

DISSENTING OPINION OF JUDGE YUSUF

The Court misconstrued the applicable law — The parameters of review of Japan's conduct are Article VIII of the ICRW, paragraph 30 of the Schedule, and the Guidelines adopted, not extraneous standards such as "reasonableness" — The question before the Court is treaty interpretation — It is whether Japan's decision to authorize JARPA II was consistent with the applicable law — The Court should have assessed the effect of recent amendments on the object and purpose of the Convention — Article VIII should have been interpreted in light of that evolution — The Court's function is not to conduct a scientific review of the design and implementation of JARPA II — Whether or not a programme is for purposes of scientific research cannot be determined on the basis of the reasonableness of the scale of the use of lethal sampling — The distinction between "scientific research" and "for purposes of scientific research" adopted by the Judgment is unpersuasive — It is paradoxical to conclude that something constitutes scientific research but is not for purposes thereof — Paragraph 10 (e), paragraph 10 (d), and paragraph 7 (b) of the Schedule only apply to commercial whaling — The Court has not established that JARPA II was commercial whaling — The finding that Japan has breached the moratorium, the Southern Ocean Sanctuary and the ban on factory ships is thus unwarranted.

I. INTRODUCTION

1. I regret not to be able to join the majority that has voted in favour of most of the operative paragraphs of this Judgment. I regret it all the more since I am certainly no less sensitive than my colleagues to the taking and killing of the whales.

2. Many of us are disturbed by the killing of these iconic and intelligent animals and by the manner in which they are killed. However, these perfectly justified emotional reactions should not make us overlook that it is only by reference to the law that the issues before this Court can be resolved. The judicial settlement of disputes between States cannot be made on emotional or purely ethical grounds.

3. I have decided to dissent because I have serious doubts about the legal correctness of the Court's reasoning and its conclusions. First, the question before the Court is one of treaty interpretation and it is whether or not Japan's decisions are consistent with the relevant provisions of the ICRW. The parameters to determine the legality of Japan's special per-

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

La Cour a mal interprété le droit applicable — Le comportement du Japon aurait dû être apprécié non pas à l'aune de critères étrangers à la convention tels que le « caractère raisonnable », mais à la lumière de l'article VIII de la convention, du paragraphe 30 du règlement et des lignes directrices adoptées par la CBI — La question posée à la Cour portait sur l'interprétation d'un traité — Il s'agissait de déterminer si la décision du Japon d'autoriser JARPA II était conforme au droit applicable — La Cour aurait dû rechercher si les modifications récentes de la convention avaient eu une incidence sur l'objet et le but de celle-ci — L'article VIII aurait dû être interprété au regard de cette évolution — Il n'entraînait pas dans les attributions de la Cour de procéder à un examen scientifique de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II — La question de savoir si un programme est mené à des fins de recherche scientifique ne peut être tranchée en se fondant sur le caractère raisonnable de l'ampleur du recours aux prélèvements létaux — La distinction faite entre « recherches scientifiques » et « en vue de recherches scientifiques » n'est guère convaincante — Il est pour le moins paradoxal de conclure qu'une activité relève de la recherche scientifique tout en étant dépourvue de finalité scientifique — Les paragraphes 10 e), 10 d) et 7 b) du règlement s'appliquent uniquement à la chasse commerciale — La Cour n'a pas établi que JARPA II était un programme de chasse commerciale — La conclusion selon laquelle le Japon a violé le moratoire sur la chasse commerciale, le sanctuaire de l'océan Austral et l'interdiction relative aux usines flottantes est dès lors sans fondement.

I. INTRODUCTION

1. Je regrette de ne pouvoir me rallier à la majorité qui a voté en faveur de la plupart des points du dispositif. Je le regrette d'autant plus que je ne suis certainement pas moins sensible que mes confrères à la capture et à la mise à mort des baleines.

2. Nous sommes nombreux à déplorer le sort réservé à ces animaux intelligents, qui revêtent une forte charge symbolique, et la manière dont ils sont mis à mort. Ces réactions émotionnelles, parfaitement légitimes, ne doivent toutefois pas nous faire oublier que les questions portées devant la Cour doivent être tranchées au regard du droit, et du droit uniquement. Le règlement judiciaire des différends entre Etats ne saurait être dicté par des motifs d'ordre émotionnel ou purement éthique.

3. J'ai choisi de me dissocier de la majorité car j'ai de sérieux doutes quant à la rigueur juridique du raisonnement suivi par la Cour et des conclusions auxquelles elle est parvenue. Premièrement, la question portée devant la Cour concernait l'interprétation d'un traité; il s'agissait de déterminer si les décisions du Japon étaient conformes aux dispositions

mits for JARPA II, are to be found in the treaty itself, particularly Article VIII, paragraph 30, of the Schedule and the Guidelines adopted for the application of Article VIII (such as Annex P); and not in some extraneous and undefined standard of review. Resort to such a standard negates the relevance of the specific provisions of the treaty which constitute the law applicable to this dispute.

4. The dispute before the Court in the instant case is not about the fit between the aims of JARPA II and its design and implementation as a scientific research programme; nor is it the task of the ICJ to review and evaluate the design and implementation of a research plan for scientific whaling (para. 67). That is the function of the Scientific Committee of the International Whaling Commission (IWC).

5. Secondly, I think that the reasoning of the majority is seriously flawed in characterizing, on the one hand, JARPA II activities as “scientific research”, while concluding, on the other, that the special permits granted by Japan for JARPA II are not “for purposes of scientific research”. JARPA II is not implemented for commercial purposes and the Judgment recognizes as much. If it was not designed for purposes of scientific research, it could not have simply stumbled into scientific research activities, unless it is accepted that serendipity was at work here. In any case, it appears to me paradoxical that a programme that is broadly characterized as scientific research is considered by the majority not to be “for purposes of scientific research”, particularly without its qualification as commercial whaling under Article VIII, paragraph 4, of the ICRW and without a definition of the words “scientific research”.

6. Thirdly, both the obligation to respect zero catch limits of whales from all stocks (generally known as the moratorium) established in paragraph 10 (*e*) of the Schedule and the prohibition on whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 10 (*d*) of the Schedule) apply only to commercial whaling, not to research whaling. Thus, there is, in my view, no legal basis to the conclusion that JARPA II is in breach of those provisions, or of the factory ship moratorium (para. 7 (*b*)), particularly in the absence of clear evidence which establishes that JARPA II is commercial whaling in disguise.

7. Finally, the Court should have assessed whether the evolving regulatory framework of the Convention — particularly the recent amendments to the Schedule setting zero catch limits and establishing whale sanctuar-

pertinentes de la convention. Les éléments permettant d'établir la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II étaient à rechercher dans le traité lui-même, plus particulièrement dans l'article VIII de la convention et le paragraphe 30 du règlement, ainsi que dans les lignes directrices adoptées aux fins de l'application dudit article VIII (comme l'annexe P), et non dans un critère d'examen mal défini et étranger à la convention. Le recours à un tel critère revient à nier la pertinence des dispositions particulières du traité qui constituent le droit applicable en l'espèce.

4. Le différend opposant l'Australie au Japon ne portait pas sur la question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II étaient compatibles avec ses objectifs en tant que programme de recherche scientifique. Il n'appartenait pas à la Cour d'examiner et d'évaluer la conception et la mise en œuvre d'un plan de recherche dans le cadre d'un programme de chasse à la baleine à des fins scientifiques (par. 67). Cette fonction est celle du comité scientifique de la commission baleinière internationale (CBI).

5. Deuxièmement, le raisonnement de la majorité est, à mon sens, gravement vicié en ce que la Cour, d'un côté, qualifie les activités de JARPA II de «recherches scientifiques» et, de l'autre, conclut que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de ce programme ne l'ont pas été «en vue de recherches scientifiques». La Cour veut bien reconnaître que JARPA II n'est pas un programme mis en œuvre à des fins commerciales. Si JARPA II n'a pas été conçu aux fins de la recherche scientifique, les activités de recherche scientifique menées dans le cadre de ce programme ne sauraient être purement fortuites, sauf à penser que le hasard fait bien les choses. En tout état de cause, il me semble pour le moins paradoxal de conclure que les activités de JARPA II peuvent être globalement qualifiées de recherches scientifiques sans néanmoins être menées «en vue de recherches scientifiques», et ce, d'autant plus que la Cour ne qualifie pas JARPA II de programme de chasse commerciale au sens de l'article VIII de la convention et ne donne pas de définition de la notion de «recherche scientifique».

6. Troisièmement, l'obligation de respecter la limite de capture fixée à zéro, toutes espèces confondues, énoncée au paragraphe 10 *e*) du règlement (communément appelée le moratoire) aussi bien que l'interdiction de chasser la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral (paragraphe 10 *d*) du règlement) s'appliquent uniquement à la chasse commerciale, et non à la chasse scientifique. Par conséquent, la conclusion selon laquelle JARPA II viole ces dispositions, ou le moratoire sur les usines flottantes (par. 7 *b*)), est selon moi complètement dénuée de fondement juridique, tout particulièrement en l'absence d'éléments prouvant sans ambiguïté que JARPA II est un programme de chasse commerciale déguisé.

7. Enfin, la Cour aurait dû se demander si l'évolution du cadre réglementaire institué par la convention — en particulier les modifications apportées récemment au règlement, fixant à zéro les limites de capture et

ies — should be taken into account in the interpretation of Article VIII and the discretionary power it grants to States parties for purposes of scientific research to shed light on the extent to which the conservationist approach now adopted in the Convention restricts the right to issue special permits.

8. I will further elaborate on these matters below.

II. THE DISPUTE BETWEEN THE PARTIES AND THE APPLICABLE LAW

A. The Dispute between the Parties

9. The dispute between the Parties concerns the interpretation and application of Article VIII of the ICRW and the discretionary power it grants any Contracting Government to issue special permits to its nationals “to kill, take and treat whales for purposes of scientific research”. This discretionary power is subject to “such restrictions as to number and . . . to such other conditions as the Contracting Government thinks fit” and to the other requirements and obligations arising from Article VIII itself and from other related provisions. More specifically, what is in issue is whether Japan has used that discretionary power for purposes other than scientific research in connection with the authorization granted to JARPA II.

10. According to Australia, Japan is not conducting whaling under the JARPA II programme for purposes of scientific research, but for commercial purposes, and is therefore in breach of its international obligations under the ICRW, and particularly those relating to commercial whaling included in the Schedule, which is an integral part of the Convention. Japan asserts the contrary and insists on its right to issue special permits under Article VIII, paragraph 1, of the Convention. At the heart of the dispute between the Parties is the lawful exercise of that right by Japan in issuing special permits for JARPA II and its compliance with the corresponding requirements under Article VIII and related instruments adopted by the IWC or by the Scientific Committee.

11. In determining whether a given programme is “for purposes of scientific research” under the ICRW, and may therefore be granted a special permit by a State party, the relevant legal criteria to be considered are those contained in Article VIII of the Convention, together with paragraph 30 of the Schedule and Annex P¹, the latter being the latest relevant

¹ The 2009 version of “Annex P” is Annex 116 to the Counter-Memorial of Japan. The 2012 revised version is available on the IWC website at: <http://iwc.int/index.php?cID=3100&cType=document&download=1>.

créant des sanctuaires baleiniers — ne devait pas être prise en compte dans le cadre de l'interprétation de l'article VIII et du pouvoir discrétionnaire accordé aux Etats parties aux fins de la recherche scientifique, afin de clarifier la question de savoir si l'approche favorable à la conservation désormais attachée à la convention restreignait le droit de délivrer des permis spéciaux.

8. Je traiterai ces questions en détail dans les paragraphes qui suivent.

II. LE DIFFÉREND OPPOSANT LES PARTIES ET LE DROIT APPLICABLE

A. Le différend opposant les Parties

9. Le différend entre les Parties concerne l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention et le pouvoir discrétionnaire conféré aux Etats contractants de délivrer des permis spéciaux à leurs ressortissants pour «tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques». Ce pouvoir discrétionnaire est subordonné aux «restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes», ainsi qu'à d'autres conditions et obligations découlant de l'article VIII lui-même et d'autres dispositions connexes. Plus particulièrement, la question est de savoir si le Japon a usé de ce pouvoir discrétionnaire à des fins autres que la recherche scientifique lorsqu'il a autorisé JARPA II.

