

DISSENTING OPINION OF JUDGE GREENWOOD

Legal criteria for indication of provisional measures — Necessity for caution on the part of the Court — Undertaking given by the Attorney-General of Australia dated 21 January 2014 — Formal undertaking given by a State is legally binding — Presumption that State will act in good faith in honouring its commitment to the Court — Undertaking sufficient to protect plausible rights of Timor-Leste from harm pending judgment on the merits — Effect of undertaking is that there is no real and imminent risk of irreparable harm to Timor-Leste's rights — Conditions for indication of provisional measures accordingly not satisfied in respect of seized material — Plausible rights of Australia not taken into account by Order — Real and imminent risk of Australia's interference with Timor-Leste's future communications with its lawyers.

1. Although I agree with much of the reasoning in the Order, I have voted against the first two paragraphs of the *dispositif*, because I consider that the undertaking given to the Court by the Attorney-General of Australia makes them unnecessary. I am also concerned that the Court, while rightly determined to protect the rights claimed by Timor-Leste, has ignored the rights asserted by Australia.

THE LEGAL CRITERIA FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

2. The Court's power to indicate provisional measures, pending a judgment on the merits, is conferred by Article 41 of the Statute, paragraph 1 of which provides — "The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party." While the language of Article 41 does not make this point clear, the Court has decided that "orders on provisional measures under Article 41 have binding effect" (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109) and thus create international legal obligations for the parties (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 258, para. 263) the breach of which may itself give rise to action by the Court at the merits phase, even if the Court does not otherwise grant relief on the merits.

3. Most legal systems have developed a power of this kind to enable a court or tribunal to issue an interim order to ensure that the rights claimed by one or both parties are not negated by anything done by a party

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-

between the commencement of a case and the final judgment on the merits (see, e.g., L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 234 (1992-III), p. 9). It is in the nature of such measures that they almost always have to be ordered at short notice and without the kind of detailed examination of the legal issues or the evidence which takes place when a court makes a decision on the merits. These are necessary features of a system of interim protection. Since provisional measures are a response to an urgent risk of irreparable harm, it would be impossible to make the indication of such measures contingent upon a court first establishing that it had jurisdiction, that the rights asserted actually existed and that they were applicable on the facts of the case. Nevertheless, the result is that the International Court of Justice, a court whose jurisdiction is derived from the consent of the parties (see, e.g., *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 39, para. 88), imposes a legal obligation upon a party before it decides whether that consent has been given and in order to protect rights the existence and application of which has not yet been established. A degree of caution in the exercise of the Court's powers under Article 41 is thus called for.

4. That caution manifests itself, first, in the conditions which the Court has developed, over the years, as prerequisites for the exercise of its power under Article 41 of the Statute. Thus, the Court must satisfy itself (*a*) that the jurisdictional provisions relied upon appear, *prima facie*, to afford a basis for the jurisdiction of the Court; (*b*) that the rights asserted are at least plausible, that is to say that there is a realistic prospect that when the Court rules upon the merits of the case they will be adjudged to exist and to be applicable; (*c*) that there exists a link between those rights and the measures to be ordered; and (*d*) that there is a real and imminent risk that, unless measures are ordered, irreparable harm will be caused to the rights in dispute before the Court gives its final decision on the merits (see, e.g., *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 17, para. 49, p. 18, para. 53, p. 20, para. 60 and pp. 21-22, paras. 63-64).

5. It is the way in which the Court has dealt with the fourth requirement in the present case which has forced me to dissent (see paragraphs 22-29, below). That requirement actually embraces several different but related elements all of which must be present if the Court is to indicate provisional measures. The first element is that the Court must be satisfied that there is a real and imminent risk that the rights which might be adjudged to belong to a party will suffer irreparable harm before judgment is given on the merits, so that, in that sense at least, the judgment on the merits would be rendered nugatory. The second element is that the

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

measures which the Court is proposing to indicate must be considered necessary to prevent the occurrence of such harm. Implicit in that second element is a third one, namely that the measures should not go beyond what is considered necessary to achieve that end. That is particularly important where those measures may restrict — possibly for some years — the exercise by the party to whom they are directed of rights which that party may subsequently be found to possess.

