

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

*Critères juridiques régissant l'indication de mesures conservatoires — Nécessité pour la Cour de faire preuve de prudence — Engagement pris par l'Attorney-General de l'Australie le 21 janvier 2014 — Caractère juridiquement contraignant de l'engagement formel pris par un Etat — Présomption que l'Etat agira de bonne foi pour honorer son engagement envers la Cour — Engagement suffisant pour éviter qu'un préjudice soit causé aux droits plausibles du Timor-Leste dans l'attente de l'arrêt au fond — Engagement ayant pour effet d'écartier tout risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits du Timor-Leste — Conditions relatives à l'indication de mesures conservatoires n'ayant donc pas été remplies en ce qui concerne les éléments saisis — Absence de prise en compte, dans l'ordonnance, des droits plausibles de l'Australie — Risque réel et imminent d'ingérence de l'Australie dans les futures communications entre le Timor-Leste et ses avocats.*

1. Bien que je souscrive en grande partie au raisonnement suivi dans l'ordonnance, j'ai voté contre les deux premiers points du dispositif, que j'estime superflus en raison de l'engagement pris envers la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie. Je suis également préoccupé de ce que, alors qu'elle était à juste titre résolue à protéger les droits revendiqués par le Timor-Leste, la Cour a ignoré ceux qu'invoquait l'Australie.

### LES CRITÈRES JURIDIQUES RÉGISSANT L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

2. La Cour tient son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en attendant de rendre un arrêt au fond du paragraphe 1 de l'article 41 du Statut, qui dispose qu'elle « a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire ». Bien que cela ne ressorte pas clairement du libellé de cet article, la Cour a précisé que les « ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 [avaient] un caractère obligatoire » (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109) et qu'elles créaient dès lors des obligations juridiques internationales à la charge des parties (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 258, par. 263), obligations dont l'inobservation peut elle-même donner lieu à une décision de la Cour au stade du fond, même si cette dernière ne fait pas autrement droit aux demandes présentées.

3. Dans la plupart des systèmes juridiques, les cours et tribunaux se sont vus conférer pareil pouvoir leur permettant de rendre, à titre provisoire, une ordonnance visant à s'assurer qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits invo-

qués par l'une des parties ou les deux du fait d'une quelconque action de la partie adverse entre le début d'une affaire et le prononcé de la décision définitive au fond (voir, par exemple, L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1992-III), vol. 234, p. 9). De par leur nature même, les mesures ainsi indiquées doivent presque toujours l'être à brève échéance et sans qu'il soit procédé à l'examen approfondi des problèmes juridiques et moyens de preuve auquel la juridiction en question se livre lorsqu'elle rend une décision au fond. Telles sont nécessairement les caractéristiques d'un système de protection provisoire. Les mesures conservatoires constituant une réponse à un risque imminent de préjudice irréparable, il serait impossible de subordonner leur indication à l'obligation, pour la juridiction saisie, d'établir au préalable qu'elle a compétence et que les droits allégués existent réellement et sont bien applicables aux faits de l'espèce. Il n'en résulte pas moins que la Cour internationale de Justice, dont la compétence découle du consentement des parties (voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 39, par. 88), a la faculté d'imposer à l'une d'elles une obligation juridique avant d'avoir déterminé si ce consentement lui a été donné et aux fins de protéger des droits dont l'existence et l'applicabilité n'ont pas encore été établies. Aussi lui appartient-il de faire preuve d'une certaine prudence dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article 41.

4. Cette prudence se reflète tout d'abord dans les conditions que la Cour a au fil des ans définies comme devant constituer un préalable à l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 41 du Statut, conditions qui lui imposent de s'assurer *a)* que les dispositions invoquées en matière de compétence semblent *prima facie* constituer une base susceptible de fonder sa juridiction; *b)* que les droits allégués sont à tout le moins plausibles, c'est-à-dire qu'il est réalistement permis de penser que, lorsqu'elle se prononcera sur le fond de l'affaire, la Cour reconnaîtra leur existence et leur applicabilité; *c)* qu'il existe un lien entre ces droits et les mesures devant être indiquées; et *d)* qu'il existe un risque réel et imminent que, en l'absence de telles mesures, un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour ne rende sa décision définitive au fond (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 17, par. 49, p. 18, par. 53, p. 20, par. 60, et p. 21-22, par. 63-64).

