

## SEPARATE OPINION OF JUDGE GREENWOOD

*Issue before the Court confined to whether JARPA II compatible with the International Convention for the Regulation of Whaling — Interpretation of the Convention — Object and purpose of the Convention — Resolutions of the International Whaling Commission — Relevance for interpretation of the Convention — Subsequent practice of the parties to the Convention — Withdrawal of Japan's objection to the commercial moratorium — Obligations under Article VIII of the Convention — Relationship between Article VIII of the Convention and paragraphs 7 (b), 10 (d) and 10 (e) of the Schedule — Relationship between JARPA and JARPA — JARPA II not within the exception in Article VIII, paragraph 1, of the Convention — Japan therefore in breach of its obligations under paragraphs 7 (b), 10 (d) and 10 (e) of the Schedule — Whether Japan has acted in bad faith — Whether Japan has breached paragraph 30 of the Schedule — The Court's decision not to order a second round of written argument.*

1. JARPA II, like Japan's other whaling programmes, has long been the subject of controversy. To many of its critics, whaling is intrinsically wrong and incompatible with contemporary ethical and environmental principles. For such critics, the adoption of the moratorium on commercial whaling by the International Whaling Commission ("the Commission") in 1986 was a vindication of those principles. Seen in that light, it is to be regarded less as a moratorium, in the true sense of the word, than as a comprehensive and indefinite ban on all forms of whaling. Defenders of Japan's whaling programmes, by contrast, point to the long-standing cultural traditions of whaling in Japan and the economic dependence of certain Japanese communities upon the continuation of whaling. These are large and important questions which arouse strong emotions but they are not the questions the Court is called upon to decide (see Judgment, para. 69). The issue before the Court is a narrower one, namely whether or not JARPA II is compatible with Japan's international legal obligations under the International Convention for the Regulation of Whaling ("ICRW") and it is that issue alone which the Court has determined in the present Judgment.

## DIFFERENT APPROACHES TO THE INTERPRETATION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE REGULATION OF WHALING

2. The broader debate to which I have alluded is, however, reflected in a marked difference between the Parties regarding the approach which

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

*Question soumise à la Cour limitée au point de savoir si JARPA II est compatible avec la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine — Interprétation de la convention — Objet et but de la convention — Résolutions de la commission baleinière internationale — Pertinence aux fins de l'interprétation de la convention — Pratique ultérieure des parties à la convention — Retrait, par le Japon, de son objection au moratoire sur la chasse commerciale — Obligations imposées par l'article VIII de la convention — Rapport entre l'article VIII de la convention et les paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e) du règlement — Rapport entre JARPA et JARPA II — Non-applicabilité à JARPA II de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Violation, en conséquence, des obligations incombant au Japon en vertu des paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e) — Question de savoir si le Japon a agi de mauvaise foi — Question de savoir si le Japon a violé le paragraphe 30 du règlement — Décision de la Cour de ne pas ordonner la tenue d'un second tour de procédure écrite.*

1. A l'instar des autres programmes de chasse à la baleine mis en œuvre par le Japon, JARPA II est depuis longtemps l'objet de controverses. Pour nombre de ses détracteurs, la chasse à la baleine est une pratique répréhensible en soi et contraire aux principes contemporains en matière d'éthique et de protection de l'environnement, dont l'adoption d'un moratoire sur la chasse commerciale en 1986 par la commission baleinière internationale (dénommée ci-après «la commission») est venue confirmer la validité. Dans cette optique, ce dernier doit être compris moins comme un moratoire au vrai sens du terme que comme une interdiction globale, et de durée indéfinie, de toute forme de chasse à la baleine. Les défenseurs de ces programmes de chasse, quant à eux, mettent en avant l'ancrage de cette pratique dans la tradition culturelle du Japon et le caractère critique que sa perpétuation revêt, sur un plan économique, pour certaines communautés de ce pays. Or, pour considérable que soit leur portée, ces questions, au sujet desquelles les esprits sont prompts à s'enflammer, ne sont pas celles que la Cour était appelée à trancher (voir arrêt, par. 69). Celle soumise à la Cour était plus circonscrite, puisqu'il s'agissait de savoir si JARPA II était compatible avec les obligations juridiques internationales que la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après dénommée «la convention») impose au Japon, et c'est cette question, et elle seule, que la Cour a tranchée dans le présent arrêt.

### INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉGLEMENTATION DE LA CHASSE À LA BALEINE : DEUX LOGIQUES DIFFÉRENTES

2. Signe, toutefois, de ce débat plus général auquel je viens de faire allusion, les Parties abordent l'interprétation de la convention sous deux

should be taken to the interpretation of the Convention. For Australia, the Convention is — or, at least, has become — an agreement about the conservation of whales. Australia relies upon the references to conservation in the Preamble of the Convention and the approach taken in a series of resolutions adopted by the Commission which, Australia considers, show that “the legal regime for the regulation of whaling has evolved from a system primarily designed to manage the exploitation of a natural resource to an increasingly conservation-oriented regime” (Memorial of Australia, para. 2.125). On that basis, Australia argues that the ban on whaling introduced when the moratorium was adopted in 1986 is to be regarded as the general rule to which Article VIII of the Convention provides a very limited exception justifying whaling for purposes of scientific research, an exception which must be restrictively construed.

3. By contrast, Japan focuses on the final paragraph of the Preamble, which records the decision “to conclude a convention to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry”, from which Japan deduces that conservation was not intended to be an end in itself but only a means for securing the orderly development of the whaling industry. Japan emphatically rejects Australia’s evolutionary argument, maintaining that the resolutions of the Commission on which Australia relies were frequently adopted by very narrow majorities and against the opposition of Japan. In that context, Japan suggests that the Commission has, in effect, been hijacked by those who are fundamentally opposed to all whaling. For Japan the adoption of the moratorium in 1986 was the product of that fundamentalism, rather than scientific assessment. When the Commission amended the Schedule to the Convention to incorporate the moratorium, Japan exercised its right under Article V, paragraph 3, of the Convention to object to that amendment, thus rendering it inapplicable to Japan, and withdrew its objection only because of pressure from the United States. Against that background, Japan argues for a broader interpretation of Article VIII of the Convention.