10. Selon l'Australie, les activités de chasse à la baleine dans le cadre de JARPA II sont menées par le Japon non pas à des fins scientifiques mais à des fins commerciales. Le Japon ne respecterait donc pas les obligations internationales que lui impose la convention, et violerait en particulier l'interdiction de la chasse commerciale énoncée dans le règlement, lequel fait partie intégrante de la convention. Le Japon argue du contraire et insiste sur le droit que lui reconnaît le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention de délivrer des permis spéciaux. La question qui se trouve au cœur du litige entre les Parties est celle de savoir si le Japon exerce ce droit en toute légitimité lorsqu'il délivre des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II et s'il respecte les conditions prévues en la matière par l'article VIII et les instruments connexes adoptés par la CBI ou son comité scientifique.

11. Les critères juridiques qu'il convient de prendre en compte pour déterminer si un programme est mené «en vue de recherches scientifiques» au sens de la convention, et peut donc bénéficier d'un permis spécial de la part d'un Etat partie, sont ceux énoncés à l'article VIII de la convention ainsi qu'au paragraphe 30 du règlement et à l'annexe P¹, annexe dans

¹ La version de 2009 de l'annexe P figure à l'annexe 116 du contre-mémoire du Japon. La version révisée de 2012 est disponible sur le site de la CBI, en anglais, à l'adresse suivante : <http://iwc.int/index.php?cID=3100&cType=document&download=1>.

set of Guidelines for the application of Article VIII adopted by consensus at the IWC. It is on the basis of the interpretation and application of these provisions, which constitute the law applicable to the circumstances of the present dispute, together with the assessment of whether Japan has breached any other treaty obligations, that the Court should have tried to resolve the dispute before it, and not on the basis of an analysis of the fit between the design and implementation of a research programme and its stated objectives.

B. The Standard of Review Applied by the Court

12. The Court does not, however, use that applicable law to evaluate whether the special permits issued by Japan for JARPA II are for purposes of scientific research. Instead of using those parameters, the Court comes up with a standard of review that is extraneous to the Convention. The need to resort to such a standard is not explained, nor is it indicated that the applicable provisions of the Convention are somehow inadequate to the task. Moreover, the Court does not apply the standard it sets forth to the subject of the dispute between the Parties, namely the legality of Japan's conduct in issuing special permits to JARPA II, but rather to a review of the design and implementation of JARPA II. Thus, it is stated in the Judgment that:

“the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is ‘for purposes of’ scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme’s design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. This standard of review is an objective one.” (Para. 67.)

13. Consequently, for the Court the object of the review is “the design and implementation of JARPA II” rather than the legality of the conduct of Japan and whether or not Japan, by issuing special permits for JARPA II, has violated or is violating its obligations under the Convention.

14. It is true that Australia, in its oral pleadings, suggested that

“[I]n assessing the actual purpose of a Contracting Government in issuing a special permit it is instructive to have regard to the design and implementation of the whaling programme, as well as any results obtained.”²

However, it is one thing to use design and implementation as an “instructive” factor and another to treat it as the sole object of review to which regard should be had by the Court. Similarly, the suggestion by Japan to use the standard of “objective reasonableness”³ concerned the review of “a State’s decision” to issue special permits and not the “design and implementation” of JARPA II. Japan’s suggestion was also accompanied

² CR 2013/8, p. 53, para. 92 (Crawford).

³ CR 2013/22, p. 60 (Lowe).

laquelle sont consignées les dernières lignes directrices pertinentes aux fins de l'application de l'article VIII adoptées par consensus par la CBI. C'est en recourant à l'interprétation et à l'application de ces dispositions, qui constituent le droit applicable aux circonstances de l'espèce, que la Cour aurait dû tenter de résoudre le différend entre les Parties, en recherchant également si le Japon avait violé une quelconque autre obligation conventionnelle, et non pas en tentant de déterminer si la conception et la mise en œuvre d'un programme de recherche étaient compatibles avec ses objectifs déclarés.

B. Le critère d'examen appliqué par la Cour

12. Or, pour apprécier si les permis spéciaux étaient délivrés en vue de mener des recherches scientifiques dans le cadre de JARPA II, la Cour s'est fondée non pas sur ce droit applicable, mais sur un critère d'examen sans rapport avec la convention. La Cour n'explique pas les raisons pour lesquelles il était nécessaire de recourir à un tel critère ou inopportun d'invoquer les dispositions pertinentes de la convention. Qui plus est, elle applique ce critère non pas à l'objet du différend entre les Parties, à savoir le caractère licite ou illicite du comportement du Japon dans le cadre de la délivrance des permis spéciaux, mais à la conception et à la mise en œuvre du programme. Il est ainsi dit dans l'arrêt :

«[La Cour] établira ... si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractère objectif.» (Par. 67.)

13. Par conséquent, la Cour définit l'objet de son examen comme étant «la conception et la mise en œuvre de JARPA II», et non pas la licéité du comportement du Japon et la question de savoir si, en délivrant des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II, le Japon a violé ou viole ses obligations découlant de la convention.

14. Il est vrai que, dans ses plaidoiries, l'Australie a déclaré :

«Pour apprécier le but réellement poursuivi par un Etat contractant lorsqu'il délivre un permis spécial, il est fort utile d'examiner la conception du programme de chasse [à la baleine] et les modalités de son exécution, ainsi que les résultats éventuellement obtenus.»²

Que la Cour examine, afin d'éclairer la question, la manière dont un programme est conçu et mis en œuvre est une chose; qu'elle considère cet aspect du programme comme le seul à mériter un tel examen en est une autre. De même, lorsque le Japon a suggéré d'évaluer le caractère «objectivement raisonnable»³, il entendait appliquer ce critère à l'examen de la «décision prise par un Etat» de délivrer des permis spéciaux et non pas «à

² CR 2013/8, p. 53, par. 92 (Crawford).

³ CR 2013/22, p. 60 (Lowe).

by certain criteria for determining what the appropriate standard of review would consist of⁴. Even if the Court wanted to use the standard suggested by Japan, it should have defined the criteria underlying its application by the Court, or otherwise tried to define it.

15. In any case, I am not persuaded that the standard of “reasonableness of the design and implementation of JARPA II in relation to the stated objectives of the programme”, applied by the Court, is grounded in law or in the practice of this Court. The Court used the test of “objective and reasonable” grounds for a decision it was reviewing only once before, in the 2012 Advisory Opinion on the IFAD, where the standard was adopted concerning what was essentially an administrative matter⁵. There are of course some cases where the Court employed the more general concept of “reasonableness”, but rarely as a standard of review of discretionary acts. For example, in the *Barcelona Traction* case, the Court held that “in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably”⁶. But this, as other cases, concerned methods of interpretation⁷.

16. The only case where a standard of review of reasonableness was referred to is the *Elettronica Sicula* case, concerning “unreasonable requisitions” of foreign property. Here the Court had to determine whether under the treaty which the Court was interpreting the requisition of certain property by Italian authorities was “arbitrary”. On cue from United States counsel, the test of “reasonableness” was used by the Court as one which constituted the opposite of “arbitrariness”⁸. But this test arose from the terms of the treaty, and was not adopted by the Court on its own.

⁴ “Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State’s decision is objectively reasonable, or supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . . in this sense, objectively justifiable.” (CR 2013/22, p. 60 (Lowe).)

⁵ *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 27 and 29.

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 48.

⁷ See, e.g., *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1961*, pp. 32-33:

“Moreover, the Court has held in the *Anglo-Iranian Oil Co. case (I.C.J. Reports 1952, p. 104)* that the principle of the ordinary meaning does not entail that words and phrases are always to be interpreted in a purely literal way; and the Permanent Court, in the case of the *Polish Postal Service in Danzig (P.C.I.J., Series B, No. 11, p. 39)*, held that this principle did not apply where it would lead to ‘something unreasonable or absurd’. The case of a contradiction would clearly come under that head.”

⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, pp. 76-77.

la conception et à la mise en œuvre» de JARPA II. Il a en outre précisé certains des paramètres qui devaient entrer dans le choix du critère d'examen qu'il convenait d'appliquer⁴. Même si la Cour avait voulu utiliser le critère proposé par le Japon, elle aurait dû définir les paramètres à prendre en compte ou tenter d'une quelconque manière de définir ce critère.

15. En tout état de cause, je ne suis pas persuadé que le critère appliqué par la Cour, à savoir le «caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard des objectifs déclarés du programme», soit fondé en droit ou conforme à la pratique de la Cour. Il n'est arrivé qu'une seule fois — dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2012 concernant le FIDA — que la Cour utilise le critère des motifs «objectifs et raisonnables» pour examiner une décision, laquelle était essentiellement d'ordre administratif⁵. Il est arrivé, bien entendu, qu'elle utilise le concept plus général de «caractère raisonnable», mais rarement en tant que critère d'examen d'actes discrétionnaires. C'est ainsi que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, elle a estimé que, «dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit international exige une application raisonnable»⁶. Mais, de même que pour d'autres affaires, cette conclusion concernait les méthodes d'interprétation⁷.

16. La seule affaire dans laquelle la Cour a fait référence au caractère raisonnable en tant que critère d'examen est celle de l'*Elettronica Sicula*, au sujet des «réquisitions déraisonnables» de biens étrangers. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si, en vertu du traité qu'elle devait interpréter, la réquisition de certains biens par les autorités italiennes était «arbitraire». Face à l'argumentation développée par le conseil des Etats-Unis, la Cour a employé le critère du «caractère raisonnable» en tant que critère opposé au «caractère arbitraire»⁸. Or ce critère découlait des termes du traité et n'a pas été adopté par la Cour de sa propre initiative.

⁴ «Le Japon est d'accord avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour estimer que la question à se poser est celle de savoir si la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable ou étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques dignes de foi et est, en ce sens, objectivement justifiable.» (CR 2013/22, p. 60 (Lowe).)

⁵ *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 27 et 29.

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 48.

⁷ Voir, par exemple, *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 32-33:

«D'autre part, la Cour a décidé dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (C.I.J. Recueil 1952, p. 104) que le principe de l'interprétation suivant le sens ordinaire n'impose pas toujours l'interprétation purement littérale des mots et des phrases; dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig* (C.P.J.I., Série B n° 11, p. 39), la Cour permanente a dit que ce principe ne s'appliquait pas lorsque l'interprétation ainsi donnée conduisait «à des résultats déraisonnables ou absurdes». Le cas d'une contradiction entrerait clairement dans cette catégorie.»

⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, p. 76-77.

17. In the present case, the Court should have focused its analysis on the lawful use by Japan of its discretionary power under Article VIII, in light of the object and purpose of the Convention, in issuing a special permit for JARPA II and whether or not Japan has violated or is violating its obligations under the ICRW in authorizing and implementing JARPA II, instead of reviewing the design and implementation of a scientific research programme, which is the task of the Scientific Committee of the IWC. The reasonableness of the design and implementation of JARPA II in relation to achieving its stated objectives is a debatable matter the assessment of which may give rise to genuine differences of opinion among scientists who have to deal with the design and implementation of research plans. This is confirmed by the work of the Scientific Committee of the IWC, where the divergences of opinion on JARPA and JARPA II are often reflected in its reports. It is also confirmed by the views expressed by the experts presented by the Parties during the oral proceedings.

C. The Applicable Law

18. Article VIII of the ICRW, which is at the core of the dispute between the Parties, reads as follows:

“1. Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted.

2. Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted.

3. Each Contracting Government shall transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year, scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV.

4. Recognizing that continuous collection and analysis of biological data in connection with the operations of factory ships and land stations are indispensable to sound and constructive management of

17. En la présente instance, au lieu d'examiner la conception et la mise en œuvre d'un programme de recherche scientifique, tâche qui relève du comité scientifique de la CBI, la Cour aurait dû concentrer son analyse, d'une part, sur la question de savoir si, à la lumière de l'objet et du but de la convention, le Japon avait usé de manière licite du pouvoir discrétionnaire qu'il tenait de l'article VIII en délivrant des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II et, d'autre part, sur celle de savoir si le Japon avait violé ou violait les obligations lui incombant aux termes de la convention en autorisant et en exécutant JARPA II. Le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard de ses objectifs déclarés est une question qui prête à controverse et peut être source de polémiques entre les scientifiques chargés d'évaluer la conception et la mise en œuvre des plans de recherche. Les travaux du comité scientifique de la CBI, dont les rapports reflètent souvent des divergences d'opinion à propos de JARPA et de JARPA II, ainsi que les avis exprimés par les experts cités par les Parties au cours de la procédure orale, en sont l'illustration.

C. Le droit applicable

18. L'article VIII de la convention, qui est au cœur du différend opposant les Parties, est ainsi libellé :

« 1. Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.

2. Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.

3. Dans la mesure du possible, chaque gouvernement contractant 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 résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 du présent article et de l'article IV.

4. Reconnaissant qu'il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques recueillis à l'occa-

the whale fisheries, the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data.”