5. Si je me vois contraint d'exprimer une opinion dissidente (voir les paragraphes 22-29 ci-après), c'est en raison de la manière dont la Cour a, en la présente espèce, abordé la quatrième condition susmentionnée. En réalité, cette condition comprend plusieurs éléments différents mais néanmoins liés qui doivent être réunis pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires. Le premier d'entre eux est le fait que celle-ci doit s'assurer qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé, avant le prononcé de l'arrêt au fond, aux droits qu'une partie pourrait se voir reconnaître, préjudice qui, de ce point de vue au

moins, rendrait l'arrêt inopérant. Le deuxième élément est le fait que les mesures que la Cour envisage d'indiquer doivent être jugées nécessaires pour empêcher qu'un tel préjudice se produise. Ce deuxième élément en contient implicitement un troisième, à savoir que les mesures ne doivent pas aller au-delà de ce qui apparaît indispensable pour atteindre l'objectif recherché. Cet aspect revêt une importance toute particulière lorsque les mesures en question pourraient limiter — peut-être même pendant plusieurs années — l'exercice, par la partie contre laquelle elles sont dirigées, de certains droits susceptibles de lui être reconnus ultérieurement.

6. La nécessité de faire preuve de prudence transparait ensuite dans l'approche que la Cour a adoptée quant au rapport entre le rôle qu'elle doit jouer au stade des mesures conservatoires et celui qui est le sien lors de la phase de l'examen au fond. Dans le Règlement de la Cour, la procédure qui régit l'indication de mesures conservatoires est exposée sous l'intitulé « procédures incidentes ». Il s'agit d'une procédure incidente, ou accessoire, à la procédure au fond en ce que la Cour n'a la faculté d'indiquer pareilles mesures que si celles-ci sont nécessaires pour préserver les droits qu'elle pourrait décider, au stade de l'examen au fond, de reconnaître à l'une des parties et de juger applicables aux faits qui auront alors été établis<sup>1</sup>. A cet égard, j'estime qu'il est abusif de qualifier les mesures conservatoires d'autonomes, puisqu'elles ne le sont qu'au sens où un Etat peut être tenu pour responsable de leur violation même s'il obtient gain de cause au fond. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle a à connaître d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour doit veiller à ne pas aborder des questions qui ne pourront être tranchées comme il convient qu'au stade du fond. Aussi ne devrait-elle pas, bien que soulignant qu'elle n'indique des mesures visant à protéger les droits revendiqués que si ceux-ci sont plausibles, aller au-delà de cette appréciation préliminaire en prenant des décisions ou en faisant des déclarations susceptibles de préjuger les questions qu'elle ne pourra trancher sur le fond qu'après avoir établi qu'elle a compétence et eu l'occasion d'examiner dans leur intégralité l'argumentation juridique et les éléments de preuve que les parties souhaitent lui présenter. La Cour ne doit pas non plus se laisser influencer, au stade des mesures conservatoires, par ce que pourrait être la solution au fond.

7. Enfin, quoique la Cour ne puisse indiquer des mesures conservatoires que si les conditions énoncées au paragraphe 4 ci-dessus sont remplies, le fait qu'elles le soient ne l'y oblige pas pour autant. Dès lors qu'il est satisfait à ces conditions, la Cour jouit en effet, ainsi que cela ressort

<sup>1</sup> Fréquemment incluse dans une ordonnance en indication de mesures conservatoires, la mesure par laquelle la Cour enjoint aux deux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 27, par. 86 3)) pourrait sembler déroger à ce principe. Tel n'est toutefois pas le cas : en effet, une telle mesure n'est normalement pas indiquée seule, mais aux côtés de mesures de protection de certains droits. En outre, il existe bel et bien un lien avec l'affaire au fond, puisque le différend que les parties sont invitées à ne pas aggraver ou étendre n'est autre que celui sur lequel la Cour est appelée à se prononcer au stade de l'examen au fond.

clairement du libellé de l'article 41 du Statut, d'un pouvoir discrétionnaire. Elle doit alors examiner soigneusement les droits allégués par chacune des deux parties et, aux fins de protéger d'un préjudice irréparable les droits plausibles invoqués par l'une d'elles, garder toujours à l'esprit l'effet que le respect de son ordonnance est susceptible d'avoir sur la faculté de l'autre partie d'exercer les droits plausibles qui sont les siens. Cela a amené les juridictions de certains pays à subordonner l'indication de mesures provisoires en faveur d'une partie à la condition qu'elle s'engage, si elle devait être déboutée au fond, à indemniser la partie adverse à raison des frais supportés par celle-ci pour se conformer à l'ordonnance provisoire. Pareille condition confère une certaine protection aux droits qui pourraient être reconnus ultérieurement à la seconde partie et atténue le caractère unilatéral des mesures provisoires. La Cour internationale de Justice n'a toutefois jamais souhaité l'imposer, la nature de la plupart des affaires dont elle est saisie (dont la présente) étant par ailleurs telle qu'une indemnisation financière de ce type ne serait ni suffisante ni appropriée. Cela ne dispense cependant pas la Cour de son devoir de faire en sorte que toute mesure conservatoire qu'elle pourrait indiquer, tout en protégeant les droits d'une partie, ne cause pas un préjudice indu à ceux de la partie adverse. Là encore, une certaine prudence est de mise.