4. I do not find either of these approaches wholly persuasive. Australia’s approach is difficult to reconcile with the language of the Preamble and, in particular, the passage quoted in the preceding paragraph. The language of the Convention and its *travaux préparatoires* make clear that an important objective of the Convention was to ensure a future for the whaling industry by making sustainable whaling possible. On the other hand, Japan’s argument that the Convention treats conservation as wholly subordinate to the development of whaling is also untenable. The Preamble shows that both conservation and ensuring a future for sustainable whaling were considered to be purposes of the Convention.

angles radicalement différents. Pour l'Australie, la convention est — ou du moins est devenue — un accord relatif à la conservation des baleines. L'Australie déduit des références à la conservation qui figurent au préambule de la convention, ainsi que de l'approche qui sous-tend une série de résolutions adoptées par la commission, que «le régime juridique international de la réglementation de la chasse à la baleine est passé d'un système principalement conçu pour gérer l'exploitation d'une ressource naturelle à un régime de plus en plus axé sur la conservation de cette ressource» (mémoire de l'Australie, par. 2.125). Elle soutient que l'interdiction de chasser la baleine introduite au moment de l'adoption du moratoire en 1986 doit être considérée comme une règle générale à laquelle l'article VIII de la convention prévoit une exception très limitée — légitimant la chasse à des fins de recherche scientifique —, laquelle doit être interprétée dans un sens restrictif.

3. Le Japon, quant à lui, met en exergue le dernier alinéa du préambule, consignait la décision «de conclure une convention destinée à assurer la conservation appropriée des stocks de baleines et ... ainsi donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique», dont il déduit que la conservation était conçue non comme une fin en soi, mais uniquement comme un moyen d'assurer le développement méthodique de l'industrie baleinière. Le Japon rejette catégoriquement l'argument de l'Australie mettant en avant une évolution du régime, en faisant valoir que les résolutions de la commission sur lesquelles l'Australie a fait fond dans ce contexte ont fréquemment été adoptées à une très faible majorité, et sans son propre accord. Plus généralement, il estime que la commission a, de fait, été détournée de son but initial par les opposants à toute forme de chasse à la baleine, et que l'adoption d'un moratoire en 1986 est le fruit non pas d'une évaluation scientifique, mais d'une approche fondamentaliste. Le Japon explique avoir, lorsque la commission a modifié le règlement annexé à la convention pour y intégrer le moratoire, exercé le droit que lui reconnaissait le paragraphe 3 de l'article V de la convention de faire objection, la modification lui devenant dès lors inopposable, et n'avoir retiré cette objection qu'à la suite de pressions exercées par les Etats-Unis. Dans ce contexte, il plaide en faveur d'une interprétation plus souple de l'article VIII de la convention.

4. Aucune de ces interprétations ne me convainc entièrement. Celle de l'Australie cadre mal avec le libellé du préambule et, en particulier, avec le passage qui en a été cité au paragraphe précédent. Le texte de la convention, comme ses travaux préparatoires, montre clairement que l'un des objectifs essentiels des auteurs de la convention était de ménager l'avenir de l'industrie baleinière en assurant la pérennité de la chasse. Mais l'argument du Japon selon lequel, aux termes de la convention, la conservation serait entièrement subordonnée au développement de l'industrie baleinière n'est pas plus défendable. Il ressort du préambule que les buts de la convention recouvraient à la fois la conservation et la volonté de ménager l'avenir d'une chasse qui ne mettrait pas en péril le renouvellement des stocks.

5. That balance between the two goals is not, in my opinion, altered by the resolutions of the Commission, at least not in the way, or to the extent, suggested by Australia. In this context, it is important to recall that the Convention makes provision for two very different types of resolutions. Article V, paragraph 1, provides that the Commission may adopt regulations which amend the Schedule. Since the Schedule is an integral part of the Convention (in accordance with Article I, paragraph 1, of the Convention), such regulations are, in effect, amendments to the Convention itself, although the Commission does not have the power to remove Article VIII or to negate the effects of that provision. Regulations require a three-fourths majority (Art. III, para. 2) and are binding on every State party to the Convention, unless that State raises and maintains an objection in accordance with the procedure laid down in Article V, paragraph 3. It has been the use made by the Commission of this power to adopt regulations that has been the main force in making the Convention “an evolving instrument” (Judgment, para. 45). The second type of resolution is one adopted under Article VI, by which the Commission may “make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention”. The adoption of a recommendation requires only a simple majority. There is no dispute about the legal effect of regulations. The question is whether recommendations from the Commission assist in the interpretation of the Convention.

6. Where a treaty creates a body such as the International Whaling Commission in which all the member States are represented, resolutions adopted by that body form part of the subsequent practice of the parties to the treaty. As such, they are capable of constituting an aid to the interpretation of the treaty, in accordance with the principle set out in Article 31 (3) (b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. However, subsequent practice is valuable as an aid to the interpretation of a treaty only to the extent that it establishes the agreement of the parties. Australia referred to 40 resolutions of the Commission. Of those, ten were adopted by consensus (the last one in 1994) and should therefore be considered as establishing the agreement of the parties to the Convention. Of the remaining 30 resolutions cited by Australia, all were adopted by majority vote. In many cases, the vote was very close. For example, resolution 2003-3, on southern hemisphere minke whales and special permit whaling, was adopted by 24 votes to 20 with 1 abstention. Resolution 2005-1 criticizing JARPA II was adopted by 30 votes to 27 with one abstention. Even where the majorities were larger, the record frequently shows substantial dissent. For example, the resolution by which the Commission endorsed the Berlin Initiative of 2003 (resolution 2003-1), a resolution emphasized by counsel for Australia (see, e.g., CR 2013/8, p. 21,

5. Que ces deux objectifs se soient trouvés sur un pied d'égalité n'est pas, selon moi, remis en cause par les résolutions de la commission, du moins pas de la manière, ou dans la mesure, qu'avance l'Australie. A cet égard, il importe de rappeler que la convention prévoit deux types de résolution très différents. Le paragraphe 1 de l'article V dispose que la commission peut adopter des réglementations portant modification du règlement annexé à la convention. Celui-ci faisant partie intégrante de la convention (conformément au paragraphe 1 de l'article premier de celle-ci), de telles réglementations correspondent, de fait, à des modifications de la convention elle-même, quoique la commission ne soit pas habilitée à supprimer l'article VIII ou à en remettre en cause les effets. Les réglementations sont adoptées à la majorité des trois quarts (art. III, par. 2) et lient les Etats parties à la convention, à moins que, faisant usage de la procédure prévue au paragraphe 3 de l'article V, ils n'y aient formulé et maintenu une objection. C'est avant tout l'exercice par la commission de cette faculté d'adopter des réglementations qui a fait de la convention un «instrument en constante évolution» (arrêt, par. 45). Le second type de résolution regroupe les résolutions adoptées en vertu de l'article VI, en vertu desquelles la commission peut «formuler ..., à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la ... convention», ces recommandations étant adoptées à la majorité simple. S'il n'existe aucune divergence quant à l'effet juridique des réglementations, la question se pose de savoir si les recommandations de la commission peuvent être utilisées aux fins de l'interprétation de la convention.

