

OPINION DISSIDENTE
DE M. LE JUGE ABRAHAM

Accord avec le dispositif de l'arrêt en ce qu'il rejette l'exception d'incompétence soulevée par le Japon — Désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour pour conclure au rejet de l'application de la seconde branche de la réserve australienne — Accord avec l'affirmation selon laquelle l'article VIII de la convention ne doit donner lieu ni à interprétation restrictive ni à interprétation extensive — Rejet à bon droit de la définition de « recherches scientifiques » donnée par l'expert appelé par l'Australie — Désaccord avec le critère d'examen objectif retenu par la Cour, la notion « en vue de » renvoyant nécessairement à l'examen des fins recherchées — Application erronée d'une présomption défavorable sous-jacente à l'encontre du Japon — En l'espèce, absence de disproportion manifeste entre les objectifs annoncés dans le cadre de JARPA II et les moyens mis en œuvre — Absence également d'excès manifeste dans la fixation de la taille des échantillons — Désaccord avec le point 2 du dispositif en ce qu'il conclut que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Désaccord en conséquence avec les points 3, 4, 5 et 7 du dispositif.

1. J'ai voté en faveur du point 1 du dispositif, par lequel la Cour décide qu'elle a compétence pour connaître de la requête présentée par l'Australie contre le Japon. Mais j'ai voté contre les points 2 à 5, par lesquels la Cour déclare que le Japon a méconnu plusieurs obligations substantielles découlant de la convention pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1946 (ci-après la « convention »), en conséquence du fait que, selon l'arrêt, le programme de chasse dit « JARPA II », mis en œuvre par le Japon dans l'Antarctique à partir de 2005, n'était pas réellement, malgré les affirmations du défendeur, conduit « en vue de recherches scientifiques » au sens de l'article VIII de la convention. En conséquence, je n'ai pas pu approuver non plus les mesures que le point 7 du dispositif ordonne au Japon d'adopter pour remédier aux violations constatées.

2. Bien que je partage la conclusion de l'arrêt en ce qui concerne la question de compétence, je ne suis pas convaincu par le raisonnement suivi pour y parvenir. Sur ce point, je pourrais certainement qualifier ma divergence de mineure. J'en expliquerai cependant les raisons ci-après (I). Sur le fond, en revanche, je suis au regret de constater que je suis profondément en désaccord avec la démarche générale adoptée par la Cour, et les articulations essentielles de son raisonnement : je crois qu'elle a fait fausse route. Je dirai pourquoi (II).

DISSENTING OPINION
OF JUDGE ABRAHAM

[Traduction]

Agreement with Judgment's operative paragraph in its dismissal of Japan's objection to jurisdiction — Disagreement with Court's reasoning dismissing second limb of Australian reservation — Agreement with statement that Article VIII of the Convention must be interpreted neither restrictively nor expansively — Definition of "scientific research" given by Australia's expert rightly rejected — Disagreement with Court's objective standard, since the phrase "for purposes of" necessarily requires examination of aims pursued — Wrongful underlying unfavourable presumption against Japan — No manifest mismatch in this case between JARPA II's stated aims and means used — Similarly, sample size not manifestly excessive — Disagreement with finding in point 2 of operative paragraph that special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall within the provisions of Article VIII, paragraph 1, of the Convention — Consequent disagreement with points 3, 4, 5 and 7 of operative paragraph.

1. I voted in favour of point 1 of the operative paragraph, in which the Court decides that it has jurisdiction to entertain the Application filed by Australia against Japan. But I voted against points 2 to 5, where the Court states that Japan has been in breach of various substantive obligations under the 1946 Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter "the Convention"), in consequence of the fact that, according to the Judgment, the whaling programme known as "JARPA II", carried out by Japan in the Antarctic from 2005, was not genuinely conducted — notwithstanding the Respondent's assertions — "for purposes of scientific research" within the meaning of Article VIII of the Convention. As a result, I have also been unable to approve the measures which Japan is required to take under point 7 of the operative paragraph in order to make good the breaches found by the Court.

2. While I share the Judgment's conclusion on the issue of jurisdiction, I am not convinced by the reasoning followed in order to reach it. On this point, I would certainly describe my disagreement as minor. I will, however, explain the reasons for it below (I). On the merits, on the other hand, I regret to have to say that I am in profound disagreement with the overall approach adopted by the Court, and with the basic scheme of its reasoning: I believe that its approach is misconceived. I shall explain why (II).

I. LA COMPÉTENCE

3. L'Australie a saisi la Cour sur la base des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de celle-ci faites par l'Australie et le Japon, respectivement le 22 mars 2002 et le 9 juillet 2007. Le Japon a contesté la compétence de la Cour en invoquant l'une des réserves que l'Australie a formulées dans la déclaration d'acceptation, celle figurant au *b*) de ladite déclaration.

4. Il n'y a eu aucune discussion entre les Parties — et il n'aurait pu sérieusement y en avoir — quant à la règle bien établie selon laquelle le défendeur à l'instance peut invoquer une réserve faite par le demandeur dans l'instrument par lequel celui-ci a accepté la compétence de la Cour, en opposant cette réserve à son auteur lui-même en vue d'obtenir de la Cour qu'elle décline sa compétence.

5. C'est sur la portée, donc sur l'interprétation, de la réserve australienne que le débat a eu lieu. La Cour a estimé que cette réserve n'était pas applicable en l'espèce. Je suis de cet avis. Mais elle l'a fait sur la base d'une interprétation de ladite réserve que j'estime très discutable.

6. A vrai dire, la réserve en question n'est pas un modèle de clarté. Elle comprend deux branches, reliées entre elles par la conjonction «ou» («or»). La première est relativement claire, elle vise à exclure de la compétence de la Cour «any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf» — ce que je traduirais en français (seul le texte anglais est authentique) par: «tout différend concernant, ou se rapportant à, la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental». Les Parties en sont convenues: le différend soumis à la Cour ne concernait pas, et ne se rapportait pas non plus à, la délimitation de zones maritimes — ce qui signifie que l'objet même du différend n'était pas constitué par une telle délimitation, à laquelle il n'était pas demandé à la Cour de procéder. Cela est évident.

7. La seconde branche de la réserve est beaucoup moins claire, et c'est elle que le Japon invoquait.

Elle exclut de la compétence de la Cour tout différend maritime «arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation», ce qui pourrait donner en français: «[différend] découlant de, concernant, ou se rapportant à l'exploitation de tout espace disputé relevant d'une telle zone maritime ou adjacente à une telle zone dans l'attente de la délimitation de celle-ci».

8. Le Japon a cherché à convaincre la Cour de faire une application strictement littérale de cette seconde branche de la réserve.

Le différend qui oppose les Parties, a-t-il soutenu, découle de la mise en œuvre d'un programme de chasse à la baleine, donc de l'«exploitation» d'un espace maritime donné — celui où se déroulent les activités autorisées par JARPA II. Le mot «exploitation» serait d'ailleurs encore plus

I. JURISDICTION

3. Australia seized the Court on the basis of the declarations of acceptance of the latter's compulsory jurisdiction made by Australia and Japan on, respectively, 22 March 2002 and 9 July 2007. Japan has challenged the Court's jurisdiction in reliance on one of the reservations to Australia's declaration of acceptance, namely reservation (*b*).

4. There was no discussion between the Parties — and there could not seriously have been one — regarding the well-established rule that the respondent in a case is entitled to rely on a reservation by the applicant in the instrument whereby the latter accepted the Court's jurisdiction, invoking that reservation against its author with a view to having the Court decline jurisdiction.

5. It was over the scope, in other words the interpretation, of the Australian reservation that the debate took place. The Court found that the reservation was not applicable in the present case. I agree. However, the Court reached its decision on the basis of an interpretation of the reservation which I find highly questionable.

6. In truth, the reservation is not a model of clarity. It has two limbs, linked by the conjunction “or”. The first is relatively clear, seeking to exclude the Court's jurisdiction in respect of “any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf” — which I would translate into French (only the English text is authentic) by: “tout différend concernant, ou se rapportant à, la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental”. The Parties agree: the dispute submitted to the Court did not concern, or relate to, the delimitation of maritime zones — meaning that such a delimitation did not constitute the actual subject-matter of the dispute, and no such delimitation was being requested of the Court. That is perfectly clear.

7. The second limb of the reservation is a lot less clear, and it is on this one that Japan relied.

It excludes from the Court's jurisdiction any maritime dispute “arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation”, which could give in French: “[différend] découlant de, concernant, ou se rapportant à l'exploitation de tout espace disputé relevant d'une telle zone maritime ou adjacente à une telle zone dans l'attente de la délimitation de celle-ci”.

8. Japan has sought to persuade the Court to apply this second limb of the reservation in a strictly literal way.

It argues that the dispute between the Parties arises out of the implementation of a whaling programme, and hence of the “exploitation” of a specific maritime area — that where the activities authorized under JARPA II are being conducted. The word “exploitation” is said to be

approprié, a fait remarquer le défendeur, dans l'optique qui est celle de l'Australie — puisque selon la demanderesse il s'agit d'activités poursuivant des fins commerciales — que dans celle du Japon — pour lequel il s'agit bien d'un programme de recherche scientifique.

