout droit d'ordre économique conféré par la loi et le contrat*" et son alinéa c) les "*créances financières pour sommes d'argent ou tout autre droit pour des obligations ou des services ayant une valeur économique de même que les résultats d'investissements, tels que définis dans le point 5 ci-après*". Cependant, pour qu'un contrat particulier puisse être protégé par l'Accord de 1993, il faut en outre, qu'il réponde aux conditions d'apport, de durée et de participation aux risques posée par la Sentence Préliminaire à la lumière de la jurisprudence internationale.
149. En l'espèce, l'existence d'un apport n'est pas sérieusement discutable. Il est vrai que de, façon excessive, la République d'Italie prétend qu'entre 1998 et 2000 Caribe and Figurella Project srl a procédé à un investissement financier considérable afin de créer et de gérer un centre de beauté à l'Hôtel et, au final, d'ouvrir une chaîne de centres analogues à Cuba. Le Tribunal Arbitral en doute. C'était probablement l'intention de la société italienne lors de la conclusion du premier contrat aujourd'hui caduc, mais le second avait des ambitions beaucoup plus modestes, se limitant à la création et à la gestion d'un centre de beauté à l'Hôtel. Il n'en reste pas moins que Caribe and Figurella Project srl a procédé a un apport en industrie (location de l'équipement) et à un apport en nature (formation du personnel). En outre, l'exécution du contrat a nécessité l'acquisition d'équipements médicaux, d'accessoires, de produits cosmétiques, de mobiliers et de décorations, et d'un point de vue plus général de tout ce dont il est usuellement nécessaire pour la gestion du type d'activité à exercer. L'acquisition d'équipements et de produits en vue de leur location à Cuba n'est pas contestable, quelque soient les conditions réelles de cette acquisition. De plus, il est établi que la société en cause a été créée pour les besoins du contrat et que les équipements étaient destinés à demeurer sur le territoire cubain. En effet, les dispositions contractuelles relatives à la résiliation du contrat prévoyaient comme cause de résiliation le cas où la société italienne ne proposerait pas avant la fin de la première année à l'hôtel une solution pour que les matériels et équipements puissent rester sur le territoire Cubain, après la fin de la période pour laquelle l'importation

⁴ On vise ici le second contrat du 3 septembre 1999, le premier étant caduc.

⁵ « *L'objet du présent Contrat est constitué par la location par FIGURELLA à L'HOTEL des équipements dont la liste est annexée aux présentes, lesquels seront utilisés dans le Centre de Beauté de L'HOTEL ; et l'assistance qu'offrira FIGURELLA à L'HOTEL au service de l'usage le plus efficace des équipements dont il s'agit, l'image commerciale et le fonctionnement général du Centre de Beauté, de même que la formation du personnel cubain qui travaillera dans le Centre.* » (traduction libre)

provisoire avait été obtenue⁶.

150. L'existence d'un apport étant établie, il convient de vérifier si les conditions de durée et de participation aux risques sont remplies.
151. S'agissant de la durée, le Tribunal Arbitral relève que le contrat était conclu pour trois ans après ratification à la suite d'une période probatoire de 18 mois. C'est la durée de trois ans qui est susceptible de justifier que soit donnée la qualification d'investissement à l'opération puisque la société italienne s'engageait pour cette période. Comme l'a énoncé le tribunal arbitral dans l'affaire *Salini c. Maroc*⁷, la durée minimale exigée pour que soit conférée la qualification d'investissement, ainsi que l'a observé la doctrine, est de 2 à 5 ans (D. Carreau, Th. Flory, P. Juillard, *Droit International Economique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1990, p. 558-578 ; C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Review-FILJ*, vol. II, 1996, 2 p. 318-493).

La condition de durée est donc remplie.

152. La République d'Italie affirme que la société italienne a participé aux risques en contribuant aux coûts d'adaptation des locaux et en garantissant à l'hôtel sa participation aux dépenses utiles en plus d'un revenu fixe mensuel.

Aucune des dispositions du contrat ne laisse transparaître cette contribution aux coûts d'adaptation des locaux et, si elle était avérée, elle serait plus de l'ordre des apports que de la participation aux risques. En revanche, la garantie pour l'hôtel d'une rémunération fixe mensuelle est bien consacrée par le contrat⁸, ce qui représente bien un risque pour la société italienne. On relèvera à cet égard que dans la décision *Salini c. Maroc* précitée, le tribunal arbitral a mis en relief que le caractère essentiel du risque pesant sur la rémunération de l'investisseur dans la distinction entre un investissement et un simple contrat de prestation de services.

153. En conclusion le contrat de l'espèce remplit bien les critères fixés dans la Sentence Préliminaire pour que l'on soit en présence d'un investissement : opération économique réunissant un apport, une certaine durée et une participation aux risques de l'opération. L'Accord de 1993 est donc applicable et le Tribunal Arbitral rejette l'exception d'incompétence soulevée par la République de Cuba à cet égard.
154. Il s'agit maintenant de vérifier que la République d'Italie se trouve en position, au titre de la protection diplomatique, d'obtenir réparation du préjudice allégué par *Caribe and Figurella Project Srl*. Ceci suppose d'une part que ce préjudice allégué par la société italienne ait été causé par un fait internationalement illicite de l'Etat cubain et, d'autre part, que la société italienne ait épuisé les voies de recours internes aux fins d'obtenir réparation ou qu'il soit établi que ces voies de recours ne sont pas effectives.

⁶ "Serán causas de terminación del presente Contrato las que se relacionan a continuación : [...]Que al transcurrir el primer año de operaciones sin que FIGURELLA haya propuesto al EL HOTEL una forma para que los medios y equipos puedan permanecer en el territorio de la República de Cuba, al concluir el tiempo por el que se obtuvo la importación temporal. " (Chapitre XII"terminación")

⁷ "La Jurisprudence du CIRDI", par Emmanuel Gaillard, 2004 p. 621 ss

⁸ « Si al cierre de cada período contable mensual, las utilidades antes de cargos fijos, por la operación del Centro de Belleza fueran inferiores a dos mil setecientos dólares estadounidenses (\$ 2,700 USD) FIGURELLA deberá compensar dicho déficit efectuando depósitos en la cuenta de ingresos de EL HOTEL y por tanto no procederá pago alguno de EL HOTEL a FIGURELLA. » (Artide 3.12).

155. La cause impulsive et déterminante du préjudice allégué par Caribe and Figurella Project Srl est la résiliation du contrat de location de matériel et de prestations de services du 3 septembre 1999, intervenue fin 2000. Le dossier ne permet pas d'établir clairement qui, de l'Hôtel ou de la société italienne a pris l'initiative de cette résiliation, mais il est en revanche établi qu'elle est le résultat d'un litige entre les deux parties au contrat. A l'origine se trouve apparemment le retrait de la licence d'exploitation commerciale du centre de beauté le 3 novembre 2000 par le Ministère du Commerce Intérieur, rétablie 20 jours plus tard, sans qu'il soit certain que la société italienne en ait été informée.
156. Le Tribunal Arbitral estime que le retrait de la licence ne peut être qualifié de fait internationalement illicite de l'Etat cubain. On notera tout d'abord que ce n'est pas Caribe and Figurella s.r.l. qui était le titulaire de la licence mais l'Hôtel, ce qui n'est pas surprenant car selon le contrat, la fonction de la société italienne était de louer le matériel nécessaire à l'exploitation et de fournir des services d'assistance. Caribe and Figurella s.r.l. n'était donc pas visé par la décision de retrait. De plus, cette décision n'était en rien illicite. En effet, à la date de la demande et d'obtention de la licence, l'annexe IV au contrat, daté du 17 juillet 2000 et incluant les services de tatouages parmi les activités pratiquées par le centre de beauté, n'avait pas encore été signée par les parties. L'autorité qui a concédé le Certificat ignorait donc que serait pratiqué ce service quand elle octroya la licence. Son retrait, après qu'il fut constaté que les services de tatouages constituait une activité significative du centre de beauté alors qu'ils n'avaient pas été autorisés était une décision sans doute brutale, mais certainement pas illicite. D'ailleurs, le rétablissement de la licence 20 jours plus tard, à condition que le service de tatouages fut suspendu jusqu'à ce qu'une décision définitive fut adoptée venait considérablement atténuer la brutalité de la décision.
157. De plus, le tribunal Arbitral tient à souligner que quand bien même cette brutalité serait de nature à avoir été la source de déception et de frustration de la part de Caribe and Figurella s.r.l., une telle conduite ne suffit pas en soi à constituer un fait internationalement illicite. Comme l'a justement relevé le Tribunal Arbitral statuant sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Azinian et al. v. Mexico*⁹, l'existence de désagréments dans les relations avec les autorités publiques est une réalité universelle, dont les nationaux comme les étrangers ont parfois à souffrir. De tels désagréments, sans autres qualificatifs, et l'insatisfaction qui en résulte nécessairement ne justifient pas la mise en œuvre de la protection du Droit International.
158. La suite des événements qui aboutit au démontage des équipements de Caribe and Figurella s.r.l. par l'Hôtel et à leur restitution complète mais tardive se situe dans la relation existant entre ce dernier et la société italienne. Celle-ci ne s'y est pas trompée, qui a engagé diverses procédures contre l'Hôtel et dénoncé son comportement à la *Fiscalía*. De fait, l'éventuelle non communication à Caribe and Figurella s.r.l. par l'Hôtel du rétablissement de la licence pourrait constituer une faute contractuelle, de même que l'absence de diligence pour obtenir l'extension de la licence aux activités de tatouages. Si de telles fautes contractuelles étaient imputables à l'Etat cubain, on devrait alors se demander si elles ne reflétaient pas une volonté de mettre fin à l'investissement de la société italienne susceptible de constituer une violation de l'Accord de 1993 et un fait internationalement illicite de l'Etat cubain.
159. Les parties divergent profondément sur le point de savoir si les actions ou omissions d'une société possédée ou contrôlée par l'Etat cubain lui sont imputables. La République d'Italie estime que

⁹ *ICSID Reports, vol. 5, pp. 286-7.*

doivent être imputés à l'Etat cubain tous les actes des sociétés d'Etat cubaines. La République de Cuba nie que des responsables et employés d'entreprises cubaines puissent être assimilés à des fonctionnaires de l'Etat cubain.

