

Opinion dissidente De M. l'arbitre Attila Tanzi

1. Je suis au regret de ne pas pouvoir partager dans une large mesure la reconstruction factuelle et l'application et interprétation du droit international général et de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements de 1993 entre Cuba et l'Italie accueillies par la majorité de ce Tribunal arbitral dans la sentence présente. L'objet du désaccord regarde principalement l'appréciation des faits en cause. Toutefois, puisque cette appréciation s'effectue à la lumière aussi bien des dispositions de l'Accord que des principes généraux de droit international en matière d'interprétation et application des traités et de responsabilité internationale des Etats, il est nécessaire que j'expose et argumente mon désaccord en relation au cas d'espèce mais aussi dans la perspective d'une interprétation plus adéquate des règles matérielles et des principes généraux en question qui peuvent faire l'objet de futurs différends en matière d'investissements étrangers.

En particulier, pour les raisons qui seront ci-dessous exposées, je ne peux partager le dispositif de la sentence au point 1, relatif aux affaires « Cristal Vetro SA » et « Pastas y Salsas que Chevere », et aux points 3), 4) et 5) pour les affaires « Caribe and Figurella Project srl » et Finmed s.r.l. ».

2. En résumant, la Sentence a mis en exergue nombreux défauts de légitimation en relation à l'exercice de la protection diplomatique par la République italienne en ce qui concerne la règle coutumière de l'épuisement préalable des recours internes et la présumée absence des conditions subjectives et objectives requises pour l'application de l'accord bilatéral d'investissement.

A ce propos, la Sentence a en effet souligné que :

- a) dans certaines affaires, les recours internes n'auraient été épuisés de façon satisfaisante, aux fins de la règle générale en la matière, par les opérateurs italiens (affaire Caribe and Figurella Project srl) et que, dans d'autres, n'étaient pas remplies les conditions subjectives, relatives à la nationalité italienne (affaires Cristal Vetro SA et Pastas y Salsas Que Chevere), et objectives, relatives à la qualification d'investissement pour les activités objet de la procédure (affaires Icemm srl et Manarini Società Farmaceutica), d'application de l'Accord de 1993;
- b) dans d'autres affaires, le comportement des entreprises d'Etat cubaines ne serait être imputable à l'Etat cubain en tant que sujet de droit international ou ne serait pas illicite internationalement ; en particulier, dans l'affaire Finmed s.r.l., bien que l'épuisement des recours internes ait été constaté (par. 177-179), le Tribunal arbitral conclut que le préjudice reconnu à l'Italie au nom de la Finmed s.r.l. ne peut être imputé de façon objective à la société contrôlée par l'Etat cubain, Cubanacan, en relation à l'opération alléguée de Cubanacan, avec l'aval de Finmed s.r.l., finalisée à l'exclusion de la participation de Finmed s.r.l. à la société mixte de droit cubain, Medi Club SA.

I. Affaire Caribe and Figurella Project srl

3. Concernant cette affaire, la Sentence nie l'attribution à l'Etat cubain des comportements allégués des entreprises publiques cubaines. Pour ainsi faire, elle élabore en deux étapes la reconstruction juridique des faits relatifs à la protection diplomatique de Caribe and Figurella Project srl. **Dans la première étape** – celle relative au retrait de la licence effectué par le Ministère du Commerce Intérieur le 3 novembre 2000 (par. 156) – la sentence établit que les éléments de fait nécessaires pour fonder l'illicite de l'Etat cubain n'existent pas.

En particulier, il est affirmé que «[Caribe and Figurella Project srl] n'était [...] pas visée par la décision de retrait [car ce] n'est pas Caribe and Figurella Project srl 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» (par. 156). Le retrait de la licence sans préavis du fait du non octroi d'une autre licence pour la pratique de l'activité de tatouage est considéré «une décision sans doute brutale, mais certainement pas illicite». En outre il est affirmé que la successive nouvelle concession de la licence, 20 jours plus tard, sous condition de ne plus pratiquer l'activité de tatouage aurait atténué la « brutalité » de la décision. Cette évaluation est ensuite reprise au paragraphe suivant (par. 157) et confirmée dans la partie de la Sentence relative au préjudice direct (par. 231).

4. **Dans la deuxième étape**, relative à la reconstruction des faits, la Sentence examine l'éventuelle illicéité des comportements de la Société Grupo Hotelero concernant le démantèlement des équipements de la Caribe and Figurella Project srl, leur restitution tardive, le non renouvellement des licences et la non concession de la licence pour l'activité de tatouage. Il s'agirait, selon la Sentence, de « fautes contractuelles » dont il faudrait d'abord résoudre la question de l'attribution des actes à l'Etat de Cuba. Plus en général, la Sentence soutient que « la réponse doit être nuancée ».

En outre, toujours selon la Sentence, l'on peut retenir – ce qui est tout à fait partageable – que les actes d'une entité considérée d'Etat selon l'ordre interne de l'Etat sont imputables à l'Etat conformément au droit international (art. 4 du Projet d'articles de la Commission de droit international sur la responsabilité des Etats, cité à la note 10 de la Sentence) ; pareillement, la Sentence considère que l'imputabilité doit être soutenue dans le cas où une structure de droit privé permette à l'Etat d'exercer des pouvoirs de puissance publique (art. 5, articles CDI, cités note 11). On en a conclu que 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» (par. 160), en soutenant que «[c]'est une question de fait et de droit à trancher selon les principes du droit international» (*idem*).

Après ces considérations introductives, la Sentence examine la jurisprudence internationale pour identifier les critères qui permettent de considérer une entité « d'Etat » aux fins du droit de la responsabilité internationale des Etats. Selon la Sentence, il existe un critère structurel – que l'on peut tout à fait partager – d'après lequel «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 étatique» (par. 161). Toutefois, selon la Sentence, cette présomption ne serait pas irréfutable dans la mesure où, pour qu'une entité soit considérée « d'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 internationale» (*idem*). En

appui à la primauté du critère fonctionnel, à la note 15 de la Sentence est citée la décision CIRDI dans l'affaire *Checoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. the Slovak Republic*, pour en conclure que «[l]e 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» (*idem*).

L'on considère ensuite l'applicabilité de l'art. 8 de la CDI sur la responsabilité des Etats, afin de déterminer si l'on se trouve face à une hypothèse d'un contrôle exercé par l'Etat cubain sur les actes de l'entité touristique cubaine. Le standard établi par l'art. 8 est celui d'un «comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes» adopté «sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat». Il faut donc tout simplement identifier les éléments de fait qui démontrent un contrôle ou des instructions donnés par l'Etat au groupe de personnes dont les actes sont examinés. Selon la Sentence, il n'existe aucun élément probatoire qui démontre un contrôle des autorités cubaines sur les comportements du Grupo Hotelero, par conséquent les actions de l'entité Hôtel ne pourraient être imputables à l'Etat cubain car cette entité, en ayant une activité purement économique, n'exerce aucun pouvoir de puissance publique.

5. Je considère qu'une application adéquate des principes de droit international en la matière implique un renversement de l'approche dans l'appréciation des faits. En effet, l'art. 2 des articles CDI sur la responsabilité des Etats affirme qu'«[i]l y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission: a) Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat». Cette chronologie dans l'opération de logique juridique de vérification d'un fait internationalement illicite de l'Etat, c'est-à-dire de l'évaluation d'abord de l'imputabilité du comportement ensuite de son éventuelle illicéité – chronologie qui a un impact normatif certain –, codifie une pratique jurisprudentielle internationale consolidée.

A cet égard, il est utile de rappeler comment, dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (CIJ Recueil, Arrêt 24 mai 1980, p. 3 et suivantes), la Cour internationale de Justice a souligné que, aux fins de la détermination de l'éventuelle responsabilité de l'Iran, elle a dû :

«[t]out d'abord [...] déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'Etat iranien. Ensuite, elle [a dû] rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable» (par. 56, p. 29).

Ce Tribunal aurait dû appliquer cette même logique juridique et en déduire les conclusions conséquentes, comme exposées ci-dessous.

1.1. Sur l'imputabilité du comportement des entités cubaines à l'Etat

6. Relativement à l'imputabilité, on peut observer que les actes et les éventuelles omissions considérés illicites par la République italienne provenaient de deux sujets cubains : le Ministerio de Comercio Interior (MINCIN) et l'Hôtel Habana Libre Tryp (Hôtel), se référant au Grupo Hotelero SA, entreprise touristique de propriété étatique. Pour ce qui est du MINCIN, les actes de celui-ci sont clairement imputables à l'Etat cubain en tant que composant de son appareil exécutif. Il est utile rappeler ici que l'art. 4 des articles CDI sur la responsabilité des Etats établit que :

Article 4. *Comportement des organes de l'État*

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Le concept d'Etat exprimé par cette disposition – qui, comme précédemment rappelé, codifie le droit international coutumier en la matière – a une approche « unitaire » et « structurelle » contrairement au droit administratif national qui prévoit que l'organe de l'Etat ait une autonomie subjective matérielle et procédurale. Dans ce sens, il est intéressant de noter que, à ce propos, le rapporteur spécial Crawford observe que :

« Lorsque l'on parle de l'attribution d'un comportement à l'Etat, on entend par Etat un sujet de droit international. Dans de nombreux systèmes juridiques les organes de l'Etat consistent en différentes personnes juridiques (ministères ou autres entités) qui sont considérées comme ayant des droits et obligations distincts au titre desquelles elles sont seules susceptibles de faire l'objet d'une action en justice et responsables. *Aux fins du droit international de la responsabilité des Etats, cette conception est différente. L'Etat est considéré comme une unité, conformément au fait qu'il est reconnu comme une personne juridique en droit international* » (italique ajouté) (Commentaire sur le Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission de Droit International, cité à la note 16 de la Sentence, pp. 73-74).