19. Article VIII constitutes an exception to the regulatory régime established by the Convention for commercial whaling, but it is not, as initially argued by Japan, “outside the scope of the ICRW”. It cannot be outside the scope of the ICRW, because it is an integral part of the Convention, and was included therein to deal with a distinct type of whaling, which may be referred to as “scientific whaling” or whaling for purposes of scientific research. It establishes a system of special permits for this type of whaling, a system that is “exempt from the operation of this Convention” in so far as the killing, taking and treating of whales is carried out “in accordance with the provisions” of Article VIII.

20. The opening words of paragraph 1, i.e., “Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant a special permit”, have to be interpreted in the sense of a discretionary power granted under the Convention to States parties to issue a special permit for purposes of scientific research subject to such restrictions and conditions “as the Contracting Government thinks fit”. The discretionary power granted to States parties distinguishes this type of whaling from the commercial whaling regulated in other parts of the Convention for which the Commission has to fix the conditions and restrictions, such as stock status and commercial quotas, in accordance with the Schedule annexed to the Convention.

21. The fixing of the number of whales to be taken, the combination of non-lethal methods with the lethal ones permitted by Article VIII and any other conditions rest with the discretion of the Contracting Government issuing the permit. Nonetheless, the killing, taking and treating of whales for which special permits are issued have to be carried out “in accordance with the provisions” of Article VIII; i.e., for purposes of scientific research and in compliance with the requirements laid down in paragraphs 2 and 3 of that provision. Thus, there is a correlative obligation under Article VIII itself not to use such a right or discretionary power for reasons contrary to the purpose for which it was granted, or in an arbitrary or capricious manner.

22. Consequently, the discretionary power granted under Article VIII is far from being unrestricted. It is to be lawfully used only for the achievement of the purposes laid down in the Convention, namely scientific research, and in accordance with the provisions of Article VIII. Besides the primary requirement that such special permits can only be issued “for purposes of scientific research”, other limitations to the discretionary power of the issuing State under Article VIII include the duty to “report at once to the Commission all such authorizations which it has granted” (para. 1) and to

“transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year,

sion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres, les gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements.»

19. L'article VIII constitue une exception au régime institué par la convention pour réglementer la chasse commerciale mais, contrairement à ce que le Japon a soutenu dans un premier temps, cet article n'est pas «exclu du champ d'application de la convention». Il ne peut en être exclu car il fait partie intégrante de cet instrument et vise une catégorie distincte de chasse à la baleine, que l'on peut désigner sous l'appellation «chasse scientifique» ou chasse aux fins de la recherche scientifique. Il prévoit un système de permis spéciaux pour ce type de chasse, système qui s'applique «sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention» dès lors que les baleines sont tuées, capturées ou traitées «conformément aux prévisions» de l'article VIII.

20. Les termes introductifs du paragraphe 1, «Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial», doivent être interprétés comme accordant aux Etats parties le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis spécial aux fins de la recherche scientifique, ce pouvoir étant subordonné à telles restrictions et conditions «que le gouvernement contractant jugera opportunes». Ce pouvoir discrétionnaire conféré aux Etats parties différencie ce type de chasse de la chasse commerciale, réglementée par d'autres dispositions de la convention et pour laquelle il appartient à la commission de fixer des restrictions et des conditions, notamment en établissant l'état des stocks et les quotas de chasse, conformément au règlement annexé à la convention.

21. C'est à l'Etat qui délivre le permis qu'il appartient de fixer le nombre de baleines à capturer, d'associer des méthodes non létales aux méthodes létales autorisées par l'article VIII et d'imposer toute autre condition jugée opportune. Néanmoins, les baleines tuées, capturées et traitées au titre d'un permis spécial doivent l'être «conformément aux prévisions» de l'article VIII, autrement dit aux fins de la recherche scientifique et conformément aux exigences énoncées aux paragraphes 2 et 3 dudit article. Ainsi, aux termes de l'article VIII, est corrélée à ce droit ou ce pouvoir discrétionnaire l'obligation de ne pas en user d'une manière arbitraire ou inconsidérée, ou à des fins autres que celles pour lesquelles il a été accordé.

22. Ce pouvoir discrétionnaire conféré par l'article VIII est donc loin d'être illimité. Il doit en être fait usage de manière légitime aux seules fins prévues par la convention — autrement dit la recherche scientifique — et conformément aux dispositions y énoncées. Parmi les restrictions imposées au pouvoir discrétionnaire conféré à l'Etat au titre de l'article VIII figure, outre la condition première selon laquelle les permis spéciaux ne peuvent être délivrés qu'«en vue de recherches scientifiques», le devoir de «porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées» (par. 1) et,

«[d]ans toute la mesure du possible, ... [de] transmettre à l'organisme que la Commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un

scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV"⁹ (para. 3).

23. In addition, the meat of any whales taken for scientific research has to be processed and disposed of in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted (para. 2). As indicated above, these requirements are further complemented by the obligations laid down in paragraph 30 of the Schedule which have been specifically elaborated to enable the Scientific Committee to review and comment on such special permits and by the Guidelines in Annex P both of which are examined in paragraphs 33-34 below.

24. The obligations and requirements limiting the discretionary power granted in Article VIII are not to be sought, as has been done in the Judgment, in an assessment of the reasonableness of the relationship between the design and implementation of JARPA II and its stated objectives as a research plan. They are to be found in Article VIII itself and in the related instruments developed by the ICW and by its Scientific Committee to review and ascertain the lawful use of such discretionary power by those States issuing the special permits. It is these provisions and instruments that should have been used by the Court to determine the legality of the conduct of Japan in issuing such permits for JARPA II, and not the extraneous standard of reasonableness of the design and implementation of the programme in relation to its stated objectives.

25. Moreover, the amendments made to the Schedule with respect to the regulatory framework for commercial whaling, and in particular the moratorium adopted in 1982, which is still in place, and the Schedule on the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary, cannot be considered to be devoid of influence on the interpretation and implementation of Article VIII of the Convention in so far as they reflect a shift in attitudes and societal values towards the use of lethal methods for whaling in general. Thus, the application of Article VIII in the context of JARPA II should have been interpreted through the prism of all these developments, and in light of their effect on the object and purpose of the Convention.

26. On account of the developments that have taken place both in the ICRW and in international environmental law in general, the Court should have assessed whether the continued conduct of JARPA II, as a programme that uses lethal methods for purposes of scientific research under Article VIII, constitutes an anomaly, which may frustrate the object and purpose of the Convention in light of the amendments introduced to it in recent years which have resulted in an evolution of the

⁹ Article IV deals with the collaboration of the Commission with independent agencies of the Contracting Governments to encourage, recommend or organize studies and investigations relating to whales and whaling.

an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 du présent article et de l'article IV»⁹ (par. 3).

23. En outre, la chair des baleines capturées aux fins de la recherche scientifique doit être traitée conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis (par. 2). Comme indiqué ci-dessus, viennent également s'ajouter à ces restrictions les obligations énoncées au paragraphe 30 du règlement — spécialement prévues pour permettre au comité scientifique d'examiner et de commenter ces permis spéciaux — ainsi que les lignes directrices figurant dans l'annexe P, examinées aux paragraphes 33 et 34 ci-dessous.

24. Les obligations et les restrictions limitant le pouvoir discrétionnaire accordé par l'article VIII ne sauraient être établies en examinant, comme la Cour l'a fait dans le présent arrêt, s'il existe un lien raisonnable entre la conception et la mise en œuvre de JARPA II et ses objectifs déclarés en tant que plan de recherche. Elles sont à rechercher dans l'article VIII lui-même et les instruments connexes élaborés par la CBI et son comité scientifique afin de garantir que les Etats habilités à délivrer un permis spécial usent de leur pouvoir discrétionnaire de manière légitime. Ce sont sur ces dispositions et instruments que la Cour aurait dû se fonder pour établir la licéité du comportement du Japon relativement à la délivrance de permis spéciaux dans le cadre de JARPA II, et non pas sur le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre du programme au regard de ses objectifs déclarés, critère totalement étranger à la convention.

25. Par ailleurs, les modifications apportées au régime de réglementation des activités de chasse à la baleine commerciale, en particulier le moratoire sur la chasse commerciale adopté en 1982, toujours en vigueur aujourd'hui, et l'interdiction de cette forme de chasse dans le sanctuaire de l'océan Austral ne sauraient être considérées comme sans incidence sur l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention, dans la mesure où elles reflètent une évolution des mentalités et des valeurs sociétales vis-à-vis de la chasse à la baleine en général. L'application de l'article VIII dans le cadre de JARPA II aurait dû être envisagée à travers le prisme de cette évolution et à la lumière de ses effets sur l'objet et le but de la convention.

26. Au vu de l'évolution de la convention et du droit international de l'environnement en général, la Cour aurait dû rechercher si la poursuite de JARPA II, en tant que programme ayant recours à des méthodes létales aux fins de la recherche scientifique au titre de l'article VIII, constituait une anomalie susceptible de faire échec à l'objet et au but de la convention, au regard des modifications apportées récemment à cet instrument qui ont transformé le cadre réglementaire institué par celle-ci. De

⁹ L'article IV traite de la collaboration de la commission avec des organismes indépendants de l'Etat contractant en vue d'encourager, de recommander ou d'organiser des études et des enquêtes sur les baleines et la chasse à la baleine.

regulatory framework of the Convention. Indeed, the balance between conservation and sustainable exploitation has clearly shifted in the Convention in favour of more conservation and less exploitation. Although JARPA II does not appear to have adverse effects on whale stocks at the moment, such an assessment could have perhaps shed light on whether a programme for purposes of scientific research, such as JARPA II, may still be considered to be consistent with the conservationist approach adopted in the Convention or whether this new approach restricts the right to issue permits for scientific research purposes.

27. Although the Judgment recognizes the centrality of the interpretation and application of these provisions in its paragraph 50¹⁰, it quickly skates over their analysis to embark in an extremely detailed assessment of “whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme’s stated research objectives” (see subtitle B, para. 127), which is adopted as the standard of review on whether or not JARPA II is for purposes of scientific research. It bears to be emphasized that neither the design and implementation of scientific research programmes nor their reasonableness in relation to achieving a programme’s stated objectives are mentioned in Article VIII of the ICRW or in the related instruments mentioned above. Nonetheless, they have surprisingly managed to occupy centre stage in the Judgment.

28. The Judgment also recognizes that:

“since Article VIII, paragraph 1, specifies that ‘the killing, taking and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempted from the operation of this Convention’, whaling conducted under a special permit which meets the conditions of Article VIII is not subject to the obligations under the Schedule concerning the moratorium on the catching of whales for commercial purposes, the prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary and the moratorium relating to factory ships” (para. 55).

However, instead of analysing whether the special permits issued by Japan meet the conditions of Article VIII, the Judgment takes up the examination and application of the extraneous standard of “reasonableness in relation to achieving the stated objectives of the programme” and derives its final conclusions from it. Thus, the law applicable to the subject of the dispute between the Parties, recognized by the Court itself in the Judgment, is set aside in favour of an obscure and debatable standard which cannot be found anywhere in the Convention while the effects of the conservationist approach adopted in the Convention in recent years

¹⁰ Paragraph 50 reads as follows: “The issues concerning the interpretation and application of Article VIII of the Convention are central to the present case . . .”

fait, un rééquilibrage est intervenu entre conservation et exploitation pérenne, la première prenant le pas sur la seconde. Bien que, à l'heure actuelle, JARPA II ne semble pas avoir d'effets préjudiciables sur les stocks de baleines, une telle analyse aurait peut-être permis de déterminer si un programme mené à des fins de recherche scientifique, comme JARPA II, avait toujours sa place dans le contexte d'une convention privilégiant la conservation ou si cette nouvelle approche restreignait le droit de délivrer des permis aux fins de la recherche scientifique.

27. Même si, au paragraphe 50 de son arrêt¹⁰, la Cour reconnaît le caractère central de l'interprétation et de l'application de ces dispositions, elle glisse rapidement sur l'analyse de ces deux éléments pour se livrer à un examen extrêmement détaillé de la «question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés» (voir sous-titre B, par. 127), qu'elle adopte comme critère aux fins d'établir si JARPA II est mené à des fins de recherche scientifique. Il convient de souligner que ni la conception et la mise en œuvre des programmes de recherche scientifique, ni leur caractère raisonnable au regard de leurs objectifs déclarés ne sont mentionnés à l'article VIII de la convention et dans les instruments connexes mentionnés ci-dessus. Et pourtant, ces notions se sont étonnamment arrogé une place centrale dans le raisonnement de la Cour.