160. A la lumière des travaux de la Commission de Droit International, auxquels les deux parties se sont référées et de la jurisprudence internationale, le Tribunal Arbitral estime que, d'un point de vue général, la réponse doit être nuancée. Il ne fait pas de doute qu'un fait illicite est imputable à l'Etat s'il est commis par une personne ou une entité qui a le statut d'organe de l'Etat d'après le droit interne de l'Etat en cause¹⁰. Il en va de même s'il ne s'agit pas d'un organe de l'Etat mais d'une entité qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité¹¹.

Cependant, l'Etat ne peut pas s'abriter derrière une structure de droit privée dépourvue de prérogatives de puissance publique pour échapper à sa responsabilité s'il commet par son intermédiaire un acte susceptible de l'engager¹². Le statut ou les prérogatives donnés à une entité par le droit de l'Etat qui l'a créée n'est pas un critère définitif pour décider si elle doit être traitée comme une entité étatique susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. C'est une question de fait et de droit à trancher selon les principes du droit international¹³.

161. La jurisprudence internationale a développé des critères conformes aux principes qui viennent d'être évoqués pour déterminer si on se trouve en présence d'une entité étatique. Le premier est d'ordre structurel : si l'entité est possédée par l'Etat, directement ou indirectement, ou contrôlée par lui, on peut présumer qu'il s'agit d'une entité étatique¹⁴. Cependant, cette présomption n'est pas irréfragable, comme le voudrait la République d'Italie. Pour qu'une société d'Etat soit considérée comme une entité étatique susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, il faut de plus qu'en fait ou en droit lui soit confié l'exercice d'éléments de l'autorité gouvernementale et qu'elle ait agi en cette capacité lors des faits en cause. C'est pourquoi un critère fonctionnel est généralement préféré au critère structurel dans la jurisprudence internationale¹⁵. Le fait qu'une société soit possédée ou contrôlée par l'Etat n'est pas déterminant pour l'assimiler à l'Etat si ses activités sont par nature essentiellement commerciales et non pas gouvernementales. De même, une société privée à fins lucratives qui remplit des fonctions par nature gouvernementales sera considérée comme un organe de l'Etat susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier.

162. Enfin, la responsabilité de l'Etat se trouve engagée par les actions ou omissions de toute personne, physique ou morale, qui agit sur ces directives ou sous son contrôle. C'est ce que souligne l'article 8 du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite précité qui précise que « *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en*

¹⁰ Article 4 du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adopté par la Commission de Droit International à sa 53ème Session (2001).

¹¹ Article 5 du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adopté par la Commission de Droit International à sa 53ème Session (2001).

¹² Voir : Ian Brownlie, *System of the Law of Nations, State Responsibility*, Part I pp. 132-137.

¹³ Voir la décision sur la compétence rendue dans l'affaire CIRDI Mafezzini c/ Royaume d'Espagne, le 25 juin 2000, n° 82.

¹⁴ Voir la décision dans l'affaire Mafezzini précitée, n° 77.

¹⁵ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, affaire CIRDI No. ARB/97/4, Décision sur la compétence, May 24, 1999, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, 1999, p. 250.

adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat. » Mais, comme il résulte du commentaire de cet article¹⁶, le contrôle de l'Etat doit avoir porté sur le comportement fautif de la personne et non sur celle-ci d'un point de vue structurel. Sinon, la distinction ci-dessus énoncée entre critères structurel et fonctionnel serait dépourvue de pertinence.

163. Il résulte de ce qui précède et notamment du critère fonctionnel que le Tribunal Arbitral retient comme le plus approprié que l'Hôtel ne peut pas être considéré comme une entité étatique cubaine. Quelque soit l'importance du tourisme dans l'économie cubaine, la gestion d'un hôtel ou même d'un groupe d'hôtels n'est pas une activité par nature gouvernementale ni impliquant l'exercice de l'autorité gouvernementale. C'est une activité commerciale par nature. Les actions ou omissions de l'Hôtel ne sauraient donc, en règle générale, engager la responsabilité l'Etat cubain et ainsi fonder l'exercice de la protection diplomatique par la République d'Italie pour obtenir réparation du préjudice en découlant tel qu' allégué par la société Caribe and Figurella s.r.l. Il n'en irait autrement que s'il avait été établi que l'attitude de l'hôtel vis-à-vis de Caribe and Figurella s.r.l était télécommandée par l'Etat, ce qui n'est pas le cas. En l'espèce, le fait que les Ministère du Commerce Intérieur et le Ministère du Commerce Extérieur cubains soient intervenus pour demander l'inscription d'une succursale de la société italienne auprès de la Chambre de Commerce rend cette hypothèse peu crédible.
164. En revanche, la responsabilité de l'Etat cubain serait engagée si la société italienne avait été privée de la possibilité d'exercer des voies de recours à Cuba pour obtenir réparation du préjudice qu'elle allègue avoir subi. Si tel était le cas, la République d'Italie serait en droit d'agir au titre de la protection diplomatique pour obtenir cette réparation. Même si la République d'Italie n'a pas exactement posé le problème en ces termes, la question était dans le débat puisque la République d'Italie, tout en soutenant que les recours internes avaient été épuisés, a prétendu que le système judiciaire cubain n'a pas fait preuve d'adéquation et d'effectivité, ce qui résulterait également des importantes difficultés que la société italienne aurait rencontrées pour être défendue.
165. En réalité, contrairement à ce que prétend la République d'Italie, la société Caribe and Figurella s.r.l. n'a pas épuisé les voies de recours qui était à sa disposition dans l'ordre juridique cubain. Elle a introduit diverses procédures qui ont abouti à des décisions d'irrecevabilité, de rejet ou d'incompétence. A la lecture des décisions rendues par les juges cubains soumises par les parties dans la présente procédure, le Tribunal Arbitral constate que les décisions de rejet ont été dûment motivées, et que, dans la plupart des cas, la demande a été déclarée irrecevable du fait de la clause d'arbitrage prévue au contrat. Cette même clause d'arbitrage a d'ailleurs conduit une juridiction cubaine à se déclarer incompétente pour examiner une demande de l'Hôtel dirigée contre Caribe and Figurella s.r.l., celle-ci ayant invoqué la clause d'arbitrage. Cependant Caribe and Figurella s.r.l. n'a pas saisi ensuite le tribunal arbitral compétent comme elle aurait pu le faire. Prétendre qu'une telle action aurait été inutile du fait de l'inadéquation du système judiciaire cubain est une affirmation gratuite. Pour preuve, la partie cubaine s'est finalement décidée à saisir la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce de la République de Cuba et une décision a été rendue condamnant la société italienne à payer des dommages intérêts à l'Hôtel. Le présent Tribunal Arbitral ne peut s'ériger en juridiction de contrôle de la sentence rendue en exécution d'une clause d'arbitrage librement conclue par les parties à un contrat. Il ne peut que constater que cette

¹⁶ Commentaires sur le Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission de Droit International, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p.92 à 97..

décision a été rendue à l'issue d'une procédure apparemment régulière, à laquelle la société italienne a choisi de ne pas participer, tout en envoyant un mémoire au fond. A cet égard, les affirmations selon lesquelles Caribe and Figurella s.r.l. n'aurait trouvé aucun avocat acceptant de la représenter n'est pas étayée par le moindre commencement de preuve.

166. Le Tribunal Arbitral constate donc que l'ineffectivité alléguée des voies de recours dans l'ordre juridique cubain ne saurait constituer un fait illicite engageant la responsabilité de l'Etat cubain justifiant l'exercice de la protection diplomatique par la République d'Italie. Au contraire, l'absence d'épuisement des voies de recours internes par Caribe and Figurella s.r.l. s'opposerait à cet exercice si les actions ou omissions de l'Hôtel engageaient la responsabilité de l'Etat cubain et ainsi fondaient l'exercice de la protection diplomatique par la République d'Italie pour obtenir réparation du préjudice en découlant tel qu'allégué par la société Caribe and Figurella s.r.l., ce qui n'est pas le cas.
167. La République d'Italie a allégué l'existence d'autres faits qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à engager la responsabilité de l'Etat cubain. Ainsi, la République d'Italie a prétendu que M. Aléo, le représentant de la société italienne, aurait fait l'objet de menaces et de tentatives d'expulsion du territoire cubain, tentatives mises en échec seulement grâce à l'intervention de l'Ambassade d'Italie auprès des autorités cubaines. De même, la République d'Italie a allégué que M. Aléo aurait été empêché, et ce pendant près de deux années, de rentrer en Italie, par crainte que les autorités cubaines ne lui permettent pas de revenir à Cuba et du risque qu'en son absence, la société italienne perde définitivement son investissement. Cependant, toutes ces allégations concernent des faits prétendus postérieurs à la résiliation du contrat et sans incidence sur l'existence et le montant du préjudice dont la République d'Italie demande réparation au titre de l'exercice de la protection diplomatique. Le Tribunal Arbitral ne peut donc les prendre en considération à ce stade et y reviendra lors de l'examen de la demande de la République d'Italie fondée sur la défense des droits subjectifs que lui confère l'Accord de 1993 et le droit international.
168. Le défaut de réponse puis le rejet par la Chambre de Commerce d'une demande d'autorisation présentée par la société Caribe and Figurella s.r.l. pour l'établissement d'une succursale appelle les mêmes observations. Qu'il s'agisse ou non d'un fait internationalement illicite, il ne se situe pas dans une relation de causalité avec le préjudice dont la République d'Italie demande réparation au titre de l'exercice de la protection diplomatique. Le Tribunal Arbitral y reviendra lors de l'examen de la demande de la République d'Italie fondée sur la défense des droits propres que lui confère l'Accord de 1993 et le droit international.
169. Il résulte de ce qui précède que la demande de la République d'Italie au titre de la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice allégué par la société Caribe and Figurella s.r.l. doit être rejetée.

(b) "Finmed s.r.l."

170. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral en l'absence de tout investisseur italien. Le seul investisseur, associé dans l'entreprise mixte cubaine, Medi Club SA, serait une société irlandaise, la société Finmed Limited, l'autre associé étant l'entreprise cubaine

Cubanacan Grupo (Cubanacan).