7. Le champ d'application de l'art. 4 semble donc s'étendre à toutes les entités de l'Etat. Il comprend aussi les entreprises d'Etat, des entités qui appartiennent à l'apparat de l'Etat et ont une activité de nature économique et/ou commerciale. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'entité économique est finalisée au développement d'un des secteurs-clé de l'économie nationale – dans le cas d'espèce l'industrie et les services touristiques –, en particulier lorsque l'entreprise publique s'intègre dans l'organisation de l'Etat et est contrôlée par celle-ci. Relativement à l'Hôtel appartenant au Grupo Hotelero SA, la Sentence ne met pas en doute l'application de l'art. 4 (avec l'art. 5) lorsque le contexte considéré est celui d'une économie dirigiste où les entreprises se réfèrent à l'organisation de l'Etat et appartiennent au gouvernement. Bien au contraire, en rappelant à la note 14 la jurisprudence CIRDI (*Maffezini c. Espagne*, décision sur la compétence), la Sentence affirme que l'on se trouve dans un contexte où s'applique une présomption d'attribution à l'Etat des comportements de l'entité lorsque – comme dans le cas d'espèce – « l'entité est possédée par l'Etat, directement ou indirectement, ou contrôlée par lui... » (par. 161).

Toutefois, toujours d'après la Sentence, cette présomption serait sujette à une exception de nature fonctionnelle : lorsque l'entité exécute une activité de nature commerciale et n'exerce de façon évidente aucun pouvoir de puissance publique, elle ne peut être considérée une entité de l'Etat, indépendamment de son statut. Il s'agirait là d'une application, peu partageable, d'un critère fonctionnel *stricto sensu* puisqu'il ne fait aucunement référence à la fonction de l'entité pour l'organisation étatique mais seulement à la nature de ses activités. La sentence rappelle en note la décision sur la compétence

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie – en des termes qui apparaissent peu afférents au cas d'espèce en examen – aux fins d'appuyer, sur le fondement des suppositions logiques ci-dessus critiquées, la conclusion qui va dans le sens de la non attribution du comportement du Grupo Hotelero à l'Etat cubain.

8. Il faut avant tout souligner que le critère fonctionnel relatif à la qualification de l'entité comme étatique ou pas a été élaboré par la jurisprudence CIRDI concernant la compétence *ratione personae* en relation, en particulier, aux différends entre Etats et investisseurs. La spécificité de ce contexte requiert une attention particulière pour l'application du test fonctionnel tout court à la question de l'attribution des actes d'une entité à l'Etat lors d'un contentieux entre Etats. En effet, il faut souligner comment la définition de « ressortissant d'un autre Etat contractant » d'après l'art. 25(1) de la Convention CIRDI, ayant pour but de légitimer l'acteur tant que privé contre l'Etat, a été interprétée de façon extensive – donc, de façon restrictive par rapport à la possible configuration publiciste de l'entité actrice – pour exclure les exceptions à la légitimation active fondée sur la nature étatique de l'entreprise publique ou mixte. Le Tribunal arbitral, dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, s'est prononcé en la matière selon cette même perspective, à la lumière aussi des travaux préparatoires de la Convention de Washington et de la pratique du CIRDI (par. 16 et 17). Il s'agit néanmoins d'une perspective bien différente par rapport au problème de l'attribution à l'Etat du fait internationalement illicite.

En effet, il faut observer comment pour définir le caractère étatique du demandeur, toujours dans la jurisprudence CIRDI, la nature publiciste des entités économiques intéressées a été interprétée de façon extensive. Cette perspective est certainement la plus proche au cas d'espèce, objet de la Sentence. En effet, ce n'est pas la notion de « ressortissant d'un autre Etat contractant » qui est en cause ici mais plutôt celle d'« Etat contractant », selon l'art. 25 (1) de la Convention de Washington. Or, dans la décision sur la compétence du 16 juillet 2001 dans l'affaire *Consortium R.F.C.C c. Maroc*, le Tribunal CIRDI a rejeté l'exception préliminaire du Maroc selon laquelle ce gouvernement n'aurait pu être traduit en justice pour les actes de ADM, n'étant pas une entité publique – selon l'art. 25(1) de la Convention de Washington qui exige que le défendeur soit un *Etat contractant*. L'application du même test structurel et fonctionnel a porté le Tribunal arbitral à conclure que l'ADM était une société d'Etat, organe du Maroc (par. 40). En particulier, le tribunal a affirmé :

«37. D'un point de vue fonctionnel, autrement dit si l'on s'attache maintenant au rôle et aux fonctions qu'exerce la société ADM :

- Conformément à ses statuts, « ADM a pour objet principal la construction, l'entretien et l'exploitation d'autoroutes, de voies de communication à grande capacité, qui lui sont concédées par l'Etat ».

Il est ainsi clair que le but social d'ADM poursuit la réalisation de tâches de nature étatique (construction, gestion et exploitation de biens relevant du service public répondant aux besoins structurels du Royaume du Maroc en matière d'infrastructures et de réseaux de communications efficaces).

38. La nature administrative du marché et de la législation qui le régit corrobore l'appréciation du Tribunal. Tant les dispositions du CCAG, applicables aux marchés de travaux publics exécutés pour le compte du Ministère des Travaux Publics et des Communications et approuvées par deux décrets royaux, que les conditions et les formes de passation des marchés, ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur

gestion, prévues par le Décret Royal n° 2-98-482 du 11 Ramadan 1419, illustrent ce qui vient d'être dit.

39. En dernier lieu, le Tribunal constate que le fait qu'un Etat puisse agir à travers une société ayant une personnalité juridique propre n'a plus rien d'inhabituel si l'on considère l'expansion extraordinaire qu'a connue l'activité administrative. Pour l'accomplissement de ses tâches, tout en prenant en considération les intérêts parfois divergents que défend l'économie privée, l'Etat a recours à une gamme variée de formes d'organisation, parmi lesquelles on trouve notamment celle des sociétés d'économie mixte, comparables à ADM, société détenue majoritairement par l'Etat, lequel, eu égard à la hauteur de sa participation (plus de 80%), la dirige et la gère. Toutes ces circonstances impriment un caractère résolument public à ladite société ».

Cette décision nous permet, non seulement d'affirmer que la *ratio decidendi* adoptée démontre la nature étatique de l'Hôtel dans notre cas d'espèce, mais aussi, plus en général, de constater dans la jurisprudence CIRDI une application «en accordéon» du test fonctionnel sur la qualification d'entité étatique – selon que l'entité publique économique soit demandeur ou défendeur – pour assurer au mieux sa compétence *ratione personae* par le biais d'un exemple classique d'interprétation fondée sur l'*effet utile* de la règle juridique, notamment l'art. 25(1) de la Convention de Washington.

En tout cas, et en considérant aussi que le système CIRDI représente un système de *lex specialis*, dans le cas d'espèce – un différend classique entre Etats relatif à l'exercice de la protection diplomatique – l'appréciation juridique du caractère étatique du Grupo Hotelero doit être résolue selon le droit international général en matière de responsabilité internationale des Etats.

9. À nos fins il est donc nécessaire de se référer au projet d'articles sur la responsabilité internationale, adopté par la CDI en 2001 et approuvé la même année par l'Assemblée générale, en particulier à son art. 4, déjà introduit ci-dessus relativement au MINCIN (par. 6). Dans un système ayant une économie d'Etat comme celui cubain, les entreprises qui promeuvent le tourisme, de même que d'autres entreprises ayant caractère commercial, appartiennent ou sont contrôlées par l'Etat ; concrètement, elles appartiennent à l'Etat en tant qu'organisation unitaire de gouvernement administratif et économique. Cette appréciation de fond n'a pas été contestée pas la défense cubaine.

Le préambule de la *Resolucion* n. 260/1999 sur la réglementation des investissements étrangers à Cuba à travers l'institution de *sociedades mercantiles* ne laisse aucun doute à ce sujet :

«El Ministerio del Comercio Exterior es el organismo encargado de recibir y evaluar las solicitudes que presenten los organismos de la Administración Central del Estado y otras entidades nacionales interesadas en constituir sociedades mercantiles cubanas, así como ejercer la supervisión y el control de las sociedades, cuya constitución se autorice por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros» (italique ajouté).

La nature étatique du Grupo Hotelero est confirmée ultérieurement par le fait que la licence d'exploitation du centre de beauté Caribe and Figurella Project srl pouvait être octroyée seulement à celui-ci en tant qu'entité cubaine, comme il advient pour tous les

investissements privés étrangers sur l'île caribéenne. Le fait que seulement les entreprises cubaines puissent obtenir des licences d'exploitation est l'ultérieur indice d'une économie d'Etat où il est difficile de distinguer entre la nature publique ou privée de l'intérêt poursuivi par les entités économiques locales. Ce n'est point un mystère que les sociétés touristiques cubaines sont des sociétés qui n'exercent pas leur activité pour le profit des actionnaires privés mais pour contribuer au bilan de l'Etat, aussi à travers l'apport de capitaux étrangers.

