

DISSENTING OPINION OF JUDGE KEITH

1. I regret that I cannot agree with two of the measures the Court has adopted. My regret is the greater for I do have some understanding of the “deep offence and shock” felt in Timor-Leste about the actions of ASIO to which the Agent of Timor-Leste referred at the outset of this proceeding. I do not however consider that grounds for adopting the measures have been established.

2. In its Application, Timor-Leste listed as its main legal grounds its property and other rights in the documents and data sent to, held by, received from or prepared by its legal representatives and legal advisers, (a) generally, (b) in the course of the provision of legal advice to it, and (c) in the course of preparation for litigation in which it is engaged as a party. “These rights exist under customary international law and any relevant domestic law, and as a consequence of the sovereignty of Timor-Leste under international law”. The request for provisional measures adopts a broader position, going beyond the arbitration, by including among the consequences it seeks to avoid Australia being able to inform itself of (1) privileged advice given to Timor-Leste by its advisers relating to the Timor Sea and its resources, (2) Timor-Leste’s position in relation to those matters, and (3) other matters, confidential to Timor-Leste, treated in the documents and data.

3. The undertaking of non-communication of the material seized, given by the Australian Attorney-General on 4 December 2013, related only to those individuals involved in the arbitration, as did that of 19 December to the Arbitral Tribunal; on 23 December that undertaking was extended to these proceedings (paragraph 37 of the Order). However, at this point, the undertakings did not extend to the other matters included by Timor-Leste in its request and listed at the end of the last paragraph.

4. While it is not surprising that the broader claims made by Timor-Leste in its request filed on 17 December were not addressed in the undertakings given by Australia just two and six days later on 19 and 23 December, it is not the case, as Australia claimed in the hearings, that those matters were raised “for the first time” at the beginning of the hearings. Australia was equally in error when it stated that it would much have preferred that Timor-Leste had taken up the Court’s invitation to file written observations so that the charges it made the previous day could have been made with precision. The Court issued no such invitation.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Je suis au regret de ne pouvoir m'associer à deux des mesures conservatoires qui ont été indiquées par la Cour, d'autant plus que je comprends, dans une certaine mesure, que le Timor-Leste ait été «fort meurtri et choqué» par les actes de l'ASIO auxquels son agent a fait référence au début de la procédure. Je considère néanmoins qu'il n'a pas été établi que ces mesures étaient justifiées.

2. Dans sa requête, le Timor-Leste a invoqué, comme principaux moyens juridiques, les droits de propriété et autres droits qu'il détient à l'égard des documents et données qu'il adresse à ses représentants et conseillers juridiques, que ceux-ci ont en leur possession ou ont établis, ou qu'il reçoit de leur part; ces droits étaient invoqués *a)* à l'égard desdits éléments en général, *b)* à l'égard de ceux ayant trait à des conseils juridiques destinés au Timor-Leste, et *c)* à l'égard de ceux qui s'inscrivent dans le cadre de la préparation d'un arbitrage auquel celui-ci est partie. Selon le Timor-Leste, «[c]es droits découlent du droit international coutumier et de tout droit interne pertinent, ainsi que de la souveraineté du Timor-Leste en droit international». Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, le Timor-Leste a cependant adopté une approche plus large, allant au-delà de l'arbitrage, en mentionnant, parmi les risques qu'il cherchait à éviter, celui que l'Australie prenne connaissance 1) de conseils protégés par le secret professionnel qui lui ont été donnés par ses conseillers au sujet de questions relatives à la mer de Timor et à ses ressources, 2) de sa position concernant ces questions, et 3) d'autres questions traitées dans les documents et données qu'il juge confidentielles.

3. L'engagement de ne pas communiquer les éléments saisis que l'*Attorney-General* de l'Australie avait pris le 4 décembre 2013 ne visait que les personnes participant à l'arbitrage, tout comme celui qui a été pris le 19 décembre devant le tribunal arbitral; le 23 décembre, cet engagement a été étendu à la présente procédure (paragraphe 37 de l'ordonnance), sans toutefois l'être aux autres questions soulevées par le Timor-Leste dans sa demande et énumérées à la fin du paragraphe précédent.