171. La République d'Italie souligne que les actionnaires uniques de la société irlandaise, étaient, à l'origine, deux sociétés italiennes, Samarcanda s.r.l. et Clinica Santa Chiara s.r.l.. Ces deux sociétés italiennes ont demandé que Finmed srl, société de droit italien soit substituée à Finmed Ltd au sein de Medi Club. Cette substitution a été approuvée en date du 28 août 1998 par l'Assemblée de Medi Club SA. Finmed Srl fut ensuite constituée en Italie en octobre 1998, avec Samarcanda s.r.l. et Clinica Santa Chiara s.r.l. pour associés. La substitution de Finmed s.r.l. à Finmed Ltd n'est jamais devenue effective faute d'autorisation gouvernementale. Des actionnaires de Finmed Ltd en ayant pris le contrôle, à l'initiative et avec l'aide de Cubanacan selon la République d'Italie, ses actionnaires d'origine, aujourd'hui associés de Finmed s.r.l, auraient été dépouillés de leurs investissements effectués à Cuba par l'intermédiaire de Finmed Ltd. Ainsi, M. Filippi, président de Medi Club SA. depuis le 27 mai 1996, s'est trouvé exclu de la société en septembre 1999. Finmed Ltd ne serait plus aujourd'hui qu'une coquille vide. Privées des investissements effectués, les entreprises italiennes auraient subi des dommages matériels, professionnels et moraux d'une grande gravité. De plus, M. Filippi aurait travaillé à Cuba durant près de 40 mois sans recevoir aucune compensation pour l'activité développée au sein de Medi Club. De même, la Clinica Santa Chiara s.r.l a fait l'objet d'une faillite du fait du blocage de l'activité des entrepreneurs à Cuba.
172. L'Article 1, par. 1 de l'Accord de 1993 est libellé comme suit :

"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 última¹⁷. (version espagnole)

"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'ultima¹⁸. " (version italienne)

Pour que le Tribunal se reconnaisse compétent, il faut donc que des investissements effectués par un ou plusieurs ressortissants italiens soient en cause.

173. La question ne se confond pas avec celle, classique, de savoir si un Etat dont les actionnaires d'une société ont la nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à cette société ou directement à eux mêmes, alors que la société est d'une nationalité différente de ceux-ci¹⁹. Le Tribunal Arbitral ne serait en mesure d'examiner cette question, si elle se posait, que s'il constatait que l'Accord de 1993 est applicable. Sinon, il serait dépourvu de compétence. Mais le problème ne se pose pas ainsi. En réalité, la République d'Italie prétend que des faits imputables à la République de Cuba ont empêché le transfert à une société italienne Finmed s.r.l, des investissements réalisés à Cuba par une société irlandaise à l'initiative

¹⁷ Traduction libre : "Par "investissement" on entend, indépendamment de la forme juridique choisie et de l'ordonnement juridique de référence, tout type de bien investi, par des personnes physiques ou morales d'une Partie Contractante dans le territoire de l'autre, conformément aux lois et règlements de cette dernière".

¹⁸ Voir note 17.

¹⁹ Voir le Projet d'Articles sur la protection diplomatique de la Commission de Droit International, adopté par la Commission de Droit International à sa 58em Session (2006), notamment articles 9 à 13..

de sociétés italiennes, c'est-à-dire de permettre à Finmed s.r.l d'être indiscutablement un investisseur au sens de l'Accord de 1993. En effet, la République de Cuba n'a pas contesté la qualité d'investisseur de Finmed Ltd et ne peut donc contester que Finmed s.r.l. aurait eu cette qualité si elle avait été effectivement substituée à Finmed Ltd. Il n'est pas douteux que le Tribunal Arbitral est compétent pour examiner cette question, ne serait-ce que parce que l'Article 2, par.1 de l'Accord oblige la République de Cuba à encourager les investissements italiens. Le Tribunal Arbitral rejette donc l'exception d'incompétence soulevée par la République de Cuba.

174. Il s'agit maintenant de vérifier que la République d'Italie se trouve en position, au titre de la protection diplomatique, d'obtenir réparation du préjudice allégué par Finmed s.r.l. Ceci suppose d'une part que ce préjudice allégué par la société italienne ait été causé par un fait internationalement illicite de l'Etat cubain et d'autre part, que la société italienne ait épuisé les voies de recours internes aux fins d'obtenir réparation ou qu'il soit établi que ces voies de recours ne sont pas effectives.

175. De l'aveu même de la République de Cuba, Medi Club a été paralysée pendant plus de 8 mois en raison du problème posé par les relations entre Finmed Ltd et Finmed srl. Le Tribunal Arbitral estime qu'il n'est pas possible que le Ministère du Tourisme, qui possède Cubanacan n'est pas été informé de cette situation. Il en découle nécessairement que si le blocage qui a empêché le transfert de l'investissement de Finmed Ltd à Finmed srl était le résultat d'un comportement de Cubanacan, comme le prétend la République d'Italie, le Ministère du Tourisme, c'est à dire la République de Cuba, ne pouvait l'ignorer.

On se trouverait alors dans l'hypothèse visée à l'Article 8 du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission de Droit International qui impute à l'Etat le comportement illicite d'une personne si ce comportement ne pouvait échapper à son contrôle²⁰.

Il résulte de ces observations que la question de savoir si le préjudice allégué par la société Finmed s.r.l. a été causé par un fait internationalement illicite de l'Etat cubain est indissociable de l'examen des allégations de la République d'Italie selon laquelle Cubanacan aurait délibérément et de façon illicite empêché le transfert de l'investissement de Finmed Ltd à Finmed srl.

176. Avant d'examiner cette question de fond, il importe de vérifier que la société italienne a épuisé les voies de recours internes aux fins d'obtenir réparation ou s'il a été établi que ces voies de recours ne sont pas effectives.

177. La République d'Italie prétend que tel est bien le cas. Elle souligne que :

- en mars 2001, l'ex-Président de Medi Club SA, M. Filippi, a engagé une action devant la "*Fiscalia General della Repubblica di Cuba*" (organe qui veille à la régularité des procédures administratives à Cuba) qui aurait décidé de remettre le dossier à l'organe compétent ce qui n'a jamais été fait;

- en avril 2002, M. Filippi agissant pour le compte de Finmed Srl a agi devant la "*Sala de lo Economico del Tribunal Supremo Popular*" afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une

²⁰ Cf. n° 156 supra.

sentence arbitrale de la Chambre de Commerce Suisse en Italie condamnant Finmed représentée par M. Rampinini à verser 171,000 dollars à M. Filippi, le Tribunal aurait rejeté cette demande comme contraire à l'ordre public cubain;

- en août 2002, Finmed Srl a engagé un arbitrage mais Cubanacan aurait plaidé la nullité de la procédure;

- en mars 2001, Finmed Srl a fait part du litige au Ministère de l'Investissement étranger et de la collaboration économique, mais n'a reçu aucune réponse;

- en avril 2004, l'ex-Président de Medi Club SA, adressait une nouvelle demande à la "*Fiscalía General della Repubblica di Cuba*" qui n'aurait jamais répondu.

178. La République de Cuba rappelle que la clause d'arbitrage CCI contenue dans les statuts de Medi Club SA n'a été invoquée par aucune des parties. Elle y voit l'admission d'un défaut de personnalité de Finmed srl pour engager cette procédure qui explique que Mme Ciscato et M. Filippi n'aient pas agi contre Cubanacan dans ce cadre. Cet argument est dépourvu de toute pertinence. En effet, il est évident que tant que Finmed s.r.l. n'est pas substituée à Finmed Ltd elle ne peut invoquer la clause d'arbitrage contenue dans les statuts de Medi Club, donc exercer un recours pour obtenir réparation du préjudice allégué découlant de cette non substitution.

179. Concernant la procédure engagée devant la "*Fiscalía General de la República de Cuba*", la République de Cuba soutient que la plainte pénale a été examinée et qu'en conséquence il a été décidé de diligenter une enquête. D'après les documents soumis au Tribunal Arbitral, celui-ci constate que c'est bien le cas. En effet, la "*Fiscalía*" a constaté que les documents soumis par M. Filippi ne révélaient aucun délit mais a néanmoins ordonné une enquête aux fins de savoir si Cubanacan avait violé les dispositions de la Loi sur l'Investissement Etranger et, dans l'affirmative, s'il existait des raisons pour que soit favorisée l'acceptation de M. Rampinini comme nouveau président de Medi Club qui confirmeraient l'existence d'un ou de plusieurs faits délictuels. Cette enquête n'a apparemment pas abouti au déclenchement d'une action pénale, ce que les constatations qui suivent permettent de comprendre (Cf. infra, n° 176 à 186). Le Tribunal Arbitral constate seulement que, par l'intermédiaire de M. Filippi, Finmed a cherché à déclencher une procédure pénale, ce qui, compte tenu de la nature du comportement allégué de Cubanacan, était une procédure adéquate. Ceci est suffisant pour considérer que les recours internes ont été épuisés, la voie de la procédure civile paraissant peu appropriée en l'absence de relations contractuelles et surtout alors qu'une plainte pénale était pendante. Dans ces circonstances, le Tribunal Arbitral n'a pas à prendre en considération tous les autres recours qui, selon la République d'Italie, contribueraient également à l'épuisement des voies de recours internes.

Cependant, le Tribunal Arbitral constate que M. Filippi n'a pas engagé d'action contre Medi Club pour obtenir la rémunération qu'il estime lui être due pour l'exercice de ses fonctions de président, sans qu'il établisse de façon convaincante qu'il n'a pu le faire. La tentative d'exécuter à Cuba une sentence arbitrale condamnant Finmed Ltd à verser US\$ 171,000 à M. Filippi n'est pas un substitut d'une telle action. Si ces activités de services pouvaient être considérées comme un investissement au sens de l'Accord de 1993, le défaut d'épuisement des recours internes s'opposerait à ce que la République d'Italie puisse exercer la protection diplomatique de M. Filippi.