Par ailleurs, une partie au moins des espaces maritimes dans lesquels se déroule le programme JARPA II est revendiquée par l'Australie au titre de sa zone économique exclusive générée par la portion du territoire antarctique qu'elle revendique également. Cette revendication est toujours pendante, et aucune délimitation n'a été opérée — ni ne peut l'être, en raison du traité sur l'Antarctique de 1959 qui gèle pendant une durée indéterminée toutes les revendications territoriales sur l'Antarctique. La teneur exacte des revendications maritimes de l'Australie n'a pas été établie par les débats, mais l'Australie n'a aucunement contesté l'existence de ces revendications, ni le fait qu'elles englobaient des espaces maritimes coïncidant, au moins partiellement, avec les zones où se déploient les activités de chasse dans le cadre de JARPA II.

En somme, le Japon a soutenu que le différend soumis à la Cour découlait de l'exploitation d'espaces maritimes faisant l'objet d'une contestation quant à leur appartenance à la zone économique exclusive de l'Australie, laquelle n'est pas encore délimitée à cet endroit, et que par conséquent la réserve australienne, prise à la lettre, était applicable.

9. Pour écarter cette application littérale, ce en quoi à mon avis elle a eu raison, la Cour a retenu deux motifs, l'un présenté comme essentiel, l'autre apparaissant comme surabondant.

A titre principal, l'arrêt relève qu'il n'existe pas de revendications concurrentes de l'Australie et du Japon sur les espaces maritimes concernés par le programme JARPA II. Or, selon la Cour, «[l']existence d'un différend relatif à la délimitation maritime entre les États en cause [les Parties à l'affaire] est requise aux termes de la première comme de la seconde partie de la réserve» (paragraphe 37 de l'arrêt). En d'autres termes, une condition nécessaire de l'application de la seconde branche de la réserve, invoquée par le Japon, est que les Parties à l'instance revendiquent concurremment les espaces maritimes dans lesquels a lieu l'«exploitation» qui est à l'origine du différend — et cette condition fait défaut en l'espèce.

A titre surabondant, l'arrêt relève aussi que «[l]a nature et l'étendue des zones maritimes [en cause] ne sont ... pas pertinentes aux fins du présent différend» (par. 40), ce qui signifie que la Cour n'aura nullement besoin, pour trancher l'affaire, de se prononcer sur le point de savoir quel État — si tant est qu'il y en ait un — détient des droits souverains sur les zones maritimes en question.

10. Je pense que la Cour aurait été mieux avisée de retenir seulement le second de ces motifs, nécessaire et suffisant en l'espèce pour justifier sa compétence.

11. Le premier motif retenu, et qui se présente clairement comme le principal, repose à mon avis sur une interprétation très discutable, et inutilement restrictive, de la réserve australienne.

peculiarly appropriate, given the view of the case taken by Australia (which maintains that these are activities carried out for commercial ends) — as opposed to the position taken by Japan, for whom this is indeed a scientific research programme.

Furthermore, at least part of the maritime areas in which JARPA II is being conducted is claimed by Australia as its exclusive economic zone, generated by the portion of Antarctic territory that it also claims. That claim is still pending, and no delimitation has been effected — nor can it be effected, thanks to the 1959 Antarctic Treaty, which freezes for an indefinite period all territorial claims over the Antarctic. The precise extent of Australia's maritime claims was not established during the debate, but Australia has never denied the existence of those claims, nor the fact that they encompass maritime areas which coincide, at least in part, with those where whaling activities under JARPA II are conducted.

In short, Japan claims that the dispute before the Court arises out of the exploitation of maritime zones which are the subject of a dispute as to whether they form part of Australia's exclusive economic zone, which has not yet been delimited in that area, and that the Australian reservation, taken literally, is accordingly applicable.

9. In order to reject that literal interpretation, in which, in my view, it was correct, the Court has relied on two grounds, one of which is presented as essential, while the other appears to be redundant.

As main ground, the Judgment finds that there are no overlapping claims by Australia and Japan in respect of the maritime areas covered by JARPA II. However, according to the Court, “[t]he existence of a dispute concerning maritime delimitation between the parties is required according to both parts of the reservation” (paragraph 37 of the Judgment). In other words, a necessary condition for the application of the second limb of the reservation, on which Japan relies, is that the Parties to the proceedings have overlapping claims on the maritime areas in which the “exploitation” underlying the dispute is taking place — and that condition is absent here.

Redundantly, the Judgment further finds that “[t]he nature and extent of the maritime zones are . . . immaterial to the present dispute” (para. 40), which means that, in order to decide the case, it is unnecessary for the Court to rule on the question of which State — if any — has sovereign rights over the maritime areas in question.

10. In my view the Court would have been better advised to rely solely on the second of these grounds, which is necessary and sufficient in this case to justify its jurisdiction.

11. The first ground relied on by the Court, and which is clearly presented as the main one, rests, in my view, on a highly questionable and unnecessarily restrictive interpretation of the Australian reservation.

Celle-ci, comme on l'a vu, comporte deux branches distinctes quoique liées entre elles dans une certaine mesure.

12. La première, celle qui vise les différends relatifs à la délimitation de zones maritimes, suppose certainement, pour être applicable, l'existence de revendications concurrentes entre les parties en cause sur les mêmes espaces; il s'agit de dénier à la Cour la compétence pour connaître d'un différend de délimitation maritime opposant l'Australie à un autre Etat.

13. En revanche, rien dans la formulation de la seconde branche, ni dans la logique qui lui est sous-jacente, ne conduit à la conclusion qu'elle ne peut trouver à s'appliquer que s'il existe des revendications concurrentes sur les mêmes espaces maritimes de la part des deux Etats parties à l'instance.

On peut raisonnablement comprendre cette seconde branche comme ayant pour objet d'exclure de la compétence de la Cour (aussi) les différends qui, sans être directement relatifs à la délimitation maritime, appelleraient de la part de la Cour une prise de position — de manière incidente — sur la consistance et l'étendue des zones maritimes relevant de l'Australie, parce qu'ils auraient pour objet l'exploitation d'un espace maritime dont l'appartenance à une telle zone donnerait lieu à une contestation toujours pendante. En somme, l'Australie ne souhaite pas que la Cour se prononce, ni directement (première branche de la réserve) ni indirectement (seconde branche), sur les limites de ses zones maritimes.

Mais à la différence de la première branche, il n'y a aucune raison — ni textuelle ni logique — pour que la seconde branche de la réserve ne puisse s'appliquer que si les deux Parties à l'affaire revendiquent concurrentement les espaces maritimes concernés. En effet, on peut tout à fait concevoir une situation dans laquelle le règlement d'un différend opposant l'Australie à un autre Etat, relatif à l'exploitation d'une zone maritime revendiquée par l'Australie, conduirait la Cour à se prononcer incidemment sur le bien-fondé des revendications maritimes australiennes alors même que l'autre partie ne revendiquerait pas les espaces maritimes en cause. En pareil cas, la seconde branche de la réserve serait à mon avis applicable.

14. Je suis donc d'avis que, s'il est vrai que les deux branches de la réserve, laquelle constitue un tout, doivent se comprendre en lien l'une avec l'autre — raison pour laquelle la Cour a écarté à juste titre l'interprétation strictement littérale proposée par le Japon —, l'arrêt pousse trop loin cette unité en estimant que la seconde ne trouve à s'appliquer, tout comme la première, qu'en cas de revendications maritimes concurrentes.

Il s'agit là d'une interprétation restrictive d'autant plus regrettable que la Cour aurait pu l'éviter en se fondant seulement sur le second motif qu'elle mentionne, qui est indiscutable et suffisant en l'espèce, et en laissant ouverte toute autre question — si tant est qu'elle ait voulu demeurer prudente.

* * *

That reservation, as we have seen, contains two distinct limbs, although these are to some extent interlinked.

12. The first limb, which relates to disputes concerning the delimitation of maritime zones, undoubtedly presupposes, in order to be applicable, the existence of overlapping claims by the parties in question over the same areas; the Court is denied jurisdiction to entertain a maritime delimitation dispute between Australia and another State.

13. On the other hand, nothing in the language of the second limb, or in its underlying logic, justifies the conclusion that it can only apply where there are overlapping claims in respect of the same maritime areas by two States parties to the proceedings.

This second limb may reasonably be understood as intended (also) to exclude from the jurisdiction of the Court disputes which, without being directly related to maritime delimitation, would require the Court to take a position — incidentally — on the nature and extent of Australia's maritime zones, since the subject-matter of such disputes would be the exploitation of a maritime area in respect of which there was a pending dispute as to whether it formed part of such a zone. In short, Australia does not wish the Court to rule either directly (first limb of the reservation) or indirectly (second limb), on the limits of its maritime zones.

However, unlike the first limb, there is no reason — either in the text or in terms of logic — that the second limb of the reservation could apply only if both Parties to the case had overlapping claims to the maritime areas concerned. Indeed, one can perfectly well conceive of a situation where settlement of a dispute between Australia and another State relating to the exploitation of a maritime zone claimed by Australia would incidentally lead the Court to determine whether the Australian claim was well-founded. In such a case, the second limb of the reservation would, in my view, be applicable.

14. I accordingly take the view that, while it is true that the two limbs of the reservation, which constitute a unity, must be read in conjunction with one another — the reason that the Court correctly rejected the strictly literal interpretation proposed by Japan — the Judgment pushes that unity too far when it holds that the second limb can, like the first, apply only in a case of overlapping maritime claims.

That is a restrictive interpretation which is all the more regrettable in that the Court could have avoided it by basing itself solely on its second ground, which is incontrovertible and sufficient for purposes of the present case, while leaving any other issue open — always assuming that the Court wished to remain cautious in its approach.

