

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[*Texte original français*]

*Interprétation de la convention — Pouvoir discrétionnaire d'un Etat partie — Caractère raisonnable d'un programme de chasse « en vue de recherches scientifiques » — Finalité d'un programme de chasse « en vue de recherches scientifiques » — Choix entre les méthodes létales et non létales — Détermination de la taille des échantillons — Fondements des conclusions de la Cour — Nécessité d'examiner le caractère « commercial » de JARPA II — Absence de caractère « commercial » de JARPA II — Substitution aux organes créés par la convention — Coopération des Etats parties à la convention.*

A mon grand regret, j'ai dû voter contre les points 2, 3, 4, 5 et 7 du dispositif de l'arrêt, dans la mesure où je suis en désaccord avec l'interprétation, par la majorité, des dispositions pertinentes de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après la « convention »), du 2 décembre 1946, et du règlement annexé à celle-ci (ci-après le « règlement »).

Je regrette, en particulier, que la majorité ne s'en soit pas tenue aux méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31 et 32), qui ont valeur coutumière et, par conséquent, à une analyse strictement juridique des obligations des Parties. Je sais que la question de la chasse à la baleine est empreinte d'une grande charge émotionnelle et culturelle, nourrie au travers des siècles par la littérature, les récits mythologiques et les textes religieux. Cet arrière-plan a certes été évoqué devant la Cour et les juges, lesquels, s'ils ne peuvent l'ignorer, sont tenus, de par leur fonction, de veiller à ce qu'il n'interfère d'aucune manière dans la stricte analyse juridique. La contribution de la Cour à la poursuite, dans les meilleures conditions, de la coopération entre les Etats concernés est de rendre la justice en appliquant le droit international, ainsi que le prévoit son statut.

Malheureusement, l'approche retenue par la majorité demeure quelque peu « impressionniste », dans la mesure où elle procède essentiellement d'interrogations, de doutes, de soupçons, à partir d'indices sélectionnés dans la masse des rapports et des expertises scientifiques.

La convention a été adoptée en 1946 dans un contexte très différent de celui où la Cour est appelée à l'interpréter et à l'appliquer. La consommation de viande de baleine a énormément diminué, au point de devenir négligeable, et l'industrie baleinière a décliné en conséquence. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle interprète l'une des dispositions de la convention, la Cour est tenue de prendre en compte les objectifs inscrits dans le préambule, et notamment la conservation et le développement durable des stocks de baleines. Elle ne peut se contenter d'affirmer qu'il « n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans

un sens extensif», et que les programmes menés à des fins de recherche scientifique «peuvent poursuivre un but autre que la conservation ou l'exploitation durable des stocks de baleines» (arrêt, par. 58). Or, il ne s'agit pas de se demander si l'interprétation doit être faite dans un sens «restrictif» ou «extensif», mais plutôt de rechercher quel est «le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but» (convention de Vienne, art. 31, par. 1).

Il s'agit de confronter l'article VIII, en tant que partie intégrante de la convention, à l'objet et au but de celle-ci, et de se demander, à la lumière du sens ordinaire de cette disposition, si le programme de recherche, en l'occurrence JARPA II, s'y inscrit pleinement.

Par ailleurs, l'article VIII doit être analysé dans le contexte des autres dispositions de la convention et de son règlement annexé, tel qu'il a été modifié depuis son adoption. Selon cet article, l'Etat partie peut «accorder à ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» à de telles conditions qu'il «jugera opportunes». Ce faisant, l'Etat partie n'est pas tenu de se conformer aux autres dispositions de la convention, notamment celles relatives à la chasse commerciale. Il ne s'agissait, à l'époque de l'adoption de la convention, que de réglementation et non de prohibition de cette catégorie de chasse. Et c'est pour cela que le pouvoir donné à l'Etat partie d'accorder des permis «en vue de recherches scientifiques» était très large, puisque la chasse commerciale était réglementée par la convention, dans le cadre du respect des objectifs de celle-ci. Tant que l'on restait dans le cadre de la recherche scientifique, le gouvernement concerné pouvait décider de l'utilisation du produit de la vente des baleines capturées et traitées. Il est implicite que le produit éventuel de la vente de ces baleines devra être affecté à l'objectif de la recherche scientifique, qui est au cœur de l'article VIII, et qui justifie l'exemption de l'Etat partie de toutes les autres obligations relatives à la réglementation de la chasse commerciale.

J'admets, comme le souligne la Cour (arrêt, par. 61), que le pouvoir discrétionnaire de l'Etat partie, au titre de l'article VIII de la convention, ne signifie pas que le fait de tuer, capturer et traiter des baleines dépend «simplement de la perception qu'en a cet Etat».

Je suis également d'avis que l'Etat partie s'assurera, dans l'exercice de ce pouvoir, que «la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés» et que «ce critère d'examen revêt un caractère objectif» (*ibid.*, par. 67).