#### L'APPLICATION DES CRITÈRES EN LA PRÉSENTE ESPÈCE

8. Pour en venir à l'application des critères susmentionnés aux faits de l'espèce, il apparaît que celle-ci requérait des précautions particulières de la part de la Cour, le contexte dans lequel le Timor-Leste a présenté sa demande en indication de mesures conservatoires étant pour le moins inhabituel, et ce, à plusieurs titres. Premièrement, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage qu'il a engagée, celui-ci a allégué que des fonctionnaires australiens s'étaient livrés, sur son territoire, à des actes ayant permis à l'Australie d'obtenir un avantage déloyal dans la négociation d'un traité conclu entre les deux Etats, allégation que le Timor-Leste entend étayer par le témoignage d'un ancien agent du service de renseignement extérieur de l'Australie (Australian Secret Intelligence Service (ASIS)). Deuxièmement, il soutient que, en violation des droits que lui confère le droit international, des agents du service de renseignement intérieur de l'Australie (Australian Security Intelligence Organisation (ASIO)) ont saisi, dans les locaux professionnels de Canberra d'un avocat australien qui le conseille, des documents ayant trait, d'une part, à sa première allégation et, d'autre part, à sa position juridique vis-à-vis de l'Australie. Troisièmement, l'Australie affirme, quant à elle, que les déclarations publiques faites par le Timor-Leste et son avocat australien donnent à penser qu'un ancien agent de l'ASIS s'est rendu coupable d'une infraction pénale au regard du droit australien en divulguant des informations sur les activités de ce service et pourrait ainsi avoir compromis sa sécurité nationale, notamment en mettant en danger la vie d'autres agents dudit service.

9. Ce bref exposé du contexte souligne à lui seul la nécessité, pour la Cour, de se montrer particulièrement prudente en la présente espèce. En premier lieu, étant donné que certains éléments importants de ce contexte font l'objet d'une procédure devant une autre juridiction, ils ne constituent pas des questions sur lesquelles la Cour peut se prononcer ou par lesquelles elle devrait se laisser influencer. C'est au tribunal arbitral, et non à la Cour, qu'il revient de statuer sur le bien-fondé de l'affirmation du Timor-Leste selon laquelle l'Australie aurait installé des micros dans les bureaux de son gouvernement à Dili et obtenu ainsi des informations importantes sur sa position dans le cadre des négociations concernant un traité relatif aux ressources de la mer de Timor; c'est aussi au tribunal qu'il revient de statuer, le cas échéant, sur les conséquences de ces agissements du point de vue de la validité dudit traité et de la responsabilité de l'Australie. Quant à la question de savoir si un ancien agent de l'ASIS a violé le droit pénal australien, elle doit être tranchée par les juridictions australiennes compétentes. La Cour ne peut donc se prononcer que sur les allégations relatives à la saisie de documents dans les locaux de l'avocat australien du Timor-Leste et sur les justifications que l'Australie pourrait avancer à cet égard. Encore ce point doit-il être réservé à la phase de l'examen au fond de la présente instance. S'il convient que la Cour, dans toute affaire dans laquelle lui a été présentée une demande en indication de mesures conservatoires, veuille à ne pas aborder des questions qui ne pourront être examinées qu'au stade du fond, cet aspect était, en l'espèce, compliqué par le fait que le fond du différend dont elle est saisie, quoique lié à celui de la procédure soumise au tribunal arbitral et de toute action susceptible d'être engagée devant les juridictions australiennes, doit en rester distinct.

10. La Cour voit également sa tâche compliquée par la nature des allégations formulées par les Parties. Il est rarement aisé de statuer sur des questions ayant trait à la sécurité nationale. Or, en la présente affaire, tant celle du Timor-Leste que celle de l'Australie peut se révéler être en jeu. Comme chacun sait, le traitement d'éléments provenant de services de renseignement ainsi que d'assertions portant sur les activités de ces services est ardu quel que soit le système juridique dans lequel on se trouve. Cela a encore accru la difficulté qui se pose toujours à la Cour au stade des mesures conservatoires, à savoir qu'elle ne dispose que de fort peu de moyens de preuve ou d'informations concernant les faits qui lui sont soumis. En l'espèce, il est parfaitement compréhensible que le Timor-Leste redoute que la perquisition effectuée dans les locaux professionnels de son avocat ait permis au Gouvernement australien d'avoir connaissance de conseils juridiques et techniques ainsi que d'échanges de correspondance susceptibles de donner à l'Australie, de manière pour le moins inéquitable, un net avantage dans le cadre de la procédure d'arbitrage et d'une éventuelle négociation à venir avec le Timor-Leste au sujet de la mer de Timor. Celui-ci ne sait cependant pas exactement quels documents sont en la possession de l'Australie. Cette dernière, pour sa part, a indiqué à la Cour que, les ayant placés sous scellés pour faire suite à la demande du président (ordonnance, par. 9 et 37), elle n'en connaissait pas la teneur (voir les déclarations du *Solicitor-General* de l'Australie (CR 2014/4, p. 9 et 17 (Gleeson))), mais