6. Lorsqu'un traité institue un organe tel que la commission baleinière internationale, au sein duquel sont représentés tous les Etats membres, les résolutions adoptées par cet organe font partie de la pratique suivie par les parties postérieurement à leur adhésion au traité et peuvent, en tant que telles, en éclairer l'interprétation, conformément au principe énoncé à l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Toutefois, la pratique ultérieure n'est utile que dans la mesure où elle établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. L'Australie a mis en avant quarante résolutions de la commission. Or, si dix d'entre elles ont été adoptées par consensus (la dernière en date l'ayant été en 1994), et doivent dès lors être réputées établir l'accord des parties à la convention, les trente résolutions restantes ont toutes été adoptées à la majorité et, bien souvent, à une très courte majorité. Ainsi, la résolution 2003-3 sur la chasse au petit rorqual de l'hémisphère sud et la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial a été adoptée par 24 voix contre 20, et 1 abstention. La résolution 2005-1, critique à l'égard de JARPA II, l'a été par 30 voix contre 27, et 1 abstention. Même lorsqu'elles ont été adoptées à une plus large majorité, on constate bien souvent de profondes dissensions. Ainsi, la résolution par laquelle la commission a endossé l'initiative de Berlin de 2003 (résolution 2003-1), et

para. 27), was adopted by only 25 votes to 20. In almost every one of these cases Japan was one of the dissenters. Far from establishing the agreement of the parties to the Convention, these resolutions demonstrate the absence of any agreement and cannot, therefore, be relied on to sustain an interpretation of the Convention which can bind Japan.

7. Moreover, any assessment of the potential relevance of recommendations as an aid to the interpretation of the Convention must take into account the relationship between recommendations, which (as their name suggests) are not mandatory, and regulations, which are legally binding. As explained in paragraph 5, above, the exercise of that power is subject to important safeguards in that it requires a three-fourths majority of those States voting and is subject to the objection procedure, which enables a State to opt out in whole or in part from the application of the new provision. It would be entirely at odds with that carefully constructed power to treat recommendations, adopted by simple majority and without any procedure for objection, as capable of producing effects similar to those of regulations. Since the power to amend the Schedule gives the Commission scope for adapting the Convention to changing circumstances, the need to interpret and apply the treaty as a "living instrument" has already been accommodated. There is thus less of a case for treating recommendations as having significant effects on the basis of an evolutionary interpretation of the provisions of the Convention. Moreover, it is evident that the Commission has frequently been divided over major issues and that changes which some member States would like to bring about have not commanded the degree of support necessary for the adoption of an amendment to the Schedule. To permit such changes to be introduced through the back door by means of recommendations would destroy the balance of the Convention.

8. Finally, whatever criticisms Japan may have of the commercial moratorium, the fact remains that it withdrew its objection to that moratorium and has been legally bound by it for more than 25 years. It is not now open to Japan to come to the Court and seek to defend a broad interpretation of the principal exception to that moratorium by casting doubt upon the manner in which the moratorium was adopted. Whether there was a sound scientific basis for the adoption of the moratorium in 1986 and whether Japan was pressured into withdrawing its objection to the moratorium cannot influence the decision of the Court on whether the killing of whales as part of JARPA II is, or is not, "for purposes of scientific research" within Article VIII of the Convention. In my opinion, the Court was quite right to hold that this question has to be answered by examination of the terms of Article VIII without any predisposition towards a restrictive or an expansive interpretation of that provision (Judgment, para. 55).

dont a fait grand cas le conseil de l'Australie (voir, par exemple, le CR 2013/8, p. 21, par. 27), n'a été adoptée que par 25 voix contre 20. Par ailleurs, le Japon se trouvait presque systématiquement dans le camp de l'opposition. Loin d'établir l'accord des parties à la convention, les résolutions en établissent plutôt l'absence et ne peuvent dès lors être invoquées à l'appui d'une interprétation de la convention qui lierait le Japon.

7. En outre, toute évaluation de la pertinence que pourraient revêtir les recommandations aux fins d'interpréter la convention doit tenir compte du rapport entre ce type de recommandations, qui (comme leur nom l'indique) ne sont pas obligatoires, et les réglementations, qui, elles, le sont. Ainsi qu'il est expliqué au paragraphe 5 ci-dessus, l'exercice du pouvoir d'adopter de telles réglementations est soumis à d'importantes restrictions, en ce qu'il requiert une majorité des trois quarts des Etats votants et qu'il peut être fait usage d'une procédure d'objection, qui permet à un Etat d'échapper en tout ou en partie à l'application de la réglementation adoptée. Ce serait ne faire aucun cas de ces importantes précautions que de traiter les recommandations, adoptées à la majorité simple et non assorties d'une procédure d'objection, comme capables de produire des effets analogues à ceux des réglementations. De ce que la commission a la faculté, en modifiant le règlement, de faire évoluer la convention au gré des circonstances, l'on peut en outre déduire que la nécessité d'interpréter et d'appliquer le traité en tant qu'«instrument vivant» a déjà été prise en compte. Aussi y a-t-il moins lieu de prêter aux recommandations des effets importants sur la base d'une interprétation évolutive des dispositions de la convention. Au surplus, il est évident que la commission a fréquemment été divisée sur certaines grandes questions, et que les changements que certains Etats membres ont souhaité introduire n'ont pas obtenu le degré de soutien nécessaire à l'adoption de modifications du règlement. Ménager la possibilité de réintroduire, sous la forme de recommandations, des modifications qui n'ont pu être adoptées par la voie formellement prévue à cet effet reviendrait à détruire l'équilibre sur lequel repose la convention.

8. Enfin, quelque critique qu'il puisse être envers le moratoire sur la chasse commerciale, le fait est que le Japon a retiré son objection à son égard et que cette mesure lui est opposable depuis plus de vingt-cinq ans. Il ne lui est pas loisible de chercher à défendre aujourd'hui devant la Cour une interprétation large de la principale dérogation à ce moratoire en jetant le doute sur les modalités de son adoption. Que celui-ci ait ou non été fondé sur de solides bases scientifiques en 1986, ou que le Japon ait pu retirer son objection sous la pression, ne saurait influencer sur la décision de la Cour, qui est appelée à déterminer si les baleines tuées dans le cadre de JARPA II l'ont été «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention. Selon moi, la Cour a eu tout à fait raison de considérer qu'il lui fallait répondre à cette question à la lumière des termes de l'article VIII, sans pencher *a priori* en faveur d'une interprétation restrictive, ou au contraire d'une interprétation large, de cette disposition (arrêt, par. 55).



THE STRUCTURE OF THE CONVENTION  
AND THE OBLIGATIONS OF JAPAN

9. While the interpretation of Article VIII is at the heart of the present case, it is not that provision which imposes the obligations Japan is accused of having violated. Both the text of Article VIII and the structure of the Convention make that clear. Article VIII provides that:

“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.

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.