Le large pouvoir normatif dans la délivrance des permis spéciaux, qui est néanmoins consenti à l'Etat partie par l'article VIII, est compensé par un contrôle de la part de l'institution centrale, créée par la convention, à savoir la commission internationale de la chasse à la baleine (convention, art. III) (ci-après la «commission»), assistée par le comité scientifique. En effet, aux termes du paragraphe 3 de l'article VIII, l'Etat concerné

«devra transmettre à l'organisme que la commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements

de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les recherches effectuées en vertu du paragraphe 1 de cet article et de l'article IV».

L'arrêt reconnaît que le Japon s'est acquitté de ses obligations procédurales à l'égard de la commission et du comité scientifique, notamment en soumettant, préalablement à leur délivrance, les propositions de permis spéciaux, en vertu du paragraphe 30 du règlement.

Il est évident que l'adoption, en 1982, par la commission, du moratoire sur la chasse commerciale (règlement, par. 10 *e*), le nombre des captures de baleines à des fins commerciales étant fixé à zéro), entré en vigueur pendant la saison 1985-1986, allait avoir un impact sur le sens et l'agencement des dispositions de la convention et de son règlement. Le Japon, qui s'y est opposé à l'origine, a retiré son objection en 1987. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ce moratoire n'était, par définition, qu'une décision provisoire, dans l'attente d'une évaluation, prévue en 1990, laquelle n'aura jamais lieu.

Le Japon a lancé, parallèlement à son acceptation du moratoire, le programme de recherche JARPA. Mais rien ne laissait supposer, *a priori*, comme cela a été suggéré par l'Australie (arrêt, par. 101), que c'était une façon de poursuivre la chasse commerciale sous une autre couverture juridique. En réalité, le lancement de JARPA n'avait rien de surprenant en soi puisque le moratoire sur la chasse commerciale interdisait désormais l'accès à un certain nombre d'informations sur les baleines, pour les besoins de la recherche scientifique. Or, il est établi que la recherche sur les peuplements baleiniers, et notamment sur leur régime alimentaire, était importante pour la connaissance de l'écosystème marin et de ses ressources. La commission n'a d'ailleurs pas contesté, en 2006, l'apport de JARPA à cet égard. Quoi qu'il en soit, l'arrêt rappelle, à juste titre, que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le fonctionnement et la légalité du programme JARPA (*ibid.*, par. 99). Ce qui est en cause, en effet, c'est le programme JARPA II qui lui a succédé, à partir de la saison 2005-2006.

La légalité de ce second programme a été contestée devant la Cour, par l'Australie, qui considère que celui-ci n'est pas un programme mené «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention et que, en l'autorisant et en l'exécutant, le Japon a violé le paragraphe 10 *e*) du règlement sur le moratoire sur la chasse commerciale, le paragraphe 7 *b*) sur le sanctuaire de l'océan Austral et le paragraphe 10 *d*) sur le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes.

Dès lors, la démarche de la majorité devient surprenante, puisqu'elle revient à consacrer l'essentiel du raisonnement à démontrer que JARPA II n'est pas un programme «en vue de recherches scientifiques», en évitant, en fin de compte, de se demander quel est l'objectif réel poursuivi par un tel programme.

La Cour se refuse tout d'abord à établir une définition de la notion de «recherches scientifiques», celle-ci ne figurant pas dans la convention. Quant à la définition proposée par les experts, elle a été considérée comme

inapplicable en l'espèce (arrêt, par. 86). Mais, la Cour s'engage, aussitôt après, dans l'analyse du sens de l'expression «en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 87), ce qui, en soi, peut paraître paradoxal. En effet, il s'agit d'établir ce qui est destiné à la réalisation d'une activité donnée sans avoir clarifié, au préalable, le contenu de l'activité en question. L'exercice est périlleux et il le sera d'autant plus qu'il va consister à se demander si la conception et la mise en œuvre du programme «sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés» (*ibid.*, par. 88).

On s'aperçoit, dans la suite du raisonnement, que le test de la correspondance entre les objectifs, d'un côté, et la conception ainsi que la mise en œuvre, de l'autre, n'est pas réellement utilisé. En effet, l'arrêt (par. 135 à 156) se livre essentiellement à une comparaison entre JARPA et JARPA II pour estimer que le second n'a pas été mené «en vue de recherches scientifiques». Et cela pour la raison qu'il aurait recouru à des méthodes létales alors qu'il aurait pu se fonder plus largement sur des méthodes non létales. Mais, la majorité n'avance nulle part l'existence d'une obligation imposant à l'Etat concerné de donner la priorité à des méthodes non létales dans la conduite des recherches scientifiques.