4. S'il n'est guère surprenant que les prétentions plus larges que le Timor-Leste a formulées dans sa demande déposée le 17 décembre n'aient pas été prises en compte dans les engagements donnés par l'Australie deux et six jours à peine plus tard — c'est-à-dire les 19 et 23 décembre —, il est inexact de dire, comme celle-ci l'a fait à l'audience, que ces questions ont été soulevées «pour la toute première fois» au début de la procédure orale. L'Australie s'est également fourvoyée en déclarant qu'il aurait été préférable que le Timor-Leste donne suite à l'invitation de la Cour de présenter des observations écrites afin que les accusations qu'il avait formulées la veille fussent précisées; la Cour ne l'y a jamais invité.

5. Timor-Leste, in the first round of the hearings on 20 January 2014, emphasized the additional matters listed in its request and, as well, what it saw as the lack of binding force, at least at the international level, of the undertakings given by the Attorney-General. That led to the filing the next day by Australia of a further undertaking, dated 21 January 2014, by the Attorney-General (quoted in part in paragraph 10 below). The undertaking of non-communication now (1) applies until final judgment or until further or earlier order of the Court and (2) extends to “any part of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations”.

6. In the second round of the oral hearings, the Agent of Timor-Leste and both of its counsel addressed the new undertaking. One counsel said that “only now does it extend to maritime delimitation matters”. He asked that it be backed by an Order of the Court that deals with the treatment of the materials. He made no comment about any specific gap in the coverage of the undertaking. The second counsel stated that they would look at the new undertaking with interest in the light of Australia’s responses to the questions put to it by Members of the Court. He made no reference to the widened scope of the new undertaking. It would be good, he said, to hear the Agent of Australia say unambiguously that Australia accepts that the undertaking given on 21 January is binding on Australia, *vis-à-vis* Timor-Leste, under international law. The Agent of Timor-Leste repeated that they awaited with interest Australia’s answers to the questions.

7. In the second round Australia answered the questions put to it by Members of the Court. Further, its Agent repeated that the Attorney-General has the actual and ostensible authority to bind Australia as a matter of national law and international law. He continued: “Australia has made the undertakings, Australia will honour them”. The last relevant step in this process is that Timor-Leste, in exercise of its opportunity to comment in writing on the answers given by Australia, said, in its letter of 27 January 2014, that, except in one respect, it did not find it necessary to comment on the answers at the provisional measures stage. The exception was to state its understanding of the scope of one particular undertaking given in those answers. Australia has not questioned that understanding.

8. The important points for me arising from those events are that Timor-Leste sought and received a broader undertaking, both temporally and substantively, and a clear acknowledgment, as I read Australia’s statements, that the undertakings are binding on Australia as a matter of international law. I consider the two matters in turn.

5. Lors du premier tour de plaidoiries, le 20 janvier 2014, le Timor-Leste a mis l'accent sur les points supplémentaires énumérés dans sa demande et sur le fait que, selon lui, les engagements pris par l'*Attorney-General* n'avaient pas force obligatoire, du moins sur le plan international. Cela a conduit l'Australie à déposer, le lendemain, un nouvel engagement de son *Attorney-General*, en date du 21 janvier 2014 (dont un extrait est cité au paragraphe 10 ci-après). Désormais, l'engagement de ne pas communiquer les documents et données 1) s'appliquait 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, et 2) s'étendait à toute «entité du Gouvernement australien [...] à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet».

6. Au second tour, ce nouvel engagement a été examiné par l'agent et deux conseils du Timor-Leste. L'un des conseils a relevé que «[c]e n'[était] que maintenant que cet engagement s'étend[ait] aux questions de délimitation maritime». Il a demandé que celui-ci soit étayé par une prescription de la Cour portant sur le traitement des éléments en cause. En revanche, il n'a fait état d'aucune lacune particulière dans ledit engagement. L'autre conseil a précisé que la partie timoraise examinerait attentivement l'engagement du 21 janvier 2014 à la lumière des réponses de l'Australie aux questions posées par des membres de la Cour, sans faire mention de la portée élargie de ce document. Il a cependant ajouté qu'il serait bon d'entendre l'agent de l'Australie déclarer sans ambiguïté que celle-ci reconnaissait être liée par cet engagement vis-à-vis du Timor-Leste au regard du droit international. L'agent du Timor-Leste, quant à lui, a confirmé que la Partie timoraise attendait avec intérêt les réponses de l'Australie aux questions qui lui avaient été posées.