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.

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 the whale fisheries, the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data.” (ICRW, paras. 1-4.)

10. That provision imposes a number of obligations. Some are purely ancillary in character, in that they come into existence only as a consequence of a State's decision to issue a special permit. Thus, the penultimate sentence of Article VIII, paragraph 1, requires that any State issuing a special permit must report that fact to the Commission. Article VIII, paragraph 2, lays down an important obligation to ensure that, so far as practicable, whales taken under special permit shall be processed (presumably so that their meat is not wasted). On the other hand, Article VIII, paragraph 3, imposes an obligation upon all Contracting Governments to

STRUCTURE DE LA CONVENTION  
ET OBLIGATIONS DU JAPON

9. L'article VIII, si son interprétation est au cœur de la présente affaire, n'est pas la disposition imposant les obligations que le Japon est accusé d'avoir violées — tel est ce qui ressort tant du libellé de cet article que de l'économie générale de la convention. L'article en question se lit comme suit :

«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.

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.

Dans toute 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.

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'occasion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres, les gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements.» (Convention, par. 1-4.)

10. Cette disposition impose un certain nombre d'obligations. Certaines sont purement subsidiaires, en tant qu'elles n'entrent en jeu qu'en conséquence de la décision d'un Etat de délivrer un permis spécial. Ainsi, l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 de l'article VIII fait obligation à tout Etat délivrant un permis spécial de le faire savoir à la commission. Le paragraphe 2 énonce l'importante obligation de veiller à ce que, dans la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de permis spéciaux soient traitées (sans doute pour éviter d'en gaspiller la chair). Le paragraphe 3, en revanche, impose à tous les Etats contractants l'obligation de

communicate to a body designated by the Commission (which has designated the Scientific Committee for these purposes) scientific information regarding whales and whaling available to that Government irrespective of whether that information has been obtained pursuant to Article VIII, paragraph 1. Similarly, Article VIII, paragraph 4, imposes a general obligation to take practicable measures to collect data.

11. Important as these obligations are, none is in issue in the present case. Australia has not suggested that Japan has failed to comply with any of the obligations described in the preceding paragraph. These proceedings are about the provision in the first sentence of Article VIII, paragraph 1. That provision does not expressly impose an obligation; rather, it grants to a Contracting Government a power to authorize the killing, taking and treating of whales for the purposes of scientific research and provides that if any whale is killed, taken or treated in accordance with that provision, that action will “be exempt from the operation of this Convention”. In other words, the first sentence of Article VIII, paragraph 1, is a shield, not a sword. So long as any killing, taking or treatment of whales is in accordance with the requirements of Article VIII, there will be no breach of any other provision of the Convention (including any provision of the Schedule). On the other hand, if a Contracting Government purports to exercise the power granted by Article VIII, paragraph 1, but in fact exceeds the scope of that power, then that exemption will not apply and the lawfulness of any killing, taking or treating of whales will have to be measured against the other provisions of the Convention. Of course, there is an implicit obligation upon a State which exercises the power to grant special permits to act in good faith but for the reasons given below (see para. 29), I do not accept that Japan has violated that obligation.

12. Australia’s principal case is rather that, because JARPA II does not meet the requirements of Article VIII, paragraph 1, the killing, taking and treating of whales under JARPA II contravenes other provisions of the Convention, specifically paragraphs 7 (*b*), 10 (*d*) and 10 (*e*) of the Schedule. Those paragraphs were added to the Schedule over the years by the International Whaling Commission in the exercise of its powers under Article V of the Convention. It is those three paragraphs (together with paragraph 30, the claim in respect of which has a somewhat different character) which constitute Australia’s cause of action in the present proceedings. It is, therefore, necessary to examine each of those paragraphs in turn.

13. Paragraph 7 (*b*) of the Schedule prohibits commercial whaling in the area designated as “the Southern Ocean Sanctuary” (see Judgment, para. 233). The prohibition applies to all species of whale but Japan is not bound by it with regard to minke whales, since Japan exercised its right to lodge an objection to this amendment of the Schedule in so far as it applied to minke whales. That objection has not been withdrawn. Since Japan has not, in fact, taken any humpback whales during JARPA II, the

communiquer à un organe désigné par la commission (qui a choisi à cet effet le comité scientifique) les renseignements de nature scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, qu'ils aient ou non été obtenus en application du paragraphe 1 de l'article VIII. De même, le paragraphe 4 impose une obligation générale de prendre les mesures possibles pour recueillir des renseignements.

11. Pour importantes que soient ces obligations, aucune d'elles n'est en cause en la présente affaire. L'Australie n'a pas prétendu que le Japon aurait manqué de se conformer à l'une quelconque des obligations susmentionnées. La présente instance concerne la clause énoncée dans la première phrase du paragraphe 1 de l'article VIII. Celle-ci n'impose pas expressément d'obligation, mais accorde à un gouvernement contractant le pouvoir d'autoriser la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vue de recherches scientifiques, en précisant que les baleines tuées, capturées ou traitées conformément à ses prévisions pourront l'être « sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la ... convention ». En d'autres termes, la première phrase du paragraphe 1 de l'article VIII est un bouclier, et non pas une épée. Tant que les baleines sont tuées, capturées ou traitées conformément aux prescriptions de l'article VIII, il ne saurait être question de violation d'une quelconque autre disposition de la convention (ou du règlement). En revanche, si un gouvernement contractant qui prétend exercer le pouvoir que lui accorde le paragraphe 1 de l'article VIII en fait en réalité un usage abusif, la dérogation ne s'appliquera pas et il conviendra d'apprécier si les baleines mises à mort, capturées ou traitées l'ont été de manière licite à la lumière des autres dispositions de la convention. Il est certes implicitement fait obligation à l'Etat qui exerce son pouvoir de délivrer des permis spéciaux de se comporter de bonne foi, mais, pour les raisons que j'exposerai plus bas (voir par. 29), je ne considère pas que le Japon ait violé cette obligation.

12. Le principal argument de l'Australie consiste plutôt à affirmer que, parce que JARPA II ne satisfait pas aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII, les baleines tuées, capturées ou traitées sous le couvert de ce programme le sont en violation d'autres dispositions de la convention et, plus particulièrement, des paragraphes 7 *b*), 10 *d*) et 10 *e*) du règlement, que la commission baleinière internationale a ajoutés à ce dernier au fil des ans en application des pouvoirs que lui confère l'article V de la convention. Ce sont ces trois paragraphes (conjugués au paragraphe 30, qui fait l'objet d'une demande de nature quelque peu différente) qui sont à l'origine de la demande de l'Australie en la présente instance. Aussi est-il nécessaire de les examiner à tour de rôle.