* * *

II. LE FOND

15. Sur le fond, mon désaccord avec l'arrêt est beaucoup plus fondamental.

16. L'affaire se présentait à la Cour dans des termes relativement simples.

La Cour avait à répondre à une question principale, qui commandait presque entièrement la solution de l'affaire : les permis spéciaux de chasse à la baleine délivrés par le Japon à partir de 2005 dans le cadre du programme JARPA II l'ont-ils été « en vue de recherches scientifiques » au sens de l'article VIII de la convention de 1946 ?

Une réponse affirmative, celle qu'à mon avis la Cour aurait dû donner, eût entraîné nécessairement le rejet de la quasi-totalité des prétentions de l'Australie.

La réponse négative que la Cour a cru pouvoir retenir ne pouvait au contraire que la conduire à faire droit à l'essentiel des demandes australiennes.

17. C'est donc l'application en l'espèce des mots « en vue de recherches scientifiques » qui se trouvait au cœur de la présente affaire, et c'est sur ce point que je me sépare principalement de la majorité de mes collègues.

18. Pourtant, ce n'est pas l'article VIII de la convention qui énonce les règles que le Japon était accusé par l'Australie d'avoir enfreintes. En lui-même, l'article VIII ne crée aucune obligation à la charge des Etats parties (sauf les obligations procédurales d'informer la commission et l'organisme désigné par elle des permis délivrés et des résultats des recherches scientifiques conduites en vertu de ces permis). L'article VIII a pour objet non d'imposer des obligations supplémentaires aux Etats mais de les exempter, pour les activités de chasse qu'ils autorisent et qui relèvent de ses prévisions, des obligations découlant des autres dispositions de la convention (y compris son règlement annexé). Les obligations substantielles dont l'Australie alléguait la violation par le Japon se trouvent au paragraphe 10 *e*) du règlement annexé à la convention (qui établit un moratoire sur la chasse « à des fins commerciales »), au paragraphe 10 *d*) du même règlement (qui établit un moratoire sur l'utilisation des usines flottantes) et au paragraphe 7 *b*) (qui interdit la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral).

19. La raison pour laquelle le paragraphe 1 de l'article VIII joue un rôle si déterminant en l'espèce est que, si les permis de chasse délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II ne poursuivent pas des fins de recherche scientifique, à l'encontre de ce que le Japon n'a cessé d'affirmer, alors il est inéluctable d'en déduire que les activités autorisées violent les trois dispositions (prohibitives) susmentionnées. En effet, d'une part, il est constant que la chasse autorisée dans le cadre de JARPA II se fait, entre autres, au moyen d'une usine flottante, de telle sorte qu'elle viole — si elle n'est pas couverte par l'exemption générale de l'article VIII — la prohibition résultant du paragraphe 10 *d*) du règlement pour une espèce particulière de baleines capturées par les chasseurs japonais. Et d'autre part, ni l'Australie ni le Japon n'ont prétendu que les activités de chasse autorisées dans le cadre de JARPA II pourraient poursuivre une finalité qui ne

II. THE MERITS

15. On the merits, my disagreement with the Judgment is a great deal more fundamental.

16. The case presented itself to the Court in relatively simple terms.

The Court had to answer a basic question, which, to all intents and purposes, governed the solution of the case: were the special whaling permits granted by Japan from 2005 under the JARPA II programme issued “for purposes of scientific research” within the meaning Article VIII of the 1946 Convention?

If so — which, in my view, is the answer that the Court should have given — that would necessarily have resulted in the dismissal of virtually all of Australia’s claims.

If not — which was the response that the Court felt was correct — then, on the contrary, the only result could be broad acceptance of the Australian claims.

17. The heart of this case thus hinged on the interpretation of the words “for purposes of scientific research”, and it is primarily on this point that I part company with the majority of my colleagues.

18. However, it is not Article VIII of the Convention which lays down the rules that Japan was accused by Australia of having broken. In itself, Article VIII imposes no obligation on States parties (with the exception of the procedural obligations to inform the Commission and the body designated by it of the permits granted, and of the results of the scientific research conducted under those permits). The purpose of Article VIII is not to impose additional obligations on States but to exempt them, in respect of authorized whaling activities falling within its terms, from obligations under the other provisions of the Convention (including the Schedule annexed thereto). The substantive obligations which Australia alleges to have been breached by Japan are to be found in paragraph 10 (*e*) of the Schedule annexed to the Convention (which establishes a moratorium on “commercial” whaling), in paragraph 10 (*d*) of that same Schedule (which establishes a moratorium on the use of factory ships), and in paragraph 7 (*b*) (which prohibits commercial whaling within the Southern Ocean Sanctuary).

19. The reason why paragraph 1 of Article VIII plays such a decisive role in this case is that, if whaling permits granted by Japan under JARPA II are not for the purposes of scientific research, as Japan has repeatedly claimed that they are, then it follows inevitably that the activities conducted thereunder violate the three provisions (or prohibitions) cited above. It has indeed been established that whaling under JARPA II is conducted, *inter alia*, with factory ships, so that — if it is not covered by the general exemption in Article VIII — it breaches the prohibition in paragraph 10 (*d*) of the Schedule in respect of certain species of whale taken by Japanese whalers. Moreover, neither Australia nor Japan has argued that whaling authorized under JARPA II could be for a purpose which is neither of a scientific nor of a commercial nature; it follows that, if such activities are not genuinely conducted “for purposes of scientific

soit ni de nature scientifique ni de nature commerciale, de telle sorte que, si ces activités ne sont pas conduites réellement «en vue de recherches scientifiques» — ce qui était la thèse de l'Australie —, elles constituent une violation tant du paragraphe 10 *e*) que du paragraphe 7 *b*).

20. La Cour accepte ce postulat — que le Japon lui-même n'a pas contesté — au paragraphe 229, et elle affirme, aux paragraphes 231, 232 et 233 de l'arrêt, que «toutes les activités de chasse à la baleine qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII de la convention (hormis la chasse aborigène de subsistance) tombent sous le coup» des paragraphes 10 *e*), 10 *d*) et 7 *b*) du règlement annexé. Je suis d'accord avec une telle affirmation, sinon sous la forme générale que lui donne l'arrêt sur la base d'une interprétation quelque peu hasardeuse de la convention, du moins dans les circonstances de la présente espèce et donc, certainement, pour les besoins de la résolution du différend soumis à la Cour.

21. Mon opinion est que l'Australie n'a pas démontré que le Japon ne poursuit pas réellement, avec le programme JARPA II, les fins scientifiques qu'il prétend poursuivre (dans l'optique de l'Australie, on pourrait même dire: «qu'il fait semblant de poursuivre»).

22. Je préciserai d'abord les points sur lesquels je ne suis pas en désaccord avec la démarche adoptée par l'arrêt, avant d'en venir à l'exposé de ma divergence essentielle.

23. En premier lieu, ma position n'est pas fondée sur l'existence d'un prétendu «pouvoir discrétionnaire» que posséderait l'Etat qui délivre des permis spéciaux pour apprécier si les activités autorisées sont bien «en vue de recherches scientifiques». Bien sûr, le texte même du paragraphe 1 de l'article VIII fait apparaître des éléments de discrétion au bénéfice de l'Etat en cause: il n'est jamais tenu de délivrer un permis, et peut librement rejeter (en tout cas du point de vue du droit international) toute demande présentée par une personne ou un organisme, quel que soit l'intérêt des recherches envisagées; s'il délivre un permis, il peut l'assortir de conditions restrictives qu'il détermine lui-même librement; il peut annuler «à tout moment» un permis accordé et jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire — toujours du point de vue du droit international, car le droit interne peut le contraindre dans une certaine mesure.

En revanche, quand il s'agit de caractériser un programme de chasse comme étant «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII, condition essentielle à laquelle cette disposition subordonne la délivrance des permis spéciaux, on ne saurait parler d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Certes, au moment où il statue sur une demande de délivrance d'un permis spécial, l'Etat doit nécessairement porter une appréciation sur l'intérêt scientifique du projet pour la mise en œuvre duquel le permis est demandé. Mais cette appréciation n'est pas souveraine: elle se fait sous le contrôle non seulement des organes institués par la convention, mais aussi, si un différend sur ce point est porté devant un organe judiciaire ayant compétence pour en connaître, sous le contrôle du juge.

A cet égard, je n'ai rien à objecter à ce qu'écrit la Cour aux paragraphes 59 à 61 du présent arrêt.

research” — as Australia has maintained — then they constitute a breach both of paragraph 10 (*e*) and of paragraph 7 (*b*).

20. In paragraph 229 of the Judgment the Court accepts this postulate — which Japan itself has not disputed — and states, in paragraphs 231, 232 and 233, that “all whaling that does not fit within Article VIII of the Convention (other than aboriginal subsistence whaling) is subject to” paragraphs 10 (*e*), 10 (*d*) and 7 (*b*) of the Schedule. I agree with this statement — if not in the general terms in which the Judgment expresses it, on the basis of a somewhat questionable interpretation of the Convention — at least in the circumstances of the present case, and thus, certainly, for purposes of resolving the dispute before the Court.

21. My view is that Australia has failed to show that Japan is not genuinely pursuing, under JARPA II, the scientific aims that it claims to be pursuing (from Australia’s standpoint, one might even say: “that it pretends to be pursuing”).

22. I will begin by setting out the points on which I am not in disagreement with the position taken by the Judgment, before going on to explain where I essentially disagree.