D'ailleurs, à supposer que les sociétés d'Etat cubaines soient sur le même plan que les entreprises privées, Cuba serait en violation systématique et continue de son obligation de garantir aux entrepreneurs italiens le «traitement national» prévu par l'Accord bilatéral de 1993 (art. 5, par.2).

10. Dans le cas d'espèce, en outre, il apparaît clairement des documents probatoires de l'Italie, qui n'ont pas été contestés par Cuba, que l'entité hôtelière en question était *part and parcel* de la structure étatique cubaine puisqu'elle était soumise et contrôlée par les organes gouvernementaux. En effet, il a été établi que :

- Le deuxième contrat entre le Grupo Hotelero et Caribe and Figurella Project srl a été signé en septembre 1999 sur insistance du Ministre du tourisme cubain, Monsieur Osmany Cienfuegos, comme déduit des mémoires italiens et confirmé par les témoignages de M. Aleo pendant les audiences. Cette circonstance n'a jamais été démentie par le défendeur dans les plaidoiries et pendant les audiences. A juste titre, dans la Sentence il a été souligné comment «[s]ur 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» (par. 56 ; italique ajouté). Il est donc évident que le Ministère du tourisme cubain agit de façon autoritaire et déterminante sur les stratégies de gestion du Grupo Hotelero.
- La communication envoyée le 13 mars 2000 par la Gran Caribe, propriétaire de l'Hôtel, à Caribe and Figurella Project srl en relation à la campagne publicitaire conduite par la Caribe and Figurella Project srl, affirme que «*por instrucion especificas del Ministerio de Comercio, se debera de buscar otra formula comercial y publicitaria*» (italique ajouté).
- Il résulte de la Communication de Gran Caribe du 13 juillet 2000 (v. pièce jointe n. 17 au mémoire introductif) que le catalogue des prix a été approuvé «*en consulta previa efectuada a la Viceministro Maria Del Carmen Martinez*» (italique ajouté).
- Le certificat commercial relatif au Centre de beauté a été révoqué et le Centre fermé – comme admis par la partie cubaine – «*de acuerdo con la orientación del MINCIN*» (pièce jointe n. 16 au mémoire introductif ; italique ajouté).

11. Outre au procédé distinct d'attribution conformément à l'art. 8 de la CDI sur la responsabilité internationale, dont on parlera par la suite, je retiens que ces éléments de fait indiquent clairement l'intégration de la Gran Caribe dans la structure étatique et le pouvoir de coordination, direction et contrôle exercé par les autorités du gouvernement cubain concernant les opérations commerciales de l'entité, en particulier en relation aux opérations analysées dans le cas d'espèce. Il est utile de rappeler à ce sujet l'orientation de la CDI susmentionnée (par. 6) selon laquelle – indépendamment des qualifications juridiques de droit interne – d'après le droit international l'Etat se présente en tant que sujet unitaire aux fins de

la constatation de la responsabilité internationale, incluant donc ses ramifications et structures fonctionnelles. Comme affirmé dans le susmentionné commentaire à l'art. 4, par. 2 du projet d'articles de la CDI :

«un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne» (p. 95).

Si cela est vrai concernant n'importe quel Etat ayant une économie de marché, ça l'est d'autant plus en relation à un Etat ayant une économie dirigiste.

A la lumière de ce qui précède, on ne peut partager la partie de la Sentence qui, en considérant les prérogatives de puissance publique des entreprises cubaines dans leur secteur institutionnel, n'y attache aucun poids en terme de responsabilité, ni même de *accountability*, de l'Etat en conformité des obligations du traité bilatéral auquel il a librement consenti. Je retiens donc que le critère à la fois structurel et fonctionnel codifié par l'art. 4 de la CDI aurait dû être reçu dans sa signification ordinaire impliquant la qualification du Grupo Hotelero comme organe de l'Etat, bien que la nature de ses activités soit principalement commerciale.

12. En relation au dernier argument ici exposé, demeure la question de savoir si le critère fonctionnel, fondé sur la distinction entre actes *iure gestionis* et actes *iure imperii* – intégré dans la règle coutumière sur l'immunité restreinte de juridiction des Etats étrangers – puisse réglementer, et exclure, l'imputabilité à l'Etat des comportements de nature purement commerciale d'un organisme étatique. Ce critère a été adopté dans la sentence sur le fond dans l'affaire CIRDI *Mazzeffini c. Royaume d'Espagne* concernant l'exclusion de l'attribution de responsabilité à l'Etat pour le comportement d'un organisme qui avait été préalablement qualifié comme organisme étatique dans la décision sur la compétence (v. par. 52 et suivants de la sentence *Mazzeffini* du 9 novembre 2000). Le Tribunal a appliqué le test «fonctionnel» pour «establish whether specific acts or omissions are essentially commercial rather than governmental in nature or, conversely, whether their nature is essentially governmental rather than commercial. *Commercial acts cannot be attributed to the Spanish State, while governmental acts should be so attributed*» (italique ajouté). Le test sur la nature des actes semble venir s'ajouter au test sur la détermination de la nature étatique de l'organisme. Toutefois, celui-ci ne reflète sûrement pas une jurisprudence constante ni même un courant jurisprudentiel prévalant. En effet, ce test n'est même pas repris par le texte des articles de la CDI ; mais surtout, bien au contraire, il est clairement démenti par l'article 4. A ce propos, en commentant la disposition ici en examen, la Commission affirme et met en exergue ce qui suit:

« Il s'ensuit que l'article 4 vise les organes, qu'ils exercent «des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres». Cette formule tient compte du fait que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas appliqué de manière uniforme, et que de nombreux organes exercent des prérogatives combinant des éléments d'ordre législatif, exécutif ou judiciaire. *De plus, les mots «ou autres» montrent clairement que l'énumération des fonctions n'est pas limitative. Peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'Etat soit qualifié de «commercial» ou de «acta iure gestionis»* » (p. 91 ; italique ajouté).

Il faut souligner que la position de la CDI exprimée dans le texte mentionné ci-dessus reflète l'orientation étatique prédominante apparue lors du débat entre les délégations gouvernementales à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant la phase finale de préparation du projet d'articles, à propos de l'importance de la distinction entre actes de *iure imperii* et actes de *iure gestionis* aux fins de l'attribution de la responsabilité à l'Etat, conformément à l'art. 5 de l'époque (art. 4 aujourd'hui). Cette orientation des Etats porta en effet à l'exclusion de *lege lata* de l'importance de cette distinction aux fins de l'attribution. La partie centrale de ce débat, décisive pour nos objectifs, a été résumée dans un document officiel de la Sixième Commission (A/CN.4/496, 16 février 1999) :

« En réponse à une question posée par la Commission au paragraphe 35 de son rapport, certaines délégations ont fait observer qu'en vertu de l'article 5 du projet d'articles, tout comportement d'un organe d'un Etat était imputable à cet Etat, que les actes en question soient des actes *iure gestionis* ou des actes *iure imperii*. On a noté en outre que ce principe s'appliquait même lorsque l'organe avait agi *ultra vires*. On a fait observer que, contrairement à ce que pouvaient suggérer les termes de la question, il n'y avait aucun rapport entre l'imputation d'un fait à un Etat et l'immunité de juridiction dont cet Etat pouvait jouir à l'égard des tribunaux étrangers. En outre, la distinction entre les deux types de fait était extrêmement difficile à établir dans la pratique et risquait de limiter considérablement les cas dans lesquels un Etat pourrait être tenu pour responsable d'un fait internationalement illicite. De plus, la pratique internationale et la jurisprudence n'attachaient aucune importance à cette distinction » (par. 117, p. 18).

Des documents de la CDI et de la Sixième Commission susmentionnés découlent plusieurs déductions qui vont à l'encontre des positions adoptées par les conclusions de la Sentence. La première – la plus importante afin de résoudre correctement la question en examen – dispose qu'il n'existe pas dans la *opinio iuris* des Etats, et donc dans le droit international général codifié par la CDI, une distinction entre actes de *iure imperii* et actes de *iure gestionis* aux fins de l'attribution de la responsabilité des Etats. Deuxièmement, cette divergence entre le droit de la responsabilité internationale des Etats et le droit de l'immunité juridictionnelle des Etats devant les juridictions nationales n'est point surprenante. En effet, dans les deux cas le but est de maximiser les garanties de *accountability* de l'Etat : d'un côté, en matière d'immunité, en limitant les prérogatives classiques de l'Etat ; de l'autre, en matière d'attribution du fait illicite international, en laissant que la nature commerciale d'un acte étatique ne puisse forclure l'invocation de la responsabilité lorsqu'une violation du droit international est présumée. En conclusion, on peut sans aucun doute affirmer que, d'après les principes consolidés du droit international coutumier en la matière, les actes du Grupo Hotelero auraient dû être considérés comme imputables à l'Etat cubain, indépendamment de leur nature *iure gestionis* ou *iure imperii*.