6. The need for caution is also reflected in the Court's approach to the relationship between its role at the provisional measures and merits phases of a case. Proceedings for provisional measures are dealt with in the Rules of Court under the heading "incidental proceedings". They are incidental, or ancillary, to the proceedings on the merits in that the Court may order such measures only if to do so is necessary for the preservation of rights which it may, at the merits phase, decide belong to one of the parties and are applicable to the facts proven at that phase¹. In this respect, I believe that it is misleading to speak of provisional measures as autonomous. They are autonomous only in the sense that a State may be held responsible for violation of a provisional measure notwithstanding that it prevails on the merits. In addressing a request for provisional measures, however, the Court has to be careful not to stray into matters which can properly be decided only at the merits phase. Thus, while the Court insists that measures will be ordered to protect claimed rights only if those rights are plausible, it should not go beyond that preliminary appraisal and do or say anything which prejudices questions which can only be decided on the merits after the Court has determined that it has jurisdiction and after it has had the benefit of full argument on the law and heard the evidence which the parties wish to put before it. Nor should the Court allow itself to be influenced, at the provisional measures stage, by consideration of the likely outcome on the merits.

7. Finally, while the Court may not indicate provisional measures unless the requirements set out in paragraph 4, above, are met, the fact that they are met does not oblige it to indicate such measures. Once those requirements are satisfied, the Court has a discretion, as the language of

¹ It might seem that the measure, frequently included in an order for provisional measures, by which the Court enjoins both parties to refrain from any action which might aggravate or extend the dispute (see, e.g., *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures, Order of 8 March 2011*, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 27, para. 86 (3)) is an exception to this principle. In fact, the exception is more apparent than real. A measure of this kind is not normally free-standing but is indicated where the Court also indicates measures for the protection of rights. Moreover, the link to the merits is still present, since the dispute which the parties are required not to aggravate or extend is the dispute on which the Court is being asked to rule at the merits phase.

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 établis¹. 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

¹ 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.

Article 41 of the Statute makes clear. In the exercise of that discretion, the Court has to consider carefully the rights asserted by both parties. In seeking to protect the plausible rights asserted by one party from irreparable harm, it should always be mindful of the effect which compliance with its Order may have on the ability of the other party to exercise plausible rights of its own. In some national jurisdictions this consideration has led courts to make the grant of interlocutory relief to a party subject to a requirement that that party undertake to indemnify the other party for the costs of compliance with the interlocutory order in the event that the first party is unsuccessful at the merits stage. This kind of condition affords some protection to the rights which may subsequently be adjudged to belong to the second party and makes interlocutory relief less one-sided. The International Court of Justice has never sought to impose such a condition and the nature of most of the cases which come before it (including the present case) is such that a financial indemnity of this kind would usually be neither sufficient nor appropriate. Nevertheless, that does not excuse the Court from the duty to ensure that any provisional measures which it might indicate do not achieve protection for the rights of one party at the expense of undue harm to the rights of the other. In this respect also a degree of caution is required.

APPLICATION OF THE CRITERIA TO THE PRESENT CASE

8. When one comes to apply these criteria to the facts of the present case, it becomes apparent that this case calls for particular sensitivity on the part of the Court. The background to the request by Timor-Leste for provisional measures is most unusual. First, in an arbitration which it has commenced, Timor-Leste alleges that Australian officials engaged in conduct on the territory of Timor-Leste, as a result of which Australia obtained an unfair advantage in treaty negotiations with Timor-Leste. In advancing this allegation, Timor-Leste proposes to rely upon the testimony of a former officer of the Australian Secret Intelligence Service (“ASIS”). Secondly, Timor-Leste maintains that officers of the Australian Security Intelligence Organisation (“ASIO”), in violation of Timor-Leste’s rights under international law, seized documents relating to the first allegation and other papers concerning Timor-Leste’s legal position vis-à-vis Australia from the Canberra office of an Australian lawyer who is advising Timor-Leste. Thirdly, Australia maintains that the public statements made by Timor-Leste and its Australian lawyer suggest that a former ASIS officer committed a crime under Australian law in disclosing information about ASIS activities and may thereby have endangered the national security of Australia, including putting at risk the lives of other ASIS officers.