23. First, my position is not based on the existence of a purported “discretionary power” of the State granting special permits to determine whether the authorized activities are indeed “for purposes of scientific research”. It is true that the actual language of paragraph 1 of Article VIII does appear to give the State in question a measure of discretion: it is never required to grant a permit, and is free (in any event from the standpoint of international law) to refuse any request from an individual or a body, irrespective of the interest of the research envisaged; if it does grant a permit, it may make it subject to such conditions as it thinks fit; it may “at any time” revoke a permit granted, and enjoys discretionary power in that regard — again from the standpoint of international law, for domestic law may place certain restraints upon it.

On the other hand, in terms of characterizing a whaling programme as being “for purposes of scientific research” within the meaning of Article VIII — the essential condition to which that provision subjects the grant of special permits — one cannot speak of a discretionary power of the State. It is true that, when deciding on a request for a special permit, the State must necessarily make a determination as to the scientific value of the project for the implementation of which the permit is requested. But that power of determination is not a sovereign one: it is made subject not only to supervision by the bodies set up by the Convention, but also, if a dispute on the issue is brought before a judicial body having the relevant jurisdiction, to judicial oversight.

In that regard, I have no objection to what the Court states in paragraphs 59 to 61 of the present Judgment.

24. Mon désaccord ne porte pas non plus sur la manière, prudente, dont la Cour a abordé la notion de « recherches scientifiques » au sens de l'article VIII.

Elle a eu raison, selon moi, d'éviter de donner une définition générale et abstraite de cette notion. Plus particulièrement, c'est à juste titre qu'elle a refusé de retenir les quatre critères proposés par l'Australie sur la base du rapport d'un des experts que la demanderesse a sollicités, le professeur Mangel: pour être scientifique, une recherche devrait se fixer des objectifs précis reposant notamment sur la base d'hypothèses vérifiables; elle ne devrait, dans le contexte de la convention, recourir à des méthodes létales que si les objectifs ne peuvent pas être atteints par d'autres moyens; sa conduite devrait être soumise à un examen périodique par les pairs, et au besoin elle devrait être ajustée en conséquence de cet examen; elle devrait s'efforcer d'éviter toute répercussion négative sur les populations étudiées.

Comme le dit très justement le paragraphe 86 de l'arrêt, « ces critères semblent, pour l'essentiel, refléter ce [qu'un expert] a indiqué attendre d'un programme de recherche scientifique bien conçu, plutôt que constituer un moyen d'interpréter la notion de « recherches scientifiques » telle qu'utilisée dans la convention ».

25. En outre, j'approuve pour l'essentiel la manière dont la Cour a analysé l'objet et le but de la convention, à la lumière desquels l'article VIII doit être interprété, et la conclusion qu'elle en a tirée, à savoir qu'« il n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans un sens extensif », puisque la convention vise à la fois à assurer la conservation des stocks de baleines et à permettre le développement durable de l'industrie baleinière (par. 56 à 58).

26. Enfin, j'approuve l'arrêt lorsqu'il rappelle qu'« un Etat poursuit souvent plusieurs buts lorsqu'il met en œuvre une politique particulière » et que, « par conséquent, ... le fait qu'il puisse exister chez tel ou tel [représentant du gouvernement concerné] des motivations autres que la recherche scientifique n'interdit pas de conclure à la finalité scientifique d'un programme au sens de l'article VIII » (par. 97). En d'autres termes, il est possible que le Japon, en élaborant le programme JARPA II, ait été aussi sensible aux retombées favorables que la mise en œuvre de ce programme pouvait comporter du point de vue de l'activité industrielle et commerciale: cela ne suffit pas à le disqualifier au regard de l'article VIII en tant que programme de recherche scientifique. En revanche, si l'ampleur du programme était manifestement exagérée, cela tendrait à démontrer que — pour partie au moins — il ne poursuit pas des objectifs exclusivement scientifiques et — dans cette mesure en tout cas — n'est pas couvert par l'article VIII (je reviendrai plus loin sur ce dernier point).

27. J'en viens maintenant à l'exposé des raisons pour lesquelles je ne peux pas adhérer à des éléments essentiels du raisonnement suivi par la Cour et, en conséquence, à sa conclusion finale.

28. Tout d'abord, je suis d'avis que, dans une affaire comme celle-ci, le défendeur devrait bénéficier d'une assez forte présomption en sa faveur.

24. Nor does my disagreement relate to the cautious way in which the Court has addressed the notion of “scientific research” in the sense of Article VIII.

In my view the Court was correct in avoiding laying down a general, abstract definition of that notion. More particularly, it was correct in refusing to accept the four criteria proposed by Australia on the basis of the report by one of the experts retained by it, Professor Mangel: scientific research must have defined objectives based *inter alia* on verifiable hypotheses; it may only, in the context of the Convention, include the use of lethal methods if its objectives cannot be achieved by any other means; it must be periodically subject to peer review, and if necessary be modified in light of that review; it should endeavour to avoid adverse effects on the stocks studied.

As paragraph 86 of the Judgment quite correctly states, “[t]hese criteria appear largely to reflect what one expert regards as well-conceived scientific research, rather than serving as an interpretation of the term as used in the Convention”.

25. Furthermore, I essentially approve of the way in which the Court has analysed the objective and purpose of the Convention, in the light of which Article VIII must be interpreted, and the conclusion which it draws, namely that “neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII is justified”, since the aim of the Convention is both to ensure the conservation of whale stocks and to make possible the orderly development of the whaling industry (paras. 56 to 58).

26. Finally, I agree with the Judgment when it points out that “a State often seeks to accomplish more than one goal when it pursues a particular policy”, and that, “[a]ccordingly . . . whether particular government officials may have motivations that go beyond scientific research does not preclude a conclusion that a programme is for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII” (para. 97). In other words, it is possible that Japan, in designing JARPA II, was also sensitive to the possible positive fall-out of the programme for industrial and commercial activities: that does not suffice to disqualify it under Article VIII as a scientific research programme. On the other hand, if the scale of the programme was manifestly unreasonable, that would tend to show that — in part at least — it is not pursuing exclusively scientific objectives, and — to that extent in any event — is not covered by Article VIII (I will return later to this latter point).

27. I now come to the statement of the reasons why I cannot subscribe to the essential elements of the reasoning followed by the Court and, hence, to its final conclusion.

28. First of all, I believe that, in a case like the present one, the Respondent should enjoy a quite strong presumption in its favour.

Je ne suis pas, en règle générale, partisan de règles trop rigides en matière de charge de la preuve, et je n'ai jamais considéré que le demandeur devait, par principe, supporter exclusivement le fardeau de la preuve. Mais, dans certaines affaires, la Cour est fondée à se montrer particulièrement exigeante à l'égard de la partie qui avance certaines allégations. Tel est le cas, notamment, lorsque l'une des parties allègue que l'autre agit de mauvaise foi, puisqu'il est communément admis que la bonne foi est présumée. Or, dans la présente affaire, il est clair que le procès fait par l'Australie au Japon repose fondamentalement sur l'idée que, en élaborant et en mettant en œuvre le programme JARPA II, le Japon a agi de mauvaise foi, puisqu'il a dissimulé la poursuite d'intérêts commerciaux derrière les apparences d'un programme de recherches scientifiques.

Certes, l'arrêt s'abstient de se prononcer sur la question de la bonne foi, et même il affirme ne pas avoir à l'examiner, comme tous «les autres arguments invoqués par l'Australie» à titre subsidiaire (par. 243).

Mais si la notion de mauvaise foi est expressément présente dans les arguments présentés par l'Australie à titre subsidiaire, elle est aussi présente, implicitement mais nécessairement, dans l'argumentation qu'elle a développée à titre principal.

Je ne vois pas comment l'on peut conclure qu'un programme de chasse à la baleine qui se présente comme de nature scientifique, se propose des objectifs et met en œuvre des méthodes scientifiques, a été dûment communiqué comme tel au comité scientifique institué par la commission baleinière internationale, et dont les résultats ont donné lieu à certaines publications, n'est pas mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques», ce qui est la thèse de l'Australie avalisée par la Cour, sans mettre au moins en doute — fût-ce implicitement — la bonne foi du défendeur. Lorsque la Cour prétend qu'elle n'a pas à se prononcer sur l'allégation de mauvaise foi avancée par l'Australie contre le Japon, et qu'en effet elle s'abstient de le faire explicitement, il me semble donc que cela relève davantage de la présentation formelle que de la réalité.

29. La présomption de bonne foi n'étant pas irréfragable, l'observation qui précède ne suffit certes pas à démontrer que la conclusion de la Cour, à savoir que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II ne l'ont pas été «en vue de recherches scientifiques», est erronée.

Mais pour fonder sérieusement une telle conclusion, il aurait fallu, selon moi, disposer d'éléments particulièrement solides, que les débats n'ont pas fait apparaître, et c'est au contraire sur la base de faibles arguments, et parfois de simples doutes, suppositions ou approximations, que la Cour a cru pouvoir accueillir les prétentions de l'Australie.

30. Il est vrai que la conclusion finale de la Cour a été favorisée par deux aspects de sa démarche qui me semblent très critiquables.

31. En premier lieu, loin de faire peser la charge de la preuve sur l'Australie, la Cour se montre en permanence particulièrement exigeante à l'égard du Japon, comme si c'était le défendeur qui devait prouver son bon droit. De bout en bout, la lecture de l'arrêt donne le sentiment que c'est du Japon qu'on attend explications, démonstrations, justifications.