13. En outre, même en supposant de partager l'approche fonctionnaliste restrictive de la Sentence sur la qualification d'organe d'Etat et en reconnaissant la nature non étatique du Grupo Hotelero d'après une interprétation, que je considère erronée, des principes de droit international codifiés par l'art. 4 de la CDI, on aboutit à l'attribution à l'Etat des actes en question sur la base des principes de droit coutumier en la matière codifiés par l'art. 8 CDI. Il

faut bien sûr s'éloigner à nouveau de l'interprétation restrictive de l'art. 8 faite par la Sentence. Pour ce faire, il est utile de rappeler le texte de l'art. 8, déjà cité dans le projet de sentence (par. 162) :

« 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 adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat ».

La Sentence résout très rapidement la question de l'interprétation de cette disposition en considérant que « comme il résulte du commentaire de cet article, *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 » (italique ajouté). Cette approche ne peut être partagée du fait que la Sentence oublie ainsi de considérer certains importants éléments de preuve apparus pendant la procédure.

Sans approfondir le débat très actuel relatif au test du contrôle effectif pour l'application de l'art. 8, repris par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis* (CIJ Recueil 1986, p. 64-65), en exigeant, en effet, l'exercice d'un contrôle effectif sur les opérations au cours desquelles a été commis l'illicite (aujourd'hui confirmé par la jurisprudence plus récente de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Bosnia c. Serbie* du 17 février 2007, par. 399 ; mais remis en cause par la jurisprudence en matière d'application du droit international humanitaire et des conventions de protection des droits de l'homme qui affirme un contrôle de nature structurelle – voir la sentence en appel dans l'affaire *Tadic* du Tribunal pénal international pour la ex-Yougoslavie, ILR, vol. 124, 2003, p. 108-133 ; et l'arrêt sur le fond de l'affaire *Loizidou c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH Recueil A (1996-VI), p. 2232-2236), la Sentence contient une divergence évidente entre l'application très stricte du test en question dans l'affaire *Caribe and Figurella Project srl* – en demandant la preuve du contrôle spécifique sur l'illicite commis – et une certaine « flexibilité » dans son application dans l'affaire *Finmed* en relation à l'attribution de la responsabilité à l'Etat cubain pour les actes et omissions adoptés par l'entreprise d'Etat Cubanacan. En effet, au par. 175 de la Sentence on peut lire que:

« De l'aveu même de la République de Cuba, Medi Club SA a été paralysée pendant plus de 8 mois en raison du problème posé par les relations entre Finmed Ltd e Finmed s.r.l. Le Tribunal Arbitral estime qu'il n'est pas possible que le Ministre du Tourisme, qui possède Cubanacan n'ait 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 s.r.l. était le résultat d'un comportement de Cubanacan, comme le prétend la République d'Italie, le Ministre 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 contrôle » (italique ajouté).

Dans l'affaire Finmed, contrairement à l'affaire Caribe, la Sentence épouse la thèse du test en terme de contrôle général dans le sens où le comportement ne pouvait se soustraire au contrôle de l'Etat cubain du fait du rapport structurel de contrôle général exercé par le Ministère du tourisme sur Cubanacan. On se déplace donc sur le plan de la jurisprudence *Tadic e Loizidou* qui suit la théorie du test en terme de contrôle structurel. De la contraposition entre les deux divergentes applications de l'art. 8, on constate clairement dans la Sentence le fait que dans l'affaire Caribe l'interprétation de cette disposition a été effectuée de façon excessivement restrictive.

14. En outre, les évidents et irréfutables éléments probatoires examinés ci-dessus (voir *supra* en particulier par. 10) démontrent, non seulement une intégration de fait de l'organisme Hôtel dans les structures gouvernementales de l'Etat cubain – décisive pour l'application de l'art. 4 CDI – et donc un contrôle de type structurel exercé par les autorités publiques sur l'Hôtel, mais aussi un contrôle ciblé et systématique – décisif pour l'application de l'art. 8 CDI – exercé au cours des événements qui ont porté à l'ouverture et ensuite à la fermeture du Centre de beauté géré par la Caribe and Figurella Project srl, au cours desquels les illicites éventuels ont été commis par l'Hôtel. Un test encore plus restrictif porterait seulement à exiger la preuve d'instructions spécifiques des autorités cubaines ayant pour but que l'Hôtel n'informe pas la Caribe and Figurella Project srl du rétablissement de la licence ne permettant donc pas la reprise des activités du centre. Mais, comme mis en exergue dans le mémoire italien, cette charge de la preuve serait « diabolique » et impossible à honorer dans la majeure partie des cas. Aux vues de ces considérations et des éléments de fait apportés, on ne peut que conclure que les actes de l'Hôtel concernant l'investissement Caribe and Figurella Project srl étaient contrôlés par les autorités du gouvernement cubain et auraient donc dû être imputés à l'Etat cubain conformément aux règles consolidées de droit international coutumier en la matière.

1.2. Sur l'illicéité du comportement des entités cubaines attribué à l'Etat

15. Après l'étape de l'attribution suit celle de l'appréciation du caractère illicite éventuel des comportements attribués à l'Etat cubain. Il faut donc se demander si la conduite adoptée par le Grupo Hotelero et/ou les autorités gouvernementales a violé des obligations découlant de l'Accord de 1993.

Il s'agit, avant toute chose, d'apprécier le retrait des licences commerciales pour exploiter le Centre de beauté de Caribe and Figurella Project srl à la lumière des obligations de l'Etat cubain découlant de l'Accord de 1993, concernant en particulier les obligations d'encouragement et promotion des investissements étrangers (art. 2, par. 1), de garantie d'un traitement juste et équitable pour les investisseurs italiens (art. 2, par. 2), et de ne pas toucher les investisseurs par le biais de mesures injustes et discriminatoires (art. 2, par. 2). La Sentence articule une réponse en deux phases : dans la première, elle détermine que le retrait de la licence par le MINCIN a été « brutal » mais pas illicite puisque la concession ne comprenait pas l'activité de tatouage ; dans la deuxième, elle affirme que le successif comportement du Grupo Hotelero, qui n'a pas notifié le renouvellement de la licence et n'a pas restitué l'équipement, ne peut être imputé à l'Etat cubain.

Or, à la lumière de l'attribution du comportement de l'Hôtel à l'Etat cubain – attribution démontrée ci-dessus (v. *supra* section I.1.) – il est nécessaire appréhender la question des comportements du MINCIN et de l'Hôtel conjointement. En effet, bien qu'elles soient deux entités séparées en droit interne cubain, pour le droit international elles intéressent toutes deux Cuba en tant que sujet unitaire de droit international.

16. En ce qui concerne le retrait de la licence par le MINCIN, ne fait pas objet de contestation le fait que l'autorité gouvernementale d'un Etat puisse retirer une licence d'exploitation pour une activité d'entreprise selon des modalités prédéterminées lorsque les conditions de fait nécessaires à l'octroie, remplies au moment de l'octroie initial de la licence, n'existent plus, sans pour cela violer le droit international. Toutefois, dans le cas d'espèce, il faut tenir dûment en compte les considérations suivantes qui caractérisent l'illicéité du comportement cubain.

Premièrement, l'affirmation que la Caribe and Figurella Project srl « n'est pas visée par la décision de retrait » est surprenante puisque cette mesure a causé l'impossibilité pour la Caribe and Figurella Project srl de continuer son activité. Il est en outre réducteur affirmer que « *la fonction de la société italienne était de louer le matériel nécessaire à l'exploitation et de fournir des services d'assistance* » (italique ajouté). Car, si cela était vrai, la qualification en tant qu'investisseur, reconnue à la société italienne par la Sentence (par. 146-153), et la valeur de l'apport personnel (travail et *know-how*) ne se justifieraient point. En réalité, le contrat a été conclu avec ces clauses « fictives » seulement à cause du fait que le droit cubain interdit aux sociétés étrangères d'être titulaires de licences commerciales. Mais il est aussi vrai – et cela n'a jamais été contesté – que la Caribe and Figurella Project srl exerçait l'activité de médecine esthétique du Centre avec les apports conséquents de biens, services et personnel spécialisé. En définitive, la Caribe and Figurella Project srl nécessitait l'intermédiation de l'Hôtel pour exercer son activité entrepreneuriale. Révoquer la licence à l'Hôtel équivalait donc nécessairement à la révocation de la même pour Caribe and Figurella Project srl.