Afin de pallier l'absence de cette obligation, la Cour évoque (arrêt, par. 144) l'insuffisance de l'analyse menée par le Japon en ce qui concerne le recours à des méthodes non létales et la non-prise en considération par celui-ci des résolutions et lignes directrices de la CBI, alors que celles-ci ne s'imposent pas, en tant que telles, à cet Etat. On peut se demander comment une obligation juridique peut découler d'une insuffisance d'analyse ou d'une non-prise en considération d'actes d'organismes internationaux qui n'ont pas de caractère décisionnel à l'égard de leurs destinataires.

A mon avis, l'Etat a parfaitement le droit, pour les besoins de la recherche scientifique, d'écarter les méthodes non létales, s'il les estime trop onéreuses, et de couvrir éventuellement le coût de la recherche par le produit de la vente des captures.

Mais, la Cour ne s'arrête pas là dans son œuvre de comparaison de JARPA et de JARPA II. Elle s'interroge sur l'ampleur de ce dernier par référence, de nouveau, au premier (*ibid.*, par. 145 à 156). Elle en vient, au terme de cette comparaison, à noter des «faiblesses de l'explication avancée par le Japon» (*ibid.*, par. 156) et à cautionner pratiquement le procès d'intention qui a été fait à ce pays :

«Ces faiblesses tendent également à accréditer la thèse de l'Australie, à savoir que la priorité du Japon était d'assurer la continuité de ses activités de chasse à la baleine, comme il l'avait déjà fait en lançant JARPA dans l'année qui suivit l'entrée en vigueur du moratoire sur la chasse commerciale.» (*Ibid.*).

Alors que la majorité avait avancé comme postulat qu'elle n'allait pas définir la recherche scientifique, elle va cependant s'engager dans une

analyse détaillée de la détermination des tailles d'échantillon pour chaque espèce en distinguant cinq étapes, dans ce processus, illustrées par des études statistiques (arrêt, par. 157 à 202).

A l'issue de tous ces développements, ardues et complexes, la Cour en arrive à considérer que «c'est là une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés» (*ibid.*, par. 198). Il s'agit là d'un doute supplémentaire, construit à partir de statistiques et d'études très élaborées, mais une série de doutes ne peut permettre de parvenir à une certitude, celle établissant la violation, en droit, d'une obligation internationale.

Peut-on, cependant, aller au-delà de tout doute raisonnable, par une comparaison entre les tailles d'échantillon et les prises effectives?

La Cour se livre à cet exercice (*ibid.*, par. 199 à 211) pour affirmer de nouveau que la différence constatée entre tailles d'échantillon et prises effectives jette «un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 212). Ainsi, l'arrêt, après avoir rappelé cette différence pour les petits rorquals, ajoute que «[c]et élément accrédite encore la thèse de l'Australie selon laquelle la détermination des tailles d'échantillon de petits rorquals obéissait à des considérations qui n'étaient pas scientifiques» (*ibid.*, par. 209). En d'autres termes, il aurait suffi que le Japon ait chassé l'ensemble des baleines prévues dans l'échantillon pour que celui-ci devienne crédible dans le contexte de la chasse «en vue de recherches scientifiques». De surcroît, une telle conclusion serait en contradiction avec la priorité, soulignée préalablement, des méthodes non létales sur les méthodes létales.

Dans sa conclusion finale sur le point de savoir si JARPA II est conduit en vue de recherches scientifiques (*ibid.*, par. 223 à 227), la Cour estime que «l'utilisation des méthodes létales en tant que telle n'est pas déraisonnable» (*ibid.*, par. 224), mais c'est seulement en comparant celui-ci avec JARPA qu'elle considère que la taille des échantillons de petits rorquals a été fortement majorée, même si la proportion des prises effectives était, dans l'absolu, faible. En effet, comparé à la population de petits rorquals qui est comprise entre 338 000 et 1 486 000 individus (mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.116), le nombre de prises effectives de petits rorquals pour l'ensemble du programme JARPA II n'a pas dépassé 3264 individus (*ibid.*, figure 6, et contre-mémoire du Japon, p. 178 et 181).

L'ensemble de ces doutes et de ces interrogations est-il suffisant pour conclure que JARPA II n'a pas été conçu et mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques» (arrêt, par. 227)?

La Cour se penche ensuite (*ibid.*, par. 228) sur les allégations de violation par le Japon des dispositions du règlement avancées par l'Australie, qui imposent le moratoire sur la chasse commerciale (par. 10 *e*)), le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d*)) et le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b*)). On aurait pu s'attendre, à ce stade du raisonnement, que la Cour se pose la question de savoir si le programme JARPA II a été conçu et appliqué à des fins commerciales. En effet, la

convention ne prévoit que trois catégories de chasse à la baleine (à des fins commerciales, «en vue de recherches scientifiques» et aborigène de subsistance). Si on laisse de côté la dernière catégorie qui n'est pas concernée dans cette affaire, la seule option qui demeure est celle entre les deux premières catégories. D'ailleurs, les deux Parties et l'Etat intervenant ne le contestent pas, ainsi que leur rappelle la Cour (arrêt, par. 229). Bien plus, l'Australie a plaidé le caractère commercial de JARPA II afin d'en déduire la violation des dispositions en question du règlement.