I am not, as a rule, in favour of excessively rigid rules in relation to the burden of proof, and I have never taken the view that the burden of proof should, in principle, be borne exclusively by the applicant. But there are instances where the Court is entitled to take a particularly demanding stance in relation to a party putting forward certain allegations. That is particularly so where one of the parties claims that the other is acting in bad faith, since there is a generally accepted presumption of good faith. However, in the present case, it is clear that the accusations levelled by Australia at Japan are fundamentally based on the notion that, in designing and implementing JARPA II, Japan acted in bad faith, in that it concealed the pursuit of commercial interests behind the outward appearances of a scientific research programme.

It is true that the Judgment refrains from ruling on the issue of good faith, and even states that this is an issue that it need not address, like all “other arguments invoked by Australia” on an alternative basis (para. 243).

However, while bad faith is expressly pleaded in Australia’s alternative arguments, it is also present, implicitly but necessarily, in the argument developed by it as principal claim.

I do not see how one can conclude that a whaling programme presented as being of a scientific nature, proposing scientific objectives and implemented with scientific methods, and which has duly been communicated as such to the Scientific Committee set up by the International Whaling Commission, and whose results have been published, has not been implemented “for purposes of scientific research”, but “for commercial purposes”, which is the Australian thesis as endorsed by the Court, without at least casting doubt — if only implicitly — on the good faith of the Respondents. When the Court states that it need not address Australia’s charge of bad faith against Japan, it seems to me that this is more a matter of formal presentation than of the reality.

29. Admittedly, since the presumption of good faith is not irrebuttable, what I have just said is not sufficient to show that the Court is wrong in its conclusion that special permits granted by Japan under JARPA II were not issued “for purposes of scientific research”.

However, in order seriously to support such a finding, the Court would, in my view, have needed particularly solid evidence, which was not apparent from the debate, and it was by contrast on the basis of weak arguments, and sometimes mere doubts, suppositions or approximations, that the Court felt able to accept Australia’s claims.

30. The truth is that the Court’s final conclusion was favoured by two aspects of its approach which strike me as particularly open to criticism.

31. First, far from placing the burden of proof on Australia, the Court consistently showed itself particularly demanding towards Japan, as if it was the Respondent that had to prove that it was in the right. From start to finish, the Judgment gives the impression that it is from Japan that explanations, proofs and justifications are expected.

C'est ainsi, par exemple, que sur la question essentielle de la taille des échantillons l'arrêt indique que la tâche de la Cour est

«de rechercher *si le Japon a su démontrer*, au regard des objectifs annoncés de JARPA II, l'existence d'éléments pouvant raisonnablement expliquer les tailles d'échantillon annuelles pour chacun des paramètres étudiés et ayant conduit à fixer à 850 spécimens (plus ou moins 10%) la taille globale de l'échantillon de petits rorquals» (par. 185; les italiques sont de moi),

avant de conclure plus loin (par. 198) que les éléments de preuve — il s'agit bien entendu de ceux avancés par le Japon — «n'offrent guère d'explications ni de justifications quant aux décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global», ce qui constitue «une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés». En d'autres termes, c'est du Japon qu'on attend la démonstration que la taille des échantillons (le nombre de baleines dont la capture est autorisée) est proportionnée à la poursuite des objectifs annoncés et le doute à cet égard est retenu contre lui.

32. En second lieu, et plus fondamentalement encore, la Cour a adopté une méthodologie dont je dirais, pour le moins, qu'elle n'est pas convaincante.

Lorsqu'elle expose la méthode qu'elle entend suivre afin de qualifier un programme comme étant — ou non — «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII, la Cour indique que la question principale en l'espèce se rapporte à la locution «en vue de». Il ne suffit pas qu'un programme comporte des éléments de recherche scientifique; il faut encore qu'il soit conçu et mis en œuvre «en vue d'» une telle recherche. Jusque-là, je parviens à suivre et je n'ai rien à objecter. Mais ensuite, l'arrêt donne à cette locution («en vue de») un sens et une portée qui me paraissent s'éloigner du sens ordinaire des termes.

«En vue de», selon moi, renvoie à l'intention, aux fins recherchées, aux buts réellement poursuivis (qui peuvent être différents de ceux qui ont été proclamés). Pas selon l'arrêt. La Cour insiste au contraire sur le fait que son critère est «objectif» (par. 67), autrement dit qu'il ne s'agit pas pour elle de déceler les intentions réelles du Japon, de chercher la réalité des fins poursuivies derrière les apparences. Et elle précise — au paragraphe 88, qui est un chaînon essentiel du raisonnement — qu'un programme ne peut être regardé comme mené «en vue de» recherches scientifiques que «si les éléments de sa conception et de sa mise en œuvre sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés»; elle ajoute que pour apprécier cette adéquation il faut tenir compte de plusieurs éléments, parmi lesquels l'ampleur du recours à des méthodes létales, les méthodes appliquées pour déterminer la taille des échantillons, la comparaison entre les tailles d'échantillon à prélever et les prises effectives, le calendrier et les résultats scientifiques obtenus, ainsi que le degré de coordination avec des projets de recherches connexes.

33. A ce stade, j'ai vraiment du mal à suivre.

Thus, for example, on the essential issue of sample size, the Judgment states that the task of the Court is

“to examine *whether Japan*, in light of JARPA II’s stated research objectives, *has demonstrated* a reasonable basis for annual sample sizes pertaining to particular research items, leading to the overall sample size of 850 (plus or minus 10 per cent) for minke whales” (para. 185; emphasis added),

before going on to conclude (para. 198) that the evidence — meaning, of course, that put forward by Japan — “provides scant analysis and justification for the underlying decisions that generate the overall sample size”, which “raises further concerns about whether the design of JARPA II can be said to demonstrate on an objectively reasonable basis that it is a project for purposes of scientific research”. In other words, it is Japan that is expected to show that the sample size (the authorized whale take) is proportionate to the stated objectives, and any doubt in this regard is held against it.

32. Secondly, and still more fundamentally, the Court has adopted a methodology which, to say the least, is unconvincing.

Explaining the method which it intends to follow in order to determine whether or not a programme is “for purposes of scientific research” within the meaning of paragraph 1 of Article VIII, the Court indicates that the main issue in this case relates to the expression “for purposes of”. It is not sufficient that a programme includes elements of scientific research; it must also be designed and implemented “for purposes of” such research. So far, I can follow, and find nothing to object to. But the Judgment then goes on to give this phrase (“for purposes of”) a meaning and scope which seem to me to depart from the ordinary sense of the words.

In my view, “for purposes of” relates to the intention, the ends sought, the aims really pursued (which may be different from those stated). Not according to the Judgment. The Court insists, on the contrary, that its standard is an “objective” one (para. 67), in other words that it is not setting out to discover Japan’s real intentions, to ascertain the reality of the aims pursued behind the outward appearances. And it explains — in paragraph 88, which is an essential link in its reasoning — that a programme can only be regarded as “for purposes of” scientific research if “the elements of [its] design and implementation are reasonable in relation to its stated scientific objectives”; it adds that, in order to determine whether these are reasonable, several elements need to be taken into account, including the scale of lethal sampling, the methodology used to select sample size, a comparison of target sample sizes and actual take, the time frame, and the programme’s scientific output, as well as the extent of co-ordination with related search projects.

33. At this point, I really have difficulty in following.

La plus ou moins grande adéquation des moyens mis en œuvre aux fins poursuivies permet certainement d'évaluer la qualité d'un programme de recherches scientifiques. A cet égard, tous les éléments mentionnés au paragraphe 88 sont sans nul doute pertinents. Mais je ne vois pas comment l'on pourrait conclure, de ce qu'un programme serait critiquable en ce qui concerne l'adéquation des moyens qu'il prévoit au regard des objectifs qu'il annonce, que ce programme ne serait pas conduit «en vue de» recherches scientifiques — surtout si l'on prend soin de préciser qu'on ne recherche pas les intentions subjectives de l'Etat en cause et qu'on s'en tient à une approche strictement «objective». Même si la Cour affirme limiter son examen à ce qui est «raisonnable», elle s'engage, à ce stade de son raisonnement, dans une direction qui la conduit à s'éloigner de son rôle et à évaluer la valeur scientifique de JARPA II plutôt que de chercher à en déterminer la nature — la suite de l'arrêt le confirme amplement.

34. A mon avis, la Cour aurait dû procéder tout autrement.

Le programme JARPA II se présente comme un programme de recherche scientifique approuvé par le Japon. Il comporte des objectifs, que l'arrêt présente aux paragraphes 109 et suivants, et dont la Cour ne remet nullement en cause l'intérêt; il implique la mise en œuvre de moyens qui sont de nature scientifique, comme l'arrêt l'admet en indiquant que «les activités de JARPA II impliquant le recours au prélèvement légal de baleines peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques»» (par. 127); il a été dûment communiqué pour examen au comité scientifique avant la délivrance du premier permis à ce titre, comme la Cour le reconnaît dans la partie de l'arrêt dans laquelle elle rejette la demande de l'Australie tendant à faire juger que le Japon n'a pas respecté ses obligations au titre du paragraphe 30 du règlement (par. 238).

En conséquence, je suis d'avis que les permis délivrés au titre de JARPA II auraient dû être présumés l'avoir été «en vue de recherches scientifiques» — car on ne saurait mettre en cause la parole d'un Etat à la légère et sa bonne foi doit être présumée jusqu'à preuve du contraire — et que seuls des éléments très solides auraient pu justifier une conclusion défavorable au défendeur.