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. Even this brief summary of this background suggests that the Court needs to be especially cautious in the present case. In the first place, important elements of this background are the subject of proceedings before another tribunal and are not, therefore, matters on which this Court can pronounce, or by which it should be influenced. It is for the arbitration tribunal, not the Court, to decide whether Timor-Leste's allegations that Australia bugged its government offices in Dili and thus obtained important information regarding Timor-Leste's stance in the negotiation of a treaty on the resources of the Timor Sea are well-founded and, if so, what are the consequences for the validity of the treaty and the responsibility of Australia. Whether a former ASIS officer has violated the criminal law of Australia is a matter for the Australian courts. The issue before this Court is confined to the allegations regarding the seizure of documents from the office of Timor-Leste's Australian lawyer and the justification which might be put forward by Australia for that seizure. Moreover, that issue is one for the merits phase of the present proceedings. The need which arises in all provisional measures cases to ensure that the Court does not stray into matters which can only be considered on the merits is here complicated by the fact that the merits of the case before the Court are bound up with, but have to be kept separate from, the merits of the proceedings before the arbitration tribunal and any proceedings which might be brought before the Australian courts.

10. The task of the Court is also complicated by the nature of the allegations. The adjudication of issues involving national security is seldom an easy matter. In the present case the national security of both Timor-Leste and Australia is potentially at stake. The handling of intelligence material and allegations regarding the activities of intelligence services is notoriously difficult in any legal system. This consideration compounds the difficulty which always faces the Court at the provisional measures stage of a case, namely that there is very little evidence or information regarding the facts before the Court. In the present case, Timor-Leste is understandably concerned that the raid on its lawyer's office has placed in the hands of the Australian Government legal and technical advice and correspondence which could give Australia a marked, and most unfair, advantage in the arbitration proceedings and in any future negotiations with Timor-Leste over the Timor Sea but it is unsure precisely what documents Australia has in its possession. Australia, having sealed the documents in response to the request of the President (Order, paras. 9 and 37) has told the Court that it does not know what is in those documents (see the statements by the Solicitor-General of Australia (CR 2014/4, pp. 9 and 17 (Gleeson))) but expresses concern that they may contain information relevant to safeguarding the lives of members of its intelligence services and its methods of gathering intelligence. The Court is thus obliged to proceed in a difficult matter with even less

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

information than it would usually have on a request for provisional measures.

11. None of this means that the Court should be deterred from exercising its powers under Article 41 of the Statute. The Court has a responsibility to do what it can to ensure that plausible rights asserted by a State in proceedings before it are not irreparably damaged before the Court rules on jurisdiction or merits. Nevertheless, it does suggest that the Court must tread carefully, ensuring that the criteria for the indication of provisional measures are indeed met, that it is sensitive to the plausible rights of both Parties and that it does not go beyond what is necessary for the protection of the rights of either.

12. I agree with the Court that the first three requirements for the indication of provisional measures are met. That the provisions relied upon by Timor-Leste to found the jurisdiction of the Court appear, at least *prima facie*, to afford a basis of jurisdiction is clear beyond doubt and is not challenged by Australia². The Order quite rightly finds that Timor-Leste has demonstrated that it has plausible rights. I agree both with the Court's definition of those plausible rights — “namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers” (Order, para. 28) — and with its implicit decision that it is unnecessary at the present stage of the proceedings to enquire into the broader rights asserted by Timor-Leste. I am not sure that those rights may be derived from Articles 2 (1) and 2 (3) of the United Nations Charter, as opposed to a general principle of law concerning the confidentiality of communications with legal advisers, but that is a matter for the merits. Finally, I agree that there is a link between the rights asserted by Timor-Leste and the measures which the Court has indicated.