180. Il résulte de ce qui précède que la République d'Italie se trouve en position, au titre de la protection diplomatique, d'obtenir réparation du préjudice allégué par Finmed s.r.l. et ses actionnaires italiens. Il convient donc d'examiner si Cubanacan est indûment intervenue pour empêcher la substitution de Finmed s.r.l. à Finmed Ltd au sein de Medi Club, s'opposant ainsi à la réalisation d'un investissement par une société italienne et, dans l'affirmative, d'apprécier la réalité du préjudice allégué par la République d'Italie.
181. Selon la République d'Italie, alors que la substitution à Finmed Ltd de Finmed s.r.l. avait été acceptée lors d'une Assemblée d'août 1998 de Medi Club, Cubanacan aurait ensuite changé d'attitude. Elle aurait alors empêché les transcriptions officielles de la substitution, tout en incitant, par des accords occultes, quelques associés financiers de Finmed Ltd, menés par le consultant légal italien Aw. Rossi et par M. O. Rampinini, à prendre le contrôle de Finmed Ltd.
182. L'examen approfondi des faits soumis au Tribunal Arbitral ne lui permet pas de considérer comme fondée les accusations de la République d'Italie. Le Tribunal Arbitral constate en effet que, durant la période en cause, régnait au sein de Finmed Ltd une situation des plus confuses. De nouveaux actionnaires entrés dans la société, étaient apparemment déterminés à exclure de la gestion de la société tant M. Filippi que Mme Ciscato, représentante de Finmed Ltd auprès de l'Assemblée Générale des actionnaires de Medi Club. Cette dernière a d'ailleurs reconnu que c'était la raison pour laquelle M. Filippi et elle même souhaitaient la substitution de Finmed Ltd par Finmed s.r.l., afin de garder une part du contrôle de Medi Club (Allegato 24).
183. Selon le paragraphe 5 de l'article 13 de la Loi cubaine sur l'Investissement Etranger, Loi No. 77 de 1995 ; *"creada una empresa mixta, no pueden cambiar los socios, sino por acuerdo de las partes y con la aprobación de la autoridad que otorgó la autorización"*²¹. Par conséquent, quand bien même des représentants de Cubanacan auraient a tort déclaré à M. Filippi ou à Mme Ciscato qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir une approbation gouvernementale, pour procéder à un changement d'associé dans l'entreprise mixte Medi Club SA, cette approbation était indispensable. Cette erreur ou cet excès d'optimisme, s'il était établi, ce qui n'est pas le cas, ne saurait constituer un fait illicite à l'origine du préjudice allégué par la République d'Italie. Il est en revanche établi que les documents pour demander cette approbation n'ont jamais été fournis par les représentants de Finmed, en raison du conflit opposant ses associés. Aussi est-il compréhensible que Cubanacan, recevant des informations contradictoires des actionnaires de Finmed Ltd, ait préféré attendre que la situation soit clarifiée. Or, ni M. Filippi, ni Mme Ciscato ne furent jamais en mesure de présenter une demande d'approbation par les autorités gouvernementales de substitution de Finmed Ltd par Finmed s.r.l., accompagnée de document justifiant de leur pouvoir de représenter Finmed Ltd.
184. La République d'Italie prétend que Cubanacan aurait privilégié les documents reçus de M. Rampinini qui le désignaient comme représentant légal de Finmed Ltd, alors qu'il s'agissait de faux, plutôt que les documents remis par Mme Ciscato. La République de Cuba souligne que ces derniers documents ont été désavoués par une décision judiciaire rendue à Dublin le 3 juin 1999. En réalité, la situation était des plus complexes. Sur la base des documents qui lui ont été soumis, le Tribunal Arbitral peut la reconstituer comme suit.
185. Le 1er juillet 1999, Mme A. Ciscato a présenté (Allegato II.1) un document daté du 8 mars 1999

²¹ Traduction libre : "une entreprise mixte une fois créée, les associés ne peuvent changer, sauf par accord des parties et avec l'approbation de l'autorité qui a concédé l'autorisation. "

indiquant *in fine* :

"REG 2210498 Change in Director Or Secretary 04/02/1999 15/02/1999

REG 2211327 Change in Director Or Secretary 04/02/1999 16/02/1999

REG 2236446 Change in Director Or Secretary 04/02/1999 24/02/1999"

A côté de la dernière mention *"Change in Director Or Secretary"*²², est apposée la mention manuscrite : *"this document is not valid as Old Crown Trust Ltd had (resigned?) on 4/2/99"*²³. Cette annotation est signée par Jackie Callery, signature à côté de laquelle figure un tampon illisible. Selon la République d'Italie Jackie Callery serait la responsable du Companies Registration Office irlandais. A ce document est joint le document ref. 2236445 qui indique : *"Antonella Ciscato was removed as Director of the Company"*²⁴, il est signé par *"Old Crown Trust limited"* (actionnaire de Finmed Ltd).

186. Cubanacan, par lettre du 29 mars 1999 a indiqué qu'elle estimait que ce document n'était pas valable du fait de cette annotation. Cependant, M. Filippi, plutôt que de chercher à obtenir un nouveau document officiel attestant des pouvoirs de Mme Ciscato, remettait le 29 juin 1999 le même document avec une traduction, authentifié par notaire.

De son côté, fin mars 1999, M. Rampinini écrivait à Cubanacan en accusant M. Filippi et Mme Ciscato d'avoir, sur la base d'une fausse délibération d'assemblée, communiqué au Registre des Sociétés de Dublin de fausses informations, en ajoutant que pour cette raison, Finmed Ltd, avait engagé une action contre M. Filippi et Mme Ciscato devant la Cour de Dublin.

187. M. Filippi n'ayant pas transmis d'autres documents que ceux déjà envoyés en mars 1999 alors même que Cubanacan le lui avait expressément demandé, peut expliquer que cette dernière ait préféré croire M. Rampinini. De plus, la République d'Italie n'a soumis aucune correspondance de M. Filippi ou de Mme Ciscato à Cubanacan contestant les dires ou les agissements de M. Rampinini après juin 1999.
188. Quand bien même M. Rampinini aurait pris la direction de Finmed Ltd au moyen d'assemblées illégalement tenues, ce qui n'est pas établi, on voit mal comment Cubanacan aurait pu ne pas tenir compte des documents qu'il lui remettait. La République d'Italie prétend que les documents dont M. Rampinini a fait état auprès de Cubanacan, n'étaient pas valables car il s'agirait de procès-verbaux d'une réunion fantôme des administrateurs de Finmed Ltd et non pas d'un certificat du Companies Registration Office, tel que demandé à Mme Ciscato. De plus, le notaire irlandais n'aurait en réalité légalisé que la première signature de M. Elmout, facilement imitable, alors que la seconde, celle de M. Rampinini n'aurait été apposée que trois jours plus tard et serait fausse. La République d'Italie ajoute que le document en cause fait référence à un *"Order of the High Court of Dublin, Ireland dated 4th June 1999"* selon lequel *"the two Directors of the Company, Mrss. S. Elmout and O. Rampinini were duly confirmed to be the lawful Directors of the Company"*²⁵ alors

²² Traduction libre: "Changement d'administrateur ou de secrétaire."

²³ Traduction libre: "Ce document n'est pas valable car Old Crown Trust Ltd s'est (retiré ?) le 4/2/99."

²⁴ Traduction libre : "Antonella Ciscato a été écartée de sa fonction d'administrateur de la société."

²⁵ Traduction libre : "Ordonnance de la Haute Cour de Dublin, Irlande, datée du 4 juin 1999, selon laquelle les deux administrateurs de la

que cette décision et celle de septembre 1999 se contentent de suspendre les pouvoirs de Mme Ciscato.

189. Il est exact que si le document notarié est daté du 18 octobre 1999, il indique que les documents en cause ont été certifiés par un notaire à Dublin en date du 7 septembre 1999, la signature de M. Rampinini étant postérieure de trois jours à cette date et n'ayant donc pas pu être certifiée par le notaire. De plus, comme l'a soutenu la République d'Italie, si les décisions judiciaires de Dublin décident effectivement que Mme Ciscato n'était plus administrateur de Finmed Ltd, elles ne confirment en rien que MM. S Elmout et O. Rampinini le soient.

190. Le 17 septembre 1999, l'Assemblée Générale Extraordinaire des Actionnaires de Medi Club après avoir indiqué que les documents attestant des pouvoirs de Rampinini avaient été émis le 9 septembre mais qu'ils n'étaient pas encore arrivés à Cuba, décidait d'accepter de façon provisoire d'accréditer M. O. Rampinini comme représentant de Finmed Ltd devant l'Assemblée Générale des actionnaires de Medi Club en substitution de Mme Ciscato, sous les conditions suivantes :

- que soit produit un certificat du registre des sociétés de Dublin, notarié et légalisé devant le Ministère des Relations Extérieures de la République de Cuba confirmant que Mme Ciscato avait été révoquée de ses fonctions d'administrateurs de Finmed Ltd et que M. Rampinini avait été nommé à ce poste ;

- que soit produits, sous forme notariée et légalisés devant le Ministère des Relations Extérieures de la République de Cuba, les accords des organes de direction de Finmed Ltd, désignant expressément M. Rampinini comme représentant de cette société devant l'Assemblée Générale des actionnaires de Medi Club, avec indication précise des pouvoirs qui lui sont conférés à ce titre et ratifiant les accords pris lors de l'Assemblée Générale du 17 septembre 1999 (Annexe B6 de la République de Cuba)

Les documents demandés à cette occasion n'ont pas été produits dans la présente procédure, ce qui permet de douter qu'ils aient jamais été remis. En revanche, comme il a déjà été relevé, ni M. Filippi, ni Mme Ciscato n'ont fourni de justification de leur pouvoir de représenter Finmed Ltd après cette date.

191. Cependant, il est hors de doute, à la lumière des décisions judiciaires de Dublin, que Mme Ciscato n'avait plus aucun pouvoir pour représenter Finmed Ltd auprès de l'Assemblée Générale des actionnaires de Medi Club et que dans ces conditions elle ne pouvait demander l'approbation par les autorités cubaines de la substitution de Finmed Ltd par Finmed s.r.l.

Quelle que soit la valeur des documents remis par M. O. Rampinini à Cubanacan, la décision de remplacer Finmed Ltd par Finmed s.r.l. ne pouvait être rendue effective, dans la mesure où Mme A. Ciscato n'avait pu démontrer être en position de prendre une telle décision au nom de Finmed Ltd qu'elle ne représentait plus.

192. Il est possible que Cubanacan ait agi avec une certaine précipitation en reconnaissant M. O. Rampinini comme représentant de Finmed Ltd auprès de l'Assemblée générale des actionnaires de Medi Club, les documents présentés par M. O. Rampinini étant, avec le recul, d'apparence assez

société, MM. S. Elmout et O. Rampinini étaient dûment confirmés comme les administrateurs légitimes de la société".

suspecte. Mais cette précipitation s'explique par la volonté de mettre fin au blocage de l'activité de Medi Club causé par une lutte entre les actionnaires de Finmed Ltd. Il convient aussi de relever qu'entre des prétentions opposées, Cubanacan a retenu celle qui respectait le status quo, puisque avec M. O. Rampinini, l'investissement effectué dans Medi Club restait la propriété de l'investisseur d'origine. Si M. O. Rampinini n'avait pas l'autorité qu'il prétendait, M. Filippi et Mme Ciscato conservait la possibilité de faire reconnaître leurs droits par les autorités irlandaises compétentes, ce qu'ils n'ont pas fait.