35. J'estime que l'arrêt ne démontre pas l'existence de tels éléments.

Selon moi, deux cas seulement peuvent justifier qu'un programme officiellement présenté comme de «recherche scientifique» et qui en a au moins toutes les apparences soit considéré comme n'entrant pas dans les prévisions de l'article VIII: le premier cas est celui où il apparaît qu'il n'existe manifestement aucune relation raisonnable entre les objectifs annoncés et les moyens mis en œuvre, de telle sorte que ces moyens sont manifestement inaptes à atteindre les objectifs, ce dont on peut déduire que ceux-ci ne sont pas réellement recherchés; le second est celui dans lequel la taille des échantillons fixée par le programme est manifestement excessive au regard des nécessités de la recherche compte tenu des objectifs annoncés, ce dont on peut déduire que pour partie au moins le

The extent to which the methods used match the aims pursued is certainly of assistance in assessing the quality of a scientific research programme. In this regard, all of the elements mentioned in paragraph 88 are doubtless relevant. But I do not see how one could conclude, from the fact that a programme might be criticized in terms of the appropriateness of the methods specified in light of its stated objectives, that such a programme is not conducted “for purposes of” scientific research — particularly if one has been at pains to make it clear that it is not the subjective intentions of the State in question that it is being sought to ascertain, and that a strictly “objective” approach is being applied. Even though the Court states that it is confining its examination to what is “reasonable”, it is launching itself, at this stage of its reasoning, on a path which leads it to depart from its role and to assess the scientific value of JARPA II, rather than seeking to ascertain the latter’s nature — and the rest of the Judgment amply confirms this.

34. In my view, the Court should have adopted an altogether different approach.

JARPA II is presented as a scientific research programme approved by Japan. It has objectives, which are set out by the Judgment in paragraphs 109 ff., and whose value is nowhere challenged by the Court; it involves the implementation of methods which are of a scientific nature — as the Judgment recognizes, when it states that “the JARPA II activities involving the lethal sampling of whales can broadly be characterized as ‘scientific research’” (para. 127); it was properly submitted for examination to the Scientific Committee before the issue of the first permit, as the Court recognizes in that part of the Judgment in which it rejects Australia’s request for a finding that Japan failed to comply with its obligations under paragraph 30 of the Schedule (see paragraph 238).

Accordingly, I believe that the permits granted under JARPA II should have been presumed to have been issued “for purposes of scientific research” — for a State’s word cannot lightly be challenged, and its good faith must be presumed until proof of the contrary — and only very strong evidence could have justified a finding unfavourable to the Respondent.

35. I consider that the Judgment does not demonstrate the existence of such evidence.

In my view, there are only two scenarios which could justify a finding that a programme, officially presented as being “for purposes of scientific research”, and which has at least every appearance of such a programme, does not fall within the terms of Article VIII. The first scenario is where it is apparent that there is clearly no reasonable relationship between the stated objectives and the means used, such that those means are manifestly unsuitable for achieving those objectives — from which it may be concluded that the programme is not genuinely seeking to achieve its stated objectives. The second scenario is where the sample size set by the programme is manifestly excessive in light of research needs, having regard to the programme’s stated objectives, from which it may be

nombre de baleines dont la capture est autorisée a été fixé sur la base de motifs, ou pour la poursuite d'objectifs, non scientifiques (donc vraisemblablement commerciaux).

36. Il n'a pas été démontré selon moi qu'on se trouve ici dans un ou l'autre de ces cas.

La Cour — qui, il est vrai, a adopté une démarche particulièrement exigeante à l'égard du défendeur, puisqu'elle paraît avoir fait peser sur lui une présomption défavorable découlant de ce qu'on pourrait appeler une suspicion — a retenu des motifs à mes yeux trop faibles, et s'est exprimée par moments davantage comme le ferait un comité scientifique que comme aurait dû le faire un organe judiciaire.

37. Entre les paragraphes 128 et 222, la Cour énonce plusieurs motifs qui la conduisent à conclure, au paragraphe 227, que «les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorise la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II ne sont pas délivrés «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe I de l'article VIII de la convention».

Aucun de ces motifs n'est bien convaincant en lui-même et leur addition, si elle finit par donner une impression de masse, ne saurait davantage emporter la conviction.

38. Il est reproché au Japon (par. 141 et 144) de ne pas avoir réalisé des études concernant la possibilité de recourir à des méthodes non létales au lieu et place — dans une certaine mesure — des méthodes létales dans le cadre de JARPA II, ou plutôt de ne pas avoir prouvé devant la Cour qu'il avait réalisé de telles études. C'est possible, mais, d'une part, la Cour a écarté, au paragraphe 83, la thèse de l'Australie selon laquelle, dans le cadre d'un programme de recherche scientifique, il y aurait une obligation pour l'Etat de donner systématiquement la préférence aux méthodes non létales et de ne recourir aux méthodes létales qu'en l'absence de toute autre possibilité. D'autre part, on ne voit pas en quoi le fait que l'Etat ait omis, au moment de l'élaboration d'un programme de recherche scientifique, de procéder à une étude sur un point particulier — fût-il pertinent — ôterait à ce programme son caractère scientifique. Tout au plus une telle lacune justifierait-elle une observation du comité scientifique. Mais ce n'est pas le rôle de la Cour de dire si JARPA II a été conçu de la meilleure manière (c'est le rôle du comité scientifique de procéder à une évaluation sur cette question), mais seulement de décider s'il s'agit bien d'un programme poursuivant des fins scientifiques. Quant à l'obligation pour les Etats parties de «tenir dûment compte des recommandations» de la commission baleinière internationale, laquelle a invité les Etats à «s'interroger sur la possibilité ... d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales» (par. 83), elle ne saurait avoir pour effet, sauf à obscurcir les catégories juridiques, de transformer lesdites recommandations en décisions obligatoires.

39. L'arrêt retient aussi, à la charge du Japon, que la taille des échantillons a été fixée à un niveau supérieur à ce qui était nécessaire pour les besoins de la recherche scientifique, afin de procurer des ressources financières sup-

concluded that, in respect of at least a proportion thereof, the authorized whale take was set for reasons, or for purposes, that are non-scientific (and thus, in all probability, commercial ones).

36. In my view the Court has failed to show that either of these scenarios is present here.

It is clear that the Court has taken a particularly demanding line towards the Respondent, since it appears to have raised a negative presumption against it, deriving from what might be termed “suspicion”, and has relied on grounds which in my view are too weak, and has at times expressed itself more as a scientific committee would, rather than as a judicial body should have done.

37. Between paragraphs 128 and 222, the Court sets out a number of reasons which lead it to conclude, in paragraph 227, that “the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II” are not issued “for purposes of scientific research” pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention”.

None of these reasons is truly convincing in itself, and, while, cumulatively, they may give an impression of weight, that is ultimately not convincing either.

38. Japan is criticized (paras. 141 and 144) for not having carried out studies of the feasibility of non-lethal methods, which might — to some extent — have replaced lethal methods under JARPA II, or rather for not having proved to the Court that it had done so. That is possibly so, but, in the first place, in paragraph 83 the Court rejects Australia’s contention that a scientific research programme requires a State systematically to give preference to non-lethal methods, and to have recourse to lethal methods only when other methods are not available; and furthermore, I cannot see how the fact that, when designing a scientific research programme, a State may have failed to carry out a study of a particular issue (even if that issue were relevant) would deprive that programme of its scientific character. At most, such a failure would justify an observation by the Scientific Committee. But it is not the function of the Court to decide whether JARPA II was designed as well as it might have been (that is a matter for the Scientific Committee to look into), but only to decide if this is indeed a programme pursuing scientific aims. As to the duty of States parties to “give due regard to recommendations” of the International Whaling Commission, which called upon States “to take into account whether research objectives can . . . be achieved by using non-lethal research methods” (para. 83), it cannot have the effect — which would be to confuse legal categories — of transforming those recommendations into binding decisions.

39. The Judgment further criticizes Japan for having set the sample size at a level higher than that necessary for the requirements of scientific research, in order to secure additional financial resources to finance that

plémentaires destinées à financer ladite recherche, alors que, selon la Cour, cette manière de procéder n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII. L'argument est faible. D'une part, il repose sur une interprétation restrictive très discutable de la convention ; d'autre part, et en tout état de cause, il n'est pas démontré que le Japon ait procédé ainsi. L'arrêt ne s'appuie en réalité que sur un document produit par le Japon dont la formulation est ambiguë, mais dans lequel en tout cas on ne trouve pas la claire reconnaissance que la taille des échantillons aurait été augmentée pour des raisons financières (par. 143). S'il s'agit de reprocher au Japon d'avoir préféré, dans une certaine mesure, le recours aux méthodes létales en raison de leur moindre coût — notamment parce qu'elles permettent de commercialiser une partie du produit de la chasse —, un tel reproche est probablement fondé en fait, mais certainement pas en droit : aucune règle — et l'arrêt lui-même n'en identifie aucune — n'empêche un Etat de tenir compte d'une considération de ce genre dans la conception d'un programme de recherche.

40. L'arrêt examine ensuite la question générale de la détermination de la taille des échantillons dans le programme JARPA II.