13. Le paragraphe 7 *b*) du règlement interdit la chasse commerciale dans la zone dénommée « sanctuaire de l'océan Austral » (voir arrêt, par. 233). Cette interdiction vaut pour toutes les espèces de baleines, mais ne lie pas le défendeur en ce qui concerne les petits rorquals, le Japon ayant, dans le cas de ces derniers, exercé son droit d'objecter à cette modification du règlement et n'ayant jamais retiré son objection. Le Japon n'ayant de fait prélevé aucune baleine à bosse dans le cadre de JARPA II,

only question which arises under paragraph 7 (*b*) is whether the killing, taking and treating of fin whales under JARPA II is contrary to Japan's obligations under this paragraph.

14. Paragraph 10 (*d*) of the Schedule prohibits "the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships" (see Judgment, para. 232). Since minke whales are expressly excluded from the application of this provision and it applies only to actual taking, killing or treating, the only question is whether the taking, killing or treating of fin whales under JARPA II is contrary to Japan's obligations under paragraph 10 (*d*).

15. Paragraph 10 (*e*) of the Schedule is more far-reaching. This provision creates what is known as "the moratorium on commercial whaling" (see Judgment, para. 231). The relevant part of the paragraph provides that "catch limits . . . for commercial purposes of whales from all stocks for the 1986 coastal and the 1985-1986 pelagic seasons and thereafter shall be zero". The obligation which this provision imposes applies to all three species of whales that are the subject of JARPA II. It is thus the only provision of the Schedule which is applicable to the killing of minke whales, the species which constitutes the overwhelming majority of whales killed in the course of JARPA II. In addition, it is not confined to the actual killing, taking and treating of whales but applies to the setting of a catch limit above zero. It is therefore capable of applying to Japan's act of setting a catch limit of 50 for humpback whales under the permits granted in each year of JARPA II, notwithstanding that no humpback whales have in fact been taken.

16. All three of these paragraphs impose obligations upon Japan. If JARPA II complies with the requirements of Article VIII, paragraph 1, then the killing, taking and treating of whales (and, by implication, the setting of a catch limit above zero) under JARPA II is exempt from the provisions of these three paragraphs and Japan cannot be in breach of the obligations which they impose. On the other hand, if JARPA II does not meet those requirements, then Article VIII, paragraph 1, provides Japan with no exemption and it becomes necessary to consider whether Japan has violated its obligations under any or all of the three paragraphs.

17. There is no room for doubt regarding paragraph 10 (*d*). That prohibits any taking, killing or treating of fin whales by factory ships or vessels attached to factory ships. The principal vessel employed in JARPA II, the *Nisshin Maru*, is plainly a factory ship. Accordingly, the taking of fin whales by the *Nisshin Maru*, or the vessels attached to her, will entail a violation of Japan's obligations under this paragraph unless Japan is exempted from that obligation by the operation of Article VIII, paragraph 1.

la seule question qui se pose au regard de l'alinéa *b*) du paragraphe 7 est celle de savoir si les rorquals communs tués, capturés et traités dans le cadre de ce programme l'ont été en violation des obligations que lui impose ce paragraphe.

14. Le paragraphe 10 *d*) du règlement interdit «la capture, ... l'abattage et [le] traitement des baleines, à l'exception des petits rorquals, pratiqués par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à des usines flottantes» (voir arrêt, par. 232). Les petits rorquals étant expressément exclus du champ d'application de cette disposition, qui ne concerne en outre que la capture, l'abattage et le traitement, la seule question qui se pose est celle de savoir si les rorquals communs capturés, tués ou traités dans le cadre de JARPA II l'ont été en violation des obligations que le paragraphe 10 *d*) impose au Japon.

15. Le paragraphe 10 *e*) est de portée plus vaste. Il établit ce qu'on appelle le «moratoire sur la chasse commerciale» (voir arrêt, par. 231), la disposition pertinente prévoyant que «le nombre maximal de captures de baleines à des fins commerciales dans toutes les populations pendant la saison côtière 1986 et les saisons pélagiques 1985-1986 et suivantes est fixé à zéro». L'obligation créée par cette disposition s'applique aux trois espèces de baleines visées par JARPA II. Il s'agit ainsi de la seule disposition du règlement applicable à la mise à mort de petits rorquals, qui représentent la majorité écrasante des baleines tuées dans le cadre de JARPA II. En outre, elle ne se limite pas à la mise à mort, à la capture et au traitement effectifs des baleines, mais s'applique à la fixation d'une limite de capture non nulle. Elle peut donc s'appliquer à la décision du Japon de fixer à 50 le nombre maximal de baleines à bosse capturées au titre des permis qu'elle délivre chaque année dans le cadre de JARPA II, même si aucun spécimen de cette espèce n'a effectivement été prélevé.

16. Ces trois paragraphes imposent tous des obligations au Japon. Si JARPA II est conforme aux exigences du paragraphe 1 de l'article VIII, la mise à mort, la capture et le traitement de baleines (et, par voie de conséquence, les limites de capture supérieures à zéro) prévus au titre de JARPA II échapperont à l'application des dispositions de ces trois paragraphes, et le Japon ne pourra dès lors manquer aux obligations qu'imposent ces derniers. Si, en revanche, JARPA II ne satisfait pas à ces prescriptions, le Japon ne pourra se prévaloir de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, et la question se posera de savoir s'il a violé les obligations qu'il tire de l'un ou de l'ensemble de ces trois paragraphes.

17. En ce qui concerne le paragraphe 10 *d*), le doute n'est pas permis. Cette disposition interdit la capture, l'abattage et le traitement des rorquals communs pratiqués par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à de telles usines. Or, le principal navire utilisé dans le cadre de JARPA II, le *Nisshin Maru*, est incontestablement une usine flottante. En conséquence, les rorquals communs capturés par le *Nisshin Maru*, ou les navires qui lui sont rattachés, le sont en violation des obligations que ce paragraphe impose au Japon, à moins que celui-ci n'en soit exonéré par l'effet du paragraphe 1 de l'article VIII.

18. The position as regards paragraphs 7 (*b*) and 10 (*e*) requires closer examination. Japan's obligation under paragraph 7 (*b*) is to refrain from "commercial whaling" of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary. The obligation under paragraph 10 (*e*) is to refrain from setting catch limits above zero for the killing "for commercial purposes" of any of the three species of whale. Australia contends that the Convention recognizes only three types of whaling: subsistence whaling (under paragraph 13 of the Schedule), whaling for scientific purposes (under Article VIII of the Convention) and commercial whaling. Since Japan has never suggested that whaling carried out under JARPA II is subsistence whaling, Australia maintains that if JARPA II whaling does not fall within the provisions of Article VIII, then it must be classified as commercial whaling. Japan did not disagree with this analysis during the proceedings. Indeed, counsel for Japan commented that "[t]he [Commission] recognizes three categories of whaling: commercial, aboriginal subsistence, and special permit whaling" (CR 2013/12, p. 44, para. 14). Japan has not attempted to suggest that even if its whaling under JARPA II fell outside the exemption granted by Article VIII, paragraph 1, it might nevertheless avoid violating the prohibitions in paragraphs 7 (*b*) and 10 (*e*) on the basis that it was not to be regarded as commercial whaling.