28. Il est également dit dans l'arrêt que,

«dès lors que le paragraphe 1 de l'article VIII précise que «les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention», les activités de chasse à la baleine menées au titre d'un permis spécial satisfaisant aux conditions prévues à l'article VIII ne sont pas soumises aux obligations imposées par le règlement concernant le moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, l'interdiction de chasser la baleine à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral et le moratoire sur les usines flottantes» (par. 55).

Toutefois, au lieu d'examiner si les permis spéciaux délivrés par le Japon satisfont aux conditions de l'article VIII, la Cour choisit d'examiner et d'appliquer le critère non pertinent du «caractère raisonnable au regard des objectifs déclarés du programme» et en tire ses conclusions finales. Le droit reconnu par la Cour elle-même dans son arrêt comme applicable à l'objet du différend opposant les Parties est ainsi écarté au profit d'un critère obscur et contestable dont la convention ne fait nullement mention, l'arrêt faisant de plus abstraction des conséquences que pourrait avoir sur l'interprétation du pouvoir discrétionnaire accordé par l'ar-

¹⁰ Le paragraphe 50 se lit comme suit: «Les questions concernant l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention sont au cœur de la présente espèce...»

on the interpretation of the discretionary power granted under Article VIII are ignored.

*D. The Assessment of the Legality of the Special Permits
for JARPA II*

29. Is the primary purpose of the special permit issued to JARPA II to undertake scientific research or to facilitate the supply of whale meat to a commercial market? Is there evidence to support that JARPA II was granted special permit for a purpose other than scientific research? What are the criteria for determining whether a programme is for purposes of scientific research under the ICRW? To answer these questions and others relating to the legality of the special permits issued by Japan in connection with JARPA II, recourse must be had to the applicable law outlined above.

30. An objective test of whether a programme for which a special permit has been issued is “for purposes of scientific research” and is carried out “in accordance with the provisions of Article VIII” is not, as stated in the Judgment, whether the use of lethal sampling is on a larger scale than is reasonable in relation to achieving the programme’s stated objectives, nor whether the sample sizes are reasonable with respect to those objectives. Those are matters on which scientists and the statistical calculations they use for that purpose can differ. They are not criteria established under Article VIII or in any other provisions of the Convention.

31. Likewise, whether or not a programme is for purposes of scientific research cannot be determined on the basis of the reasonableness of the scale of the use of lethal sampling. The killing or taking of even a single whale may be considered illegal today under the provisions of the ICRW unless it is done for purposes of scientific research. Thus, the fact that the sample size of minke whales taken under JARPA II is much larger than that of JARPA makes no difference unless it is established first that both programmes are for purposes of scientific research.

32. As indicated above, the assessment of the legality of the special permits issued for JARPA II should focus first and foremost on the procedural and substantive requirements of Article VIII itself and with those of paragraph 30 of the Schedule. It should also take into account the effect of recent developments in the regulatory framework of the Convention on the interpretation of Article VIII in light of its object and purpose. Did Japan transmit to the Scientific Committee of the IWC, and at intervals of not more than one year, scientific information available to it with respect to whales and whaling, including the results of research conducted, as required by paragraph 3 of Article VIII? Did it submit the proposed permits for review and comment by the Committee, in accordance with paragraph 30 of the Schedule, which was adopted in 1979? To

ticle VIII le souci de la conservation récemment inscrit dans la convention.

D. L'analyse de la licéité des permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II

29. Les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II ont-ils avant tout pour but de mener des recherches scientifiques ou de favoriser l'offre sur le marché de la chair de baleine? Existe-t-il des éléments attestant qu'un permis spécial a été délivré à JARPA II alors que ce programme poursuivait un but autre que la recherche scientifique? Quels sont les critères permettant de déterminer si un programme est mené en vue de recherches scientifiques aux termes de la convention? Pour répondre à ces questions ainsi qu'à d'autres interrogations sur la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II, il aurait fallu se fonder sur le droit applicable décrit ci-dessus.

30. Déterminer, sur la base d'un critère objectif, si un programme pour lequel a été délivré un permis spécial est mené «en vue de recherches scientifiques» et «conformément aux dispositions de l'article VIII» ne consiste pas, contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt, à rechercher s'il est fait usage de méthodes létales au-delà de ce qui est raisonnable au regard des objectifs annoncés du programme, ni si les tailles d'échantillon sont raisonnables au regard de ces objectifs. Ce sont là des questions sur lesquelles les scientifiques et les calculs statistiques qu'ils utilisent à cette fin divergent. Il ne s'agit pas de critères établis aux termes de l'article VIII ou d'une quelconque autre disposition de la convention.

31. De la même manière, la question de savoir si un programme poursuit une finalité scientifique ne saurait être tranchée à l'aune du caractère raisonnable de l'ampleur du recours à l'échantillonnage légal. Aujourd'hui, la mise à mort ou la capture d'une seule baleine peut être considérée comme illégale aux termes de la convention, sauf si cet acte répond aux nécessités de la recherche scientifique. Aussi, peu importe-t-il que la taille de l'échantillon des petits rorquals prélevés dans le cadre de JARPA II soit nettement supérieure à celle de JARPA, à moins qu'il n'ait été au préalable établi que les deux programmes étaient menés en vue de recherches scientifiques.

32. Comme indiqué ci-dessus, la licéité des permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II devrait en tout premier lieu être appréciée au regard des obligations de nature procédurale et substantielle imposées par l'article VIII lui-même et par le paragraphe 30 du règlement. Il conviendrait également de tenir compte de l'effet sur l'interprétation à donner de l'article VIII des modifications apportées récemment au cadre réglementaire institué par la convention, à la lumière de l'objet et du but de celle-ci. Le Japon a-t-il transmis au comité scientifique de la CBI, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposait sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées, conformément au paragraphe 3 du règlement? A-t-il soumis les propositions de permis au comité pour que celui-ci les

answer these questions, it is important to examine, in addition to the procedural requirements, whether Japan has breached its treaty obligations by the use of lethal methods in JARPA II, by the scale of the sampling size involved, by authorizing JARPA II to offer for sale the by-products of the whales killed or taken in the implementation of the programme.

33. To begin with the procedural requirements, paragraph 30 of the Schedule requires Contracting Governments to “provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them”. It elaborates further on the requirement of paragraph 3 of Article VIII, identifies the four types of information to be specified in the proposals¹¹ and prescribes that “Proposed permits shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible . . .” With regard to these requirements, the Court finds that “[a]s regards the substantive requirements of paragraph 30 . . . the JARPA II Research Plan, which constitutes the proposal for the grant of special permits, sets forth the information specified by that provision” (para. 239). It then concludes that: “the Court is persuaded that Japan has met the requirements of paragraph 30 as far as JARPA II is concerned” (para. 242).

34. These findings of the Court contradict its other conclusions that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II are not for purposes of scientific research pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention. Compliance with the requirements of paragraph 30 is by itself a significant distinguishing feature of a programme for purposes of scientific research. The JARPA II programme was duly reviewed and commented by the Scientific Committee of the IWC in 2005 in accordance with the Guidelines contained in Annex Y (now Annex P) with regard to its methodology, the effects of catches on the population concerned and the opportunities for participation in the research¹². In other instances, when the Scientific Committee took the view that a permit proposal submitted by a State did not meet its criteria, it specifically recommended that the permits sought should not be issued. Indeed, in 1987 the Scientific Committee explicitly recommended that the Commission request the Republic of Korea to refrain from issuing permits until it can show that such permits will not further deplete the stock and that it will materially contribute to the comprehensive assessment of this

¹¹ They are: (a) objectives of the research; (b) number, sex, size and stock of the animals to be taken; (c) opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and (d) possible effect on conservation of stock.

¹² Report of the Scientific Committee (SC Report) 2005, *J. Cetacean Res. Manage* 8 (Suppl.), 2006, p. 49. All the reports of the Scientific Committee are available at: <http://iwc.int/scientific-committee-reports>.

examine et formule un avis à leur sujet, conformément au paragraphe 30 du règlement, adopté en 1979? Pour répondre à ces questions, il importe d'examiner si, au-delà de ces obligations de nature procédurale, le Japon a violé ses obligations conventionnelles en ayant recours à des méthodes létales dans le cadre de JARPA II, en fixant des tailles d'échantillon trop élevées ou en autorisant que soient proposés à la vente les sous-produits des baleines tuées ou capturées dans le cadre de JARPA II.

33. S'agissant des obligations de nature procédurale, le paragraphe 30 du règlement demande à chaque Etat contractant de «fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet». Ce paragraphe explicite l'exigence formulée au paragraphe 3 de l'article VIII, énumère les quatre types d'information devant figurer dans les propositions de permis¹¹ et prévoit que «[l]es propositions de permis font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible...» A ce propos, la Cour estime que, «[p]our ce qui est des obligations de fond imposées par le paragraphe 30, ... le plan de recherche de JARPA II, sur la base duquel sont délivrés les permis spéciaux, fournit les informations requises par cette disposition» (par. 239), avant de conclure que «le Japon a satisfait aux exigences du paragraphe 30 en ce qui concerne JARPA II» (par. 242).

34. Cette conclusion contredit les autres conclusions de la Cour selon lesquelles les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II ne le sont pas en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Le respect des exigences du paragraphe 30 constitue en soi une particularité importante d'un programme mené aux fins de la recherche scientifique. JARPA II a été dûment examiné et commenté par le comité scientifique de la CBI en 2005, conformément aux lignes directrices énoncées à l'annexe Y (devenue depuis l'annexe P). Le comité s'est penché sur les méthodes employées, les effets des captures sur la population concernée et les possibilités de participation aux recherches¹². Dans d'autres cas, lorsqu'il avait été d'avis qu'une proposition de permis présentée par un Etat ne satisfaisait pas aux critères requis, le comité avait recommandé que le permis en instance ne soit pas délivré. C'est ainsi que, en 1987, il avait expressément recommandé à la commission de demander à la République de Corée de s'abstenir de délivrer des permis aussi longtemps qu'elle n'aurait pas démontré que son programme de chasse n'avait pas pour effet d'épuiser les stocks, mais apportait une

¹¹ A savoir: a) les objectifs de la recherche; b) le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer; c) les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays; et d) les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.

¹² Rapport du comité scientifique, *J. Cetacean Res. Manage*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 49. Tous les rapports du comité scientifique sont disponibles en anglais à l'adresse suivante: <http://iwc.int/scientific-committee-reports>.

stock¹³. Similarly, in 1990 with relation to a proposal by the USSR, the Committee explicitly noted that “the proposed investigations on the whales to be caught do not appear to be structured either to provide information essential for rational management of these stocks, or to contribute to the comprehensive assessment or other critically important research needs”¹⁴. This was not the case with regard to JARPA II despite the fact that 63 out of 195 members of the Scientific Committee declined to participate in the relevant meeting of the Scientific Committee (see paragraph 241 of the Judgment).

35. Moreover, as discussed below in paragraph 53, the Scientific Committee in its Report of 2012 specifically recommended the use of data arising, *inter alia*, from both JARPA and JARPA II for catch-at-age based analyses for the minke whale population dynamics model it is investigating; while in its 2013 Report it referred to non-lethal sampling of humpback whales occurring within the JARPA/JARPA II programmes as useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales. If JARPA II were not a programme for purposes of scientific research, as the Judgment concludes, would the Scientific Committee of the IWC continue not only to review and comment on it, but also to recommend the use of its data for the advancement of its own work?

36. A second test for assessing whether JARPA II is for purposes of scientific research is whether it satisfies the criteria laid down in the Annex P Guidelines adopted by consensus by the States parties to the Convention in 2006 and revised in 2009. Annex P establishes clear criteria and conditions, which all special permit proposals should meet, and against which they are to be reviewed and commented by the Scientific Committee. Such proposals have to specify the objectives of the study¹⁵, the methods

¹³ *Rep. Int. Whal. Commn* 38, 1988, pp. 53-54, the Committee:

“reiterated its serious concern at the lack of the collection of even basic biological information from the previous year’s permit catch [proposed by Korea]. There is no reason to believe the new proposal will be any more useful in assisting the Committee’s work. The Committee, therefore, *requests* that the Commission strongly urges the Government of Korea to refrain from issuing a special scientific permit until it can fully show that the take of 80 whales per year will not further deplete the stock and that it will materially contribute to the comprehensive assessment of this stock.”

¹⁴ *Rep. Int. Whal. Commn* 41, 1991, pp. 74-75.