17. Deuxièmement, la Sentence ne soulève aucun argument de discussion lorsqu'elle affirme que « 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 » (par. 156). Cependant plusieurs éléments de preuve présentés au Tribunal pendant les audiences contredisent la thèse générale relative à l'absence d'illicéité. Les éléments de preuve, reportés ci-dessous, permettent de déduire clairement que les autorités cubaines étaient au courant du fait que l'activité de tatouage était parmi les activités esthétiques du centre de beauté bien avant le retrait de la licence, si ce n'est que pour le rapport de direction, coordination et contrôle existant entre les autorités gouvernementales cubaines et le Grupo Hotelero :

- Les autorités cubaines avaient autorisé l'importation d'Italie à Cuba d'appareils pour le tatouage, afin évidemment d'être utilisés, et les autorités cubaines n'ont jamais refusé l'autorisation à l'importation du fait qu'ils aient été destinés à l'exercice d'une activité interdite à Cuba (voir, par exemple, pièce jointe n. 20 mémoire introductif, pièce jointe n. 9 mémoire italien du 5 octobre 2005 et pièce jointe n. 41 mémoire italien du 30 juin 2004) ;
- Le 30 juin 2000 la Caribe and Figurella Project srl notifiait à l'Hôtel la liste des prix du Centre qui comprenait les services de tatouage ;
- En juillet 2000, la liste des prix a été pleinement approuvée par le Vice Président de la GranCaribe M. Morillas, avec *avis favorable préalable* di Vice Ministre du MINCIN, Maria Del Carmine Martínez (pièce jointe n. 17 mémoire introductif italien) : cela

veut dire que, au moins à partir de juillet 2000, les autorités cubaines étaient au courant de l'activité de tatouage ;

- Le 19 juillet 2000 la Caribe and Figurella Project srl notifiait à l'Hôtel un rapport relatif à la consommation de produits cosmétiques pour chacun des services esthétiques, y compris le tatouage ;
- Toujours en juillet 2000 le Vice Président du Gran Caribe autorisait le Directeur Général de l'Hôtel H. Libre à signer l'annexe IV du contrat.

Tous ces faits ont eu lieu bien avant le 3 novembre 2000, jour de la fermeture du Centre, et ne témoignent aucune hésitation ou contestation des autorités cubaines concernant l'activité de tatouage. Cela a permis à la société italienne de placer sa bonne foi et d'avoir des attentes légitimes concernant sa possibilité à exercer et à continuer d'exercer son activité de tatouage. Il faut en outre observer, comme démontré pendant les audiences et par les mémoires italiens, que l'activité de tatouage représentait une moindre partie des activités fournies par la Caribe and Figurella Project srl au centre de beauté, même en terme de chiffres d'affaire.

De ce qui précède, on ne peut que conclure que le retrait de la licence pour toutes les activités et sans préavis ne fut pas simplement « brutal » mais aussi inéquitable et, surtout, illégitime, en violation de l'art. 2, par. 2 de l'Accord de 1993.

18. Le contraste avec les obligations internationales découlant de l'Accord de 1993 est d'autant plus évident si l'on met en relation le comportement de l'Hôtel avec celui des organes gouvernementaux cubains. On en déduit une continuité des activités de l'Hôtel avec celles des autorités cubaines. De ce point de vue, le nouvel octroi de la licence 20 jours plus tard, sous condition de la suspension des activités de tatouage dans l'attente d'une décision définitive sur leur admissibilité, ne porte pas vraiment à « considérablement atténuer la brutalité de la décision (de retrait de la licence commerciale) » (par. 156), vu que le rétablissement n'a pas été communiqué à Caribe and Figurella Project srl – le sujet réellement intéressé par le retrait – et que l'équipement a été démonté et rendu indisponible pour le légitime propriétaire pendant des mois. Il ne s'agit pas tout simplement de « fautes contractuelles » (par. 158 de la Sentence), mais d'une série de comportements qui ont empêché *de facto* la continuation de l'activité commerciale de Caribe and Figurella Project srl qui avait investi des capitaux et des ressources financières importantes dans cette activité. Dans ce sens, on se trouve sans aucun doute face à des comportements en violation des obligations contractées par l'Etat cubain finalisées à encourager, promouvoir et protéger l'investissement étranger (art. 2, par. 1 de l'Accord de 1993) et de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens (art. 2, par. 2).

II. Affaire Finmed s.r.l.

19. Relativement à l'affaire Finmed s.r.l, les obligations invoquées en instance par la République italienne se réfèrent à celles établies aux art. 2, par.1 (obligation d'encourager les investisseurs italiens), art. 2, par. 2 (obligations de garantir un traitement juste, équitable et non discriminatoire aux investisseurs italiens), art. 3, par. 2 (obligation d'accorder aux investisseurs italiens un traitement identique à celui garanti aux investisseurs nationaux), art.

5, par. 2 (obligation de ne pas exproprier directement, ni indirectement les investisseurs italiens) de l'Accord bilatéral du 1993. En outre, la République italienne a demandé au Tribunal de déterminer « que la République de Cuba a violé les susmentionnées obligations imposées par l'Accord de concert avec les normes de droit international général relatives au traitement et à la protection des étrangers impliquant les obligations de tutelle juridictionnelle des droits subjectifs de l'étranger sur son territoire et la protection des intérêts et de la personne de l'étranger » (mémoire italien du 15 mars 2006). Selon l'Italie, les violations de ces obligations se sont matérialisées en des violations d'obligations qui lui sont directement redevables et dont elle a donc demandé satisfaction.

20. D'après une lecture, qui ne peut être partagée, des faits dégagés pendant la procédure, la Sentence dispose que les éléments ne suffisent pas à démontrer la thèse italienne selon laquelle Cubanacan aurait agi dans le but d'empêcher la substitution de Finmed Ltd avec Finmed s.r.l. impliquant, donc, la responsabilité internationale de la République de Cuba. La situation de perte de la Finmed s.r.l. et de ses représentants, Filippi et Ciscato, serait le résultat de différends et luttes internes nés avec les autres actionnaires italiens qui ambitionnaient à prendre le contrôle de la société.

En particulier, la Sentence n'a constaté aucune responsabilité de Cubanacan pour ce qui concerne la perte du contrôle par Filippi et Ciscato sur la participation de la Finmed Ltd dans la Medi Club SA. D'autre part, comme rappelé par le Tribunal, la substitution de la Finmed Ltd par la Finmed s.r.l. aurait requis l'autorisation gouvernementale conformément à l'art. 13, par. 5, de la loi cubaine sur les investissements étrangers, Loi n. 77 di 1995. Cette autorisation n'a jamais été requise et les ressortissants italiens n'ont jamais été mis au courant du fait que cette autorisation était obligatoire. Selon la Sentence, l'indication erronée donnée à Filippi et Ciscato par la Medi Club SA serait certes une légèreté, mais ne constitue pas un illicite international (par. 183). En outre, La Cubanacan aurait accepté les documents relatifs à la représentation de la Finmed Ltd en la personne de M. Rampinini « avec une certaine précipitation », comme confirmé par certains éléments matériels douteux, mais cela doit être considéré comme une acceptation de bonne foi, finalisée à la continuation des activités économique de la Medi Club SA grâce à l'apport de la Finmed Ltd (par. 192).

II.1. Sur l'attribution du comportement des entités publiques cubaines à l'Etat.

21. Relativement à l'élément subjectif de l'illicite, l'attribution des actes de la Cubanacan à Cuba, il est important de rappeler nouvellement le par. 175 de la Sentence (déjà mentionné au par. 13 de la présente opinion) qui dispose :

«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 s.r.l. Le Tribunal Arbitral estime qu'il n'est pas possible que le Ministère du Tourisme, qui possède Cubanacan ne soit 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 s.r.l. 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 contrôle » (italique ajouté).

Cet extrait indique clairement que l'attribution des actes de Cubanacan à L'Etat cubain peut se fonder sur le contrôle général exercé par le Ministère du tourisme sur l'entité touristique Cubanacan (v. *supra* par. 13). De plus, l'extrait reporté révèle que Cubanacan faisait partie des structures étatiques cubaines – dans le cas d'espèce, elle est de propriété du Ministère du Tourisme cubain – et que donc, en tant qu'organe de l'Etat, trouve application l'art. 4 de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats. Je retiens sans aucun doute possible, en conséquence de ce qui a été ci-dessus exposé aux par. 11-14, que les actes de Cubanacan auraient dû être attribués à l'Etat cubain conformément à l'art. 4 de la CDI.

II.2. Sur l'illicéité du comportement des entités cubaines attribué à l'Etat.

22. En relation à l'élément objectif de l'illicite, la violation effective par la République cubaine de normes internationales concernant le traitement des investissements italiens à travers les actes ou omissions constatés en instance, il me semble que la reconstruction des faits contenue dans la Sentence ne prenne pas dûment en compte certains éléments de droit et de faits apparus pendant la procédure.

Premièrement, on doit considérer la question du défaut de requête, et donc de l'absence d'autorisation des autorités gouvernementales cubaines, en relation à la substitution de société. Concernant le caractère indispensable de cette approbation, il faut constater que la Sentence ne met pas en évidence le fait que, conformément à l'article « *decimo tercero* » du statut de Medi Club SA (v. annexe 8 du mémoire de réplique italien du 7 juin 2004) – tenu compte que les associés fondateurs de la Finmed s.r.l. étaient les mêmes de la Finmed Ltd –, la demande d'autorisation aux autorités cubaines n'était pas nécessaire. En outre, la Sentence ne considère pas la lettre du Président de Cubanacan du 31 mars 1999 (annexe 10 du mémoire de réplique italienne du 7 juin 2004) qui représente un engagement ultérieur pour la substitution de l'associé, comme délibéré par l'assemblée Medi Club SA du 28 août 1998. Considérant que Cubanacan exprime directement le pouvoir public cubain, il est raisonnable interpréter les accords entre les parties comme dérogeant spécialement à la norme générale en matière d'investissement étranger. En tenant compte ensuite que « Cubanacan Grupo » est une entité qui peut être attribuée à l'Etat cubain vu qu'elle est intégralement de propriété du Ministère du tourisme local, pourquoi Cubanacan aurait dû consentir à l'art. « *decimo tercero* » ne croyant pas à sa validité et efficacité entre les parties ? Dans la Sentence, cette disposition est considérée comme n'ayant aucun effet utile, alors que les investisseurs italiens y avaient légitimement reposé leur confiance, comme démontrent leurs actions, toujours finalisées à demander le respect de la relative disposition contractuelle, et la lettre du président de Cubanacan du 31 mars 1999. Il est donc inutile de se demander si cette dérogation était admise en droit cubain : dans un rapport contractuel avec une entité étatique, l'investisseur italien a reposé, avec fondement, ses attentes et sa confiance en bonne foi en relation à la clause d'un contrat conclu régulièrement et approuvé par les autorités cubaines.