19. The position taken by the Parties in the present proceedings is in accordance with what appears to be the understanding of other States parties to the Convention and of the Commission itself. Thus, when the adoption of the commercial moratorium was under consideration in the Commission in the mid-1980s, it seems to have been accepted by all concerned that if the moratorium was adopted, the effect would be to ban all whaling for States bound by the moratorium with the exception only of subsistence whaling and scientific whaling which complied with Article VIII. The intention behind paragraph 10 (*e*) was a comprehensive ban on whaling, subject only to the two exceptions just mentioned. Moreover, since the adoption of the moratorium, there appears to have been no suggestion by any State that the scope of paragraph 10 (*e*) was more limited.

20. An examination of what actually takes place in the course of JARPA II also supports the conclusion that, if whaling under JARPA II does not fall within the provisions of Article VIII and thus benefit from the exemption granted by paragraph 1 of that Article, then it must be regarded as whaling for commercial purposes and, therefore, thus as contrary to paragraph 10 (*e*). The meat from whales taken under JARPA II is sold, so far as practicable and so far as there is a market for it, to customers in Japan. The sale of whale meat is a commercial activity and if whales are taken with a view to their meat being sold, then one of the purposes of that whaling is a commercial purpose. So long as JARPA II

18. La situation en ce qui concerne le paragraphe 7 *b*) et le paragraphe 10 *e*) requiert une analyse plus approfondie. L'alinéa *b*) du paragraphe 7 fait obligation au Japon de ne pas se livrer à la «chasse commerciale» de rorquals communs dans le sanctuaire de l'océan Austral. Le paragraphe 10 *e*) lui fait obligation de limiter à zéro le nombre de spécimens de l'une quelconque des trois espèces visées pouvant être tués «à des fins commerciales». L'Australie soutient que la convention ne reconnaît que trois catégories de chasse à la baleine: la chasse aborigène de subsistance (au titre du paragraphe 13 du règlement), la chasse à des fins scientifiques (au titre de l'article VIII de la convention) et la chasse commerciale. Le Japon n'ayant jamais prétendu que la chasse pratiquée en vertu de JARPA II relevait de la chasse aborigène de subsistance, l'Australie estime que, dès lors que la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII, force est de la considérer comme commerciale. Le Japon n'a pas contesté cette analyse à l'audience, son conseil confirmant même que «[l]a [commission] reconna[issait] trois catégories de chasse à la baleine: la chasse à des fins commerciales, la chasse aborigène de subsistance et la chasse au titre d'un permis spécial» (CR 2013/12, p. 44, par. 14). Le Japon n'a pas cherché à faire valoir que, quand bien même la chasse qu'il pratique dans le cadre de JARPA II échapperait à la dérogation prévue par le paragraphe 1 de l'article VIII, elle pourrait ne pas enfreindre les interdictions prévues aux paragraphes 7 *b*) et 10 *e*) parce qu'elle ne devrait pas être considérée comme relevant de la chasse commerciale.

19. La position adoptée par les Parties en la présente espèce est conforme à ce qui semble avoir été la perception des autres Etats parties à la convention et de la commission elle-même. Ainsi, alors que l'adoption d'un moratoire commercial était à l'examen au sein de la commission au milieu des années 1980, il semble avoir été admis par l'ensemble des parties prenantes que, s'il était adopté, ce moratoire aurait pour effet d'interdire toute chasse aux Etats auxquels il serait opposable, exception faite de la chasse aborigène de subsistance et de la chasse scientifique pratiquée conformément aux dispositions de l'article VIII, et d'elles seulement. L'intention qui sous-tendait le paragraphe 10 *e*) était d'interdire complètement la chasse, sous réserve des deux seules exceptions susmentionnées. En outre, depuis l'adoption du moratoire, il apparaît qu'aucun Etat n'a considéré que la portée du paragraphe 10 *e*) serait plus limitée.

20. L'analyse des modalités d'exécution effectives de JARPA II conforte également la conclusion selon laquelle la chasse à la baleine pratiquée en vertu de ce programme, si elle n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII, et si, partant, la dérogation prévue en son paragraphe 1 ne lui est pas applicable, doit être considérée comme pratiquée à des fins commerciales et donc comme contraire aux dispositions du paragraphe 10 *e*). La chair des baleines capturées dans le cadre de JARPA II est vendue, dans la mesure où elle peut l'être et où elle trouve preneur, sur le marché japonais. La vente de cette chair est une activité commerciale et dès lors que les baleines sont tuées dans cette optique, l'une des finalités



whaling is in conformity with the provisions of Article VIII, paragraph 1, the existence of that commercial purpose raises no legal issue. On the contrary, paragraph 2 of Article VIII expressly permits (and indeed requires) that whales taken under special permits should be processed and the proceeds dealt with in accordance with the directions of the appropriate government. However, paragraph 2 is relevant only if whaling under JARPA II is in conformity with Article VIII, paragraph 1. If that is not the case, then that whaling falls to be assessed by reference to the provisions of paragraph 10 (*e*) (and, to the more limited extent that it is relevant, paragraph 7 (*b*)). At that point, the fact that meat from whales taken is intended for sale is sufficient to make the whaling activity one conducted for commercial purposes and thus a breach of the moratorium.

21. Demand for whale meat in Japan has been falling in recent years and significant quantities of whale meat acquired as a result of JARPA II whaling remain unsold. Yet that fact does not mean that the sale of whale meat ceases to be a commercial activity, or that the taking of whales whose meat is to be sold is not commercial whaling. An activity does not lose its commercial character simply because the commerce is unprofitable any more than, in the field of sovereign immunity, an activity has to be characterized as sovereign rather than commercial because the State engaging in it is making a loss.

22. That the supply of whale meat from JARPA II for Japanese consumers remains an important part of Japan's thinking regarding JARPA II is demonstrated by a statement made by the Director of the Japan Fisheries Agency, Mr. Kazuyoshi Honkawa, in the Japanese Diet in October 2012. That statement was made after the written pleadings in the present proceedings had closed, so it must be assumed that all concerned would have been aware of the significance of what he was saying. The statement is sufficiently important that it deserves to be quoted at some length.

“Before the earthquake, Japan's scientific whaling programme supplied approximately 3,700 or 3,800 tonnes of whale meat. 2,000 tonnes of that was from the Southern Ocean. Most of that was minke whale. Minke whale meat is prized because it is said to have a very good flavour and aroma when eaten as sashimi and the like.