Comment alors comprendre le refus de la Cour «d'examiner les éléments de preuve apportés par les Parties à l'appui de leurs thèses contradictoires sur le point de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale» (*ibid.*, par. 230)?

La Cour relève, d'abord, que la disposition qui établit le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d*) du règlement) ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale, à la différence de celles imposant le moratoire sur la chasse commerciale et créant le sanctuaire de l'océan Austral. Malgré cela, elle interprète cependant les paragraphes 10 *e*) et 7 *b*) du règlement, qui s'y rapportent, comme n'interdisant pas, à titre exclusif, la chasse à des fins commerciales. Selon la Cour, interpréter autrement ces deux dispositions par la Cour «laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine» (arrêt, par. 229). Je dois avouer ne pas percevoir quel est le fondement de cette interprétation extensive de textes clairs qui interdisent la chasse à des fins commerciales, ni non plus quelle est, parmi les méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne, celle à laquelle il a été fait recours en l'occurrence.

Je reviens maintenant au constat établi par la Cour en ce qui concerne le paragraphe 10 *d*) du règlement relatif au moratoire sur l'utilisation des usines flottantes. Certes, cette disposition ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale. Cependant, l'examen des travaux préparatoires, la concernant, permet d'éclairer l'absence de cette qualification, par opposition aux deux autres paragraphes en question du règlement.

Le paragraphe 10 *d*) du règlement trouve son origine dans une proposition des Etats-Unis d'Amérique d'adopter un moratoire sur la chasse commerciale. Cette proposition a été reprise par le Panama qui a proposé de la scinder en deux parties en instaurant, d'une part, un moratoire sur l'utilisation des usines flottantes et, d'autre part, un moratoire sur les stations terrestres (voir Chairman's Report of the Thirty-First Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission*, vol. 30, 1980, p. 26, contre-mémoire du Japon, vol. II, annexe 46; voir également P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, vol. 1, Oceana Publications, 1985, p. 505). Seule la première partie de la proposition a été adoptée par la commission, et est devenue l'actuel paragraphe 10 *d*) du règlement. Le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes a été ainsi élaboré sur la base d'une proposition de mora-

toire sur la chasse commerciale et il était clair lors de son adoption que seule la chasse commerciale était concernée. Par conséquent, les paragraphes 10 *d*), 10 *e*) et 7 *b*) du règlement s'appliquent donc exclusivement à la chasse commerciale.

Ainsi, je pense que la majorité ne pouvait faire l'économie de la preuve du caractère commercial de JARPA II. Elle ne pouvait manifestement pas établir une telle conclusion dans la mesure où une activité à des fins commerciales doit être menée en vue de réaliser un profit, même si celui-ci n'est pas au rendez-vous. Or cela n'est tout simplement pas le cas pour JARPA II et pour les permis spéciaux délivrés dans ce cadre, le produit de la vente des baleines capturées et traitées étant affecté à un institut de recherche sur les baleines, à but non lucratif.

J'ajouterai que la démarche suivie par la majorité, outre qu'elle n'est pas fondée juridiquement, n'a pas pris en compte l'esprit de la convention, qui vise à renforcer la coopération entre les Etats parties pour la gestion d'une ressource partagée. La commission et le comité scientifique jouent un rôle central à cet égard. Il leur appartient notamment d'examiner périodiquement les permis spéciaux délivrés par les Etats parties et de formuler des observations, notamment sur les aspects susceptibles d'être améliorés. Ils se sont d'ailleurs acquittés de cette mission à l'égard de JARPA comme le témoigne la liste de résolutions adoptées par la commission. A l'heure actuelle, JARPA II a fait l'objet d'un examen préalable en 2005 et son examen périodique est en cours. Les résultats devraient être publiés incessamment. En d'autres termes, ni la commission ni le comité scientifique n'ont encore eu l'opportunité de se prononcer sur la mise en œuvre de JARPA II. En se livrant à l'évaluation du programme, la Cour s'est substituée, d'une certaine façon, à ces deux organes.

Afin de renforcer l'objet et le but de la convention, il est certainement souhaitable, pour les Etats parties, d'agir de l'intérieur du système institutionnel prévu par celle-ci. C'est probablement le meilleur moyen de renforcer la coopération multilatérale des Etats parties dans la défense de leur intérêt commun, souligné par le préambule de la convention, et de parvenir à une interprétation authentique de celle-ci par les Etats parties.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.