23. Un autre point de la Sentence qui mérite une attention particulière est le par. 188 qui nie la complicité de Cubanacan pour ce qui est de favoriser la prise de contrôle de Finmed Ltd par M. Rampinini : « *on voit mal comment Cubanacan aurait pu ne pas tenir compte des*

documents qu'il lui remettait ». Ensuite, la sentence accueille toutefois les allégations du Gouvernement italien, présentées aussi bien pendant la phase écrite que orale, qui soutiennent la fausseté des documents qui ont permis à l'associé de prendre le contrôle de l'investissement. Le par. 189 de la Sentence affirme en effet que :

« 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 ».

La véracité douteuse des documents présentés par M. Rampinini est confirmée ultérieurement par le par. 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 SA, les documents présentés par M. O. Rampinini étant, avec le recul, d'apparence assez suspecte ».

Des deux l'une : ou l'on retient que Cubanacan a accepté des documents falsifiés, comme l'on peut facilement déduire de la chronologie des dates mise en évidence par le par. 189 de la Sentence, et s'imposent alors les relatives conséquences juridiques ; ou bien l'on retient que les documents étaient légitimes, mais alors les assertions relatives à leur fausseté aux par. 189 et 192 ne s'expliquent pas. Selon cette perspective peu importent les déductions tirées aux par. 190 et 191 selon lesquelles ni Filippi ni Ciscato auraient été capables de démontrer leurs pouvoirs de représentant de Finmed Ltd. Si la falsification des documents est vraie, comme relevé dans la Sentence, on constate une série de négligences - en excluant la complicité en connaissance de cause - de Cubanacan qui aurait dû s'apercevoir, selon un paramètre de diligence entrepreneuriale raisonnable, du caractère grossier de la falsification mise en exergue au par. 189 de la Sentence.

24. Il faut en outre relever comme la Sentence n'accorde pas une attention satisfaisante au fait - dégagé plusieurs fois pendant la procédure - que Mme Ciscato était la représentante légitime de la société Finmed Ltd à partir du moment où l'assemblée de Medi Club SA a décidé (en août 1998) le transfert des quotes-parts de Medi Club SA à Finmed s.r.l. C'est exactement le moment où Cubanacan aurait dû avancer la demande de passage des quotes-parts de la société à capital mixte à Finmed s.r.l. On se trouve face à un acte précis de Medi Club SA, adopté en assemblée, qui imposait le transfert de la quote-part sociale en faveur de Finmed s.r.l., et Ciscato était donc alors la légitime représentante légale de Finmed Ltd.

En outre, je constate comment la Sentence ne tient pas dûment compte des faits et circonstances ultérieurement dégagés pendant la phase écrite et orale qui sont déterminants :

- l'*acuerdo n. 4/98* légalement conclu pendant l'assemblée de Medi Club SA et annulé par la suite de façon inexplicable ;

- le défaut de convocation de la successive assemblée par Ciscato et Filippi ;
- le fait que la majeure partie des associés italiens soutenaient l'œuvre de Ciscato ; cela se dégage, entre autres, de l'acquisition des documents ordonnée pendant les audiences pour vérifier la composition sociale de Finmed Ltd ;
- l'avantage dont a jouit la Cubanacan du non respect de l'*acuerdo 4/98*. En effet, au cours des audiences, on a appris qu'actuellement la répartition des quotes-parts de la Medi Club SA est établie à 65% pour Cubanacan et 35% pour Finmed Ltd. Selon M. Filippi, cela est prouvé par le procès verbal de l'assemblée de Medi Club SA. Ce document est entre les mains de Medi Club SA et n'est accessible pour personne. Du reste, M. Ojeda a admis pendant l'audience que Medi Club SA projète de modifier (ou mieux, elle est en train de considérer la proposition de Finmed Ltd de corriger) la composition des quotes-parts exactement dans le sens des déclarations de M. Filippi, c'est-à-dire 65% pour Cubanacan, 35% pour Finmed Ltd. Il est donc plus que raisonnable soutenir que le refus d'accès à la société à capital mixte Medi Club SA opposé à la société italienne Finmed s.r.l. a déterminé un avantage indu à Cubanacan qui est ainsi entrée en possession de la grande majorité de la société et donc du contrôle sur toute initiative entrepreneuriale et toute œuvre conçue, réalisée et financée avec la contribution, de conception et patrimoniale, des nombreux entrepreneurs italiens successivement privés de leur investissement en capitaux, projection et savoir-faire.

25. A la lumière de ces nombreux éléments de fait, se dégage une série de comportements, mais surtout d'omissions, de Cubanacan imputables à la République de Cuba qui, d'une part, ont privé les originaires investisseurs italiens de la Finmed Ltd, ensuite devenue Finmed s.r.l., de la possibilité de continuer leur activité commerciale et, de l'autre, ont improprement favori les actionnaires minoritaires à l'intérieur du capital Finmed. Il est alors insignifiant pour constater l'illicite établir si la conduite de Cubanacan est le résultat d'un plan concerté avec M. Rampinini ou si ça a été un choix d'opportunité fait au moment de la dispute entre actionnaires, ou voir même si elle est simplement la conséquence d'une certaine superficialité et négligence dans la gestion de la question : éventuellement il s'agit là d'un élément qui pouvait être pris en compte pour quantifier la réparation. Ce qui importe est que, à cause de ce comportement, les investisseurs majoritaires de la Finmed Ltd, ensuite passés à la Finmed s.r.l., qui avaient apporté et fait démarrer principalement l'investissement à Cuba, ont été injustement privé des propres capitaux et profits. Le préjudice subi par Filippi et Ciscato, et donc par la Finmed s.r.l., était directement lié aux comportements en violation des obligations d'encourager et promouvoir les investissements italiens (art. 2, par. 1 de l'Accord de 1993), de garantir un traitement juste et équitable aux investisseurs italiens (art. 2, par. 2) et de ne pas toucher l'investisseur italien avec des mesures injustes.

26. Une adéquate évaluation des prétentions en examen demandait en outre que l'on prête spécifiquement attention à la position de Finmed s.r.l. et de l'ancien Président de Mediclub, M. Adriano Filippi en relation au nombre de recours présentés devant les autorités cubaines compétentes. Comme mis en exergue dans les mémoires italiens et repris par la Sentence (par. 177), Finmed et Filippi ont présenté plusieurs recours pour obtenir la substitution de Finmed Ltd par Finmed s.r.l.:

- en mars 2001, l'ancien Président de Mediclub SA, M. Adriano Filippi, a déposé une plainte auprès de la *Fiscalia General* de la République de Cuba, un organe de

contrôle de la régularité des procédures administratives à Cuba. Les documents annexés témoignent clairement les accusations opposées à la partie cubaine relativement aux illicéités subies pas la Finmed s.r.l. En résumant, la *Fiscalia General*, par le biais de son directeur F.J. Fernando Guerra, dispose que aucun élément relevant du pénal n'a été constaté, bien que, dans le dictamen du même document, la *Fiscalia* indiquait qu'il fallait s'adresser à l'organe cubain compétent « para investigar si Cubanacan SA quabrantò lo dispuesto por la Ley de la Inversion Etranjera y en caso positivo, verificar si existieron motivos para un favorecimiento indebito por la aceptation de Onorino Rampinini como nuevo presidente de Medclub SA que conformen uno o varios illecito penales » (annexe 21 du mémoire de réplique italien). En outre, la *Fiscalia* n'a jamais répondu à la requête présentée par la suite par M. Filippi, le 20 avril 2004, pour solliciter l'exécution du dictamen en question (annexe 22 du mémoire de réplique italien) ;