s'est dite préoccupée de ce que ces documents puissent contenir des informations importantes pour la vie de membres de ses services de renseignement et l'intégrité de ses méthodes de collecte de renseignements. La Cour s'est donc vue contrainte de traiter une question délicate en disposant de moins d'informations encore que cela n'est habituellement le cas dans le cadre d'une demande en indication de mesures conservatoires.

11. Cela ne signifie toutefois nullement que la Cour aurait dû s'abstenir d'exercer les pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut. En effet, elle a la responsabilité de tout mettre en œuvre pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux droits plausibles allégués par un Etat partie à une procédure devant elle avant de statuer sur sa compétence ou au fond. Ce nonobstant, les considérations qui précèdent donnent à penser qu'elle devait faire preuve de prudence, en s'assurant qu'il avait bien été satisfait aux critères régissant l'indication de mesures conservatoires, en tenant compte des droits plausibles des deux Parties et en n'allant pas au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les droits de chacune d'elles.

12. Je suis d'accord avec la Cour pour estimer qu'il a été satisfait aux trois premiers critères régissant l'indication de mesures conservatoires. Il ne fait aucun doute que les dispositions que le Timor-Leste a invoquées à cet effet constituent, au moins *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée, ce que l'Australie n'a d'ailleurs pas contesté<sup>2</sup>. Dans son ordonnance, la Cour a en outre considéré à juste titre que le Timor-Leste avait démontré qu'il possédait des droits plausibles. A cet égard, je souscris aussi bien à la définition qu'elle a donnée de ces droits plausibles, «à savoir le droit de conduire une procédure d'arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l'Australie, y compris le droit à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications» (ordonnance, par. 28), qu'au fait qu'elle n'ait pas jugé utile, à ce stade de l'instance, de se pencher sur les droits plus généraux allégués par le Timor-Leste. Je ne suis pas certain que ces droits puissent être déduits des paragraphes 1 et 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies plutôt que d'un principe général de droit concernant la confidentialité des communications avec des conseillers juridiques, mais il s'agit là d'une question de fond. Enfin, je conviens qu'il existe bien un lien entre les droits allégués par le Timor-Leste et les mesures que la Cour a indiquées.

13. En revanche, je ne partage pas les vues de la Cour en ce qui concerne l'application du quatrième critère, qui exige que les mesures indiquées soient nécessaires pour prévenir un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en question. Je ne suis pas d'accord avec la majorité, qui a jugé que ce risque existait en dépit de l'engagement pris envers la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie. Hormis sur un point, je pense au contraire que cet engagement était suffisant pour prévenir le préjudice redouté par le Timor-Leste. Pour le comprendre, il convient d'examiner ledit engagement plus avant.

<sup>2</sup> L'Australie s'est toutefois réservé le droit de contester à un stade ultérieur la compétence de la Cour ou la recevabilité de la requête.

14. L'Australie a pris plusieurs engagements devant la Cour et le tribunal arbitral, mais seul celui du 21 janvier 2014 était pertinent aux fins de déterminer s'il existait ou non un risque de préjudice irréparable. C'est qu'en effet les autres engagements étaient soit implicitement contenus dans celui-ci, soit uniquement destinés à maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour se prononce sur la demande en indication de mesures conservatoires. Ainsi, comme suite à la lettre datée du 18 décembre 2013 que le président de la Cour lui avait adressée dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement (ordonnance, par. 9), l'Australie avait placé les documents sous scellés et s'était engagée à ce qu'aucun de ses fonctionnaires n'en prenne connaissance avant que la Cour ne rende sa décision sur la demande en indication de mesures conservatoires (*ibid.*, par. 37). Bien que cet engagement ait constitué une réponse tout à fait appropriée à la lettre du président, il expirait à la lecture de la présente ordonnance et était donc dépourvu de pertinence aux fins d'établir si des mesures conservatoires étaient nécessaires en ce qui concerne la période qui s'écoulerait entre la lecture de l'ordonnance et le prononcé de l'arrêt définitif de la Cour.

