



OBSERVATOIRE SUR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE N. 2/2014

3. LA COUR, LE TRIBUNAL ARBITRAL ET LE POUVOIR DE SUSPENDRE L'INSTANCE

[Ordonnance du 28 janvier 2014, Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données \(Timor-Leste c. Australie\)](#)

L'ordonnance de la Cour pourrait passer pour une simple décision fixant les délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite en l'affaire opposant le Timor-Leste et l'Australie. Or, parmi ses considérants elle cache la décision de la Cour « de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance » (ordonnance, p. 2).

A notre connaissance, il s'agit de la première fois que la Cour se prononce sur une demande de suspension de l'instance due à la présence d'un autre juge international (un tribunal arbitral, la Cour permanente d'arbitrage faisant fonction de greffe) saisi par les mêmes parties pour trancher le différend qui est à l'origine de la requête du Timor-Leste (*l'Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*). Certes, la jurisprudence de la Cour fournit des exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Toutefois, la Cour n'a jamais considéré ce fait comme un obstacle à l'exercice de sa fonction judiciaire (voy. par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 1984, par. 106).

1. La demande de suspension de l'instance

L'instance introduite par le Timor-Leste devant la Cour internationale de Justice le 17 décembre 2013 concerne « la saisie, le 3 décembre 2013, et la détention ultérieure, par 'des agents australiens, de documents, données et autres biens appartenant au Timor-Leste ou que celui-ci a le droit de protéger en vertu du droit international' [...] notamment des documents, des données et des échanges de correspondance, entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques, qui se rapportent à un *Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*, actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie » (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, par. 1). L'affaire a été présentée comme un cas relativement simple par le conseil du Timor-Leste : « One State has taken the property of another, and should be required to give it back, untouched and

without delay » (CR 2014/1, p. 16).

Le Timor-Leste a également présenté une demande en indication de [mesures conservatoires](#). C'est à l'occasion de la procédure orale sur cette demande, et en particulier à la fin du second tour de plaidoiries, que l'Australie a prié la Cour « de suspendre l'instance jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait rendu sa décision dans l'*Arbitrage en vertu du traité du sur la mer de Timor* » (CR 2014/4, p. 29).

Ce n'est qu'au cours d'une réunion, que le président de la Cour a tenue avec les agents des parties, que le Timor-Leste a pu exprimer son mécontentement à l'égard de la demande de l'Australie observant qu'aucune raison n'avait été donnée à l'appui de cette demande et que le Timor-Leste n'avait plus le temps d'examiner la question (ordonnance, p. 2). Tout ce que l'on apprend de l'ordonnance est que l'Australie aurait « précisé qu'elle avait demandé que la Cour suspende l'instance parce que le résultat de l'*Arbitrage en vertu du traité du sur la mer de Timor* pouvait avoir une incidence sur la décision de la Cour en la présente espèce » (*idem*).

La question n'a pas pu être explicitement abordée par les parties dans les pièces de la procédure relative aux mesures conservatoires, la demande de suspension ayant été présentée juste avant la clôture de la dernière séance publique. Les observations écrites et orales de l'Australie fournissent néanmoins des indications utiles pour mieux comprendre les raisons de sa demande de suspension de l'instance.

En rappelant les principes généraux régissant l'indication de mesures conservatoires, l'Australie a exprimé avant tout la préoccupation que la Cour écarte la possibilité d'un « misuse » des mesures conservatoires, en particulier dans la situation où « another court or tribunal is already seized of the matter and would be able to deal promptly with an application for binding provisional measures » (observations écrites de l'Australie, par. 67). Il n'y aurait donc pas de véritable alternative entre la Cour et l'autre juge international : la demande en indication de mesures conservatoires devrait être présentée au second lorsqu'il est saisi au principal et il a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (observations écrites de l'Australie, par. 68).

Ce qui explique la conclusion de l'Australie selon laquelle le tribunal arbitral saisi du différend concernant le traité sur la mer de Timor « is in a better position than the Court to exercise its agreed powers, both as to its own jurisdiction and as to discretionary elements » (observations écrites de l'Australie, par. 75, lett. e). La formulation reste très prudente, il faut l'admettre. Il n'est pas question de mettre en doute la compétence de la Cour. En tout cas, en ce qui concerne la demande en indication de mesures conservatoires (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, par. 20). L'Australie ne fait que suggérer que le tribunal arbitral soit mieux placé pour se prononcer sur l'indication de mesures conservatoires. Et ses observations écrites ne contiennent aucune demande de suspension de l'instance.

