

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

1. Certaines des circonstances à l'origine de la présente espèce ne sont pas contestées. Un Etat, opposé à un autre dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, a saisi des documents et données dans les locaux professionnels d'un conseil juridique du second (par commodité, l'ensemble des documents, données et éléments saisis seront dénommés ci-après «les éléments en cause»). La Cour ne dispose que de peu d'informations sur le contenu des éléments en cause qui, selon le Timor-Leste, se rapportent non seulement à un différend juridique faisant actuellement l'objet d'une procédure d'arbitrage (l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor) — notamment des communications entre cet Etat et son conseil —, mais également à la position et à la stratégie du Timor-Leste dans le cadre de négociations relatives à la délimitation maritime entre les deux Etats.

2. Les événements susmentionnés donneront assurément à réfléchir à quiconque se soucie de l'intégrité des procédures de règlement des différends internationaux. La question de savoir si la saisie des éléments en cause est ou non licite a cependant trait au fond ; à ce titre, elle n'a pas été examinée par la Cour dans son ordonnance, et ne le sera pas dans la présente opinion individuelle. J'exposerai ci-après les raisons pour lesquelles j'ai voté avec la majorité de mes collègues en faveur de l'indication d'une mesure conservatoire, alors que je ne me suis pas associée à eux en ce qui concerne les deux autres.

3. L'article 41 du Statut de la Cour dispose que celle-ci peut indiquer des mesures conservatoires «si elle estime que les circonstances l'exigent». Ces dernières années, la Cour a suivi, s'agissant de l'indication de mesures conservatoires, l'approche qu'elle avait adoptée dans l'affaire relative à des *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. 147, par. 40 ; p. 151, par. 56-57 ; p. 152-153, par. 62)*. Ainsi qu'elle l'a rappelé dans son ordonnance, la Cour examine les points de savoir si elle a *prima facie* compétence, si les droits invoqués par la partie demanderesse sont au moins plausibles, s'il existe un lien entre les droits qui font l'objet de l'instance et les mesures conservatoires sollicitées, et s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige, avant qu'elle ne rende sa décision définitive en l'affaire.

4. A bien des égards, je partage les vues qui ont été exprimées dans l'ordonnance. Ainsi, je suis d'accord avec mes collègues pour considérer que la Cour avait *prima facie* compétence en la présente espèce, qu'au moins certains des droits allégués par le Timor-Leste étaient plausibles et qu'il existait un lien entre les mesures sollicitées et les droits que ce dernier invoque dans sa requête.

5. Cela m'amène à la question de savoir s'il existait un risque que soit causé un préjudice irréparable aux droits plausibles invoqués par le Timor-Leste. Sur ce point, mon approche diffère de celle qu'a suivie la Cour. Au vu du critère énoncé à l'article 41, j'estime que le risque de préjudice irréparable, dans les circonstances de l'espèce, « exige[ait] » en effet que la troisième mesure conservatoire fût indiquée, mais pas la première ni la deuxième. Si j'ai voté contre ces deux premières mesures, c'est parce que je considère que l'engagement pris devant la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie le 21 janvier 2014 (ci-après, l'« engagement ») permettait d'écartier le risque de préjudice irréparable qui a suscité l'indication de ces deux mesures. En revanche, j'ai voté en faveur de la troisième mesure conservatoire parce que l'Australie n'a pas pris d'initiative similaire pour prévenir d'éventuels actes d'ingérence dans les communications échangées entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques au sujet de l'arbitrage en cours, d'une future procédure concernant la délimitation maritime, ou de toute autre procédure qui s'y rapporte, dont la présente instance.

A. LES PREMIÈRE ET DEUXIÈME MESURES CONSERVATOIRES INDIQUÉES PAR LA COUR

6. Ainsi que cela a été rappelé ci-dessus, la Cour a précisé qu'elle n'exercerait son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que s'il existait un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant qu'elle ne rende sa décision définitive (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. 21-22, par. 63). Pour déterminer s'il existe un risque réel et imminent de préjudice irréparable, il convient selon moi, premièrement, de rechercher si un éventuel préjudice serait irréparable et, deuxièmement, d'apprécier la probabilité que pareil préjudice se produise, en l'absence de mesures conservatoires, avant que la Cour ne rende sa décision définitive. (Le caractère d'urgence des mesures sollicitées doit aussi être pris en considération, mais, aux fins du présent examen, je laisserai de côté cette exigence supplémentaire.)