Another 1,700 tonnes came from the North West Pacific Ocean in 2010, 120 tonnes of which was from coastal scientific whaling. So, just over 1,500 tonnes was from whales taken by the ICR [the Institute for Cetacean Research]. Most of this was from sei whales and Bryde's whales.

de cette chasse sera une finalité commerciale. Tant que la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II l'est conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII, l'existence de cette finalité commerciale ne soulève aucune question de droit. Au contraire, le paragraphe 2 de ce même article permet expressément (et même impose) que les baleines capturées en vertu de permis spéciaux soient traitées conformément aux directives du gouvernement en question, lesquelles s'appliquent également à l'utilisation des produits obtenus. Cependant, le paragraphe 2 n'entre en jeu que si les baleines chassées au titre de JARPA II l'ont été conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII. Dans le cas contraire, la chasse ainsi pratiquée devra être appréciée eu égard aux dispositions du paragraphe 10 *e*) (et, dans la moindre mesure où il trouve à s'appliquer, à celles du paragraphe 7 *b*)). Dans de telles circonstances, le fait que la viande des baleines capturées soit destinée à être vendue suffit à ce que cette activité de chasse soit considérée comme menée à des fins commerciales et, partant, comme enfreignant le moratoire.

21. La demande de chair de baleine n'a cessé de reculer au Japon au cours des dernières années, et d'importantes quantités de viande provenant de la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II demeurent invendues. Pour autant, la vente de chair de baleine ne cesse pas d'être une activité commerciale, ni la capture des baleines dont la viande n'est pas écoulée de relever de la chasse commerciale. Une activité ne perd pas son caractère commercial pour la simple raison que le commerce en question n'est pas suffisamment lucratif non plus que, dans le domaine de l'immunité souveraine, une activité doit être qualifiée non pas de commerciale mais de souveraine dès lors que l'Etat qui s'y livre le fait à perte.

22. L'offre au consommateur japonais de viande de baleine continue d'être l'une des motivations essentielles de la position adoptée au Japon en ce qui concerne JARPA II, comme en témoigne la déclaration faite par le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, M. Kazuyoshi Honkawa, devant la Diète japonaise, en octobre 2012. Cette déclaration étant postérieure à la clôture de la procédure écrite en la présente affaire, il est à supposer que tous les intéressés avaient conscience de l'importance de son contenu. Elle est suffisamment pertinente pour mériter d'être citée assez exhaustivement.

«Avant le tremblement de terre, le programme de chasse scientifique du Japon permettait d'obtenir de 3700 à 3800 tonnes de viande de baleine environ, dont 2000 en provenance de l'océan Austral. Pour l'essentiel, il s'agissait de chair de petit rorqual. Cette chair est appréciée pour sa saveur et son arôme, notamment lorsqu'elle est consommée en sashimi et sous d'autres formes similaires.

Par ailleurs, 1700 tonnes provenaient, en 2010, du Pacifique nord-ouest, dont 120 de la chasse côtière pratiquée à des fins scientifiques. Un peu plus de 1500 tonnes de cette chair provenaient donc de baleines prélevées par l'institut de recherche sur les cétacés — pour l'essentiel, des rorquals boréaux et des rorquals tropicaux.

In addition, 470 tonnes was from whales caught by small-type coastal whalers in 2010. These were Baird's beaked whales, which are whales that are very similar to dolphins. Meat from Baird's beaked whales is processed into a dried meat something like jerky. When you went to Ayukawa recently, the whalers from Ayukawa were engaged in taking Baird's beaked whales, and I believe it would be most unlikely that they would be handling minke whales from the Southern Ocean.

Consequently, we have said that the scientific whaling programme in the Southern Ocean was necessary to achieve a stable supply of minke whale meat." (Minutes of the Meeting of the Sub-committee of the House of Representatives Committee on Audit and Oversight of Administration, 23 October 2012; translation provided by Australia.)

This statement and, in particular, the final paragraph, clearly shows that the supply of whale meat from JARPA II to Japanese consumers has not ceased. So long as JARPA II whaling falls within the exemption granted by Article VIII, paragraph 1, of the Convention, this commercial aspect of JARPA II is perfectly lawful. If, however, JARPA II is not in conformity with Article VIII, paragraph 1, then this commercial aspect shows that Japan is in breach of its obligations under paragraphs 7 (*b*) and 10 (*e*) of the Schedule.

23. The critical question before the Court is, therefore, whether JARPA II whaling is in conformity with Article VIII, paragraph 1. If the conclusion is that it is not in conformity with Article VIII, paragraph 1, however, the result is not that Japan has violated its obligations under Article VIII. The question is critical because the answer will determine whether or not Japan has violated its obligations under paragraphs 7 (*b*), 10 (*d*) and 10 (*e*) of the Schedule.

#### WHETHER JARPA II WHALING FALLS WITHIN ARTICLE VIII, PARAGRAPH 1

24. I agree with the reasoning in the Judgment that JARPA II whaling does not meet the requirements of Article VIII, paragraph 1, of the Convention. The principal reason why Japan is unable to rely upon the exemption conferred by Article VIII, paragraph 1, is that the numbers of whales authorized to be killed under JARPA II are not objectively reasonable in the light of the objectives of JARPA II. As explained above, the effect of Article VIII, paragraph 1, is to exempt the killing, taking and treating of whales from the other provisions of the Convention. Accordingly, it cannot be sufficient to establish that a research project like JARPA II has scientific objectives. To take advantage of the exemption contained in Article VIII, paragraph 1, it is necessary that the numbers of

En outre, 470 tonnes provenaient, en 2010, de baleines prélevées par de petits navires baleiniers côtiers — baleines à bec de Baird, très semblables aux dauphins. La viande de baleine à bec de Baird est transformée en une viande séchée qui rappelle le jerky. A Ayukawa, où vous vous êtes rendus récemment, les baleiniers chassaient des spécimens de cette espèce, et il est selon moi tout à fait improbable qu'ils se soient occupés de petits rorquals de l'océan Austral.

Nous avons donc indiqué que le programme de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques mené dans l'océan Austral était nécessaire pour assurer la stabilité de l'offre de chair de petit rorqual.» (Gouvernement japonais, procès-verbal de la réunion de la sous-commission de la commission d'audit et de contrôle de l'administration de la chambre des représentants, 23 octobre 2012; traduction française effectuée à partir d'une traduction anglaise fournie par l'Australie.)

Cette déclaration, et en particulier son dernier paragraphe, montre clairement que l'offre de chair de baleine obtenue dans le cadre de JARPA II et destinée au consommateur japonais n'a pas cessé. Tant que la chasse pratiquée au titre de ce programme relève de la dérogation prévue par le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, cet aspect commercial de JARPA II est parfaitement licite. Toutefois, si JARPA II n'est pas conforme aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII, il s'ensuit que le Japon manque de la sorte aux obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b*) et 10 *e*) du règlement.