13. Where I must part company with the Court is in the application of the fourth requirement, namely that the measures must be necessary to prevent a real and imminent risk of irreparable harm to those rights. The majority has found that such a risk exists notwithstanding the undertaking given by the Attorney-General of Australia to the Court. I do not agree. Save in one respect, I believe that the undertaking is sufficient to prevent the harm feared by Timor-Leste. To see why that is so, it is necessary to examine the undertaking in some detail.

² Australia has, however, reserved the right to challenge the jurisdiction of the Court or the admissibility of the Application at a later stage.

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 contesté². 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.

² 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. Australia has given more than one undertaking to this Court and to the arbitration tribunal but it is only the undertaking dated 21 January 2014 that is relevant to whether or not there exists a risk of irreparable harm. The other undertakings were either subsumed by this one or are concerned only to preserve the status quo pending the Court's ruling on the request for provisional measures. Thus, following the letter of 18 December 2013 from the President of the Court, in the exercise of his powers under Article 74 (4) of the Rules of Court (Order, para. 9), Australia placed the documents under seal and undertook that no official of Australia would have access to them until the Court rendered its decision on the request for provisional measures (*ibid.*, para. 37). While this undertaking was a very proper response to the President's letter, it will expire on the delivery of the present Order and is therefore of no relevance to the question whether provisional measures are necessary in respect of the period which will elapse between the Order and the final judgment of the Court.

15. The undertaking of 21 January 2014 is of an entirely different character. In a letter of that date, the Attorney-General stated that:

“Whereas

- A. I am the Attorney-General of the Commonwealth of Australia, having responsibility, *inter alia*, for the administration of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979 and for the conduct of these proceedings; and
- B. I am aware that the Australian Security Intelligence Organisation ('ASIO') executed a warrant at premises occupied by the law firm of Mr. Bernard Collaery and that in execution of that warrant, certain material ('the Material') was taken into possession by ASIO; and
- C. On 19 December 2013, I made a written undertaking to an Arbitral Tribunal constituted under the 2002 Timor Sea Treaty relating to restrictions on the use of the Material; and
- D. On 20 January 2014, the Government of Timor-Leste raised before the International Court of Justice ('the Court') concerns relating to the use of the Material in contexts unrelated to the arbitration.

I declare to the Court that:

- 1. I have not become aware or sought to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and
- 2. I am not aware of any circumstance which would make it neces-

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

sary for me to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and

3. I have given a Direction to ASIO that the content of the Material and any information derived from the Material, is not under any circumstances to be communicated to any person for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions) until final judgment in this proceeding or until further or earlier order from the Court.

I undertake to the Court 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 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 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 referred to in Recital C.”

As the present Order records, the Agent of Australia stated before the Court that the Attorney-General had the authority to bind Australia as a matter of both Australian and international law (CR 2014/2, p. 9 (Reid) and CR 2014/4, p. 27 (Reid), quoted in paragraph 44 of the Order).

16. The Attorney-General’s undertaking was clarified by the answers given by Australia to questions asked by Members of the Court. In response to the question “[u]nder what circumstances would the undertaking of the Attorney-General expire prior to this Court’s Judgment” (CR 2014/2, p. 49), the Solicitor-General of Australia replied:

“it will not expire. All the words in question were intended to do was to allow for a possible variation after the Court so ordered. There are no circumstances, other than those referred to in subparagraph 2,

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

which would require a variation. The purpose of subparagraph 2 was that if circumstances arose where it became necessary — for reasons currently unanticipated — for the Attorney-General to inform himself of the material, Australia will first bring the matter to [the Court], on notice to Timor-Leste, and will not act before [the Court has] been able to consider the matter.” (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

The undertaking was thus of indefinite duration and would be varied only with the consent of the Court.