Lors des audiences publiques l'Australie s'est montrée encore très prudente. A la fin du premier tour de plaidoiries, toujours pas de demande de suspension. Mais l'intervention de M. Crawford fournit enfin des indications essentielles à cet égard. Le raisonnement est le suivant. Le tribunal arbitral est compétent pour toutes les demandes, principale et incidentes. Il est saisi du différend concernant le traité sur la mer de Timor (CR 2014/2, p. 38-40) et il possède également le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (CR 2014/2, p. 17), conclusion d'ailleurs contestée par le Timor-Leste (CR 2014/1, p. 31-32). L'instance du Timor-Lest introduite devant la Cour vise des demandes ayant un caractère

incident par rapport à l'affaire devant le tribunal arbitral : « The Application and especially the Request [...] are incidental to a dispute which is already before another judicial body » (CR 2014/2, p. 42-43).

L'Australie affirme alors que, par rapport à la Cour, le tribunal arbitral saisi de l'affaire relative au traité sur la mer de Timor est « plainly a more appropriate forum for dealing with the subject-matter of the Request » (CR 2014/2, p. 46). Le tribunal arbitral connaîtrait le différend principal dans son ensemble (CR 2014/2, p. 46-47) alors que la Cour n'aurait aucune « inherent priority » (CR 2014/2, p. 43). La référence à l'*affaire de l'usine Mox* – et à « the appropriate adjustment of relations between different international courts and tribunals » réalisé par le tribunal arbitral saisi de cette affaire qui avait décidé de suspendre la procédure jusqu'à ce qu'un autre juge (la Cour de justice de l'Union européenne) ne se soit prononcé sur une question étroitement liée au différend principal (CR 2014/2, p. 45) – anticipe la demande de suspension qui ne sera formulée que le jour suivant, à la fin de la phase orale.

C'est ainsi que l'Australie a pu mettre en garde la Cour des risques de forum shopping, de fragmentation du droit international et de multiplication de jugements possiblement contradictoires qu'une éventuelle décision favorable à la demande du Timor-Leste allait entraîner (CR 2014/2, p. 44).

2. Le rapport entre la Cour et le tribunal arbitral

Or, la thèse de l'Australie repose sur une condition essentielle que la Cour a écartée.

Pour que se pose la question du rapport entre la Cour et le tribunal arbitral, encore faut-il que la demande du Timor-Leste révèle un cas de « concurrent jurisdiction », selon l'expression employée par l'Australie (CR 2014/2 p. 44). Bref, les deux juges devraient être saisis du même différend.

En rejetant la demande de l'Australie, la Cour a été très explicite à cet égard : « le différend qui a été porté devant elle est suffisamment distinct de celui dont connaît le Tribunal arbitral » (ordonnance, p. 2).

Au cours des plaidoiries, le Timor-Leste avait en effet eu l'occasion de préciser que l'arbitrage « relates to Timor-Leste's contention that Australia's conduct during the negotiations for the CMATS Treaty has rendered that treaty invalid » et que cette affaire ne doit pas être confondue avec l'instance portée devant la Cour « in which Timor-Leste is complaining of the seizure of its property and is seeking the recovery of the documents that were held on its behalf by Mr. Collaery » (CR 2014/1, p. 24). Si l'on veut le cas est comparable à l'affaire *Ambatielos* (*Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt du 19 mai 1953, *CIJ Recueil* 1953, p. 16).

La relation entre le différend dont est saisi le tribunal arbitral et les demandes du Timor-Leste introduites devant la Cour devient tout à fait *hypothétique* (une situation en partie semblable, sur laquelle la Cour ne s'est pas prononcée, caractérisait le différend entre la Belgique et la Suisse : le droit de la Belgique de saisir la Cour plutôt que la Cour de justice de l'Union européenne était mis en doute par la Suisse, qui avait demandé à la Cour de se renseigner à cet égard, *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale* (*Belgique c. Suisse*), exceptions préliminaires de la Confédération suisse, 17 février 2011, par. 204).

Pour contourner cet obstacle l'Australie a invoqué l'argument de la nature incidente des demandes du Timor-Leste. Question de rétablir un lien entre les deux

juridictions. Et de suggérer, sans l'affirmer explicitement, que seul le juge saisi de la demande principale peut se prononcer sur la demande – incidente – en indication de mesures conservatoires. Mais l'argument ne paraît pas convaincant : le rapport entre la Cour et le tribunal arbitral ne dépend pas tellement de la nature incidente de la demande en indication de mesures conservatoires par rapport au différend dont est saisi le tribunal arbitral, mais de l'identité de la demande principale portée à l'attention de la Cour et du tribunal arbitral.