15. L'engagement du 21 janvier 2014, en revanche, était d'une tout autre nature, puisque, dans une lettre datée de ce même jour, l'*Attorney-General* avait précisé ce qui suit :

«Attendu que,

- A. En ma qualité d'*Attorney-General* du Commonwealth d'Australie, je suis notamment chargé de l'administration de l'*Australian Security Intelligence Organisation Act* de 1979 et de la conduite de la présente procédure ;
- B. Je suis informé de ce que le service de renseignement intérieur de l'Australie (*Australian Security Intelligence Organisation (ASIO)*) a exécuté un mandat de perquisition dans les locaux occupés par le cabinet de M. Bernard Collaery, et pris possession, à cette occasion, de certains éléments (ci-après «les éléments en cause»);
- C. Le 19 décembre 2013, j'ai pris, auprès du tribunal arbitral constitué en application du traité de 2002 relatif à la mer du Timor, un engagement écrit prévoyant des restrictions en ce qui concerne l'utilisation des éléments en cause ;
- D. Le 20 janvier 2014, le Gouvernement du Timor-Leste a exprimé, devant la Cour internationale de Justice (ci-après «la Cour»), des préoccupations au sujet de l'utilisation des éléments en cause en dehors du cadre de l'arbitrage.

Je déclare à la Cour que :

- 1. Je n'ai moi-même pas pris connaissance et n'ai pas cherché à prendre connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;
- 2. Aucune circonstance ne nécessite, pour autant que je sache, que

je prenne connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;

3. J'ai donné pour instruction à l'ASIO de faire en sorte que le contenu des éléments en cause et toutes informations qui en découleraient ne soient, en aucune circonstance, divulgués à quiconque et à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites), jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur.

Je prends devant la Cour, jusqu'à ce que celle-ci ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur, l'engagement

1. De ne pas prendre moi-même connaissance ni chercher de quelque autre manière à avoir connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;
2. Dans le cas où serait portée à ma connaissance une circonstance, quelle qu'elle soit, qui nécessiterait que je prenne connaissance de ces éléments et données, d'en informer tout d'abord la Cour, et de prendre alors devant elle d'autres engagements ;
3. De faire en sorte qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise lesdits éléments à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites) ;
4. De faire en sorte, sans préjudice de ce qui précède, qu'aucune entité du Gouvernement australien ne puisse avoir accès auxdits éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer du Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de :
  - a) la présente procédure et
  - b) l'arbitrage mentionné au point C ci-dessus. »

Ainsi que cela a été consigné dans la présente ordonnance, l'agent du défendeur a indiqué devant la Cour que l'*Attorney-General* avait le pouvoir de prendre des engagements liant l'Australie au regard tant du droit australien que du droit international (CR 2014/2, p. 9 (Reid) et CR 2014/4, p. 27 (Reid), cités au paragraphe 44 de l'ordonnance).

16. L'Australie a précisé l'engagement de son *Attorney-General* en répondant aux questions qui lui ont été posées par certains membres de la Cour. Ainsi, en réponse à la question de savoir « dans quelles circonstances l'engagement de l'*Attorney-General* expirerait ... avant l'arrêt de la Cour » (CR 2014/2, p. 49), le *Solicitor-General* de l'Australie a indiqué ce qui suit :

« l'engagement n'expirera pas. Il s'agissait simplement de ménager la possibilité d'un autre cas de figure, faisant suite à la décision de la Cour. Aucune circonstance autre que celles qui sont mentionnées au



deuxième point ne l'exigerait. Ce deuxième point visait à préciser que si de nouvelles circonstances imposaient — pour des raisons que nous n'envisageons pas actuellement — à l'*Attorney-General* de prendre connaissance du contenu des documents, l'Australie commencerait par en informer la Cour, en en avisant le Timor-Leste, et s'abstiendrait d'agir avant que celle-ci n'ait pu se pencher sur la question.» (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

Il s'agissait donc d'un engagement sans limitation de durée, ne pouvant être modifié qu'avec le consentement de la Cour.

17. L'Australie a également été interrogée sur le lien entre les troisième et quatrième points de l'engagement, «étant donné que ce dernier [le quatrième point] [contenait] l'expression «sans préjudice de ce qui précède»». La question était la suivante :

«Si l'Australie souhaite, «à des fins de sécurité nationale», fournir des éléments ou informations qui auraient été obtenus à une entité du Gouvernement australien exerçant des responsabilités dans les domaines décrits au point 4, pourrait-elle le faire tout en respectant l'engagement de l'*Attorney-General*?» (CR 2014/2, p. 49.)

Le *Solicitor-General* s'est montré formel :

«La réponse à la seconde question ... est «non».

Le quatrième point avait pour seul objectif de préciser que les questions concernant la mer de Timor et les négociations y afférentes, ainsi que la conduite des procédures devant la présente Cour et le tribunal, ne relevaient pas des questions de «sécurité nationale» visées au troisième point.» (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

Autrement dit, l'Australie s'était engagée à ne communiquer, hormis avec le consentement de la Cour, aucun des éléments saisis, ou des informations qui en découleraient, à quiconque participant aux procédures devant la Cour ou le tribunal arbitral, ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations entre l'Australie et le Timor-Leste concernant la mer de Timor.