193. De toutes façons, si précipitation il y a eu de la part de Cubanacan, elle n'est pas la cause du préjudice allégué par Finmed s.r.l. et ses actionnaires, qui se trouve dans l'incapacité de M. Filippi et de Mme Ciscato de justifier du pouvoir d'agir au nom de Finmed Ltd. Force est de constater qu'aucun fait illicite de la part de Cubanacan ni de l'Etat cubain n'a été établi qui soit la cause du préjudice allégué par Finmed s.r.l. et ses actionnaires.
194. Il résulte de ce qui précède que la demande de la République d'Italie au titre de la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice allégué par la société Finmed s.r.l. et ses actionnaires doit être rejetée.

(c) "Icemm s.r.l."

195. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral au motif qu'Icemm s.r.l. ne serait pas un investisseur, n'étant lié à Emexcon que par un contrat de vente. La République d'Italie conclut au contraire à la présence d'un investissement, qualifiant dans ses dernières écritures les relations contractuelles entre Icemm s.r.l. et Emexcon de relations d'agence. Au surplus, elle ajoute que quand bien même il s'agirait d'un contrat de vente, l'existence d'un investissement n'est pas pour autant nécessairement exclue.
196. Le Tribunal Arbitral rappelle que dans sa Sentence Préliminaire, il a déclaré, après avoir étudié les sources doctrinales que :

"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). 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. » (n° 81, page 44)
197. Bien que la République d'Italie ait prétendu dans ses dernières écritures que le souhait d'Icemm s.r.l. était de s'implanter à Cuba et que comme première approche elle avait décidé de signer un contrat d'agence avec Emexcon, le contrat en cause (Annexe C2) ne peut être qualifié comme tel. C'est un contrat de vente auquel il est expressément prévu que s'appliquent les dispositions de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Il ne ressort aucunement de ce contrat qu'Emexcon s'engageait à vendre les marchandises reçues pour le compte d'Icemm s.r.l., pas plus qu'Emexcon ne devait négocier des contrats de vente au nom et pour le compte d'Icemm s.r.l.

En outre, la République d'Italie ne peut se fonder, comme elle cherche à le faire, sur la décision rendue dans l'affaire Eureka B.V. c/ Pologne (19 août 2005), dans la mesure où dans cette affaire était en cause non la vente de simples marchandises, mais la vente d'actions, c'est-à-dire une prise de participation dans une société, ce qui est un investissement.

198. Pour qu'un contrat qualifié de contrat de vente par les parties puisse être considéré comme un investissement par le Tribunal Arbitral, il faudrait qu'il entre dans la définition de l'investissement retenue par le Tribunal Arbitral, c'est-à-dire qu'il recouvre une opération économique réunissant un apport, une certaine durée et une participation à ses risques.

En l'espèce, quand bien même un contrat cadre a été signé entre les parties, ce qui introduit un élément de durée, il n'en ressort aucunement que l'objectif des parties était de réaliser une opération dans laquelle Icemm s.r.l. effectuait un apport et prenait un risque lié au succès ou à l'échec de l'opération. En effet, la vente de marchandises ou d'équipements est incompatible avec la notion d'apport puisque l'exécution du contrat fait perdre au vendeur tout lien juridique avec la chose vendue qui se trouve remplacée dans son patrimoine par une somme d'argent sortant généralement du pays de l'investissement prétendu. Quant au risque, il se limite au risque de non paiement, c'est-à-dire au risque de la violation par l'acheteur d'une de ses obligations, ce qui n'est pas un risque attaché à l'exécution du contrat et à la réussite ou à l'échec de l'opération dont il est le cadre juridique mais à sa non exécution par l'acheteur.

199. Par conséquent, l'exception d'incompétence de la République de Cuba est fondée et le Tribunal Arbitral se déclare incompétent pour connaître de l'espèce Icemm s.r.l., l'Accord de 1993 n'étant pas applicable.

(d) "*Cristal Vetro SA*"

200. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral au motif de ce que la société Cristal Vetro SA est une société de droit panaméen et non pas une société italienne. La République d'Italie conclut au rejet de cette exception d'incompétence en raison de ce que les capitaux de la société proviennent d'une personne physique italienne.

201. Comme le Tribunal Arbitral l'a souligné supra (n°173), la question ne se confond pas avec celle de savoir si un Etat dont les actionnaires d'une société ont la nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à cette société ou directement à eux mêmes, alors que la société est d'une nationalité différente de ceux-ci. Pour que le Tribunal Arbitral soit en mesure d'examiner ce problème, il faut qu'il soit compétent, c'est-à-dire que l'Accord de 1993 soit applicable.

Or, ainsi qu'on l'a déjà noté supra (n° 172), l'Article 1, par. 1 de l'Accord de 1993 s'applique aux investissements réalisés par des personnes physiques ou morales d'une Partie Contractante dans le territoire de l'autre. Il convient donc de se demander si, selon l'Accord de 1993, la République de Cuba et la République d'Italie ont entendu inclure dans le concept de « *personnes physiques ou*

morales d'une Partie Contractante» des personnes morales constituées dans un Etat tiers mais dont le capital appartient à des ressortissants cubains ou italiens.

202. Ainsi que l'avait souligné le Tribunal Arbitral dans la Sentence Préliminaire (n°77) le texte de l'Accord de 1993 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-dire de façon téléologique. C'est à la lumière de ces principes, confortés par la jurisprudence internationale, que le Tribunal Arbitral doit considérer le problème posé.
203. Le recours à la bonne foi ne confirme l'interprétation d'aucune des parties. En revanche la primauté donnée au texte de l'Accord dans le processus d'interprétation paraît justifier l'interprétation de la République de Cuba. Selon l'Article 1, par. 1 de l'Accord de 1993, l'investissement protégé est celui réalisé par des « *personnes physiques ou morales d'une Partie Contractante* ». On en déduit que l'investissement peut être réalisé soit par une personne physique d'une partie contractante, soit par une personne morale d'une partie contractante. Cela paraît exclure que l'investissement d'une personne morale d'un pays tiers bénéficie de la protection de l'Accord parce que les détenteurs du capital de cette personne morale en auraient bénéficié s'ils avaient procédé à l'investissement en qualité de personne physique (ou morale) d'une partie contractante. Le texte de l'Accord paraît offrir un choix à l'investisseur qui se place sous la protection de l'accord : ou bien il investit en tant que personne physique d'une partie contractante, ou bien il investit en tant que personne morale d'une partie contractante. L'investissement de capitaux d'une partie contractante par l'intermédiaire d'une personne morale d'un pays tiers n'est pas envisagé par le texte de l'Accord et paraît *a priori* exclu de son champ d'application.
204. Cette interprétation littérale est d'ailleurs conforme aux conceptions qui prévalaient en 1993 lors de la conclusion de l'Accord en matière de protection diplomatique. Le principe posé par la Cour Internationale de Justice en 1964 dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Ltd* n'était alors pas sérieusement remis en cause : chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par des actes visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus et l'Etat de l'actionnaire n'a pas de titre à exercer la protection diplomatique dans un tel cas, car la solution contraire ouvrirait la voie à des réclamations concurrentes de la part de plusieurs Etats, ce qui pourrait créer un climat d'insécurité dans les relations économiques internationales. L'affaire *Elletronica Sicula*, de 1989 avait posé des exceptions à ce principe général, sans le remettre en cause, comme le fait par exemple aujourd'hui le Projet d'Articles sur la protection diplomatique de la Commission de Droit International, adopté par la Commission de Droit International en 2006²⁶. Si les règles relatives à la détermination du droit à l'exercice de la protection diplomatique en 1993 ne sont pas *per se* applicables à l'interprétation de l'Accord de 1993, elles fournissent néanmoins une indication précieuse quant au sens que la République de Cuba et la République d'Italie entendaient donner à la notion de « *personnes physiques ou morales d'une Partie Contractante* » lorsque elles ont conclu l'Accord.

²⁶ Cf Article 9.

205. Cette interprétation littérale est de plus conforme à l'objet et aux objectifs de l'Accord. En effet, conclu entre deux Etats, l'Accord crée des droits pour l'investisseur qui peut les opposer directement à l'Etat qui reçoit l'investissement. Le plus remarquable est celui, résultant de son Article 9(2) qui reconnaît aux investisseurs le droit d'agir en arbitrage contre l'Etat récepteur au plan international en saisissant un Tribunal Arbitral tel qu'établi aux paragraphes 3 et 5 de l'Article 10 de l'Accord. Cette offre d'arbitrage que fait l'Etat récepteur aux ressortissants de l'autre Etat contractant, en concluant l'Accord, ne peut s'étendre à l'aveugle à des personnes morales de tous pays, au motif que le capital de ces personnes morales appartiendrait à des personnes physiques ou morales de l'autre Etat contractant. L'Etat récepteur ne peut accepter de se trouver dans une procédure d'arbitrage confronté à une personne morale d'un Etat dont il ne souhaite pas favoriser les investissements ou avec lequel il n'a pas de relations diplomatiques, voire commerciales, ou encore avec lequel il est dans une relation conflictuelle.
206. Sur la base de ce qui précède, la conclusion du Tribunal Arbitral est donc que l'Accord de 1993 n'est applicable qu'à des investissements réalisés à Cuba par des personnes physiques ou morales de nationalité italienne et en Italie par des personnes physiques ou morales de nationalité cubaine et que s'agissant des personnes morales, la nationalité des actionnaires ou, plus généralement, des détenteurs du capital, ne doit pas être prise en considération.
207. S'agissant de la société Cristal Vetro SA la République d'Italie a fait valoir dans ces dernières écritures que ce n'est qu'en 2000-2001 que la société à l'origine constituée à Rome est devenue panaméenne, alors que le préjudice qu'elle allègue avait déjà été causé. Elle n'a cependant remis aucun document susceptible d'appuyer cette allégation. Au contraire, la République de Cuba a soumis un document notarié daté du 27 novembre 1998 *"Por la cual se protocoliza el Pacto Social de la sociedad denominada « CRISTAL VETRO S.A. » con domicilio en la ciudad de Panamá"*²⁷ (Annexe E7 du mémoire en réponse de la République de Cuba du 11 septembre 2005).
- L'allégation de la République d'Italie n'est donc pas établie en fait.
208. Par conséquent, l'exception d'incompétence de la République de Cuba est fondée et le Tribunal Arbitral se déclare incompétent pour connaître de l'espèce Cristal Vetro SA., l'Accord de 1993 n'étant pas applicable.