Mais la Cour n'a pas été en mesure de parvenir à la conclusion que cette taille a été fixée de manière manifestement exagérée au regard des besoins de la recherche, une telle conclusion n'étant nullement étayée par les pièces du dossier. C'est plutôt à une mise en doute du bien-fondé des choix opérés par le Japon et des méthodes retenues par lui que se livre l'arrêt. Mais, même si le doute est permis, cela ne saurait suffire à démontrer l'absence de caractère scientifique des fins poursuivies par le programme JARPA II, ni dans sa totalité ni même en partie.

41. L'arrêt s'interroge, à cet égard, sur la différence importante entre les objectifs de capture retenus dans le programme JARPA, qui a précédé celui qui est en cause en l'espèce, et les tailles d'échantillon retenues dans JARPA II. Pour l'espèce des petits rorquals tout spécialement, la différence est importante : on est passé de 400 à 850 prises annuelles. La Cour exprime son scepticisme sur les explications avancées par le Japon. Celui-ci a fait valoir que JARPA II avait des objectifs plus ambitieux que son prédécesseur ; mais, selon la Cour, il y a «davantage de ressemblances que de différences» entre les deux programmes (par. 151). Par ailleurs, une autre raison de «douter que l'augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals ... soit due à des différences entre les deux programmes» est que le Japon a lancé JARPA II sans attendre les résultats de l'évaluation finale de JARPA réalisée par le comité scientifique (par. 154). On est encore ici au niveau des interrogations, des doutes, des suppositions. Rien de bien solide.

42. La Cour se penche ensuite longuement sur les méthodes permettant de déterminer la taille des échantillons nécessaire à la réalisation des objectifs de recherche. Elle se livre à des calculs d'une particulière complexité, et les présente notamment sous la forme d'un tableau et d'un diagramme (aux paragraphes 165 et 182).

Mais aussi sophistiqués soient-ils, ces calculs ne permettent pas à la Cour de parvenir clairement à la conclusion que la taille des échantillons a été

research, an approach which, according to the Court, does not fall within the terms of Article VIII. That is a weak argument. First, it is based on a very questionable restrictive interpretation of the Convention; secondly, and in any event, it has not been shown that Japan did adopt such an approach. In reality, the Judgment relies solely on a document produced by Japan the language of which is ambiguous, but in which, in any event, no clear admission can be found that the sample size was increased for financial reasons (para. 143). If Japan is reproached with having, to a certain extent, favoured lethal methods because they are less expensive — *inter alia* because they enable some of the whale catch to be sold — such criticism may well be justified in factual terms, but certainly not in law: there is no rule — and the Judgment itself fails to identify one — which prevents a State from having regard to a consideration of this kind in designing a research programme.

40. The Judgment then goes on to examine the general question of the setting of sample sizes under JARPA II.

However, the Court was unable to reach a finding that the size of the sample was manifestly excessive in light of research needs, since there was no support for such a conclusion in the evidence before it. It is rather on the basis of its doubt as to the justification for the choices made by Japan and the methods adopted by it that the Judgment addresses the matter. However, even if a certain doubt is permissible, that cannot suffice to show that the aims pursued by JARPA II are unscientific, whether wholly or even in part.

41. In this regard, the Judgment queries the significant difference between the catch totals set under JARPA, the programme preceding that in issue here, and the sample sizes set under JARPA II. For minke whales in particular, the difference is substantial, increasing from an annual take of 400 to 850. The Court expresses its scepticism on the explanations given by Japan, namely that JARPA II had more ambitious aims than its predecessor. However, according to the Court, there is “considerable overlap . . . rather than dissimilarity” between the two programmes (para. 151). An additional reason cited “to question whether the increased minke whale sample size . . . is accounted for by differences between the two programmes” is that Japan launched JARPA II without waiting for the results of the Scientific Committee’s final review of JARPA (para. 154). Here again we are dealing with queries, doubts, suppositions. Nothing truly solid.

42. The Court then goes on to discuss at some length ways of calculating the sample size necessary to achieve the research targets. It conducts a series of particularly complex calculations, which it presents, *inter alia*, in the form of a table and a graphic (see paragraphs 165 and 182).

But however sophisticated, such calculations do not suffice to enable the Court to reach the clear conclusion that the sample size was set at a

fixée à un niveau manifestement excessif. Ils ne font que nourrir des doutes, des incertitudes et des soupçons. Il est vrai que les explications fournies par le Japon manquent de clarté et de transparence, et qu'il subsiste un certain flou sur la manière dont il a procédé pour fixer la taille des échantillons. L'expert cité par le Japon, le professeur norvégien Walløe, a lui-même admis devant la Cour que «les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni d'explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons [avait] été calculée ou déterminée». Mais le même expert a déclaré que, selon ses propres calculs, l'ordre de grandeur de la taille d'échantillon retenue pour les petits rorquals (ceux dont le nombre de captures autorisées est de loin le plus important) était «correct».

Quant à la Cour, la seule conclusion qu'elle soit à même de formuler au terme de longs développements (au paragraphe 198) est que «les éléments de preuve relatifs à la taille [des échantillons] n'offrent guère d'explications ni de justifications quant aux décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global», et que c'est une «raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés». Encore des doutes, provenant du constat de certaines lacunes ou faiblesses, mais rien qui vienne étayer solidement la conclusion que JARPA II ne poursuit pas réellement les fins scientifiques qui lui sont assignées.

43. Ensuite, l'arrêt fait grand cas de la discordance entre les objectifs fixés dans le programme JARPA II quant au nombre de captures et les prises effectives. Ces dernières sont très inférieures aux objectifs. La Cour y trouve curieusement une raison supplémentaire de dénier à JARPA II le caractère d'un programme conduit «en vue de recherches scientifiques».

Les raisons de cette différence sont connues, et l'arrêt les mentionne (par. 206). Le Japon a renoncé à la capture des baleines à bosse à la suite d'une demande du président de la commission baleinière internationale, comme gage de bonne volonté. Quant aux deux autres espèces, la différence entre les objectifs et les prises effectives s'explique en très grande partie par le type de navires choisi, impropre à la capture des rorquals communs, et par divers actes de sabotage organisés par certains groupes hostiles à la chasse à la baleine qui ont empêché que les objectifs de capture des petits rorquals soient atteints.

44. On voit mal, cependant, en quoi le fait que le Japon n'ait pas réalisé, au cours de ces dernières années, les objectifs de capture qu'il avait assignés au programme JARPA II permet de conclure que ce programme a perdu son caractère scientifique, et encore moins d'estimer qu'il n'a jamais eu un tel caractère.

Le raisonnement de la Cour est, en substance, le suivant (par. 209 à 211). D'une part, puisque le programme JARPA II a continué malgré un nombre de prises effectives très inférieures aux objectifs initiaux, cela tend à démontrer que ces objectifs avaient été fixés à un niveau excessif et non pas selon les exigences de nécessité et de proportionnalité, et cela «accrédite encore la thèse de l'Australie selon laquelle la détermination des tailles d'échantillon de petits rorquals obéissait à des considérations

manifestly excessive level. All they can do is to raise doubts, uncertainties and suspicions. It is true that the explanations provided by Japan lack clarity and transparency, and that a certain vagueness remains as to how the sample size was fixed. The expert called by Japan, Professor Walløe from Norway, himself admitted to the Court that “the Japanese [had] not always given completely transparent and clear explanations of how sample sizes were calculated or determined”. However, he then indicated that, on the basis of his own calculations, the minke whale sample size (that being by far the largest) was “of the right magnitude”.

As for the Court, the only finding that it was able to reach (in paragraph 198), after a lengthy discussion of the matter, was that “the evidence relating to . . . sample size . . . provides scant analysis and justification for the underlying decisions that generate the overall sample size”, and that this “raises further concerns” about “whether the design of JARPA II can be said to demonstrate on an objectively reasonable basis that it is a project for purposes of scientific research”. Further concerns, deriving from a finding of certain flaws or weaknesses, but nothing to provide solid support for the conclusion that JARPA II is not genuinely pursuing its purported research aims.

43. The Judgment then highlights the discrepancy between the targets set under JARPA II and the actual number of whales taken, which is far below the target totals. Strangely, the Court regards this as a further reason to find that JARPA II is not a programme conducted “for purposes of scientific research”.

The reasons for this discrepancy are known, and the Judgment refers to them (para. 206). Japan agreed to give up catching humpback whales following a request by the Chair of the International Whaling Commission, as a mark of goodwill. As regards the other two species, the discrepancy between target and actual catches can be largely attributed to the choice of vessels, which were unsuitable for taking minke whales, and to acts of organized sabotage by certain groups opposed to whaling, which prevented the target take for minke whales from being achieved.

44. It is difficult to see, however, how the fact that, in recent years, Japan has failed to achieve the target takes under JARPA II can justify the finding that the programme has ceased to be a scientific one, and still less that it has never been a scientific programme.

The Court’s reasoning (in paragraphs 209-211) is, in substance, as follows. First, because JARPA II has continued despite actual catches being far smaller than the original targets, that tends to show that those targets had been fixed at an excessively high level and not in accordance with the requirements of need and proportionality, which “adds force to Australia’s contention that the target sample size for minke whales was set for non-scientific reasons”. Secondly, the zero or negligible take for two of

qui n'étaient pas scientifiques». D'autre part, l'absence ou la rareté des prises pour deux des trois espèces concernées affaiblit l'argument du Japon, selon lequel l'augmentation importante des objectifs de capture des baleines appartenant à la troisième espèce (les petits rorquals) dans le programme JARPA II s'explique par l'introduction dans ce programme d'un objectif scientifique de recherche sur la concurrence entre les espèces, qui n'existait pas dans le programme précédent.