17. Australia was also asked about the relationship between subparagraph (3) and subparagraph (4) of the undertaking “in light of the fact that subparagraph (4) begins with the phrase ‘without limiting the above’”. The question was:

“If Australia wishes, for ‘national security purposes’, to provide the material or information derived from the material to a part of the Australian Government that has responsibility for the matters described in subparagraph (4), could it do so consistent with the Undertaking?” (CR 2014/2, p. 49.)

The Solicitor-General’s answer was categorical —

“The answer to your second question is ‘no’.

The purpose of subparagraph (4) was only to clarify that matters concerning the Timor Sea and related negotiations, as well as the conduct of these Court proceedings and of the Tribunal, fall outside the ‘national security’ purpose referred to in subparagraph (3).” (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

In other words, Australia was undertaking that, except with the consent of the Court, none of the material seized, or information derived therefrom, would be communicated to anyone involved in the proceedings before this Court or the proceedings before the arbitration tribunal or anyone who might become involved in any future negotiations regarding the Timor Sea which might take place between Australia and Timor-Leste.

18. The undertaking related to future disclosure of the material seized or information derived therefrom but, in answer to another question from a Member of the Court (CR 2014/2, p. 49), the Solicitor-General of Australia gave an undertaking that no information derived from that material or notes taken during the execution of the search warrant had already been disclosed to persons involved in the arbitration proceedings or who might be involved in any future negotiations regarding the Timor Sea (CR 2014/4, pp. 20-21 (Gleeson)).

19. Lastly, a Member of the Court asked Australia:

“In the event of a prosecution in Australia, will any of the documents seized or information derived from those documents be dis-

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

closed in court in such a way that those documents or that information will be likely to come to the notice of persons involved in the arbitration, in the proceedings in this Court or in any negotiations [regarding the Timor Sea]?” (CR 2014/2, pp. 49-50.)

The Solicitor-General replied:

“[I]f the documents remain in the hands of ASIO or the prosecutors, Australia’s approach would be to make the appropriate application to the Court [i.e., the Australian court] under the National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004 which can be applied to ensure that the information does not come to the notice of persons referred to in the question.

The Attorney-General undertakes to you that in the event of such a prosecution, he will direct the Commonwealth Director of Public Prosecutions to invoke the relevant provisions of that Act. And, in the unlikely event that a prosecution took place before the resolution of this matter, the Attorney-General, through me, undertakes that he will inform the Court [i.e., the Australian court before which the prosecution takes place] of the undertaking I have just given you, he will seek the appropriate orders to limit the dissemination of the information. And in the unlikely event the orders were not made, the Attorney-General will bring the matter back to this Court before any further action is taken in Australia.” (CR 2014/4, p. 21 (Gleeson).)

20. The Court has in the past taken into account a formal undertaking regarding future conduct of the kind given by Australia and concluded that, in the light of that undertaking, no risk of irreparable harm existed (see *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009*, *I.C.J. Reports 2009*, p. 155, paras. 71-72). It has also taken note of a formal undertaking in proceedings before the Court as to an existing state of affairs (see *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2014*, p. 65, para. 178). As the Court says in the present Order,

“[t]he Court has no reason to believe that the written undertaking dated 21 January 2014 will not be implemented by Australia. Once a State has made such a commitment concerning its conduct, its good faith in complying with that commitment is to be presumed.” (Order, para. 44.)

21. It is implicit in paragraph 44 of the Order and in the approach taken by the Court in *Belgium v. Senegal* that a formal undertaking of the kind given by Australia in proceedings before the Court is legally binding as a matter of international law and creates legal obligations for the State that makes it.

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. Should the Court, therefore, have followed the same course that it adopted in *Belgium v. Senegal* and treated the Australian undertaking (as clarified in the hearings before the Court) as sufficient to demonstrate that there was no real and imminent risk of irreparable harm? To answer that question, it is necessary to look both at the right, as defined by the Court, and the risks identified by Timor-Leste and the Court.