(e) *"Pastas y Salsas Que Chevere"*

209. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral au motif de ce que la société Pastas y Salsas Que Chevere est une société de droit costaricain et non pas une société italienne. La République d'Italie conclut au rejet de cette exception d'incompétence en raison de ce que les capitaux de la société proviennent de personnes physiques italiennes. Elle ajoute que M. Panizzardì, citoyen italien, propriétaire des capitaux avec sa famille, a signé l'acte de constitution de la société Costaricaine sans en comprendre la signification et prétend que cette société a été constituée au Costa Rica sur les conseils des autorités cubaines. Aucune preuve n'a été apportée de ce dernier fait, contesté par la République de Cuba.

²⁷ Traduction libre : "Par lequel a été authentifié le Pacte Social de la société dénommée « CRISTAL VETRO S.A » domiciliée dans la ville de Panama. ",

210. Il résulte des observations figurant au n°206 que l'Accord de 1993 n'est applicable qu'à des investissements réalisés à Cuba par des personnes physiques ou morales de nationalité italienne et en Italie par des personnes physiques ou morales de nationalité cubaine et que s'agissant des personnes morales, la nationalité des actionnaires ou, plus généralement, des détenteurs du capital ne doit pas être prise en considération. L'investissement allégué dans l'espèce Pastas y Salsas Que Chevere ayant été réalisé par une société costaricaine, l'Accord de 1993 n'est donc pas applicable.
211. Par conséquent, l'exception d'incompétence de la République de Cuba est fondée et le Tribunal Arbitral se déclare incompétent pour connaître de l'espèce Pastas y Salsas Que Chevere, l'Accord de 1993 n'étant pas applicable.

(f) "*Menarini Società Farmaceutica*"

212. Bien que la République d'Italie ait renoncé en date du 2 février 2007 à exercer la protection diplomatique dans cette espèce, elle n'a pas renoncé à l'action fondée sur ses droits propres. Le Tribunal Arbitral doit donc tout d'abord se prononcer sur sa compétence, contestée par la République de Cuba.
213. La République de Cuba conteste la compétence du Tribunal Arbitral au motif que Menarmi Società Farmaceutica (Menarini) ne serait pas un investisseur. En effet, selon la République de Cuba, la société italienne n'a réalisé que des opérations commerciales de vente de médicaments à Cuba. La République d'Italie estime qu'il s'agit bien d'un investisseur, l'apport de la société italienne au marché cubain ayant été très important et durable dans le temps.
214. Lors de l'audience du 13 janvier 2006, le Tribunal Arbitral a demandé à la République d'Italie de remettre le contrat conclu entre Menarini et MediCuba, entreprise cubaine de commerce extérieur, qui serait le support juridique de l'investissement, ce document n'ayant pas été versé aux débats. La République d'Italie a remis le document demandé le 26 janvier 2006.
215. Le Tribunal Arbitral constate qu'il s'agit d'un contrat entre la société italienne Lusochimica Spa et MediCuba. Aux dires de la République d'Italie, la société Lusochimica Spa ferait partie du groupe Menarmi. Il est daté du 30 mars 1990 et est intitulé «*Contrato de Compra-Venta*», ce qui, en français, correspond à un contrat de vente.

Sous la section « *objet du contrat* » figure un tableau, apparemment un bon de commande, avec les articles commandés, au nombre de deux, la quantité, la description et le prix. Le montant total est rappelé à l'article 2 (LIT. 79,050,000). Les autres conditions figurent au dos du contrat.

216. Bien qu'il s'agisse d'un contrat de vente, la République d'Italie souligne que l'on se trouve en présence d'un investissement d'une valeur considérable (LIT. 3,552,432,187), sur une certaine durée (de 1987 à 1991). Elle produit en annexe 53 des factures émises de 1987 à 1991 pour un total de LIT. 3,552,432,187. Alors que le Contrat est signé par Lusochimica Spa, les factures ont bien émises par Menarmi.

En outre, alors qu'en 1987 le numéro de commande figurait en référence, à partir de 1988 il est indiqué «*According to Contract n°...* » suivi d'un numéro dans la même nomenclature que les numéros de commande. Chaque facture (ou presque) fait référence à un numéro de contrat différent et à une date différente.

Aucune des factures, cependant, ne fait référence au contrat remis au Tribunal Arbitral qui porte le numéro 15-1-1 01800-4 (illisible)R 5913.

217. Compte tenu des constatations qui viennent d'être rapportées, le Tribunal Arbitral doute que le document remis par la République d'Italie le 26 janvier 2006 concerne l'espèce dont il est saisi d'autant plus qu'il est daté de 1990 alors que les relations contractuelles des parties ont commencé en 1987. Néanmoins, la nomenclature étant la même que celle apparaissant aux factures, le Tribunal Arbitral considérera ce contrat comme un contrat type.
218. S'il est exact que les relations des parties se sont étendues de 1987 à 1991, et qu'elles ne se sont interrompues que du fait du défaut de paiement de la partie cubaine, cela ne suffit pas à conclure qu'il s'agit d'un investissement.
219. Comme l'a souligné le Tribunal Arbitral supra (n° 198), pour qu'un contrat qualifié de contrat de vente par les parties puisse être considéré comme un investissement par le Tribunal Arbitral, il faudrait qu'il entre dans la définition de l'investissement retenue par le Tribunal Arbitral, c'est-à-dire qu'il recouvre une opération économique réunissant un apport, une certaine durée et une participation à ses risques.

Quelle que soit la durée des relations commerciales des parties, la vente de marchandises est incompatible avec la notion d'apport puisque l'exécution du contrat fait perdre au vendeur tout lien juridique avec la chose vendue qui, se trouve remplacée dans son patrimoine par une somme d'argent sortant généralement du pays de l'investissement prétendu. Quant au risque, il se limite au risque de non paiement, réalisé en l'espèce, c'est-à-dire au risque de la violation par l'acheteur d'une de ses obligations, ce qui n'est pas un risque attaché à l'exécution du contrat et à la réussite ou à l'échec de l'opération dont il est le cadre juridique mais à sa non exécution par l'acheteur.

En l'espèce non seulement n'y a-t-il pas eu de contrats cadres, mais au surplus les documents remis par la République d'Italie prouvent, comme l'a souligné la République de Cuba, que Menarini répondait à des demandes ponctuelles de Medicuba sans qu'il puisse être argué d'une quelconque continuité.

220. En outre, la République d'Italie n'a démontré ni apport, ni participation aux risques. En effet, la notion d'augmentation de compétitivité du fait de l'entrée sur le marché cubain de produits de haute technicité, invoquée par la République d'Italie, ne saurait constituer ni un apport, ni une participation aux risques.

De même le fait que Menarini aurait sponsorisé des congrès médicaux, ce qui n'est d'ailleurs pas établi ne permet pas de qualifier d'investissement la vente des médicaments en cause, puisqu'il s'agit d'opérations classiques de promotion des produits vendus.

221. Par conséquent, l'exception d'incompétence de la République de Cuba est fondée et le Tribunal Arbitral se déclare incompétent pour connaître de l'espèce Menarini Società Farmaceutica, l'Accord de 1993 n'étant pas applicable.

2. L'action de la République d'Italie fondée sur ses droits propres

222. L'action de la République d'Italie fondée sur ses droits propres vise à obtenir une déclaration du Tribunal Arbitral constatant la violation par la République de Cuba de certaines dispositions de l'Accord de 1993, de sa lettre, de son esprit et de sa finalité, des obligations résultant de l'Accord et des normes de Droit International sur le traitement et la protection des étrangers. La République d'Italie demande aussi au Tribunal Arbitral d'ordonner à la République de Cuba de mettre fin à ces violations et à s'engager pour l'avenir à respecter ses obligations internationales. Elle requiert également que la République de Cuba soit condamnée à lui verser la somme d' €1 symbolique.

223. Pour apprécier le bien fondé de ces demandes, le Tribunal Arbitral doit se cantonner à l'examen des faits illicites allégués par République d'Italie et à leur éventuelles conséquences juridiques dans les seules deux espèces où il a retenu sa compétence, c'est à dire les espèces Caribe and Figurella s.r.l et Finmed s.r.l. En effet, le Tribunal Arbitral n'a d'autre compétence que celle résultant de l'Article 10 de l'Accord.

224. Dans l'espèce Caribe and Figurella Project s.r.l., la République d'Italie après avoir rappelé que le représentant de la société avait été l'objet de tentatives d'expulsion du territoire cubain, conclut que les autorités cubaines ont agi en violation de l'Accord de 1993 là où elles auraient dû encourager les investisseurs italiens (Art. 2, par. 1), régler de la façon la plus favorable possible les questions relatives à l'entrée et au séjour de ces investisseurs (point 1, lettre b du Protocole Additionnel), et permettre à Caribe and Figurella Project s.r.l. de récupérer les biens utilisés aux fins d'investissement à Cuba.

Auraient également été violés dans cette espèce, selon la République d'Italie : l'Art.2, par.2 (obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens, et de ne pas pratiquer de traitements injustifiés et discriminatoires à leur égard) et l'Art.3, par.2 (obligation d'accorder aux investisseurs un traitement et un régime juridique identique à celui réservé à ses propres citoyens).

225. Dans l'espèce Finmed s.r.l., la République d'Italie prétend que les autorités cubaines ont violé l'Article 2 par. 1 de l'Accord de 1993 qui imposait à l'Etat

La République de Cuba aurait également violé l'Art. 2, par. 2 (obligations de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens et de ne pas pratiquer un traitement injustifié et discriminatoire à leur égard) ; l'Art. 3, par. 2 (obligation d'accorder aux investisseurs italiens un traitement et un régime juridique identique à celui réservé à ses citoyens) ; l'Art. 5 par. 2 (obligation de ne pas exproprier ni directement ni indirectement les investisseurs italiens) ; et qu'elle aurait violé la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord.

226. Il en résulte que les violations de l'Accord de 1993 que le Tribunal Arbitral pourrait constater, dans le champs de sa compétence, sont des violations,

- de l'Article. 2, par. 1 : obligation d'encourager les investisseurs italiens ;
- du Point 1, lettre b du Protocole Additionnel : régler de la façon la plus favorable possible les questions relatives à l'entrée et au séjour de ces investisseurs ;
- de l'Article 2, par. 2 : obligations de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens et de ne pas pratiquer un traitement injustifié et discriminatoire à leur égard ;
- de l'Article 3, par.2 : obligation d'accorder aux investisseurs un traitement et un régime juridique identique à celui réservé à ses propres citoyens.
- de l'Article 5, par.2 : obligation de ne pas exproprier ni directement ni indirectement les investisseurs italiens ;
- de l'obligation de permettre aux investisseurs de récupérer les biens utilisés aux fins d'investissement à Cuba ;
- de la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord.