¹⁵ The objectives should:

- (a) be quantified to the extent possible;
- (b) be arranged into two or three categories, if appropriate: “Primary”, “Secondary” and “Ancillary”;
- (c) include a statement for each primary proposal as to whether it requires lethal sampling, non-lethal methods or a combination of both;

contribution concrète à l'évaluation exhaustive de ces populations¹³. De même, en 1990, face à une demande de permis présentée par l'URSS, le comité avait expressément relevé que «les recherches proposées ne semblent pas structurées de manière à apporter des informations utiles à la gestion rationnelle des populations baleinières ou à contribuer à l'évaluation exhaustive ou à d'autres besoins de la recherche d'une importance primordiale»¹⁴. Tel n'a pas été le cas pour JARPA II, bien que 63 des 195 membres du comité scientifique aient refusé de prendre part à la réunion organisée autour de ce programme (voir arrêt, par. 241).

35. En outre, comme indiqué ci-dessous au paragraphe 53, dans le rapport qu'il a publié en 2012, le comité scientifique a expressément recommandé que l'analyse des prises par âge utilisée dans le cadre de ses travaux sur la modélisation de la dynamique de population des petits rorquals soit effectuée à partir des données issues de JARPA et de JARPA II; dans le rapport qu'il a publié en 2013, il a fait référence à l'échantillonnage non létal des baleines à bosse dans le cadre des programmes JARPA et JARPA II en le jugeant utile pour l'évaluation de certains stocks reproducteurs de cette espèce. Si JARPA II n'était pas un programme mené aux fins de la recherche scientifique, comme le dit la Cour dans son arrêt, le comité scientifique de la CBI continuerait-il non seulement à l'examiner et à formuler des commentaires à son sujet, mais aussi à recommander d'utiliser les données qui en sont issues pour faire progresser ses propres travaux?

36. Un deuxième moyen d'évaluer la finalité scientifique de JARPA II consistait à rechercher s'il satisfaisait aux critères énoncés dans les lignes directrices de l'annexe P adoptées par consensus par les Etats parties à la convention en 2006 et révisées en 2009. L'annexe P formule des exigences et des conditions claires, auxquelles tous les permis spéciaux doivent satisfaire et à l'aune desquelles ils doivent être examinés et commentés par le comité scientifique. Les propositions de permis doivent préciser les objectifs de l'étude¹⁵

¹³ *Rep. IWC*, vol. 38, 1988, p. 53-54, le comité

«s'est déclaré de nouveau très préoccupé de constater que les captures effectuées au titre d'un permis spécial au cours de l'année écoulée n'avaient pas contribué à recueillir des données biologiques, même élémentaires [proposition de permis présentée par la Corée]. Rien ne porte à croire que la nouvelle proposition contribuera plus utilement aux travaux du comité. Ce dernier *demande* donc à la commission d'exhorter le Gouvernement coréen à s'abstenir de délivrer tout permis scientifique spécial tant qu'il n'aura pas démontré que la prise de 80 baleines par an n'accélère pas le déclin de la population concernée mais apporte une contribution concrète à l'évaluation exhaustive de ladite population.»

¹⁴ *Rep. IWC*, vol. 41, 1991, p. 74-75.

¹⁵ Les objectifs doivent :

- a) être quantifiés dans la mesure du possible;
- b) être répartis en deux ou trois catégories, selon que de besoin («objectifs primaires», «objectifs secondaires» et «objectifs accessoires»);
- c) indiquer, pour chaque proposition présentée pour la première fois, s'il est prévu de recourir à des méthodes létales, à des méthodes non létales ou à une association des deux;

to address objectives¹⁶, the assessment of the potential effects of catches on the stocks involved¹⁷, and provide the results of a simulation study on the effects of the permit takes on the stock and a note of the provisions for co-operative research¹⁸. These Guidelines are given a curt treatment in the Judgment (para. 240), but their importance cannot be underesti-

(d) include a brief statement of the value of at least each primary objective in the context of the three following broad categories objectives:

- (i) improve the conservation and management of whale stocks,
- (ii) improve the conservation and management of other living marine resources or the ecosystem of which the whale stocks are an integral part and/or,
- (iii) test hypotheses not directly related to the management of living marine resources;

(e) include, in particular for (d) (i) and (d) (ii), at least for each primary objective, the contribution it makes to *inter alia*:

- (i) past recommendations of the Scientific Committee,
- (ii) completion of the comprehensive assessment or in-depth assessments in progress or expected to occur in the future,
- (iii) the carrying out of implementations or implementation reviews of the RMP or AWMP,
- (iv) improved understanding of other priority issues as identified in the Scientific Committee Rules of Procedure (IWC, 2006, p. 180),
- (v) recommendations of other intergovernmental organizations.

¹⁶ Methods to address objectives:

(a) field methods, including:

- (i) species, number (and see (c) below), time frame, area,
- (ii) sampling protocol for lethal aspects of the proposal, and
- (iii) an assessment of why non-lethal methods, methods associated with any ongoing commercial whaling, or analyses of past data have been considered to be insufficient;

(b) laboratory methods;

(c) analytical methods, including estimates of statistical power where appropriate;

(d) time frame with intermediary targets [emphasis added].

¹⁷ Assessment of potential effects of catches on the stocks involved:

- (a) a summary of what is known concerning stock structure in the area concerned;
- (b) the estimated abundance of the species or stocks, including methods used and an assessment of uncertainty, with a note as to whether the estimates have previously been considered by the Scientific Committee;
- (c) provision of the results of a simulation study on the effects of the permit takes on the stock that takes into account uncertainty and projects (1) for the expected life of the permit (i.e., n years); (2) for situations where the proposal is assumed to continue for (a) a further n years, (b) a further $2n$ years and (c) some longer period of years since the start of the proposal.

¹⁸ A note on the provisions for co-operative research:

- (a) field studies;
- (b) analytical studies.

et les méthodes utilisées pour les atteindre¹⁶, comporter une évaluation des effets que pourraient avoir les prises sur les populations visées¹⁷, fournir les résultats d'une étude de simulation sur les effets des prises autorisées au titre de permis spéciaux sur les populations, ainsi qu'une note sur les dispositions relatives à la recherche coopérative¹⁸. Ces lignes directrices sont traitées à la

-
- d) inclure une brève déclaration sur l'intérêt que présente chaque objectif primaire, au minimum, pour les trois grands objectifs suivants :
 - i) améliorer la conservation et la gestion des populations de baleines,
 - ii) améliorer la conservation et la gestion des autres ressources marines vivantes ou de l'écosystème dont les populations de baleines font partie intégrante,
 - iii) vérifier les hypothèses qui n'ont pas de lien direct avec la gestion des ressources marines vivantes;
 - e) indiquer, en particulier pour les points *d*i) et *d*ii) et au moins pour chaque objectif primaire, quelle est la contribution de ces objectifs aux domaines suivants, entre autres :
 - i) les recommandations passées du comité scientifique,
 - ii) la réalisation de l'évaluation exhaustive ou des évaluations détaillées en cours ou susceptibles d'être réalisées à l'avenir,
 - iii) la conduite d'une série de mises en œuvre ou de l'évaluation de la mise en œuvre de la procédure de gestion révisée ou de la procédure de chasse aborigène de subsistance,
 - iv) une meilleure compréhension d'autres enjeux prioritaires identifiés dans le règlement intérieur du comité scientifique (CBI, 2006, p. 180),
 - v) les recommandations d'autres organisations intergouvernementales.

¹⁶ Méthodes permettant d'atteindre ces objectifs :

- a) méthodes sur le terrain, et notamment :
 - i) espèces, nombre (voir *c*) ci-dessous), calendrier, région,
 - ii) protocole d'échantillonnage pour les aspects létaux de la proposition,
 - iii) analyse des raisons pour lesquelles les méthodes non létales, les méthodes associées à toute activité de chasse à la *baleine commerciale en cours*, ou les *analyses des données passées ont été jugées insuffisantes*;
- b) méthodes en laboratoire;
- c) méthodes analytiques, notamment estimations de l'efficacité statistique, au besoin;
- d) calendrier comprenant des objectifs intermédiaires (les italiques sont de moi).

¹⁷ Evaluation des effets potentiels des captures sur les populations concernées :

- a) synthèse des connaissances sur la structure des populations dans la zone concernée;
- b) estimation de l'abondance des espèces ou des stocks, en indiquant les méthodes utilisées, en analysant le taux d'incertitude et en précisant si ces estimations ont déjà été prises en considération par le comité scientifique;
- c) indication des résultats d'une étude de simulation sur les effets des prises autorisées au titre de permis spéciaux sur les populations; cette étude doit prendre en compte l'incertitude et les projets 1) pour la durée de vie attendue du permis (à savoir nombre d'années) et 2) pour les situations dans lesquelles la proposition est réputée se poursuivre pour *a*) *n* années supplémentaires, *b*) *2n* années supplémentaires et *c*) une période plus longue à compter du début de la proposition.

¹⁸ Note concernant les dispositions relatives à la recherche coopérative :

- a) études sur le terrain;
- b) études analytiques.

mated since they were used by the Scientific Committee in the initial review and commentary on JARPA II and continue to be used by it to ensure its compliance with paragraph 30 of the Schedule to the Convention as well as Article VIII.

37. Japan submitted the JARPA II proposal in March 2005 and furnished the information required by paragraph 30 and Annex Y (now P). The Committee recognized that “[t]he proposal provides the information under paragraph 30 of the Schedule”¹⁹. The Committee does not have the power to disallow or authorize a permit, which rests in the discretion of the State party under Article VIII. However, its views and comments are of utmost significance. When the Committee reviews a proposal, the Government concerned must take serious account of the discussions which have taken place, and of the conclusions and recommendations of the Committee. Paragraph 30 also requires that “[p]reliminary results of any research resulting from the permits” should be made available.

38. The evidence before the Court indicates that Japan continues to submit annual cruise reports to the Scientific Committee to share with it the preliminary results of JARPA II and to show the extent to which the recommendations of the Committee have been taken into account²⁰. Thus, there appears to be an ongoing dialogue and co-operation between the Japanese scientists involved in JARPA II and the Scientific Committee. This has recently led the Committee to note in one of its reports that the stock structure model used in JARPA II was “simple and potentially powerful” and that “[a]side from the general relevance of the results to understanding [of] Antarctic minke whale dynamics, it might in the future prove useful in allocating historical catches to stocks”²¹. Would the Scientific Committee make such favourable comments about JARPA II if it were not for purposes of scientific research?

39. JARPA II is the successor programme to JARPA and although the legality of JARPA is not in issue here, there can be no doubt that the two programmes pursue overlapping objectives as recognized in the Judgment. In this connection, it is important to note that in 2007, when reviewing the results from the JARPA programme, the review workshop established by the Scientific Committee reiterated the view already expressed by the Commission in 1997 that some use could be found for the data arising from JARPA:

¹⁹ *J. Cetacean Res. Manage* 8 (Suppl.), 2006, p. 50.

²⁰ See, for example, SC Report 2012, p. 85. All the JARPA/JARPA II cruise reports are available at: <http://www.icrwhale.org/CruiseReportJARPA.htm>.

²¹ SC Report 2012, p. 35 and *J. Cetacean Res. Manage* 14 (Suppl.), 2013, p. 26.

va-vite dans l'arrêt (par. 240), alors que leur importance ne saurait être sous-estimée puisque le comité scientifique les a utilisées lors de son examen initial de JARPA II et qu'il continue de les utiliser pour s'assurer que le programme respecte les dispositions du paragraphe 30 du règlement et de l'article VIII de la convention.

37. Le Japon a soumis le projet de recherche de JARPA II en mars 2005 et a fourni les informations requises par le paragraphe 30 et l'annexe Y (devenue l'annexe P). Le comité a reconnu que «la proposition de permis contenait les informations spécifiées au paragraphe 30 du règlement»¹⁹. Le comité n'a pas le pouvoir d'accorder ou de refuser un permis; aux termes de l'article VIII, ce pouvoir est dévolu à l'Etat partie. Les avis et les commentaires du comité revêtent néanmoins une très grande importance. Lorsque le comité a examiné un projet de recherche, l'Etat concerné doit dûment prendre en considération les discussions auxquelles a donné lieu son projet, ainsi que les conclusions et les recommandations du comité. Aux termes du paragraphe 30, il est également demandé aux Etats contractants de communiquer «les résultats préliminaires de toute recherche menée au titre d'un permis».