- en avril 2002, M. Adriano Filippi – préalablement délégué par les associés de Finmed s.r.l. (annexe 23 du mémoire de réplique italien) et représentant légal de Finmed s.r.l. (annexe 24 du mémoire de réplique italien) – en agissant en nom et pour le compte de la Finmed s.r.l., s'est prévalu d'un crédit détenu par un tiers à l'encontre de Finmed Ltd afin de mettre sous scellés les actions que cette dernière possédait dans la Medclub SA. Aux vues de cette situation, M. Filippi a introduit une action auprès de la *Sala de lo Economico del Tribunal Supremo Popular* afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale adoptée par la Chambre de Commerce suisse en Italie. Cette sentence avait affirmé que Finmed Ltd, représentée par M. Onorino Rampinini, avait un débit d'environ 171.000 US\$ envers M. Adriano Filippi qui avait repris, au nom et pour compte de la Finmed s.r.l., un crédit du même montant possédé par une tierce société italienne. Bien que la demande de reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale était complètement conforme à la Convention de New York de 1958 et au droit interne cubain, le *Tribunal Supremo Popular* a rejeté la requête au motif qu'elle était contraire à l'ordre public cubain (v. annexe 25 du mémoire de réplique italien, qui contient la requête présentée par l'Avocat cubain de M. Filippi et la réponse négative du Tribunal) ;
- au mois d'août 2002, le représentant légal de Finmed s.r.l., Mme Antonella Ciscato, a requis une procédure arbitrale conformément à l'art. 9 de l'Accord bilatéral. La requête a été transmise à l'Ambassade italienne à Cuba qui a demandé, avec une note verbale du 3 octobre 2002, au Ministère des affaires étrangères cubain l'activation d'une procédure arbitrale. Il résulte que le Ministère des affaires étrangères cubain a transmis la requête au Tribunal provincial cubain qui a disposé de convoquer Cubanacan SA le 21 novembre 2003. Cette dernière s'est constituée partie, à travers son avocat Cruz Diaz, objectant la nullité de la « actuaciones y de la notificacion realizada » avec un acte du 22 novembre 2002 (tous les documents qui prouvent les faits ci-dessus exposés sont contenus dans l'annexe 26 du mémoire de réplique italien) ;
- enfin, à partir de mars 2001, le représentant légal de Finmed s.r.l., Mme Antonella Ciscato, dénonce la situation au *Ministerio para la Inversin entrajera y la colaboracion economica* (annexe 27 du mémoire de réplique italien). Les autorités ministérielles compétentes ne donnent aucune réponse.

27. Si d'une part, comme confirmé par la Sentence (par. 179), l'avoir esté plusieurs fois en justice devant les juridictions cubaines a rempli pleinement la condition de l'épuisement préalable des recours internes, de l'autre, le collège défendeur italien retenait « qu'en l'espèce le système juridique cubain n'a jamais fait preuve ni d'adéquation ni d'effectivité » (par. 65). Bien que les arguments italiens se référant au cas Finmed s.r.l. ne font preuve d'aucune prétention précise et explicite indiquant que le ressortissant italien ait subi un déni de justice, on peut déduire de l'ensemble des positions présentées par la défense italienne, et des positions finales, que l'éventuelle détermination d'un illicite à l'encontre de l'Etat cubain pour déni d'accès à une protection juridictionnelle efficace dans le cas Finmed n'aurait pas été *ultra petitem*. Ceci est confirmé aussi par les considérations suivantes.

28. Concernant la procédure engagée devant la *Fiscalia General*, la Sentence (par. 179) indique que la *Fiscalia*, bien qu'elle n'ait relevé aucun délit, 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 SA qui confirmeraient l'existence d'un ou de plusieurs faits délictuels». D'après la Sentence, cette enquête n'avait «apparemment» pas abouti au déclenchement d'une action pénale du fait de la non claire responsabilité de Cubanacan relativement aux luttes internes à Finmed. Ce Tribunal a donc retenu qu'un recours avait été engagé devant la justice cubaine qui avait effectivement ordonné l'ouverture d'une enquête, laquelle n'a eu aucun suivi légal.

En effet, la partie cubaine n'a présenté aucune preuve attestant que l'enquête ait été ouverte et portée à terme, ou archivée, comme de droit. L'hypothèse avancée dans la Sentence, selon laquelle l'action pénale n'a pas été déclenchée pour défaut d'éléments probatoires, résulte purement spéculative ; demeure le fait que M. Filippi n'a reçu aucune réponse aux plaintes déposées, constatation renforcée par l'absence de réponse aussi à sa démarche du 20 avril 2004. Bien que le non déclenchement d'une action pénale ne puisse constituer une discrimination envers l'opérateur italien par rapport aux opérateurs nationaux (dans ce sens, on peut correctement retenir que Cuba n'a pas violé son obligation de non discrimination prévue à l'art. 3, par. 2 de l'Accord de 1993), cette omission apporte une évidence au fondement de la thèse selon laquelle les autorités cubaines n'auraient pas satisfait leur engagement international de promotion des investissements italiens à Cuba, grâce aussi à la mise en œuvre des mécanismes efficaces de protection juridictionnelle..

29. Il résulte donc de ce qui précède que l'on peut constater un comportement illicite ultérieur du fait d'un « déni de justice ». Comme soutenu par l'ancien Président de la Cour internationale de justice, Eduardo Jiménez de Aréchaga, et par le soussigné, «[i]l n'y a déni de justice que lorsqu'un étranger n'a pas pu accéder aux tribunaux pour faire valoir ses droits ou que la décision de justice est indûment et inexcusablement retardée» (*La responsabilité internationale des Etats*, in M. Bedjaoui (dir. publ.), *Droit international: bilan et perspectives*, Paris, 1991, p. 390). A ce sujet, dans son Troisième rapport sur la protection diplomatique de 2002 (A/CN.4/523/Add.1, 16 avril 2002), le rapporteur spécial de la CDI, John Dugard, rappelle la définition du Troisième comité de la Convention de La Haye sur la codification du droit international de 1930 qui relève un déni de justice dans les situations où «les autorités judiciaires s'opposent à l'exercice, par l'étranger, des droits d'ester en justice, ou lorsque l'étranger a rencontré dans la procédure des obstacles ou des retards injustifiés, impliquant un refus d'administrer la justice» (E. M. Borchard, "*Responsibility of States*", *at the Hague Codification Conference*, AJIL, vol. 24, 1930, p. 532). Dans notre cas d'espèce, la justice n'a pas seulement été indûment retardée mais n'a tout simplement eu aucun aboutissement permettant à la partie cubaine de démontrer le respect des lois. Je retiens que

dans ce cas la charge de la preuve joue un rôle déterminant dans l'appréciation juridique des faits. En outre, l'évidente négligence des autorités cubaines quant aux réponses apportées aux démarches de la Finmed s.r.l. est mise en exergue par le comportement de l'autorité de contrôle, le *Ministerio para la Inversion extranjera y la colaboracion economica*, qui n'a fourni aucune réponse à la plainte présentée par Mme Ciscato en mars 2001. En dernier lieu, il faut aussi observer que ce comportement illicite se révèle *ad abundantiam* comme fondement de la légitimation italienne à agir, vu que celle-ci déjà existe pleinement sur la base des susmentionnés illicites imputables à l'Etat cubain.

30. De ce qui précède, il est clair que ce Tribunal aurait dû aboutir aux conclusions suivantes dans l'affaire Finmed s.r.l. :

- a) que les comportements commissifs et omissifs de Cubanacan étaient sans aucun doute imputables à l'Etat cubain conformément aux règles de droit international en la matière ;
- b) que ces comportements et la conduite des organes juridictionnels cubains susmentionnés constituaient des violations de l'art. 2, par. 1 et 2, de l'Accord de 1993 et des règles de droit international général sur la garantie juridictionnelle des investissements étrangers ;
- c) que, des conclusions qui précèdent, la République de Cuba devait à l'Etat italien la somme d'1 Euro à titre de satisfaction pour le préjudice direct subi par l'Italie, qui préalablement aurait bénéficié à titre de satisfaction de la déclaration d'illicéité du comportement cubain faite par ce Tribunal.

Pour conclure, du fait du respect de la règle de l'épuisement préalable des recours internes et du préjudice matériel et financier subi par la Finmed s.r.l. à cause des illicites internationaux commis par Cuba (par. 179 de la Sentence), le Tribunal aurait dû accorder à l'Italie un dédommagement équitable et de droit, en se basant sur la requête de la partie demandant un montant global de 24.000.000 USD.

III. Cristal Vetro SA et Pastas y Salsas que Chevere

I. La nationalité italienne des deux sociétés aux fins de l'exercice de la protection diplomatique conformément à l'art. 1, par. 1 de l'Accord de 1993.

31. En ce qui concerne l'affaire Cristal Vetro SA, la Sentence exclut *ratione personae* la légitimité du Gouvernement italien à agir en protection diplomatique et en sauvegarde de ses propres droits à cause du fait que Cristal Vetro SA est une société enregistrée au Panama et que les investissements d'une société d'un Etat tiers ne rentreraient pas dans le champ d'application subjectif de l'Accord bilatéral. Cette *ratio decidendi* relativement à la question ici en examen est appliquée aussi à Pastas y Salsas Que Chevere, société enregistrée au Costa Rica. Je dois encore une fois exprimer mon désaccord en considération des positions retenues par le Tribunal qui sont le résultat d'une lecture excessivement restrictive de l'Accord de 1993 qui ne trouve aucun appui dans la lettre même du texte, ni dans son objet et son but.