7. L'Australie a répondu aux questions des membres de la Cour lors de son second tour de plaidoiries. Par ailleurs, son agent a confirmé que l'*Attorney-General* avait le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international, ajoutant que celle-ci «a[vait] pris ces engagements et [qu']elle les honorera[it]». Enfin, il convient de rappeler que le Timor-Leste, faisant usage de la possibilité qui lui avait été donnée de formuler des observations écrites sur les réponses fournies par l'Australie, a indiqué, dans une lettre datée du 27 janvier 2014, que, hormis sur un point, il n'estimait pas nécessaire de formuler pareilles observations au stade de l'examen des mesures conservatoires. Le Timor-Leste a simplement tenu à donner son interprétation de la portée d'un engagement particulier pris dans lesdites réponses, interprétation que l'Australie n'a pas contestée.

8. Selon moi, deux points importants se dégagent de ces développements : le Timor-Leste a demandé et obtenu, d'une part, un engagement plus large, tant du point de vue temporel que sur le fond et, d'autre part, une reconnaissance claire, si je comprends bien les déclarations de l'Australie, de ce que celle-ci était liée, au regard du droit international, par les engagements qu'elle avait pris. J'examinerai ces deux points tour à tour.

9. In respect of the first, so far as the temporal scope of the undertaking is concerned, the undertakings have two different elements, the second of which runs into the latest undertaking's substantive scope. The first is that the undertaking of 21 January 2014 now applies "until final judgment or until final order or earlier order of the Court". That extent exactly meets the incidental, interim and conservatory function of provisional measures of protection in relation to the principal proceeding. To turn to the second element, the principal relevant undertaking is one of non-communication whereas on 23 December 2013 the Attorney-General had instructed that the material would be sealed, but only until 22 January 2014. That difference between non-communication to certain persons for certain purposes and sealing for all purposes leads into the substantive scope of the undertaking.

10. Like the Court, I proceed on the basis that the plausible right at issue in this case is the right of a State to enjoy a confidential relationship with its legal advisers, in particular, in respect of disputes with another State which are or may be the subject of litigation or negotiation or other form of peaceful settlement. The State should not in principle be at risk of that relationship being interfered with by the other party to the dispute (see Order, para. 27). In this case, to return to the elaboration which Timor-Leste provided in the course of the proceedings and to repeat it, the confidential relationship relates to (1) privileged advice given to Timor-Leste by its advisers relating to the Timor Sea and its resources, (2) Timor-Leste's position in relation to those matters, and (3) other matters, confidential to Timor-Leste, treated in the documents and data. The most relevant part of the undertaking given by the Attorney-General in his letter of 21 January reads as follows:

"that until final judgment in this proceeding or until further or earlier order of the Court:

1. I will not make myself aware or otherwise seek to inform myself of the content of the Material [seized from the law firm] or any information derived from the Material; and
2. Should I become aware of any circumstance which would make it necessary for me to inform myself of the Material, I will first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered; and
3. The Material will not be used by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions); and
4. Without limiting the above, the Material, or any information derived from the Material, will not be made available to any part

9. S'agissant du premier point, la portée temporelle des engagements revêt deux aspects distincts, le second rejoignant la portée matérielle du dernier engagement en date. Premièrement, l'engagement du 21 janvier 2014 s'appliquait désormais «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». Cela correspond précisément à la fonction incidente, provisoire et conservatoire des mesures conservatoires par rapport à l'instance principale. Quant au second aspect, le principal engagement pertinent est celui de non-communication, alors que l'*Attorney-General* avait, le 23 décembre 2013, indiqué que les documents seraient placés sous scellés, mais seulement jusqu'au 22 janvier 2014. Cette différence entre la non-communication à certaines personnes et à certaines fins, et la mise sous scellés à toutes fins, nous ramène à la portée matérielle de l'engagement.

10. Tout comme la Cour, je pars du principe que le droit plausible qui est en cause dans la présente affaire est le droit d'un Etat de pouvoir entretenir des relations avec ses conseillers juridiques en toute confidentialité, notamment pour ce qui concerne les différends avec un autre Etat qui font ou sont susceptibles de faire l'objet d'une procédure judiciaire, de négociations ou de toute autre forme de règlement pacifique. En principe, l'Etat en question ne devrait pas être exposé au risque que l'autre partie au différend s'ingère dans ces relations (voir ordonnance, par. 27). En l'espèce, pour reprendre les arguments exposés par le Timor-Leste au cours de la procédure, la confidentialité s'attache 1) aux conseils relevant du secret professionnel donnés au Timor-Leste par ses conseillers au sujet de la mer de Timor et de ses ressources, 2) à la position du Timor-Leste concernant ces questions, et 3) à d'autres questions traitées dans les documents et données que le Timor-Leste juge confidentielles. Le passage pertinent de l'engagement pris par l'*Attorney-General* dans sa lettre du 21 janvier se lit comme suit :

«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 [saisis au cabinet d'avocat] ou de toutes informations qui en découleraient ;
2. Dans le cas où une circonstance, quelle qu'elle soit, 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

of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or relating to the conduct of:

- (a) these proceedings; and
- (b) the proceedings in the Arbitral Tribunal [constituted under the 2002 Timor Sea Treaty].”