23. The principal claim of Timor-Leste, which the Court considered had been established as plausible and thus deserving, if the other requirements were satisfied, of protection by means of provisional measures was “[the] right to communicate with its counsel and lawyers in a confidential manner with regard to issues forming the subject-matter of pending arbitral proceedings and future negotiations between the Parties” (Order, para. 27; see also para. 28). The risk of irreparable harm to this right identified by Timor-Leste was the risk that the material seized from its lawyer’s office, or information derived therefrom, would find its way into the hands of those responsible on the part of Australia for the conduct of the arbitration or any future negotiations. Thus, counsel for Timor-Leste told the Court

“The essence of what we seek is to ensure that the illegally seized materials should not be made available to any person having any role in connection with Australian diplomatic or commercial relations with Timor-Leste over the Timor Sea and its resources. This includes, but is not limited to, any person having any role in relation to the Arbitration.” (CR 2014/1, pp. 33-34 (Sir Michael Wood).)

24. It was that risk of a detrimental effect on Timor-Leste’s position in the arbitration and in any future negotiations which would arise if the seized material was divulged to any person involved in the arbitration or likely to be involved in any future negotiations on the Australian side which was the decisive consideration for the Court (see Order, para. 42).

25. Yet that is precisely the risk which the Attorney-General’s undertaking, if complied with, would prevent. As clarified before the Court, that undertaking is that:

- (1) none of the seized material or any information derived therefrom has so far been divulged to any person involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations;
- (2) none of the seized material or any information derived therefrom will be divulged to any person involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations until after the Court has given its final judgment in the case;

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) in the event that criminal proceedings are brought in Australia before the Court has given its final judgment in this case, the Australian court will be asked to take special measures to ensure that none of the seized material or information derived therefrom is disclosed in a manner which might lead to it coming to the attention of any of the persons involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations and, if the Australian court declines to take such measures, Australia will not proceed further in the Australian courts until it has given this Court the opportunity to rule on the question.

26. This undertaking is far more precise and detailed than that given in *Belgium v. Senegal*. Since the Court has held that there is no reason to believe that Australia will not comply with the commitment that it has made to the Court, I cannot conclude that there is a real and imminent risk that any of the information concerned will find its way into the hands of anyone involved in the arbitration or the conduct of the current proceedings or who is likely to be involved in any future negotiations between the Parties over the Timor Sea. The Court reaches a different conclusion on the basis that,

“once disclosed to any designated officials in the circumstances provided for in the written undertaking dated 21 January 2014, the information contained in the seized material could reach third parties, and the confidentiality of the materials could be breached” (Order, para. 46).

27. I entirely understand and sympathize with the Court’s concern to maintain the confidentiality of what seems certain to be sensitive material capable of giving Australia a most unfair advantage in the ongoing arbitration proceedings and possibly in any future negotiations but it has to be asked quite what the Court has in mind in the passage just quoted. The possibility of disclosure coming about as a result of a prosecution in Australia has been covered by the supplementary undertaking given orally through the Solicitor-General and quoted at paragraph 19, above. The Court may have had in mind the possibility of a disclosure by an officer of ASIO empowered to examine the material for national security reasons. Yet that concern is difficult to reconcile with what the Court says in paragraph 44 of the Order about having no reason to doubt that Australia will comply with the undertaking. A State can act only through its officials and an officer of ASIO is, in accordance with the principle codified in Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, an organ of the Australian State. It is, therefore, a contradiction in terms to say that the Court has confidence that Australia will comply in good faith with the commitment it has made but that it doubts whether certain organs of the Australian State will do so. Even if such an ASIO officer were acting in an

- 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

unauthorized manner, his or her conduct would still be the conduct of Australia so long as he or she acted in their official capacity (ILC Articles on State Responsibility, Article 7) and it is difficult to see how disclosure by one official to another could be seen as anything else. I accept that that leaves the possibility of an accidental disclosure but, given the nature of the security concerns involved, such accidental disclosure seems unlikely and no suggestion of such an eventuality was made by Timor-Leste.