Pour étayer sa demande, l'Australie donne l'exemple de l'article 290, par. 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoire, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires »). Il s'agirait de la seule « situation where an international judicial body exercises jurisdiction over provisional measures in connection with a dispute pending before another such body » (CR 2014/2, p. 46). La disposition fournirait alors la preuve de l'exception qui à son tour devrait démontrer la règle générale selon laquelle une demande en indication de mesures conservatoires ne pourrait être présentée que devant le juge saisi de la demande principale. La conséquence ultime, que l'Australie n'ose pas tirer, étant que la Cour ne serait pas compétente à se prononcer sur la demande – incidente – du Timor-Leste. En effet, la Cour nous semble la seule compétente à se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires qui est incidente par rapport à la demande principale concernant la saisie des documents par l'Australie, alors qu'il est douteux qu'elle soit incidente par rapport au différend sur les négociations du traité CMATS introduit devant le tribunal arbitral.

Sans compter l'existence d'autres situations comparables à celle envisagée par l'article 290, par. 5, de la Convention sur le droit de la mer (comme, par exemple, l'article 26 des P.R.I.M.E. Arbitration Rules ou l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends à l'OMC concernant la liberté des parties de recourir à l'arbitrage qui pourrait combler la lacune du système OMC ne prévoyant pas de mesures conservatoires), l'on pourrait aussi considérer que cette disposition fournisse, au contraire, un exemple de dissociation entre le juge du principal et le juge de l'accessoire.

Mais là encore l'aspect essentiel est que l'article 290, par. 5, repose sur la présomption que le différend principal concerne l'application ou l'interprétation de la Convention sur le droit de la mer, c'est-à-dire sur l'identité ou, dans ce cas particulier, l'unicité de la demande principale. La question du rapport entre la Cour et le tribunal arbitral ne pourrait se poser que si ce dernier était également saisi de la demande principale concernant la licéité de la saisie des documents du Timor-Leste par l'Australie.

3. Le pouvoir de la Cour de suspendre l'instance

La conclusion de la Cour sur la différence entre les demandes du Timor dont elle est saisie et le différend soumis à l'arbitrage justifie le rejet de la demande de suspension de l'instance avancée par l'Australie, tout simplement parce qu'elle exclut que les conditions de la litispendance soient remplies. Mais supposons que l'affaire ait impliqué une compétence parallèle de la Cour et du tribunal arbitral. La Cour aurait-elle eu le pouvoir de suspendre l'instance ?

On se limitera ici à rappeler que la jurisprudence de la Cour et de sa devancière ne semble pas exclure qu'on leur reconnaisse un pouvoir inhérent de suspendre l'exercice de leur fonction judiciaire, voire d'y renoncer, en faveur d'un autre juge saisi de la même instance. En cas de litispendance, la Cour pourrait évaluer l'opportunité judiciaire (selon la terminologie anglaise, la « judicial propriety ») de l'exercice de sa compétence.

La Cour permanente, après une considération générale sur le débat concernant la possibilité d'appliquer la litispendance dans les rapports internationaux, a conclu que de toute manière le litige dont elle était saisie ne remplissait pas les conditions essentielles de son application (CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, arrêt du 25 août 1925, Série A, N. 6, p. 20). Ce qui n'exclut pas en principe que la litispendance soit applicable lorsque ces conditions sont présentes.

Plus en général, la Cour a reconnu que « même si, une fois saisie d'une requête, elle estime avoir compétence, elle n'est pas obligée d'exercer cette compétence dans tous les cas. Si la Cour est convaincue [...] qu'il serait incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur le fond d'une requête, elle doit refuser de le faire » (*Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, CIJ Recueil 1963, p. 37).

D'aucuns en ont déduit que « an issue of judicial propriety may indeed exist in the case of *lis alibi pendens* » et que plusieurs éléments devraient pris en considération par la Cour avant de refuser de se prononcer sur le fond d'un litige, tels que « the other court or tribunal may not have jurisdiction over the whole dispute; the settlement of the dispute may be delayed; deciding the dispute would require an examination of questions of international law that are not included among those for which the other court or tribunal is regarded as particularly qualified; the procedure before the other court or tribunal would not provide the same opportunities for defence [...] the dispute has been taken by one of the parties to the other court or tribunal before the application is made to the ICJ » (G. Gaja, 'Relationship between the ICJ with Other International Courts and Tribunals', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 579-580).

La Cour, ainsi que d'autres juges, devrait être à même d'écarter le risque de jugements contradictoires. Si la multiplication des juridictions internationales engendre des préoccupations à cet égard, la pratique internationale – à l'exception sans doute de l'*affaire de l'usine Mox* (Irlande c. Royaume-Uni, ordonnance n. 3, *Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures*, 24 juin 2003, par. 20-30) – montre, il faut l'admettre, une certaine réticence du juge international à la coopération avec d'autres juridictions.)

BEATRICE I. BONAFÈ