38. Il ressort des éléments de preuve produits devant la Cour que le Japon continue de soumettre au comité scientifique les rapports d'expédition annuels de JARPA II afin de lui faire connaître les résultats préliminaires de son programme et la mesure dans laquelle les recommandations du comité ont été prises en compte²⁰. Il semble donc exister une concertation et une coopération permanentes entre les scientifiques japonais de JARPA II et le comité scientifique. Le comité a ainsi été conduit récemment à relever dans l'un de ses rapports que le modèle de structure des stocks utilisé dans le cadre de JARPA II était «simple et potentiellement performant» et que, «outre l'intérêt général que présentent les résultats pour comprendre la dynamique des petits rorquals de l'Antarctique, ce modèle pourrait se révéler utile à l'avenir pour attribuer à tel ou tel stock des données historiques de capture»²¹. Le comité scientifique formulera-t-il des commentaires si positifs sur JARPA II si ce programme ne poursuivait aucune finalité scientifique?

39. JARPA II a succédé à JARPA et, même si le caractère licite de ce dernier n'est pas en cause ici, il ne fait aucun doute que les deux programmes poursuivent des objectifs qui se chevauchent, comme le reconnaît la Cour dans son arrêt. A cet égard, il importe de relever que, en 2007, le groupe de travail créé par le comité scientifique pour procéder à l'évaluation finale des résultats de JARPA a réaffirmé ce qu'avait dit la commission en 1997, à savoir que les données issues de ce programme pourraient se révéler utiles à exploiter :

¹⁹ *J. Cetacean Res. Manage*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 50.

²⁰ Voir, par exemple, le rapport que le comité scientifique a publié en 2012, p. 85. L'ensemble des rapports d'expédition de JARPA/JARPA II sont disponibles, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.icrwhale.org/CruiseReportJARPA.htm>.

²¹ Rapport de 2012 du comité scientifique, p. 35, et *J. Cetacean Res. Manage*, n° 14 (suppl.), 2013, p. 26.

“The results from the JARPA programme, while not required for management under the RMP, have the potential to improve management of minke whales in the southern hemisphere in the following ways: (1) reductions in the current set of plausible scenarios considered in Implementation Simulation Trials; and (2) identification of new scenarios to which future Implementation Simulation Trials will have to be developed (e.g., the temporal component of stock structure). The results of analyses of JARPA data could be used in this way perhaps to increase the allowed catch of minke whales in the southern hemisphere, without increasing depletion risk above the level indicated by the existing Implementation Simulation Trials of the RMP for these minke whales.”²²

40. Turning now to the use of lethal methods and the scale of the sampling involved under JARPA II, it should be recalled that Article VIII of the Convention authorizes Contracting Governments to grant special permits to their nationals to kill and take whales for purposes of scientific research subject to such restrictions and other conditions that the Government “thinks fit”. At the same time, following the adoption of paragraph 30 of the Schedule in 1979, the exercise of that right is subject to the review and commentary of the Scientific Committee of the IWC and the respect for the Guidelines issued by the Committee for that purpose, namely Annex P. This Annex, which was approved by consensus by all the States parties to the Convention, requires, as indicated above, “an assessment of why non-lethal methods, methods associated with any ongoing commercial whaling, or analyses of past data have been considered to be insufficient”. Thus, the use of lethal methods for purposes of scientific research or the insufficient consideration of non-lethal methods in scientific research programmes has to be assessed and justified, and is subject to review and comment by the Scientific Committee of the IWC.

41. Did Japan comply with these conditions and did it give adequate consideration to the use of non-lethal methods in JARPA II? Are such non-lethal methods used in JARPA II? The evidence submitted to the Court shows that the JARPA II plan clearly mentions the non-lethal methodologies which are to be employed in the programme, including “sighting” surveys, “ecosystem surveys” of the habitat environment of whales, “oceanographic and meteorological observations . . ., including sea ice, surface temperature, sea surface height and chlorophyll α concentration over the entire research area, using satellite data”²³.

²² See at: <http://iwc.int/jarpa>.

²³ Counter-Memorial of Japan, Ann. 150, pp. 14-15.

«Même s'ils ne sont pas requis pour la gestion au titre de la RMP, les résultats de JARPA sont susceptibles d'améliorer la gestion des petits rorquals de l'hémisphère sud en permettant : 1) la réduction du nombre actuel de scénarios plausibles envisagés dans les essais de simulation de mise en œuvre de la RMP ; et 2) l'identification de nouveaux scénarios pour lesquels de futurs essais de simulation de mise en œuvre devront être mis au point (par exemple, la composante temporelle de la structure des stocks). Les résultats des analyses de JARPA pourraient peut-être permettre d'augmenter le nombre de prises de petits rorquals autorisées dans l'hémisphère sud sans augmenter le risque d'épuisement des stocks au-delà du niveau indiqué actuellement par les essais de simulation de mise en œuvre réalisés pour ces petits rorquals.»²²

40. Quant au recours aux prélèvements létaux et à l'ampleur de ce recours dans le cadre de JARPA II, il convient de rappeler que l'article VIII de la convention autorise les Etats contractants à accorder des permis spéciaux à leurs ressortissants afin de tuer et de capturer des baleines aux fins de la recherche scientifique, cette autorisation étant subordonnée aux restrictions et à telles autres conditions que l'Etat contractant «jugera opportunes». Depuis l'adoption du paragraphe 30 du règlement, en 1979, l'exercice de ce droit est désormais soumis à l'examen et aux commentaires du comité scientifique de la CBI et doit se conformer aux lignes directrices établies par le comité à cette fin, à savoir l'annexe P. Cette annexe, qui a été approuvée par consensus par tous les Etats parties à la convention, exige, comme indiqué ci-dessus, «une analyse des raisons pour lesquelles les méthodes non létales, les méthodes associées à toute activité de chasse à la baleine commerciale en cours ou les analyses des données passées ont été jugées insuffisantes». Il s'ensuit que l'utilisation de méthodes létales aux fins de la recherche scientifique, ou la prise en compte insuffisante des méthodes non létales dans le cadre des programmes de recherche scientifique, doit non seulement être analysée et justifiée, mais être aussi soumise à l'examen du comité scientifique de la CBI, afin qu'il puisse faire part de ses commentaires à ce sujet.

41. Le Japon a-t-il satisfait à ces conditions et a-t-il sérieusement envisagé de recourir à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II? De telles méthodes sont-elles utilisées dans le cadre de JARPA II? Les éléments de preuve versés au dossier montrent que le plan de recherche mentionne clairement les méthodes non létales qu'il est prévu d'utiliser dans le cadre de ce programme, notamment les relevés «visuels», l'observation «écosystémique» de l'habitat des baleines, «les observations océanographiques et météorologiques...», dont la banquise, la température de surface de la mer, la hauteur de la surface de la mer et la teneur en chlorophylle sur l'ensemble de la zone de recherche, à l'aide de données satellites»²³.

²² Voir à l'adresse suivante : <http://iwc.int/jarpa>.

²³ Contre-mémoire du Japon, annexe 150, p. 14-15.

42. Moreover, at the oral hearings, Counsel for Japan affirmed that “Japan has put much effort into non-lethal research methods” and that JARPA II “scientists have . . . had some success with biopsy sampling and satellite tagging of large, slow-moving whale species such as the humpback”²⁴. As evidence, he referred to the cruise report of the JARPA II scientists for the year 2009-2010, which gives precise details of the non-lethal sampling conducted on blue, humpback, fin and southern right whales in that year²⁵. Similar data are also available in the most recent JARPA II cruise report for the year 2012-2013²⁶. This gives details of the non-lethal experiments conducted, which included “sighting distance and angle experiment”, “photo-identification experiment”, “biopsy sampling”, “satellite tag”, “vomiting and faecal observation”, “marine debris observation”, and “oceanographic survey”²⁷.

43. With regard to sample sizes, the only requirement laid down in paragraph 30 of the Schedule is that the proposal should specify “number, sex, size and stock of the animals to be taken”; while Annex P refers to the need to include a “sampling protocol for lethal aspects of the proposal”. The JARPA II plan includes such a protocol in Appendices 6-8²⁸. The statistical formula that is used to calculate the sample sizes is also reproduced in the Appendix to Appendix VI of the JARPA II plan. Fuller accounts of the sample size calculations and the statistical methodology used are set out in the JARPA II research plan and in its Appendices 3 to 8, which were submitted to the Scientific Committee of the IWC for comment in 2005. However, the experts presented by the Parties during the oral proceedings disagreed as to whether the sample size eventually determined by Japan for JARPA II is appropriate to the objectives of JARPA II.

44. It is understandable that different scientists could reasonably come to different conclusions about the sample sizes, in view of the computational methodology used in JARPA II, the elements of discretion involved in choosing the statistical parameters upon which sample calculations are made, and the range of variables which can lead to a range of possible sample sizes. However, I must say that I do not understand how the

²⁴ CR 2013/15, p. 61 (Boyle).

²⁵ See at: <http://www.icrwhale.org/pdf/SC62O3.pdf>, p. 9.

²⁶ See at: <https://events.iwc.int/index.php/scientific/SC65a/paper/viewFile/356/331/SC-65a-009>.

²⁷ *Ibid.*, pp. 3-4.

²⁸ JARPA II Research Plan (2005), IWC SC/57/01, Apps. 6-8.

42. En outre, au cours des plaidoiries, le conseil du Japon a affirmé que «[celui-ci] a[vait] tout mis en œuvre pour employer des méthodes de recherche non létales» et que «[l]es scientifiques [de JARPA II] [avaie]nt même obtenu quelques succès avec la méthode des prélèvements biopsiques et celle du marquage par balise permettant un suivi satellitaire d'espèces de grande taille se déplaçant lentement, telles que les baleines à bosse»²⁴. Il a invoqué à titre de preuve le rapport d'expédition des scientifiques de JARPA II pour l'année 2009-2010, qui décrit de manière détaillée les prélèvements non létaux effectués sur des baleines bleues, des baleines à bosse, des rorquals communs et des baleines franches australes au cours de cette saison²⁵. Des données similaires figurent également dans le rapport d'expédition le plus récent correspondant à l'année 2012-2013²⁶. Ce rapport fournit des détails sur les expériences non létales conduites dans ce cadre, parmi lesquelles «l'expérience de la distance et de l'angle d'observation», «l'expérience de la photo-identification», «l'échantillonnage par prélèvement biopsique», «le marquage par balise permettant un suivi satellitaire», «l'observation des matières régurgitées et des matières fécales», «l'observation des déchets marins» et «l'observation océanographique»²⁷.

43. Pour ce qui est de la taille des échantillons, la seule exigence formulée au paragraphe 30 du règlement est que «le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer» soient précisés dans la proposition de permis; quant à l'annexe P, celle-ci fait référence à la nécessité d'établir «un protocole d'échantillonnage pour les aspects létaux de la proposition». Un protocole d'échantillonnage figure dans le plan de recherche de JARPA II (appendices 6-8)²⁸. La formule statistique utilisée pour calculer les tailles d'échantillon est également reproduite à l'annexe de l'appendice 6 du plan de recherche. Le plan de recherche et ses appendices 3 à 8, qui ont été présentés au comité scientifique de la CBI pour examen et commentaires en 2005, contiennent des descriptions encore plus détaillées des calculs ayant permis de déterminer la taille des échantillons et des méthodes statistiques utilisées. Il convient toutefois de relever que les experts cités à l'audience par les Parties étaient divisés sur la question de savoir si les tailles d'échantillon finalement retenues par le Japon dans le cadre de JARPA II étaient adaptées aux objectifs du programme.

44. Je conçois que plusieurs scientifiques puissent raisonnablement aboutir à des conclusions différentes sur la taille des échantillons, compte tenu des méthodes de calcul utilisées dans le cadre de JARPA II, des éléments discrétionnaires entrant dans le choix des paramètres statistiques sur lesquels se fondent les calculs des échantillons, et de l'ensemble des variables pouvant conduire à un éventail de tailles d'échantillon possible. En

²⁴ CR 2013/15, p. 61 (Boyle).

²⁵ Voir à l'adresse suivante : <http://www.icrwhale.org/pdf/SC62O3.pdf>, p. 9.

²⁶ Voir à l'adresse suivante : <https://events.iwc.int/index.php/scientific/SC65a/paper/viewFile/356/331/SC-65a-O09>.

²⁷ *Ibid.*, p. 3-4.

²⁸ Plan de recherche de JARPA II (2005), IWC SC/57/01, appendices 6-8.

majority came to the conclusion that “the sample sizes are larger than are reasonable in relation to achieving JARPA II’s stated objectives” (para. 212). It is not indicated anywhere in the Judgment what methodology or criteria should be used to arrive at “reasonable” sample sizes in light of the objectives of JARPA II or what “reasonable” sample sizes should be. Nor does the Judgment provide an indication of what sample sizes would be most appropriate to the objectives of JARPA II. Indeed, it would be difficult for a Court of law to reach such a determination, which benefits scientists, not jurists.