28. For these reasons, I believe that the 21 January 2014 undertaking from the Attorney-General of Australia removes the risk that the material (or information derived therefrom) will be disclosed in circumstances which would disadvantage Timor-Leste in relation to the arbitration proceedings or potential negotiations regarding the Timor Sea. The Court, however, has determined that, while the undertaking makes “a significant contribution towards mitigating the imminent risk . . . [it] does not remove this risk entirely” (Order, para. 47). On that basis, the Court has ordered Australia to seal the seized material (*ibid.*, para. 55 (2)) and ensure that its content is not in any way used to the disadvantage of Timor-Leste (*ibid.*, para. 55 (1)). This approach may reflect an understandable wish to err on the side of caution. Unfortunately, I think it goes far beyond that. While paragraph (1) of the *dispositif* can reasonably be regarded in that light, paragraph (2) goes much further. By requiring that the seized material be sealed until the final judgment of the Court, this measure deprives Australia of any opportunity (until the date of that judgment) to have its intelligence officers inspect the material for the purpose of finding out what, if anything, the former ASIS officer actually disclosed to Timor-Leste’s Australian lawyer and, in particular, whether that disclosure may put in danger other ASIS or ASIO officers. It also precludes Australia from making any use of the material (even in a preliminary way) in the investigation of what it claims may be a serious offence by an Australian national. To my mind, it is clear that the right of Australia to exercise its criminal jurisdiction and its right to protect the safety of its officials must also be regarded as plausible. In deciding what provisional measures to order, the Court should have regard to the plausible rights of both parties in a case. In particular, it should be slow to adopt a measure which precludes one party (here, Australia) from *any* exercise of its plausible rights in order to protect the rights of the other party (here, Timor-Leste) against a risk which the Court itself has identified as small. Had the Court simply accepted the undertaking given by Australia or had stopped short at paragraph (1) of the *dispositif*, it would have respected the plausible rights of both Parties. Instead, it has adopted a measure that takes no account at all of the plausible rights of Australia.

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. Since one of the prerequisites for the indication of provisional measures regarding the seized material is absent, I have therefore felt obliged to vote against the measures ordered in paragraphs (1) and (2) of the *dispositif* which relate to that material. Even had I considered that the prerequisite of the existence of a real and imminent risk was satisfied, I would still have voted against paragraph (2) of the *dispositif* for the reasons given in paragraph 28 of this opinion.

30. Paragraph (3) of the *dispositif* is a different matter. This paragraph deals not with the use which might be made of the seized material or information derived from that material but with the possibility of future interference by Australia with Timor-Leste's communications with its legal advisers. In view of the seizure of papers which clearly related to legal advice and preparation for the forthcoming arbitration from Timor-Leste's lawyer, it is entirely understandable that Timor-Leste is concerned that there might be future interference and it sought an assurance from Australia that there would be no such interference. To my surprise, the undertaking from the Attorney-General makes no mention of this matter. In the absence of any undertaking not to interfere with Timor-Leste's communications with its lawyers in the future, I accept that there is a real and imminent risk of such interference which requires action on the part of the Court. I have therefore voted in favour of paragraph (3).

31. In the course of the hearings, leading counsel for Timor-Leste spoke eloquently of the need for "clear, firm and severe condemnation of what Australia has done" (CR 2014/1, p. 30 (Sir Elihu Lauterpacht QC)) but I did not understand him to expect such a statement at the present stage of the proceedings. Whether or not such condemnation is appropriate can be decided only if and when the Court rules on the merits of the present case. The purpose of provisional measures is solely to protect rights which may subsequently be adjudged to exist and to be applicable. It is not to anticipate a judgment on the merits by the expression of condemnation or approval of what either party has done. My votes in the present phase should not, therefore, be taken as suggesting that I condone what has happened.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

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.