227. S'agissant de l'obligation pour l'Etat cubain d'encourager les investisseurs italiens (Article 2, par. 1 de l'Accord de 1993), et régler de la façon la plus favorable possible les questions relatives à l'entrée et au séjour de ces investisseurs (Point 1, lettre b du Protocole Additionnel), la République d'Italie a prétendu que le représentant de Caribe and Figurella Project s.r.l. aurait fait l'objet de menaces et de tentatives d'expulsion du territoire cubain, tentatives mises en échec seulement grâce à l'intervention de l'Ambassade d'Italie auprès des autorités cubaines. Cette grave allégation n'a pas été étayée de preuves. De plus, il est apparu à l'audience, que le titre de séjour de M. Aléo, le représentant de la société, était lié à l'existence du contrat conclu avec l'hôtel Habana Libre Tryp. Ce contrat ayant été résilié, M. Aléo devait, s'il souhaitait rester sur le territoire cubain, régulariser sa situation migratoire auprès des autorités compétentes. En outre, l'allégation de la République d'Italie selon laquelle M. Aléo aurait été empêché, et ce pendant près de deux années, de rentrer en Italie, par crainte que les autorités cubaines ne lui permettent pas de revenir à Cuba et par crainte du risque que, du fait de l'absence de son propriétaire, la société italienne perde définitivement son investissement, n'est pas pertinente. En effet, on ne peut imputer aux autorités cubaines les craintes personnelles de M. Aleo, à moins d'apporter des preuves de leur bien fondé, ce qui n'a pas été fait.

En ce qui concerne l'espèce Finmed s.r.l., la République d'Italie prétend voir une violation de l'Article 2, Par. 1 l'Accord dans le comportement de Cubanacan en ce qui concerne l'échec de la substitution de Finmed Ltd par Finmed s.r.l.. Or, le Tribunal Arbitral a constaté que ce comportement ne constituait pas un fait illicite.

228. Il résulte de ce qui précède que la République d'Italie n'a pas établi que la République de Cuba a violé l'Article 2, Par. 1 de l'Accord de 1993 et du Point 1, lettre b du Protocole Additionnel.

229. Dans l'espèce Caribe and Figurella Project s.r.l., la République d'Italie prétend que la République de Cuba a violé l'obligation de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens et de ne pas pratiquer de traitements injustifiés et discriminatoires à leur égard, résultant de l'Article.2, par.2 de l'Accord de 1993. Elle explique que 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 et il s'agissait d'une activité offerte par d'autres à Cuba. De plus et toujours en novembre 2000, l'inscription d'une succursale à la Chambre de Commerce était refusée à la société italienne alors même qu'elle avait été demandée par le Ministre du Commerce Intérieur le 19 mai 2000.
230. La République de Cuba soutient que l'intervention des autorités compétentes n'a été ni arbitraire ni discriminatoire.
231. Le Tribunal Arbitral a déjà constaté supra (n° 156) que la fermeture du centre de beauté était la conséquence du retrait de la licence concédée à l'hôtel et que celui ne peut être qualifié de fait internationalement illicite de l'Etat cubain. Il ne s'agit donc pas d'une violation de l'Article.2, par.2 de l'Accord de 1993.
232. 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 répondre à certains critères, ce qui n'était pas le cas de la société italienne. 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 critères soient remplis. 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 décision discriminatoire. Cependant, la notification de cette décision n'a jamais pu intervenir, le représentant de l'entité italienne n'ayant indiqué ni domicile légal ni numéro de télécopie.
233. Il est exact que le Décret 206 de 1996 portant règlement du registre national des succursales et agents de sociétés commerciales étrangères, mentionne parmi les dispositions spéciales :
- "CUARTA - El Ministro del Comercio Exterior, a solicitud de la máxima autoridad de los Organismos de la Administración Central del Estado, fundamentada en razones de conveniencia o interés económico del país, podrá autorizar la inscripción de Succursales o Agentes que no cumplan alguno de los requisitos exigidos en los documentos establecidos en los incisos g) y h) del Artículo 10, así como los consignados, para el caso de los Agentes, en el Artículo 13 del presente Decreto"*²⁸.
234. Il en résulte que le Ministre du Commerce Extérieur n'a aucune obligation d'inscription quand bien même la demande viendrait de la plus haute autorité. De plus, aucune des dispositions du Décret n'indique que le refus doit être motivé.

²⁸ Traduction libre : "QUATRIEMEMENT- Le Ministre du Commerce Extérieur, sur demande de la plus haute autorité des Organismes de l'Administration Centrale de l'Etat, fondée sur des raisons de convenance ou d'intérêt économique du pays, pourra autoriser l'inscription de Succursales ou d'Agents qui ne réunissent aucun des critères exigés dans les documents listés aux paragraphes g) et h) de l'Article 10, de même que ceux consignés, pour le cas des Agents, à l'Article 13 du présent Décret. "

235. Quoiqu'il en soit, la République d'Italie prétend qu'il n'aurait jamais été répondu "officiellement" à la demande de M. Aléo. C'est la raison pour laquelle, le 10 janvier 2001, ce dernier écrivait à la Chambre de commerce comme suit :

*"Atendiendo a la prescripción del término de 60 días concedido por el Decreto Ley No. 206 para dar respuesta sobre el tema de la referencia, y, atendiendo a la necesidad de conocer el estado en que se encuentra dicho trámite por razones internas de la Sociedad, le interesamos formalmente información al respecto, así como los motivos que han dado lugar a la dilación del asunto"*²⁹ (pièce 22 de la République d'Italie).

Effectivement, l'Article 9 du texte fixe à 60 jours le délai dans lequel doit intervenir l'inscription ou son refus. Cependant, d'une part il s'agit là du délai prévu pour une demande qui emprunterait un cheminement normal, et non pour celle passant par la voie spéciale comme en l'espèce. En outre, les conséquences du dépassement d'un tel délai ne sont pas prévues.

Ce n'est que le 16 mai 2001 qu'une lettre fut établie pour informer M. Aleo du rejet de la demande d'inscription d'une succursale, c'est-à-dire près d'un an après qu'une demande exceptionnelle ait été présentée et plus de 4 mois après que M. Aleo ait écrit à la Chambre de Commerce pour être informé de l'état du dossier. Il lui était cependant indiqué que ceci n'empêchait pas que sa société continue de développer des relations commerciales avec les entités cubaines importatrices, à partir du moment où celles-ci s'exécutent directement depuis la maison mère.

236. Cette réponse n'est jamais parvenue à M. Aleo. A cet égard, la République de Cuba a prétendu que la notification n'avait pu intervenir du fait que M. Aleo n'avait pas indiqué à la Chambre de Commerce son domicile légal ou un numéro de fax où elle aurait pu lui être adressée. Cette explication n'est pas convaincante car sur la lettre susmentionnée de M. Aléo, à défaut d'un numéro de fax, figurait l'adresse de la société en Italie. En outre, il apparaît surprenant qu'une réponse officielle n'ait pas été faite en son temps à l'autorité ayant présenté la demande, soit le Ministère du Commerce Intérieur qui devait savoir comment joindre M. Aléo pour lequel il était intervenu.
237. Si au vu de ce qui précède on peut parler de dysfonctionnement dans le traitement de ses dossiers par l'administration cubaine (défaut de réponse, et défaut de motivation des décisions), rien ne permet d'affirmer qu'il y a eu un traitement discriminatoire. En effet, le Ministère du Commerce Extérieur n'avait aucune obligation d'accepter l'inscription en cause dans la mesure où elle ne réunissait pas les critères exigés par le Décret. De plus, il ne faut pas oublier que la demande d'inscription avait été présentée par le Ministère du Commerce Intérieur, ce qui démontre une attitude favorable vis-à-vis de la société italienne jusqu'à une certaine période. Il y a tout lieu de penser qu'après la résiliation du contrat de location de matériel et de prestations de services, en l'absence d'activité clairement définies de Caribe and Figurella Project s.r.l. à Cuba, il ne se justifiait plus qu'une inscription de succursale auprès de la Chambre de Commerce lui soit accordée de façon discrétionnaire.
238. De même, aucun traitement discriminatoire n'est discernable dans l'espèce Finmed s.r.l.. En effet,

²⁹ Traduction libre: "Considérant la prescription du délai de 60 jours concédé par le Décret Loi No. 206 pour donner une réponse sur le sujet en référence, et considérant la nécessité de connaître l'état actuel de cette démarche pour des raisons internes à la société, nous voudrions être formellement informés à ce sujet, de même que des raisons qui ont retardé cette demande. "

la République d'Italie reproche à Cubanacan d'avoir indûment favorisé des italiens par rapport à d'autres italiens. Si c'était le cas, ce que n'a pas admis le Tribunal Arbitral, la République d'Italie ne pourrait prétendre à une quelconque discrimination de la part de l'Etat cubain à l'encontre de ressortissants italiens.

239. Il résulte de ce qui précède que la République d'Italie n'a pas établi que la République de Cuba a violé l'Article 2, Par. 2 de l'Accord de 1993.

240. Le Tribunal Arbitral a pu constater, dans les espèces où il s'est déclaré compétent (n° 165 et n° 179) que les décisions des cours et tribunaux cubains avaient été rendues à l'égard des parties italiennes dans des conditions semblables à celles dans lesquelles la justice est rendue dans la plupart des pays du monde. En tous cas, la République d'Italie n'a pas démontré, ni même cherché à le faire, que le traitement réservé aux parties italiennes était différent de celui réservé aux citoyens cubains. De plus, les allégations de République d'Italie selon lesquelles les parties italiennes étaient dans l'incapacité de se faire représenter n'ont pas été appuyées du moindre élément de preuve.

Il résulte de ce qui précède que la République d'Italie n'a pas établi que la République de Cuba a violé l'Article 3, par. 2 de l'Accord de 1993.