La Cour résume sa pensée dans la formule suivante :

«Le fait que le Japon continue, en dépit des différences entre les tailles d'échantillon prévues et les prises effectives, de s'appuyer sur les deux premiers objectifs de JARPA II pour justifier les tailles d'échantillon ... et qu'il déclare en outre que ces volumes de capture très réduits peuvent néanmoins générer des résultats significatifs sur le plan scientifique, jette un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques.» (Par. 212.)

Encore le doute. Mais un doute, et même une accumulation de doutes, suffit-il pour faire une preuve? Selon moi, et au cas d'espèce en tout cas, on en est très loin. Au surplus, l'affirmation selon laquelle la réalisation partielle d'un programme de recherche ne prive pas celui-ci de la capacité de produire des résultats scientifiquement significatifs ne me paraît guère contestable, et je n'y vois rien qui soit de nature à alimenter d'aussi graves soupçons.

45. Il est vrai que la Cour parachève sa démonstration par trois arguments ultimes, sous le titre «autres aspects», mais dont je suis obligé de dire qu'ils ne sont guère plus solides que les précédents: le programme JARPA II ne comporte pas de limite dans le temps — mais je ne vois pas bien d'où vient l'idée qu'un programme de recherche ne peut revêtir un caractère scientifique que s'il est limité dans le temps; les résultats obtenus dans le cadre de JARPA II n'ont fait l'objet jusqu'à présent que d'un petit nombre de publications dans les revues scientifiques — mais cela ne suffit pas à fonder le constat que le programme n'est pas conduit en vue de recherches scientifiques, tout au plus ce pourrait être l'indice qu'il y a eu des faiblesses ou des défauts dans sa conception; le Japon n'a pas donné beaucoup d'exemples de coopération entre l'institut chargé du programme JARPA II et d'autres organismes de recherche, ce qu'il aurait été, selon la Cour, «permis d'escompter» — mais on est encore ici dans une critique de la manière de conduire la recherche plutôt que dans une contestation convaincante de son caractère scientifique.

46. Même ajoutés les uns aux autres, les griefs que la Cour adresse au Japon sont très loin de permettre de conclure, selon moi, que le programme JARPA II n'a pas été conçu et mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, ce qui est la conclusion que tire la Cour au paragraphe 227.

Et ce, pour deux raisons essentielles: les doutes ne sont pas des preuves; les défauts méthodologiques dans la conception d'un programme scientifique ne lui retirent pas son caractère scientifique, et ne lui imprimant pas une finalité commerciale.

the three species concerned casts doubt on Japan's argument that the significant increase in the target take for the third species of whale (minke whales) under JARPA II can be explained by the introduction into that programme of research on inter-species competition, which was absent from the preceding one.

The Court summarizes its position as follows:

“Japan's continued reliance on the first two JARPA II objectives to justify the target sample sizes, despite the discrepancy between the actual take and those targets, coupled with its statement that JARPA II can obtain meaningful scientific results based on the far more limited actual take, cast further doubt on the characterization of JARPA II as a programme for purposes of scientific research.” (Para. 212.)

Once again, doubt. But is a doubt, or even an accumulation of doubts, sufficient to constitute proof? In my view, in any event in the present instance, that is very far from being the case. What is more, it seems to me hardly disputable that the fact that a research programme has been only partially achieved does not deprive it of the ability to produce scientifically significant results, and I can see nothing here that could provide support for such grave suspicions.

45. It is true that the Court completes its demonstration with three concluding arguments, under the head of “additional aspects”, but which I have to say that I do not find any stronger than the preceding ones: JARPA II has an open-ended time frame — but I cannot see where anyone might get the idea that a research programme can only be “scientific” if it is for a fixed period; publication of research results from JARPA II in scientific journals has been extremely limited — but that does not suffice to justify a finding that the programme is not being conducted for purposes of scientific research, at most it could be an indication of weaknesses or flaws in its design; Japan has given few examples of co-operation between the institution responsible for JARPA II and other research institutions, which, according to the Court, “could have been expected” — but we are still dealing here with criticism of the way the research has been conducted, rather than a convincing challenge to its scientific character.

46. Even taken together, the Court's criticisms of Japan are very far, in my view, from justifying a finding that JARPA II was not designed and implemented “for purposes of scientific research”, which is the conclusion that the Court reaches in paragraph 227.

And I believe this to be the case for two basic reasons: doubts are not proof; methodological flaws in the design of a scientific programme do not deprive it of its scientific character, nor do they stamp it with a commercial purpose.

47. Je regrette d'autant plus le parti que la Cour a choisi de prendre que, ce faisant, elle a négligé l'apport aux débats, selon moi remarquable, de l'expert cité par le Japon, le professeur norvégien de renommée internationale Lars Walløe. Ce dernier a démontré son indépendance d'esprit en critiquant, devant la Cour, certains des aspects, cependant mineurs, du programme JARPA II — l'arrêt d'ailleurs en tire argument contre le défendeur à plusieurs reprises. Cela ne rend que plus crédible, à mon avis, l'ensemble de sa déposition. Or, le professeur Walløe a affirmé que «les deux programmes JARPA et JARPA II ont fourni des informations précieuses aux fins de la mise en œuvre de la RMP (la procédure de gestion révisée, outil de gestion des stocks de baleines utilisé par la commission baleinière internationale) dans sa version actuelle ou d'éventuelles améliorations de cette procédure» et que «ces programmes apportent des informations capitales sur les évolutions qui s'opèrent actuellement dans l'écosystème de l'Antarctique».

En ce qui concerne la taille des échantillons, le professeur Walløe a indiqué, lors des audiences, qu'il ignorait comment les scientifiques japonais avaient procédé exactement, mais que, ayant fait ses propres calculs pour déterminer, entre autres, la taille des échantillons nécessaire pour observer des changements relatifs à l'âge et la maturité sexuelle — paramètres particulièrement intéressants — sur une période de six ans, il a constaté «que le nombre de baleines nécessaires pour pouvoir observer un changement était de l'ordre de 900».

48. Je n'ignore pas que le professeur Walløe étant un expert cité par l'une des Parties, la Cour ne pouvait pas tenir pour vraies, sans autre examen, toutes ses déclarations, alors même que d'autres experts, cités par la Partie adverse, exprimaient des avis différents.

Mais je pense que le fait qu'un homme de science de cette réputation exprime sans ambages son appréciation positive quant à l'intérêt scientifique des recherches conduites dans le cadre de JARPA II et quant au caractère raisonnable des tailles d'échantillon fixées (sauf, a-t-il dit, pour l'espèce des rorquals communs dont le nombre de captures prévues était trop faible pour donner des résultats significatifs) aurait dû peser grandement dans le jugement porté par la Cour sur la nature même de JARPA II.

Tel aurait été certainement le cas si la Cour, au lieu d'essayer de tenir le rôle d'une sorte de comité scientifique recherchant dans le détail ce qui, dans le programme JARPA II, pourrait être considéré comme un défaut ou une lacune dans sa conception ou sa mise en œuvre, s'était bornée à répondre à la seule question de savoir si les activités en cause étaient menées en vue de recherches scientifiques — que celles-ci soient excellentement ou imparfaitement conçues — et si elle n'avait pas appliqué au défendeur, de manière sous-jacente, un préjugé défavorable.

(*Signé*) Ronny ABRAHAM.

47. I particularly regret the stance that the Court has chosen to adopt, inasmuch as, in so doing, it has ignored the contribution — in my view, a remarkable one — from the expert called by Japan, the internationally renowned Norwegian professor, Lars Walløe. Professor Walløe demonstrated his independence in openly criticizing certain aspects — albeit minor ones — of the JARPA II programme; and indeed the Judgment has cited these several times in support of its argument against the Respondent. That, in my view, only serves to enhance the overall credibility of his evidence. Professor Walløe stated that “both JARPA and JARPA II have given valuable information for the possible implementation of the current version of RMP [the Revised Management Procedure, the stock management tool used by the International Whaling Commission] and for possible future improvements of RMP”, and that “the programmes are giving critical information about the ongoing changes in the Antarctic ecosystem”.

As regards sample size, Professor Walløe stated at the hearings that he did not really know how the Japanese scientists had calculated them, but that, on the basis of his own calculations to determine, *inter alia*, the necessary sample size to assess changes in age and sexual maturity — which were parameters of particular interest — over a period of six years, he found that “to get any detectable you would need in the order of magnitude [of] 900 whales”.

48. I am well aware that, since Professor Walløe was an expert called by one of the Parties, the Court could not simply accept the truth, without further enquiry, of everything he said, when other experts, called by the opposing Party, expressed differing views.

However, I believe that the fact that a scientist of this renown unequivocally expresses his positive view of the scientific value of the research carried out under JARPA II, and of the reasonableness of the sample sizes set (with the exception, as he stated, of fin whales, for which the sample size was too small to give significant results) ought to have carried substantial weight in the Court’s assessment of the true nature of JARPA II.

That would certainly have been the case if the Court, instead of attempting to function as a sort of scientific committee, seeking to enquire in detail into what aspects of JARPA II could be regarded as design or implementation flaws or deficiencies, had confined itself simply to answering the question of whether the activities concerned were conducted for purposes of scientific research — regardless of whether they were brilliantly or poorly designed. And if the Court had not applied an underlying negative preconception in its treatment of the Respondent.

(Signed) Ronny ABRAHAM.