18. L'engagement portait sur une divulgation future des éléments saisis ou des informations qui en découleraient, mais, en réponse à une autre question d'un membre de la Cour (CR 2014/2, p. 49), le *Solicitor-General* de l'Australie a assuré que, à ce stade, aucune information découlant desdits éléments ou de notes qui auraient été prises pendant l'exécution du mandat de perquisition n'avait été communiquée à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations concernant la mer de Timor (CR 2014/4, p. 20-21 (Gleeson)).

19. Enfin, un membre de la Cour a posé à l'Australie la question suivante :

«Dans l'hypothèse où une action serait engagée en Australie, un quelconque document saisi ou renseignement obtenu à partir des

documents saisis sera-t-il divulgué dans le cadre de la procédure, de sorte qu'il pourrait être porté à la connaissance de personnes participant à l'arbitrage, à la procédure devant la présente Cour ou à toute négociation [concernant la mer de Timor]?» (CR 2014/2, p. 49-50.)

La réponse du *Solicitor-General* a été la suivante :

«[S]i les documents se trouvent toujours en la possession de l'ASIO ou du parquet, l'Australie saisira le tribunal [c'est-à-dire le tribunal australien] conformément au National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act de 2004 [loi de 2004 sur le renseignement en matière de sécurité nationale (procédures pénale et civile)] ... afin de garantir que les personnes en question ne prennent pas connaissance des informations.

En pareil cas, l'*Attorney-General* s'engage vis-à-vis de la Cour à donner pour instruction au Commonwealth Director of Public Prosecutions d'invoquer les dispositions pertinentes de cette loi. Et, dans l'hypothèse improbable où des poursuites seraient engagées avant le règlement du présent différend, l'*Attorney-General* s'engage, par mon intermédiaire, à informer le tribunal concerné [c'est-à-dire le tribunal australien qui aura été saisi] de l'engagement que je viens de prendre auprès de vous, et demandera que soient ordonnées les mesures nécessaires pour limiter la diffusion des informations. Enfin, dans l'hypothèse non moins improbable où de telles mesures ne seraient pas prises, l'*Attorney-General* en réfèrera à la Cour avant que ne soit prise toute nouvelle initiative en Australie.» (CR 2014/4, p. 21 (Gleeson).)

20. Par le passé, la Cour a déjà tenu compte d'un engagement formel quant à un comportement futur — engagement comparable à celui qu'a pris l'Australie en la présente espèce — et conclu que, au vu de cet engagement, il n'existait aucun risque de préjudice irréparable (voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 155, par. 71-72). Dans une autre instance introduite devant elle, la Cour a également pris note d'un engagement formel portant sur une situation existante (voir *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 65, par. 178). Ainsi qu'elle l'a indiqué dans la présente ordonnance,

«[I]a Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat a pris un tel engagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi.» (Ordonnance, par. 44.)

21. Il ressort implicitement du paragraphe 44 de l'ordonnance et de l'approche de la Cour en l'affaire *Belgique c. Sénégal* qu'un engagement formel tel que celui de l'Australie, pris au cours d'une instance introduite devant la Cour, est juridiquement contraignant au regard du droit international et qu'il crée des obligations juridiques pour l'Etat qui le contracte.

22. Dès lors, la Cour aurait-elle dû suivre l'approche qu'elle avait adoptée en l'affaire *Belgique c. Sénégal* et considérer que l'engagement australien (tel que précisé à l'audience) suffisait à démontrer qu'il n'existait pas de risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner à la fois le droit en cause, tel que défini par la Cour, et les risques identifiés par le Timor-Leste et par elle-même.

23. Le droit faisant l'objet de la demande principale du Timor-Leste, dont la Cour a jugé que la plausibilité avait été établie et que, partant, il devait être protégé au moyen de mesures conservatoires (pour autant que les autres conditions soient remplies), était le «droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties» (ordonnance, par. 27; voir également par. 28). Quant au risque, identifié par le Timor-Leste, qu'un préjudice irréparable soit causé à ce droit, il était que les éléments saisis dans les locaux professionnels de son avocat, ou les informations qui en découleraient, parviennent aux responsables de la conduite de l'arbitrage ou d'éventuelles futures négociations au nom de l'Australie. C'est pourquoi le conseil du Timor-Leste a déclaré ce qui suit :

«Notre action vise, en substance, à faire en sorte que les éléments saisis de manière illicite ne soient mis à la disposition d'aucune personne jouant un quelconque rôle dans les relations diplomatiques ou commerciales qu'entretiennent l'Australie et le Timor-Leste au sujet de la mer de Timor et de ses ressources. Cela vaut notamment, mais non exclusivement, pour toutes les personnes jouant un rôle dans le cadre de l'arbitrage en cours.» (CR 2014/1, p. 33-34 (sir Michael Wood).)