241. Dans les espèces où il s'est déclaré compétent, le Tribunal Arbitral n'a constaté aucune violation de l'obligation de ne pas exproprier ni directement ni indirectement les investisseurs italiens ni de celle de permettre aux investisseurs de récupérer les biens utilisés aux fins d'investissement à Cuba. Il a été constaté que, dans l'espèce *Finmed Ltd*, l'investissement réalisé par la société irlandaise n'a pas été transmis à la société italienne pour des raisons qui ne sont pas imputables à un fait illicite de l'Etat cubain (n° 192 et n° 193). Dans l'espèce *Caribe and Figurella Project s.r.l.*, où le problème aurait pu se poser, M. Aleo, le représentant de la société italienne a reconnu lors de son audition que ses biens lui avaient été restitués dans leur intégralité.

Le Tribunal Arbitral en conclut donc que la République d'Italie n'a pas établi que la République de Cuba a violé l'Article 5, par. 2 de l'Accord de 1993 ni celle de permettre aux investisseurs de récupérer les biens utilisés aux fins d'investissement à Cuba.

242. La République d'Italie demande également au Tribunal Arbitral de constater que la République de Cuba aurait violé la lettre, l'esprit et la finalité de l'accord. Cependant, cette demande ne s'appuie sur aucune allégation précise, autre que celles que le Tribunal Arbitral a estimées ci-dessus n'être pas établies (n° 227 à n° 241).

243. De même, la République d'Italie ne fournit aucune allégation de fait précise, autre que celles que le Tribunal Arbitral a estimées ci-dessus n'être pas établies (n° 227 à n° 241), pour prétendre que la République de Cuba aurait violé des normes de Droit International sur le traitement et la protection des étrangers.

Le Tribunal Arbitral n'est donc pas en mesure de constater une telle violation.

244. Sur la base de ce qui précède, le Tribunal Arbitral rejette la demande de la République d'Italie

fondée sur ses droits propres visant à obtenir une déclaration du Tribunal Arbitral constatant la violation par la République de Cuba de certaines dispositions de l'Accord de 1993, de sa lettre, de son esprit et de sa finalité, des obligations résultant de l'Accord et des normes de Droit International sur le traitement et la protection des étrangers.

245. Dans ces circonstances, le Tribunal Arbitral n'a pas à se prononcer sur la demande de la République d'Italie d'ordonner à la République de Cuba de mettre fin aux violations alléguées et de donner toutes assurances qu'elle respectera ses engagements internationaux à l'avenir.

4. La demande de la République d'Italie de condamnation de la République de Cuba à lui verser €1 symbolique

246. La République d'Italie demande que la République de Cuba soit condamnée à lui verser €1 symbolique en raison de ses violations continues de la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993 et son refus de régler de façon amiable, par la voie diplomatique, les litiges relatifs aux investisseurs italiens.

La République de Cuba s'oppose à cette demande.

247. La demande de la République d'Italie fondée sur ses droits propres visant à obtenir une déclaration du Tribunal Arbitral constatant la violation par la République de Cuba de certaines dispositions de l'Accord de 1993, de sa lettre, de son esprit et de sa finalité, des obligations résultant de l'Accord et des normes de Droit International sur le traitement et la protection des étrangers a été rejetée. Par ailleurs le Tribunal Arbitral s'est déclaré incompétent pour connaître de quatre des six litiges relatifs aux investisseurs italiens qui lui ont été soumis par la République d'Italie, l'Accord de 1993 n'étant pas applicable, et a rejeté la demande de la République d'Italie concernant les deux autres.

Surtout, dans les espèces pour lesquelles le Tribunal Arbitral s'est déclaré compétent, la République d'Italie n'a pas établi l'existence d'un refus de la République de Cuba de régler de façon amiable le litige par la voie diplomatique. Par exemple, la République d'Italie allègue que l'intervention de l'Ambassade d'Italie auprès des autorités cubaines auraient fait échec aux tentatives d'expulsion du territoire cubain, tentatives par ailleurs non prouvées, dont aurait fait l'objet le représentant de Caribe and Figurella Project s.r.l.

Dans ces circonstances, le Tribunal Arbitral rejette la demande de la République d'Italie de condamnation de la République de Cuba à lui verser €1 symbolique.

3. L'action subsidiaire de la République d'Italie fondée sur l'enrichissement sans cause

248. A titre subsidiaire, la République d'Italie a demandé que la République de Cuba soit condamnée à lui verser une indemnité pour les capitaux investis sur le territoire cubain, non rémunérés et/ou

indûment retenus évaluée en équité sur la base des dommages intérêts réclamés au titre des préjudices divers prétendument subis par les investisseurs italiens. La République de Cuba s'oppose à cette demande.

249. Pour se prononcer sur cette demande subsidiaire, le Tribunal Arbitral doit se cantonner à l'examen des faits allégués par République d'Italie et à leur éventuelles conséquences juridiques dans les seules deux espèces où il a retenu sa compétence, c'est à dire les espèces Caribe and Figurella s.r.l et Finmed s.r.l. En effet, le Tribunal Arbitral n'a d'autre compétence que celle résultant de l'Article 10 de l'Accord.
250. Dans l'espèce Finmed srl, aucun enrichissement sans cause de la République de Cuba ne peut être invoqué par la République d'Italie, un investissement réalisé par la société irlandaise Finmed Ltd étant resté la propriété et sous le contrôle de cette société. Que cet investissement n'ait pu être transféré à la société italienne Finmed s.r.l. pour des raisons que le Tribunal Arbitral a considéré non imputable à l'Etat cubain n'a été la source d'aucun enrichissement pour ce dernier.
251. Dans l'espèce Caribe and Figurella s.r.l, la République d'Italie n'a établi aucun enrichissement de l'Etat cubain. Quand bien même il y aurait un enrichissement de l'Hôtel Habana libre Tryp, ce qui n'a pas été établi non plus, le Tribunal Arbitral a constaté que l'Hôtel ne peut pas être considéré comme une entité étatique cubaine et que les actions ou omissions de l'Hôtel ne sauraient donc, en règle générale, être imputées à l'Etat cubain (n° 157). De plus, toujours s'il y avait un enrichissement de l'Hôtel, il ne serait pas sans cause puisque sa cause se trouverait dans le contrat de location de matériel et de prestations de services du 3 septembre 1999. La question se poserait alors en termes de responsabilité contractuelle de l'Hôtel et se situerait hors de la compétence du Tribunal Arbitral.
252. Sur la base de ce qui précède, le Tribunal Arbitral rejette l'action subsidiaire de la République d'Italie fondée sur l'enrichissement sans cause.

4. La demande reconventionnelle de la République de Cuba

253. La République de Cuba demande que la République d'Italie soit condamnée à se rétracter publiquement et diplomatiquement de ses allégations, a titre de réparation du préjudice moral qu'elle lui a causé en présentant sa demande d'arbitrage.

La République d'Italie s'oppose à cette demande.

254. Les dispositions pertinentes de l'Article 10 de l'Accord de 1993 confèrent à chacune des parties contractantes le droit de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de l'Accord. A moins qu'il ne soit abusif, l'exercice d'un tel droit ne peut être illicite et donc causer un préjudice donnant lieu à réparation.

Bien que la République d'Italie succombe dans toutes ses demandes, le Tribunal Arbitral n'estime pas que son droit de recourir à l'arbitrage selon les dispositions de l'Accord de 1993 a été abusif.

La demande reconventionnelle de la République de Cuba est donc rejetée.

5. Les frais de l'Arbitrage

255. L'Article 20 du Règlement d'arbitrage, tel qu'accepté par les parties, prévoit ce qui suit « *Chaque partie supporte ses frais d'arbitrage. Toutefois, le Tribunal Arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce* ».

Dans l'appréciation des circonstances susceptibles de justifier une dérogation au principe selon lequel chaque partie supporte ses frais d'arbitrage, le Tribunal Arbitral doit tenir compte de ce que leur intention originale, exprimée à l'Article 10, par. 5 de l'Accord de 1993, était de s'en tenir au principe, sans exception. C'est dire que la dérogation ne peut être motivée que par des circonstances exceptionnelles.

256. De telles circonstances ne se présentent pas dans cette procédure. S'il est vrai que, comme il a déjà été noté, la République d'Italie succombe dans toutes ses demandes, son recours à l'arbitrage n'était pas abusif, ainsi qu'il a été constaté (n° 254). De plus, la Sentence Préliminaire du 15 mars 2005, dont le dispositif prévoyait à son point n°5 que la répartition des coûts de cette phase préliminaire de la procédure serait réglée dans la sentence finale, donnait largement gain de cause à la République d'Italie, la plupart des exceptions préliminaires soulevées par la République de Cuba étant rejetées. Enfin, dans la phase finale de la procédure également, nombre d'exceptions, de moyens et d'arguments de la République de Cuba ont été rejetés ou écartés en raison de leur absence de fondement.
257. En conséquence, le Tribunal Arbitral décide que chacune des parties doit supporter les frais d'arbitrage qu'elle a exposés, y compris les frais et honoraires des arbitres tels qu'ils ont été avancés par chacune des parties, ainsi que tous autres frais qu'elles ont respectivement supportés à l'occasion de la procédure arbitrale.

Par ces motifs, statuant à la majorité

LE TRIBUNAL ARBITRAL

DECIDE CE QUI SUIT :

1. Le Tribunal Arbitral est incompétent pour connaître des espèces suivantes, l'Accord de 1993 n'étant pas applicable.:

- "Icemm s.r.l."

- "*Cristal Vetro SA* "
- "*Pastas y Salsas Que Chevere* "
- "*Menarini Società Farmaceutica* "

2. La demande de la République d'Italie au titre de la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice allégué par la société Caribe and Figurella s.r.l. est rejetée.

3. La demande de la République d'Italie au titre de la protection diplomatique pour obtenir réparation du préjudice allégué par la société Finmed s.r.l. et ses actionnaires est rejetée.

4. La demande de la République d'Italie fondée sur ses droits propres visant à obtenir une déclaration du Tribunal Arbitral constatant la violation par la République de Cuba de certaines dispositions de l'Accord de 1993, de sa lettre, de son esprit et de sa finalité, des obligations résultant de l'Accord et des normes de Droit International sur le traitement et la protection des étrangers est rejetée.

5. La demande de la République d'Italie de condamnation de la République de Cuba à lui verser €1 symbolique est rejetée.

6. La demande subsidiaire de la République d'Italie fondée sur l'enrichissement sans cause est rejetée.

7. La demande reconventionnelle de la République de Cuba est rejetée.

8. Chacune des parties doit supporter les frais d'arbitrage qu'elle a exposés.

9. Toutes autres demandes des parties sont rejetées.