7. La Cour n'a pas toujours été claire sur le point de savoir si la partie demanderesse doit établir non seulement que le préjudice causé aux droits qu'elle invoque serait irréparable, mais aussi qu'il est probable que ceux-ci subissent pareil préjudice. Or, la présente affaire montre qu'il est important que ces deux aspects du risque de préjudice irréparable soient examinés. La Cour a jugé que, si les éléments en cause étaient divulgués à « une quelconque personne participant ou susceptible de participer » à l'arbitrage en cours entre le Timor-Leste et l'Australie ou à de « futures négociations maritimes » entre les Parties, certains des droits allégués par le Timor-Leste pourraient subir un préjudice irréparable (ordonnance, par. 42). Je souscris à cette conclusion. Je ne suis cependant pas d'accord avec la décision de la Cour d'indiquer les première et deuxième mesures

conservatoires, car je considère que l'engagement de l'Australie permettait d'écarter le risque que soit causé pareil préjudice. La Cour, quant à elle, a semble-t-il estimé que, en dépit de l'engagement, le risque que des informations soient divulguées était suffisamment sérieux pour justifier l'indication desdites mesures (ordonnance, par. 46).

8. Afin d'expliquer mon raisonnement, j'examinerai attentivement les principaux aspects de l'engagement en question. Pour commencer, je rappellerai que l'Australie a dit à la Cour que l'*Attorney-General* avait le pouvoir de prendre des engagements liant cet Etat au regard du droit international. Je résumerai ci-après quatre dispositions essentielles de l'engagement ayant trait aux éléments en cause (*ibid.*, par. 38).

9. Premièrement, l'*Attorney-General* déclare qu'il a donné pour instruction à l'agence australienne de renseignement intérieur (l'«ASIO») de ne pas communiquer les éléments en cause ou les informations qui en découleraient «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».

10. Deuxièmement, il est indiqué dans l'engagement que l'*Attorney-General* ne prendra pas connaissance du contenu des éléments ou des informations qui en découleraient. Il est en outre précisé que, dans le cas où serait portée à la connaissance de l'*Attorney-General* une circonstance, quelle qu'elle soit, qui «nécessiterait» qu'il prenne connaissance desdits éléments, il «en informer[ait] tout d'abord la Cour, et ... prendr[ait] alors devant elle d'autres engagements».

11. Troisièmement, l'*Attorney-General* déclare dans ce document «qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise[ra] 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)».

12. Quatrièmement, on peut lire dans l'engagement que,

«sans préjudice de ce qui précède, ... aucune entité du Gouvernement australien ne [pourra] avoir accès auxdits éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de: a) la présente procédure et b) l'arbitrage [sus]mentionné».

(Par commodité, j'appellerai ce volet de l'engagement le «quatrième point».) En réponse à une question posée par un membre de la Cour à l'audience, l'Australie a précisé que l'expression «sans préjudice de ce qui précède» signifiait 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»» auxquelles il est fait référence dans l'engagement. Il en ressort donc clairement que pas même une question de sécurité nationale

n'aurait justifié de diffuser les éléments en cause ou les informations en découlant à qui que soit aux fins visées au quatrième point.

13. Ainsi que l'Australie l'a confirmé à l'audience, l'engagement restait valable jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué en l'espèce.

14. Ainsi, un représentant de l'Australie ayant le pouvoir de prendre des engagements liant cet Etat au regard du droit international a assuré la Cour que les éléments en cause et les informations qui en découleraient ne seraient pas divulgués aux fins visées au quatrième point avant que celle-ci ait rendu son arrêt en la présente affaire. Or, comme la Cour l'a précisé, il devait être présumé que l'Australie se conformerait de bonne foi aux assurances contenues dans l'engagement (ordonnance, par. 44); par ailleurs, le quatrième point englobait tous les modes de règlement des différends mentionnés par le Timor-Leste (c'est-à-dire l'arbitrage en cours, l'affaire portée devant la Cour et d'éventuelles futures négociations relatives à la délimitation maritime entre le Timor-Leste et l'Australie) et protégeait donc les droits plausibles invoqués par le Timor-Leste, qui, selon lui, auraient subi un préjudice irréparable si l'Australie avait eu accès aux éléments en cause. Rien dans le dossier de l'affaire ne donnait à penser que l'Australie n'était pas en mesure d'honorer son engagement. Dès lors, je considère qu'il existait, tout au plus, un risque négligeable que les éléments en cause fussent communiqués à une quelconque personne prenant part à l'arbitrage en cours, à la présente instance ou à de futures négociations bilatérales relatives à la mer de Timor.

15. Contrairement aux vues que j'ai exprimées sur le point de savoir si le risque de préjudice irréparable justifiait l'indication de mesures conservatoires, la Cour a insisté sur le fait que l'Australie avait affirmé que l'ASIO conserverait les éléments sous scellés seulement jusqu'à ce qu'elle ait statué sur la demande en indication de mesures conservatoires (voir ordonnance, par. 39 et 46). Cela ne change cependant rien au fait que les assurances contenues dans l'engagement, notamment au quatrième point, demeureraient valables jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive. C'est donc ce quatrième point — et non la décision antérieure et distincte de l'Australie de conserver les éléments sous scellés pendant l'examen par la Cour de la demande en indication de mesures conservatoires — qui permettait d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste dans le cas où les éléments en cause tomberaient entre de mauvaises mains.