32. L'art. 1, par. 1 de l'Accord de 1993 affirme que :

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

Le processus interprétatif suivi par le Tribunal se focalise principalement sur l'expression « personnes physiques ou morales d'une Partie Contractante » en joignant ainsi à exclure l'affaire Cristal Vetro SA du champ d'application de l'Accord de 1993. En substance, l'art. 1, par. 1, de l'Accord ne comprendrait pas les investissements en capitaux d'un Etat partie effectués par le biais de personnes morales d'un Etat tiers. Selon la Sentence, la signification littérale du texte irait en ce sens, ainsi que la jurisprudence en matière de protection diplomatique, en rappelant les affaires *Barcelona Traction* et *Elsi*, et même le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique approuvée en 2006. En outre, toujours selon la Sentence, l'exigence de conformité avec l'objet et le but de l'Accord s'opposerait à une interprétation portant à l'inclusion de la société formellement ressortissante d'un pays tiers dans le champ d'application du Traité. En particulier, il est affirmé que «[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» (par. 205).

33. D'après une lecture attentive de l'Accord de 1993 et des normes de droit international général en la matière, une telle approche interprétative, bien que suggestive, ne peut prévaloir sur la signification littérale du texte de la disposition ici examinée, de l'objet et du but de l'Accord, sans oublier le droit coutumier en matière de protection diplomatique, codifié en 2006 par la CDI, significatif aux fins du processus interprétatif d'un traité international conforme aux principes contenus en l'art. 31, par. 3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

En partant, tout d'abord, du sens littéral de l'art. 1, par. 1 de l'Accord de 1993 où se trouve l'expression « personne morale d'une Partie contractante », il faut observer la généralité des termes de cette expression dans le dispositif en examen et le fait qu'elle ne soit précisée par l'indication d'aucun principe de nationalité, ni de critère pour la détermination de la nationalité, en terme de contrôle ou siège social. D'un point de vue comparatif, il est intéressant noter comment l'art. 25(1) de la Convention de Washington sur la compétence du CIRDI affirme que «la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (...) et le ressortissant d'un autre Etat contractant». L'art. 25(2)(b) *in fine* précise que sera considérée «ressortissant d'un autre Etat contractant» toute personne morale «qui possède la nationalité de l'Etat contractante partie au différend». Bien qu'il s'agisse encore une fois d'une indication générale, elle mentionne clairement le principe de la nationalité de la société : on ne peut certes affirmer de même quant à l'Accord de 1993 qui accueille une notion bien plus vague de personne morale.

De plus, il importe à nos fins que l'interprétation littérale de l'expression «personne morale d'une partie contractante» n'ignore point le restant de la disposition dans laquelle elle s'insère et qui définit l'investissement, dont elle dispose la protection juridique, «*indépendamment de la forme juridique choisie et du système juridique de référence*». Il semble donc clair que dans l'art. 1, par. 1, prévaut une définition substantielle d'investissement d'une personne morale d'un Etat partie, sur une définition de type formel. Autrement la phrase incidente ci-dessus mentionnée, dont la Sentence ne tient nullement compte, ne s'expliquerait pas.

Il faut ensuite noter comment l'art. 2, par. 2, énumère, parmi les investissements jouissant de promotion et protection, les «titres, actions, obligations, quotes-parts de participation, etc.». D'un point de vue littéral alors, selon le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité et d'après une interprétation en bonne foi, les capitaux italiens investis en sociétés de nationalité étrangère mais qui opèrent seulement et exclusivement en territoire cubain, constitués afin de pouvoir y travailler plus librement – peu importe si à tort ou à raison –, doivent être considérées des investissements d'une «personne morale d'une Partie contractante» conformément à la disposition ici examinée. On ne peut partager l'idée que l'investissement, pour être qualifié comme «italien» selon l'Accord de 1993, ne puisse passer par l'intermédiation d'une société étrangère. Aucune référence littérale n'apparaît en ce sens dans l'Accord ; au contraire, une lecture de celui-ci, qui soit conforme à son objet et à son but, conduit à inclure dans son champ d'application en matière de promotion et protection aussi les investissements réalisés par le biais d'une société constituée dans un pays tiers par des investisseurs *exclusivement italiens*.

34. S'il est vrai, de façon générale, que le droit coutumier adopte comme critère général de nationalité des sociétés celui du lieu de constitution, comme rappelé par la Sentence (par. 204), ce principe n'est pas absolu, ni sans exception de nature coutumière. Cet état du droit coutumier se révèle pleinement dans l'art. 9 de la CDI sur la protection diplomatique, repris par la Sentence même. En effet, après avoir énoncé comme critère principal le lieu de constitution, on met en exergue son caractère non absolu. La CDI a adopté cette position en partant de l'arrêt de la Cour internationale de justice relatif à l'affaire *Barcelona Traction*, en soulignant le caractère spécifique du différend et indiquant l'exigence de ne pas interpréter de façon extensive le critère en question, appliqué de façon restrictive dans ce même arrêt. Dans son commentaire la CDI soutient que :

“En l'espèce, la Cour a posé deux conditions à l'acquisition de la nationalité par une société aux fins de la protection diplomatique: constitution de la société et présence de son siège dans l'Etat où elle a été constituée. Comme les lois de la plupart des Etats exigent que les sociétés constituées sous sa loi aient un siège sur le territoire de l'Etat considéré – même si ce n'est qu'une fiction –, la constitution est le critère le plus important aux fins de la protection diplomatique. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, cependant, la Cour n'a pas jugé suffisant le seul critère de l'incorporation pour ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique. Bien qu'elle n'ait pas réaffirmé le critère du «lien de rattachement effectif» tel qu'appliqué dans l'affaire *Nottebohm* et ait reconnu que, «sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale», elle a estimé qu'outre les critères de la constitution et du siège social statutaire il fallait qu'il y ait un «lien étroit et permanent» entre l'Etat exerçant la

protection diplomatique et la société. Dans cette affaire, la Cour a constaté l'existence d'un tel lien dans le fait que la société était restée constituée au Canada pendant plus de 50 ans, qu'elle avait conservé au Canada son siège statutaire, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires, que des réunions de son conseil d'administration s'y étaient tenues pendant de nombreuses années, que la société figurait dans les dossiers du fisc canadien et que la nationalité canadienne de la société était généralement reconnue par d'autres États. Tout ceci signifiait, a dit la Cour, que «les rapports entre la Barcelona Traction et le Canada étaient donc multiples». En l'espèce, la Cour n'avait pas affaire à une situation dans laquelle une société s'était constituée dans un État mais avait un «lien étroit et permanent» avec un autre État. On ne peut que spéculer sur ce que la Cour pourrait avoir décidé en pareil cas ». (p. 54-55)

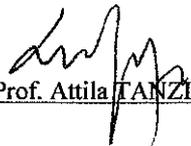
Il est de toute façon essentiel de constater à nos fins, que le projet d'article 9 prévoit expressément une exception au critère général quand il n'existe aucun lien effectif entre l'État du lieu de constitution et la propriété de la société, exception appropriée à notre cas d'espèce. L'art. 9 dispose :

«Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité» (italique ajouté).

35. L'exception susmentionnée coïncide parfaitement avec la situation de Cristal Vetro SA et de Pastas y Salsas Que Chevere. Les deux sociétés étaient contrôlées intégralement par des ressortissants italiens ; toutes deux n'avaient pas d'«activités importantes» dans les respectifs États de constitution, c'est-à-dire Panama et Costa Rica. Dans les deux cas le siège social et le contrôle financier se situent en Italie. Il faut donc forcément conclure, conformément au droit international général, que dans les deux cas l'Italie est l'État de nationalité aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. Cette solution, conforme au droit international coutumier, devient alors déterminante pour l'interprétation d'une règle conventionnelle qui n'établit aucun critère absolu et auquel on ne puisse déroger. En conclusion, d'après l'art. 1, par. 1, de l'Accord et les règles coutumières en matière d'exercice de la protection diplomatique, Cristal Vetro SA et Pastas y Salsas Que Chevere doivent être considérées des personnes morales italiennes.

36. En concluant sur ce point, conformément à l'art. 1, par. 1, de l'Accord et aux règles coutumières sur l'exercice de la protection diplomatique, l'Italie aurait dû être considérée l'État de nationalité aussi bien de Cristal Vetro SA que de Pastas y Salsas Que Chevere. Le Tribunal aurait donc dû vérifier sa propre compétence à juger des deux affaires et, donc, apprécier attentivement sur le fond les requêtes italiennes en relation à une éventuelle responsabilité de Cuba pour violation de l'Accord de 1993 concernant ces mêmes différends.

37. Je me permet, en outre, que souligner comment l'application de la règle de l'épuisement préalable des recours internes dans l'affaire Cristal Vetro SA aurait dû être faite en tenant dûment compte de la gravité des faits exposés devant ce tribunal par le représentant de la société, M. Amici, qui a dû se défendre sans aucune assistance légale pendant la deuxième partie de la procédure à cause de l'attentat subi par son avocat du fait du chauffeur du directeur de Zona Franca SA et de l'impossibilité de trouver un cabinet légal qui accepte de défendre ses intérêts pendant la procédure au civil. Une fois la requête italienne déclarée admissible *ratione personae*, le Tribunal aurait donc dû évaluer attentivement l'hypothèse d'un illicite par la République de Cuba non seulement en relation directe avec l'investissement, mais aussi en relation d'une situation susceptible d'impliquer un déni de justice (*supra* par. 30).


Prof. Attila TANZI

Mis en forme : Retrait : Gauche :
9,99 cm