45. The above analysis shows that the special permits issued by Japan in connection with JARPA II clearly comply with the requirements and conditions prescribed by the provisions of the ICRW and related Guidelines dealing with special permits issued for purposes of scientific research, and that JARPA II has been acknowledged by the Scientific Committee of the IWC to contribute to the understanding of Antarctic minke whale dynamics and to be useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales. These are not characteristics that can be associated with a programme the design and implementation of which are not for purposes of scientific research. The Scientific Committee of the IWC has pointed out on several occasions that “only scientific and not ethical issues should be considered” when issuing scientific permits²⁹. A similar consideration should apply in the assessment of the legality of the authorization granted by Japan in connection with JARPA II.

46. Nonetheless, another issue that should have been addressed in the context of the legality of JARPA II is whether the evolving regulatory framework of the Convention setting zero catch limits and establishing the Southern Ocean Sanctuary should be taken into account in interpreting Article VIII of the Convention and assessing the extent to which it might restrict the special permits issued under that provision for purposes of scientific research. It is my view that the Court should have assessed whether a programme, such as JARPA II, that continues to use lethal methods for purposes of scientific research under Article VIII, constitutes an anomaly, which may frustrate the object and purpose of the Convention in light of the conservationist approach adopted in the Convention in recent years. Such an assessment, in addition to anchoring the reasoning and conclusions of the Court on the law applicable to the dispute between the Parties, would have been of great value to the States parties to the Convention in view of the growing disconnect between Article VIII and other provisions of the Convention on commercial whaling.

47. Article V of the Convention authorizes the IWC to make such amendments to the Schedule as are necessary to carry out the objectives

²⁹ SC Report 2005, *J. Cetacean Res. Manage* 8 (Suppl.), 2006, p. 48.

revanche, ce que je ne conçois pas, c'est que la majorité des juges de la Cour ait conclu que «les tailles d'échantillon [étaient] supérieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés de JARPA II» (par. 212). L'arrêt reste muet sur les méthodes ou les critères qu'il conviendrait d'appliquer pour obtenir des tailles d'échantillon «raisonnables» à la lumière des objectifs de JARPA II ou sur ce que devraient être des tailles d'échantillon «raisonnables». Rien dans l'arrêt ne nous permet de savoir ce que devraient être des tailles d'échantillon adaptées aux objectifs de JARPA II. De fait, cette démarche sied aux scientifiques, et non aux juristes, et une cour de justice serait bien en peine de se prononcer sur la question.

45. Il ressort de cette analyse que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II sont clairement conformes aux exigences et conditions prescrites par les dispositions de la convention et les lignes directrices y afférentes concernant les permis spéciaux délivrés en vue de recherches scientifiques, et que le comité scientifique de la CBI a reconnu que JARPA II contribuait à une meilleure compréhension de la dynamique des petits rorquals de l'Antarctique et était utile à l'analyse de certains stocks reproducteurs de baleines à bosse. Ces caractéristiques ne sauraient être celles d'un programme dont la conception et la mise en œuvre ne poursuivent pas de finalité scientifique. Le comité scientifique de la CBI a indiqué à plusieurs reprises que «des questions purement scientifiques et non éthiques devaient être prises en considération» lors de la délivrance des permis scientifiques²⁹. Ce constat devrait également s'appliquer à l'analyse de la licéité des permis accordés par le Japon dans le cadre de JARPA II.

46. Cela étant, il existe une autre question sur laquelle la Cour aurait dû se pencher lorsqu'elle a examiné la licéité de JARPA II : celle de savoir si l'évolution du cadre réglementaire de la convention fixant à zéro les limites de capture et établissant le sanctuaire de l'océan Austral devait être prise en compte dans l'interprétation de l'article VIII de la convention en ce qu'elle pouvait avoir restreint le droit de délivrer des permis spéciaux en vue de recherches scientifiques au titre de cet article. A mon sens, la Cour aurait dû rechercher si un programme tel que JARPA II, qui continue de recourir à des méthodes létales aux fins de la recherche scientifique au titre de l'article VIII, constitue une anomalie susceptible de faire échec à l'objet et au but de la convention compte tenu de l'approche favorable à la conservation désormais inscrite dans celle-ci. Une telle analyse, outre qu'elle aurait ancré le raisonnement et les conclusions de la Cour dans le droit applicable au différend entre les Parties, aurait été très précieuse pour les Etats parties à la convention eu égard à la disparité toujours plus grande entre l'article VIII et d'autres dispositions de la convention relatives à la chasse commerciale.

47. L'article V de la convention autorise la CBI à apporter des modifications aux dispositions du règlement lorsqu'elles sont nécessaires à la

²⁹ Rapport de 2005 du comité scientifique, *J. Cetacean Res. Manage*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 48.

and purposes of the Convention and to provide for the conservation, development and optimum utilization of whale resources. It also provides that such amendments shall be based on scientific research. In view of the recent amendments to the Schedule which have done away with the objective of optimum utilization of whale resources through the establishment of zero catch limits, the special permits issued under Article VIII had to be assessed in light of the overall evolution of the Convention and, in particular, of its object and purpose to ensure an integral and effective interpretation of all its provisions.

III. IS JARPA II CONDUCTED FOR PURPOSES OTHER THAN SCIENTIFIC RESEARCH?

48. It is stated in the Judgment that:

“Taken as a whole, the Court considers that JARPA II involves activities that can broadly be characterized as scientific research . . . but that the evidence does not establish that the programme’s design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II are not ‘for purposes of scientific research pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention’.” (Para. 227.)

49. On the basis of that conclusion, it is further stated that:

“[t]he Court therefore proceeds on the basis that whaling that falls outside Article VIII, paragraph 1, other than aboriginal subsistence whaling, is subject to the three schedule provisions invoked by Australia” (para. 230).

These three provisions are paragraph 10 (*e*) of the Schedule dealing with the obligation to respect zero catch limits for the killing for commercial purposes of whales from all stocks; paragraph 7 (*b*) of the Schedule on the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary and paragraph 10 (*d*) of the Schedule on the factory ship moratorium.

50. The activities conducted under JARPA II are, on the one hand, characterized in the Judgment as scientific research, while, on the other hand, it is concluded that the special permits granted by Japan for JARPA II are not “for purposes of scientific research”. This is very unpersuasive for the following reasons.

51. First, the distinction made in the Judgment between a programme that involves “scientific research” and a programme “for purposes of scientific research” is rather artificial and unsubstantiated (para. 67), par-

réalisation des objectifs et des buts de la convention et utiles à la conservation, au développement et à l'utilisation optimale des ressources baleinières. Il prévoit également que ces modifications doivent se fonder sur la recherche scientifique. Au vu des récentes modifications apportées au règlement, qui ont fait disparaître l'objectif de l'utilisation optimale des ressources baleinières en fixant à zéro les limites de capture, les permis spéciaux délivrés au titre de l'article VIII auraient dû être examinés à la lumière de l'évolution générale de la convention, et en particulier de son objet et de son but, afin de garantir que toutes ses dispositions avaient été interprétées de manière à leur donner plein effet.

III. JARPA II POURSUIT-IL DES FINS AUTRES QUE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE?

48. Selon le texte de l'arrêt,

«La Cour estime que si JARPA II, pris dans son ensemble, comporte des activités susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques ..., les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas d'établir que la conception et la mise en œuvre de ce programme sont raisonnables au regard de ses objectifs annoncés. La Cour conclut 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 1 de l'article VIII de la convention.» (Par. 227.)

49. Sur la base de cette conclusion, il est également dit dans l'arrêt que

«[l]a Cour partira donc du principe que, dès lors qu'elle n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, la chasse à la baleine — hormis la chasse aborigène de subsistance — tombe sous le coup des trois dispositions du règlement invoquées par l'Australie» (par. 230).

Les trois dispositions en question sont le paragraphe 10 *e*) relatif à l'obligation de respecter le moratoire fixant à zéro le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales; le paragraphe 7 *b*) relatif à l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral; et le paragraphe 10 *d*) relatif au moratoire sur les usines flottantes.

50. Dans son arrêt, la Cour qualifie les activités menées dans le cadre de JARPA II de recherches scientifiques tout en parvenant à la conclusion que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans ce cadre ne le sont pas «en vue de recherches scientifiques». Ce raisonnement est fort peu convaincant, et ce, pour plusieurs raisons.

51. Premièrement, la distinction faite par la Cour entre un programme qui «comporte des recherches scientifiques» et un programme mené «en vue de recherches scientifiques» est pour le moins artificielle

ticularly in view of the fact that the term “scientific research” is not defined in the Judgment. It is like saying: “I know how to identify the activities undertaken for the purpose of the ‘term X’, but I do not know how to define the term itself”. It also gives the impression that serendipity was at work here and that JARPA II, though not designed for purposes of scientific research, accidentally stumbled into scientific research activities.

52. Secondly, to the extent that it is not clearly proved that a programme which involves scientific research activities has as its preponderant purpose commercial whaling, and consequently the scientific activities are incidental to the commercial whaling, as provided in Article VIII, paragraph 4, of the Convention, such a programme cannot be deemed not to be for purposes of scientific research.

53. Thirdly, the Court’s conclusion that JARPA II is not for purposes of scientific research is also unpersuasive in light of the indisputable evidence on the recognition by the Scientific Committee of the IWC of the generation by JARPA II of data which is useful to the work of the Scientific Committee, on the use by JARPA II of non-lethal methods which are uncharacteristic of commercial whaling, on the presence of scientists on vessels, and on the continuing review and commentary on JARPA II by the Scientific Committee. In its 2012 Report, the Committee specifically recommended the use of data arising, *inter alia*, from both JARPA and JARPA II for catch-at-age based analyses³⁰. In the subsequent Report, reference is made to non-lethal sampling of humpback whales occurring within the JARPA/JARPA II programmes as useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales³¹. Similar references were made in this Report to JARPA and JARPA II photographic data concerning blue whales³², and to blubber thickness data arising from lethal sampling in JARPA and JARPA II³³.

54. Fourthly, there is no clear evidence to show that the special permits issued by Japan for JARPA II were not for purposes of scientific research,

³⁰ *J. Cetacean Res. Manage* 14 (Suppl.), 2013, p. 29:

“Section 10.1.4 Continue development of the catch-at-age models: Population dynamics modelling provides a way to explore possible changes in abundance and carrying capacity within Areas III-E-VW, where appropriate data are available. The inputs are catch, length, age and sex data from the commercial harvests and both JARPA programmes, as well as abundance estimates from IDCR/SOWER.”

³¹ IWC Scientific Committee Report 2013, <https://archive.iwc.int/pages/view.php?ref=2128>, para. 10.2.1.1.

³² *Ibid.*, para. 10.3.1.4.

³³ *Ibid.*

et dénuée de fondement (par. 67), d'autant que la Cour ne définit pas la notion de «recherches scientifiques» dans son arrêt. Cela revient à dire: «Je sais comment définir les activités entreprises dans le but de réaliser «X», mais je ne sais pas comment définir «X».» Cela donne également l'impression qu'un heureux hasard est à l'œuvre ici et que JARPA II, bien qu'il n'ait pas été conçu aux fins de la recherche scientifique, a donné lieu à des activités de recherche scientifique de manière tout à fait fortuite.

52. Deuxièmement, tant qu'il n'est pas clairement prouvé qu'un programme comportant des activités de recherche scientifique n'a pas pour but essentiel la chasse commerciale, ces activités étant menées à titre accessoire, selon le paragraphe 4 de l'article VIII de la convention, un tel programme ne saurait être considéré comme dépourvu de finalité scientifique.

53. Troisièmement, plusieurs éléments de preuve irréfutables rendent peu convaincante la conclusion de la Cour selon laquelle JARPA II n'est pas mené en vue de recherches scientifiques: le fait que le comité scientifique de la CBI ait reconnu que JARPA II générerait des données utiles à ses travaux, que JARPA II emploie des méthodes non létales, lesquelles ne sauraient caractériser la chasse commerciale, que des scientifiques soient présents à bord des navires et, enfin, que le comité scientifique continue de procéder à l'examen de JARPA II et de faire part de ses commentaires à ce sujet. Dans le rapport qu'il a publié en 2012, le comité a expressément recommandé que l'analyse des prises par âge effectuée dans le cadre de ses travaux le soit à partir des données issues, entre autres, de JARPA et de JARPA II³⁰. Dans le rapport qu'il a publié l'année suivante, il a fait référence à l'échantillonnage non léthal des baleines à bosse dans le cadre de ces deux programmes, le jugeant utile à l'évaluation de certains stocks reproducteurs de cette espèce³¹. Ce rapport renvoyait également aux données photographiques de JARPA et de JARPA II concernant les baleines bleues³², et aux données sur l'épaisseur de la couche de graisse obtenues à partir des prélèvements létaux effectués dans le cadre de ces deux programmes³³.