16. A la lumière de ce qui précède, ma conclusion est que les première et deuxième mesures conservatoires n'étaient pas nécessaires pour protéger les droits plausibles invoqués par le Timor-Leste en l'espèce et que, partant, elles ne satisfaisaient pas au critère requis pour l'indication de mesures conservatoires. En particulier, la deuxième mesure conservatoire impose à l'Australie de conserver les éléments en cause sous scellés jusqu'à toute nouvelle décision de la Cour. Il s'ensuit que cet Etat doit s'abstenir de faire quelque usage que ce soit desdits éléments, y compris tout usage qui n'aurait aucune incidence sur les droits allégués par le Timor-Leste.

17. De ce point de vue, la deuxième mesure conservatoire est difficilement conciliable avec le passage de l'ordonnance dans lequel la Cour pré-

cise que l'indication de mesures conservatoires a pour objet «de sauvegarder ... les droits revendiqués par chacune des parties» et que «la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait reconnaître à l'une ou à l'autre des parties» (ordonnance, par. 22).

18. Dans son ordonnance, la Cour a jugé que certains droits invoqués dans la demande en indication de mesures conservatoires étaient plausibles, et mis l'accent sur le droit revendiqué par le Timor-Leste de communiquer librement avec ses conseils au sujet de l'arbitrage et d'autres questions relatives à des négociations internationales, droit qui, selon la Cour, «pourrait être inféré du principe de l'égalité souveraine des Etats», énoncé dans la Charte des Nations Unies (*ibid.*, par. 27). Si le principe de l'égalité souveraine est inattaquable, il incombera à la Cour, au stade de l'examen au fond, de déterminer quels sont les droits et obligations précis qui en découlent dans les circonstances particulières de l'espèce.

19. En revanche, la Cour n'a pas tenu compte du fait que l'Australie avait répondu aux arguments du Timor-Leste en invoquant ses propres «droits souverains ... de protéger sa sécurité nationale et d'exercer sa compétence pénale sur son propre territoire», qui, selon elle, subiraient un préjudice si les mesures conservatoires sollicitées étaient indiquées. L'Australie — tout comme le Timor-Leste — a donc invoqué un principe bien établi, celui selon lequel un Etat peut exercer sa compétence d'exécution sur son propre territoire. Or, ainsi que cela ressort de l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 123-124, par. 57), les principes sur lesquels se fondent les Parties à une instance ne sont pas toujours compatibles. L'interaction entre les deux principes susmentionnés et les droits et obligations qui en découlent et sont applicables en l'espèce font donc partie des questions sur lesquelles il conviendra de se pencher lors de l'examen au fond.

20. Le régime établi par l'engagement de l'*Attorney-General* aurait permis d'empêcher qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste, que la Cour a jugés plausibles. Il n'aurait cependant pas empêché l'Australie d'utiliser les éléments en cause aux fins de faire appliquer son droit pénal sur son territoire, à condition que pareille utilisation ait été conforme audit engagement. Ce régime aurait donc permis d'écarter le risque qu'un préjudice irréparable soit causé au Timor-Leste, question dont la Cour était saisie, sans pour autant porter atteinte aux droits invoqués par l'Australie, qui pourraient ultérieurement être reconnus comme étant les siens. A l'inverse, la deuxième mesure conservatoire empêche l'Australie d'utiliser les éléments en cause pour faire appliquer ses lois, quand bien même cela ne porterait pas préjudice aux droits plausibles invoqués par le Timor-Leste.

21. Il est compréhensible que la Cour soit vigilante lorsqu'elle conçoit des mesures conservatoires visant à empêcher que soit causé un préjudice réellement irréparable, tel que celui qu'aurait pu subir le Timor-Leste en l'espèce. Cependant, compte tenu de la faible probabilité que cela se pro-

duise, il est particulièrement regrettable que la Cour ait indiqué une mesure qui semble restreindre tout éventuel usage des éléments ne risquant pas de causer pareil préjudice au Timor-Leste.

B. LA TROISIÈME MESURE CONSERVATOIRE INDIQUÉE PAR LA COUR

22. S'agissant de la probabilité qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste, ma conclusion est différente pour ce qui concerne la troisième mesure conservatoire indiquée par la Cour, à laquelle je souscris. Cette mesure prévoit que l'Australie ne s'ingérera d'aucune manière dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques ayant trait à l'arbitrage en cours, à l'affaire dont la Cour est saisie ou à toute négociation future sur la délimitation maritime.

23. Les arguments avancés par l'Australie pour contester la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Timor-Leste tendent à indiquer que celle-ci considère que rien, du point de vue juridique, ne l'empêcherait de s'ingérer dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseils à l'avenir, dès lors que cela serait conforme au droit australien. L'Australie a décidé de ne fournir aucune assurance à cet égard, ni dans l'engagement ni d'une autre manière. Par conséquent, si la troisième mesure conservatoire n'avait pas été indiquée, rien n'aurait empêché que se reproduise un nouvel incident du type de celui qui est au cœur de l'argumentation du Timor-Leste. Je considère donc que, compte tenu du caractère plausible de certains droits invoqués par le Timor-Leste, la troisième mesure conservatoire était appropriée.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.