24. C'est ce risque que soit compromise la position du Timor-Leste dans le cadre de l'arbitrage et d'éventuelles futures négociations, dans l'hypothèse où les éléments saisis seraient divulgués à une quelconque personne participant à cet arbitrage ou susceptible de prendre part à ces négociations au nom de l'Australie, qui s'est révélé déterminant pour la Cour (voir ordonnance, par. 42).

25. Or, c'est précisément ce risque que l'engagement de l'*Attorney-General*, à condition d'être respecté, visait à écarter. Tel que précisé devant la Cour, cet engagement était le suivant :

- 1) aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient n'avait, à ce stade, été divulgué à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor ;
- 2) aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient ne serait divulgué à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor avant que la Cour n'ait rendu son arrêt définitif en l'espèce ;

- 3) dans l'hypothèse où une procédure pénale serait engagée en Australie avant que la Cour n'ait rendu son arrêt définitif en l'espèce, il serait demandé au tribunal australien de prendre des mesures spéciales pour faire en sorte qu'aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient ne soit divulgué d'une manière permettant à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de participer aux éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor d'en prendre connaissance, et, au cas où le tribunal australien refuserait d'ordonner pareilles mesures, l'Australie ne poursuivrait pas la procédure devant ses juridictions avant d'avoir donné à la Cour la possibilité de se prononcer sur la question.

26. Cet engagement était bien plus précis et détaillé que celui qui avait été pris en l'affaire *Belgique c. Sénégal*. La Cour ayant par ailleurs jugé qu'il n'y avait aucune raison de penser que l'Australie ne respecterait pas l'engagement qu'elle avait contracté envers elle, je ne puis conclure à l'existence d'un risque réel et imminent qu'une quelconque information en cause parvienne à une personne participant à la procédure d'arbitrage ou à la présente instance ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations entre les Parties au sujet de la mer de Timor. Or, la Cour est arrivée à une conclusion différente au motif que,

«une fois communiquées à tout fonctionnaire habilité aux fins visées dans l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014, les informations contenues dans les éléments saisis [auraient pu] parvenir à des tiers, et la confidentialité de ces éléments [aurait pu] être violée» (ordonnance, par. 46).

27. Bien que je comprenne et partage tout à fait le souci de la Cour de préserver la confidentialité de documents qui paraissent assurément sensibles et susceptibles de donner à l'Australie un avantage on ne peut plus inéquitable dans le cadre de la procédure d'arbitrage en cours et, peut-être, d'éventuelles futures négociations, il y a tout de même lieu de s'interroger sur le raisonnement qui sous-tend le passage précité. La possibilité que des informations soient divulguées par suite d'une action introduite en Australie était couverte par l'engagement supplémentaire pris oralement par le *Solicitor-General* et cité au paragraphe 19 ci-dessus. Peut-être la Cour avait-elle à l'esprit la possibilité d'une divulgation par un agent de l'ASIO habilité à examiner les éléments en cause pour des raisons touchant à la sécurité nationale, mais cette préoccupation n'est guère compatible avec ce qu'elle a dit au paragraphe 44 de son ordonnance, à savoir qu'elle n'avait aucune raison de douter que l'Australie se conformerait à l'engagement. Un Etat ne peut agir que par l'intermédiaire de ses fonctionnaires et, au regard du principe codifié à l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, un agent de l'ASIO est un organe de l'Etat australien. Le fait que la Cour dise qu'elle pense que l'Australie se conformera de bonne foi à son engagement, tout en doutant que certains

des organes de cet Etat l'honorent également, est donc contradictoire. Quand bien même un agent de l'ASIO agirait de manière non autorisée, son comportement resterait celui de l'Australie dès lors qu'il opérerait en sa qualité officielle (article 7 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat), et l'on voit mal comment il pourrait en aller autrement en cas de divulgation d'informations d'un agent à un autre. Je reconnais que la possibilité d'une divulgation fortuite n'était pas écartée, mais, compte tenu de la nature des considérations de sécurité en cause, cela semblait improbable, le Timor-Leste n'ayant d'ailleurs pas évoqué pareille éventualité.

28. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que l'engagement que l'*Attorney-General* de l'Australie avait pris le 21 janvier 2014 permettant d'écarter le risque que les éléments en cause (ou les informations susceptibles d'en découler) fussent divulgués selon des modalités préjudiciables au Timor-Leste dans le cadre de la procédure d'arbitrage ou d'éventuelles négociations concernant la mer de Timor. La Cour a cependant jugé que l'engagement «contribu[ait certes] de manière importante à atténuer le risque imminent ... mais [qu'il] ne supprim[ait] pas entièrement ce risque» (ordonnance, par. 47). C'est sur cette base qu'elle a enjoint à l'Australie de placer sous scellés les éléments saisis (*ibid.*, point 2 du dispositif) et de faire en sorte que leur contenu ne soit d'aucune manière utilisé au détriment du Timor-Leste (*ibid.*, point 1 du dispositif). Cette approche pourrait refléter la volonté bien compréhensible de s'entourer d'un maximum de précautions, mais, selon moi, elle va malheureusement bien au-delà; si l'on peut raisonnablement considérer que le point 1 du dispositif est bien l'expression de cette volonté, le point 2, quant à lui, l'excède très largement. En exigeant que les éléments saisis soient conservés sous scellés jusqu'à ce que la Cour rende son arrêt définitif, cette mesure prive en effet l'Australie de toute possibilité (jusqu'à la date du prononcé de cet arrêt) de les faire examiner par ses agents de renseignement en vue de déterminer si l'ancien agent de l'ASIS a effectivement divulgué des informations à l'avocat australien du Timor-Leste et surtout, le cas échéant, si cette divulgation risque de mettre en danger d'autres agents de l'ASIS ou de l'ASIO. Elle empêche également l'Australie de faire usage desdits éléments (ne serait-ce que de manière préliminaire) dans le cadre de son enquête sur ce qu'elle a qualifié d'infraction grave commise par un ressortissant australien. Or, à mon sens, il est clair que les droits de l'Australie d'exercer sa compétence pénale et de protéger la sécurité de ses agents devaient, eux aussi, être considérés comme plausibles. Lorsqu'elle détermine quelles sont les mesures conservatoires qu'il convient d'indiquer, la Cour devrait tenir compte des droits plausibles des deux parties à l'instance. En particulier, il lui faut réfléchir soigneusement avant d'adopter une mesure qui, afin de protéger les droits de la partie adverse (en l'occurrence le Timor-Leste) contre un risque qu'elle a elle-même jugé faible, empêchera *totale*ment l'autre partie (en l'occurrence l'Australie) d'exercer ses droits plausibles. Si la Cour s'était contentée d'accepter l'engagement pris par l'Australie ou de s'arrêter au point 1 du dispositif, elle aurait respecté les droits plausibles des deux Parties, plutôt que d'adopter une mesure qui ne tient aucun compte de ceux de l'Australie.

29. L'une des conditions préalables à l'indication de mesures conservatoires relativement aux éléments saisis n'étant pas remplie, je me suis vu dans l'obligation de voter contre les mesures indiquées aux points 1 et 2 du dispositif, qui ont trait à ces éléments. Quand bien même j'aurais considéré qu'il avait été satisfait à la condition préalable de l'existence d'un risque réel et imminent, j'aurais tout de même, pour les motifs exposés au paragraphe 28 de la présente opinion, voté contre le point 2.

30. Le point 3 du dispositif, en revanche, est d'un autre ordre, puisqu'il ne porte pas sur l'usage qui pourrait être fait des éléments saisis ou des informations susceptibles d'en découler, mais sur la possibilité d'une ingérence future de l'Australie dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques. Etant donné que certains des documents saisis se rapportent clairement à des conseils juridiques ainsi qu'à la préparation de l'arbitrage à venir et qu'ils émanent de l'avocat du Timor-Leste, il était parfaitement compréhensible que celui-ci redoute une éventuelle ingérence future et demande à l'Australie de lui assurer qu'il n'y en aurait pas. Or, à ma surprise, l'engagement pris par l'*Attorney-General* restait muet sur ce point. En l'absence de tout engagement contraire, j'admets donc qu'il existait un risque réel et imminent d'ingérence future dans les communications entre le Timor-Leste et ses avocats, risque qui exigeait une intervention de la Cour. C'est pourquoi j'ai voté en faveur du point 3.

31. A l'audience, le conseil principal du Timor-Leste a requis avec éloquence une «condamnation claire, ferme et sévère de ce que l'Australie a[vait] fait» (CR 2014/1, p. 30 (sir Elihu Lauterpacht, QC)). Il ne m'a cependant pas semblé qu'il s'attendait à ce que la Cour fasse une déclaration à cet effet au stade actuel de la procédure. La question de savoir si pareille condamnation est appropriée ne pourra être tranchée qu'au moment où, le cas échéant, la Cour se prononcera sur le fond. Les mesures conservatoires ont pour seul but de protéger des droits dont l'existence et l'applicabilité peuvent être reconnues ultérieurement. Elles ne doivent pas préjuger d'un arrêt au fond en réprochant ou en approuvant les actes de l'une ou l'autre des parties. Mon vote sur les différents points du dispositif de la présente ordonnance ne saurait donc être interprété comme une condamnation, de ma part, de ce qui s'est produit.

(Signé) Christopher GREENWOOD.

---