54. Quatrièmement, aucun élément de preuve ne démontre clairement que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II

³⁰ *J. Cetacean Res. Manage*, n° 14 (suppl.), 2013, p. 29:

«Section 10.1.4 Développement continu des modèles de prises par âge: la modélisation de la dynamique des populations est un moyen d'étudier l'éventuelle évolution de l'abondance et de la capacité de charge dans les zones III-E-VW, lorsqu'il existe des données appropriées. Les données utilisées sont le nombre de prises et la longueur, l'âge et le sexe des spécimens capturés dans le cadre de campagnes commerciales et des deux programmes JARPA, ainsi que les estimations d'abondance issues du programme IDCR/SOWER.»

³¹ Rapport de 2013 du comité scientifique de la CBI, <https://archive.iwc.int/pages/view.php?ref=2128>, par. 10.2.1.1.

³² *Ibid.*, par. 10.3.1.4.

³³ *Ibid.*

unless the bad faith of Japan is presumed. As correctly stated in the *Lac Lanoux* case: “there is a general and well-established principle of law according to which bad faith is not presumed”³⁴. In any case, it is not the function of the Court to investigate the motives lying behind Japan’s conduct in granting special permits to JARPA II, as long as those permits are in compliance with Japan’s obligations. It appears, however, that both the review and the conclusions of the Judgment entail a finding of bad faith which is not explicitly expressed, since JARPA II is considered to be in violation of the commercial whaling provisions of the ICRW.

55. Fifthly, there is also no evidence to support the claim that the programme is being carried out for commercial purposes. The term “for purposes of scientific research” does not, under Article VIII of the ICRW, mean that such killing and taking of whales has to be exclusively for purposes of scientific research. Article VIII (2) explicitly requires that whales killed under the special permits should be processed and dealt with as directed by the Government concerned including for commercial purposes. Thus, Article VIII provides for a subsidiary or incidental purpose which may have a commercial character. Of course, the preponderant purpose must be scientific research, but the sale of whale meat in accordance with Article VIII does not deprive a special permit programme of its quality as a programme conducted for purposes of scientific research.

56. Turning finally to the conclusion in the Judgment that the authorization granted to JARPA II is in breach of three provisions of the Schedule (i.e., paras. 7 (b), 10 (d) and 10 (e)), there is, in my view, no legal basis to such a finding unless it could be clearly shown that JARPA II is commercial whaling in disguise, or that its activities are preponderantly of a commercial nature. In order to affirm that a breach of the commercial whaling moratorium or the prohibition of whaling in the Southern Ocean Sanctuary has occurred, it would be necessary to demonstrate that JARPA II is a programme for the purposes of commercial whaling.

57. The word “commercial” in paragraphs 10 (d) and 10 (e) was not defined at the time of adoption of the amendments of the Schedule, nor afterwards. There is no doubt, however, that it refers to whaling for commercial purposes. The Judgment does not characterize JARPA II as commercial whaling, but the conclusion that the programme is in breach of the moratorium on commercial whaling (para. 10 (e)) and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 10 (d)) implies that it is conducted for commercial purposes.

³⁴ *Lac Lanoux* Case, 16 November 1957, at XII *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)* 305: “[I]l est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas.”

ne l'ont pas été à des fins de recherche scientifique, à moins de présumer la mauvaise foi du Japon. Comme cela a été dit, à juste titre, dans l'affaire du *Lac Lanoux* : «[I] est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas.»³⁴ En tout état de cause, il n'appartient pas à la Cour d'analyser les motifs auxquels obéit le Japon lorsqu'il délivre des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II aussi longtemps que ces permis sont conformes à ses obligations. Il semble, toutefois, que l'analyse et les conclusions de l'arrêt portent à présumer la mauvaise foi du Japon, sans que cela soit dit expressément, puisque la Cour considère que JARPA II viole les dispositions de la convention relatives à la chasse à la baleine à des fins commerciales.

55. Cinquièmement, aucun élément de preuve ne vient étayer l'allégation selon laquelle le programme serait mené à des fins commerciales. Aux termes de l'article VIII de la convention, l'expression «en vue de recherches scientifiques» ne signifie pas que la mise à mort et la capture des baleines doivent servir un but exclusivement scientifique. Le paragraphe 2 de l'article VIII prévoit expressément que les baleines mises à mort en vertu d'un permis spécial doivent être traitées conformément aux directives formulées — y compris en matière de chasse commerciale — par le gouvernement ayant délivré ledit permis. Par conséquent, l'article VIII prévoit un but subsidiaire ou accessoire, qui peut revêtir un caractère commercial. Il va de soi que le but principal doit être la recherche scientifique, mais la vente de la chair de baleine conformément à l'article VIII ne prive pas un programme mené au titre d'un permis spécial de son caractère scientifique: un tel programme peut être mené en vue de recherches scientifiques.

56. Quant à la conclusion de l'arrêt selon laquelle l'autorisation accordée au profit de JARPA II est contraire à trois dispositions du règlement (à savoir par. 7 *b*), 10 *d*) et 10 *e*)), il n'existe à mon sens aucun fondement juridique à l'appui d'une telle conclusion, sauf à démontrer sans la moindre ambiguïté que JARPA II est un programme de chasse commerciale déguisé ou que les activités menées dans ce cadre sont pour l'essentiel de nature commerciale. Pour pouvoir affirmer qu'il y a eu violation du moratoire sur la chasse commerciale ou de l'interdiction de la chasse à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral, il faut pouvoir démontrer que JARPA II est un programme de chasse commerciale.

57. L'adjectif «commerciale» aux paragraphes 10 *d*) et 10 *e*) n'a pas été défini au moment de l'adoption des modifications du règlement; il ne l'a pas été davantage par la suite. Il ne fait néanmoins aucun doute qu'il s'agit de chasse à la baleine à des fins commerciales. Dans son arrêt, la Cour ne qualifie pas JARPA II de programme de chasse commerciale, mais la conclusion selon laquelle ce dernier viole le moratoire sur la chasse commerciale (par. 10 *e*)) et l'interdiction de la chasse à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 10 *d*)) sous-entend qu'il s'agit d'un programme mené à des fins commerciales.

³⁴ Affaire du *Lac Lanoux*, 16 novembre 1957, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 305: «[I] est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas.»

58. How can such a conclusion be reconciled with the use of non-lethal methods in the JARPA II programme or with the recognition by the Scientific Committee of the IWC of the usefulness of the data obtained with these methods as described in paragraph 53 above? How does one account for the evidence of the many scientific outputs produced exclusively with the use of data arising from the non-lethal methods employed in JARPA II? This evidence indicates that 100 scientific outputs were produced between 1988 and 2013 exclusively with the data arising from non-lethal methods in JARPA and JARPA II³⁵. It is doubtful that such a scientific output could be produced by a programme of commercial whaling.

59. It is stated in paragraph 230 of the Judgment that: “the Court sees no reason to evaluate the evidence in support of the Parties’ competing contentions about whether or not JARPA II has attributes of commercial whaling”. This statement is, however, contradicted by the distinction made in the Judgment between activities involving scientific research and a programme for purposes of scientific research. Such a distinction could make sense only if it was proved that JARPA II was a commercial whaling programme with incidental collection and analysis of biological data as provided in Article VIII, paragraph 4, of the ICRW. The statement is equally contradicted by the conclusion that JARPA II is in violation of the moratorium on commercial whaling (para. 10 (*d*) of the Schedule).

IV. CONCLUSION

60. The evidence before the Court does not support the conclusion that the special permits for JARPA II have been issued for a purpose other than scientific research. Nor does it establish that such special permits do not comply with the requirements and conditions prescribed by the provisions of Article VIII of the ICRW, paragraph 30 of the Schedule and related Guidelines dealing with scientific research programmes. The real issue is whether the evolving regulatory framework of the Convention in setting zero catch limits and establishing the Southern Ocean Sanctuary should be taken into account in interpreting Article VIII of the Convention and the legality of the special permits granted by Japan under that provision for purposes of scientific research, and the extent to which Article VIII and the use of lethal methods for purposes of scientific research might have been restricted by the fact that the optimum utiliza-

³⁵ See at: <http://www.icrwhale.org/pdf/ScientificContributionJARPA.pdf>, p. 3.

58. Comment cette conclusion pourrait-elle être compatible avec le recours à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II ou avec le fait que le comité scientifique de la CBI ait reconnu l'utilité des données obtenues par ces méthodes, comme indiqué au paragraphe 53 ci-dessus? Que dire des éléments attestant les nombreuses contributions scientifiques apportées exclusivement par les données obtenues grâce aux méthodes non létales utilisées dans le cadre de JARPA II? Ces éléments montrent que cent contributions scientifiques ont été recensées entre 1988 et 2013, lesquelles n'ont pu être réalisées que grâce aux données issues des méthodes non létales employées dans le cadre de JARPA et de JARPA II³⁵. Il paraît particulièrement douteux que de telles contributions scientifiques puissent être apportées par un programme de chasse commerciale.

59. Il est dit au paragraphe 230 de l'arrêt que «la Cour ne voit aucun motif 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». Cette affirmation est cependant contredite par la distinction opérée dans l'arrêt entre les activités comportant des recherches scientifiques et un programme mené en vue de recherches scientifiques. Une telle distinction n'aurait de sens que s'il pouvait être prouvé que JARPA II est un programme de chasse à la baleine à des fins commerciales prévoyant accessoirement la collecte et l'analyse de données biologiques, tel que prévu au paragraphe 4 de l'article VIII de la convention. Cette affirmation est également contredite par la conclusion selon laquelle JARPA II viole le moratoire sur la chasse commerciale (règlement, par. 10 *d*).

IV. CONCLUSION

60. Les éléments de preuve produits devant la Cour ne viennent pas étayer la conclusion selon laquelle les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II servaient un but autre que la recherche scientifique. Ils n'établissent pas davantage que ces permis spéciaux ne sont pas conformes aux exigences et conditions prescrites par les dispositions de l'article VIII de la convention, du paragraphe 30 du règlement et des lignes directrices applicables en matière de programmes de recherche scientifique. La vraie question est celle de savoir si l'évolution du cadre réglementaire institué par la convention, qui a conduit à fixer à zéro les limites de capture et à créer un sanctuaire dans l'océan Austral, doit être prise en compte dans l'analyse de l'article VIII de la convention et de la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon au titre dudit article aux fins de la recherche scientifique, et dans quelle mesure l'application de l'article VIII et le

³⁵ Voir à l'adresse suivante: <http://www.icrwhale.org/pdf/ScientificContributionJARPA.pdf>, p. 3.

tion of whale resources has been set aside as one of the central objectives of the Convention.

61. It is a pity that instead of such a legal assessment, the Court has engaged in an evaluation of the design and implementation of the programme and their reasonableness in relation to its objectives, a task that normally falls within the competence of the Scientific Committee of the IWC, which is scheduled to undertake an overall review of the JARPA II programme in 2014. As a matter of fact, when the Scientific Committee took the view in the past that a permit proposal submitted by a State did not meet its criteria, it specifically recommended that the permits sought should not be issued. This has not been the case with regard to JARPA II, but it shows at least that the Committee's practice is adequate to the task of evaluating the design and implementation of scientific research programmes under the ICRW and accordingly advising the IWC on that matter.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

recours aux méthodes létales en vue de recherches scientifiques font l'objet de restrictions depuis que l'utilisation optimale des ressources baleinières ne compte plus parmi les objectifs essentiels de la convention.

61. Il est tout à fait regrettable que la Cour, au lieu de se livrer à cette analyse juridique, ait entrepris d'évaluer la conception et la mise en œuvre du programme, ainsi que leur caractère raisonnable au regard des objectifs du programme, tâche qui relève normalement de la compétence du comité scientifique de la CBI. Il est prévu que ce dernier procède à une évaluation globale de JARPA II en 2014. Par le passé, lorsqu'il a estimé qu'une proposition de permis soumise par un Etat ne satisfaisait pas aux critères requis, le comité a expressément recommandé de ne pas délivrer le permis en question. Or, il ne l'a pas fait pour JARPA II. Cela montre à tout le moins que la pratique du comité est adaptée à la tâche qui lui a été assignée, celle d'évaluer la conception et la mise en œuvre des programmes de recherche scientifique au titre de la convention, et de faire part de ses commentaires à ce sujet à la CBI.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.