Paragraph 4 is the critical part of the undertaking. In so far as its introductory phrase may be seen as referring to national security purposes (subpara. 3), the Solicitor-General provided the clarification that the matters included in subparagraph 4 “fall outside the ‘national security’ purpose referred to in subparagraph 3” (CR 2014/4, p. 20, see also page 21 in respect of any criminal proceeding). When subparagraph 4 is read in accordance with that clarification, it seems to me to match in full the scope of the particular interests which Timor-Leste considers to be at risk of irreparable prejudice. Accordingly, I am not surprised that Timor-Leste in its letter of 27 January did not identify any gaps in the coverage of the new undertaking. It did not point to any remaining element of risk of irreparable prejudice to its rights and interests.

11. There remains the question whether the undertaking binds Australia as a matter of international law. I have no doubt that it does. As the Court says, Australia’s good faith in complying with that commitment is to be presumed (Order, para. 44).

12. Given both the scope of the undertaking and its binding character, for me the matter of weighing Australia’s concerns and its rights and interests relating to the disclosure of its agents’ identities and intelligence methods does not arise. Any imminent risk of irreparable prejudice to Timor-Leste is removed by the most recent undertaking given by the Attorney-General on behalf of Australia, read with the clarifications provided by its Solicitor-General.

13. My votes on this Order in no way prejudice the positions I may take on questions concerning the jurisdiction of the Court, the admissibility of the Application or the merits as they arise later in these proceedings. As the Court says, the Order does not affect the rights of the Parties to submit arguments on those matters.

(Signed) Kenneth KEITH.

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 [en vertu du traité sur la mer de Timor de 2002].»

Le quatrième point constitue le passage essentiel de cet engagement. Etant donné que le membre de phrase «sans préjudice de ce qui précède» pouvait être interprété comme faisant référence à des questions de sécurité nationale (troisième point), le *Solicitor-General* a précisé que les questions entrant dans le champ de ce quatrième point «ne relevaient pas des questions de «sécurité nationale» visées au troisième» (CR 2014/4, p. 20; voir aussi p. 21, pour ce qui concerne toute procédure pénale). A la lumière de cette précision, le quatrième point me semble pleinement correspondre à la portée des intérêts particuliers sur lesquels pesait, selon le Timor-Leste, un risque de préjudice irréparable. Dès lors, je ne suis pas surpris que le Timor-Leste n'ait fait mention, dans sa lettre du 27 janvier, d'aucune lacune dans ce nouvel engagement. Il n'a pas indiqué que subsistait un quelconque risque que soit causé un préjudice irréparable à ses droits et intérêts.

11. Reste la question de savoir si l'Australie était liée par cet engagement au regard du droit international. Selon moi, il ne fait aucun doute que tel était bien le cas. Ainsi que la Cour l'a précisé, il devait être présumé que l'Australie se conformerait de bonne foi à l'engagement qu'elle avait pris (ordonnance, par. 44).

12. La portée de l'engagement et son caractère contraignant rendaient, selon moi, inutile de prendre en considération les préoccupations exprimées par l'Australie, ainsi que ses droits et intérêts, concernant la divulgation de l'identité de ses agents et de leurs méthodes de renseignement. Le dernier engagement pris par l'*Attorney-General* au nom de l'Australie, à la lumière des précisions apportées par le *Solicitor-General*, avait écarté tout risque imminent qu'un préjudice irréparable soit causé au Timor-Leste.

13. Mon vote sur les différents points du dispositif de l'ordonnance ne préjuge en rien des positions que je pourrais adopter quant à certaines questions relatives à la compétence de la Cour, à la recevabilité de la requête ou au fond de l'affaire, telles qu'elles pourraient se poser ultérieurement en la présente instance. Ainsi que la Cour l'a dit, l'ordonnance laisse intact le droit des Parties de faire valoir leurs moyens en ces matières.

(Signé) Kenneth KEITH.