23. La question essentielle qui se pose à la Cour est donc de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II satisfait aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII. Dans la négative, le Japon n'aura pas pour autant violé les obligations qu'il tient de cet article. La question n'en est pas moins essentielle pour autant, car la réponse qui y sera apportée déterminera si le Japon a violé les obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b*), 10 *d*) et 10 *e*) du règlement.

#### LA CHASSE À LA BALEINE PRATIQUÉE DANS LE CADRE DE JARPA II RELÈVE-T-ELLE DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII

24. Je souscris au raisonnement développé dans l'arrêt, selon lequel la chasse à la baleine pratiquée dans le cadre de JARPA II ne remplit pas les conditions requises pour que le Japon puisse se prévaloir de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, et ce, essentiellement parce que le nombre de baleines dont la mise à mort est autorisée dans le cadre de ce programme n'est pas objectivement raisonnable au regard des objectifs fixés pour celui-ci. Ainsi qu'expliqué plus haut, l'effet du paragraphe 1 de l'article VIII est de soustraire à l'application des dispositions de la convention la mise à mort, la capture et le traitement des baleines, et il ne saurait donc suffire, afin que le Japon puisse bénéficier de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, d'établir qu'un projet de recherche tel

whales to be killed are sufficiently related to the achievement of those objectives. That is where, in my opinion, Japan's case breaks down.

25. To see why, it is important to consider the relationship between JARPA II and the earlier JARPA programme. JARPA II shares certain objectives with JARPA and Japan has insisted upon the need for continuity between the two programmes. Thus, Japan has sought to explain its decision to embark upon the feasibility study for JARPA II before it received the results of the Scientific Committee's review of JARPA by maintaining that the need for continuity in the provision of data justified such a step. In addition, in designing JARPA II, Japan relied heavily upon work done in the course of JARPA. An important example is that, when it was asked by a Member of the Court what assessment it had made of the potential for using non-lethal methods in JARPA II, Japan referred only to a study carried out some years earlier in the course of JARPA; there was no suggestion that a fresh assessment had been carried out in respect of JARPA II. Yet JARPA II involved a dramatic increase in the number of whales to be killed. Under JARPA only minke whales were to be killed and the sample size for that species was initially set at 300, with numbers rising to 400 in the latter years of the programme. By contrast, the sample size for minke whales under JARPA II was set at more than double that for JARPA (850 whales with the possibility of going to a maximum of 935 a year). JARPA II also envisaged an annual take of 50 fin whales and 50 humpback whales. While Japan acceded to a request from the then Chair of the Commission not to kill any humpback whales and has not taken any during the lifetime of JARPA II, the permits issued each year under JARPA II continue to provide for the taking of up to 50 humpback whales. Japan maintains that this substantial increase in killing is justified by the more extensive research goals of JARPA II.

26. The objectives of JARPA II are set out at paragraphs 113-118 of the Judgment. A key difference from JARPA lies in the second objective, which is described as "modelling competition among whale species and future management objectives" (see Judgment, par. 115). That clearly requires research into more than one species of whale and was the principal reason for adding a sample size for fin whales and humpback whales. Yet, from the outset Japan has taken no humpback whales and the number of fin whales taken has been very small, falling far short of the sample size provided in JARPA II. It is noticeable that the independent expert called by Japan, Professor Walløe, stated, in answer to a question from a Member of the Court, that the fin whale sample size was unjustifiable and would not have yielded any useful data. Japan did not attempt to refute his answer. Japan is certainly not to be criticized for not having killed more fin whales and it deserves more credit than it has perhaps received for its decision to accede to the request from the Chair of the Commission

que JARPA II poursuit des objectifs scientifiques — pour ce faire, il doit exister un lien suffisant entre le nombre de baleines devant être tuées et la réalisation de tels objectifs. Or c'est sur ce point qu'achoppe, selon moi, l'argumentation du Japon.

25. Pour le comprendre, il importe d'analyser la relation entre JARPA II et son prédécesseur, le programme JARPA. Certains objectifs leur sont communs, et le Japon a insisté sur le besoin d'assurer une continuité de l'un à l'autre. Il a ainsi tenté de justifier par la nécessité de ne pas interrompre la collecte de données sa décision d'entreprendre l'étude de faisabilité de JARPA II avant d'avoir reçu les résultats de l'examen de JARPA mené par le comité scientifique. En outre, lorsqu'il a conçu JARPA II, le Japon s'est beaucoup appuyé sur les travaux réalisés dans le cadre de JARPA. A titre d'exemple, rappelons que, lorsqu'un membre de la Cour s'est enquis de savoir comment il avait évalué les possibilités de recourir à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II, le Japon n'a fait référence qu'à une étude menée quelques années plus tôt dans le cadre de JARPA, et rien ne permet de penser qu'il aurait procédé à une nouvelle évaluation dans le cadre de JARPA II. Or ce dernier prévoyait une augmentation considérable des volumes de prises. Dans le cadre de JARPA, les petits rorquals étaient la seule espèce ciblée, à raison, au départ, de 300, puis de 400 individus par an. Dans le cadre de JARPA II, l'objectif de capture, pour cette même espèce, avait plus que doublé (il se chiffrait à 850 spécimens, et pouvait même être porté à un maximum de 935 par an), et il était en outre prévu de prélever chaque année 50 rorquals communs et 50 baleines à bosse. Accédant à la demande en ce sens de l'ancien président de la commission, le Japon n'a certes prélevé aucun spécimen de cette dernière espèce tout le temps qu'a duré JARPA II, mais les permis délivrés chaque année au titre de ce programme n'en continuent pas moins de fixer à 50 le nombre maximal de baleines à bosse pouvant être capturées. Le Japon soutient que cette nette augmentation des objectifs de capture se justifie au regard des objectifs de recherche plus généraux de JARPA II.

26. Les objectifs de JARPA II sont reproduits aux paragraphes 113 à 118 de l'arrêt. C'est essentiellement le deuxième d'entre eux, «la «modélisation de la concurrence entre les espèces de baleines et l'élaboration de nouveaux objectifs de gestion» (arrêt, par. 115), qui distingue JARPA II de son prédécesseur. La réalisation de cet objectif requiert clairement la conduite de recherches sur plusieurs espèces de baleines, et a été la principale raison avancée pour justifier l'extension des prélèvements létaux aux rorquals communs et aux baleines à bosse. Pourtant, depuis le début, le Japon n'a capturé aucune baleine à bosse et s'est contenté d'un nombre de prises de rorquals communs très réduit, bien inférieur aux objectifs de capture prévus dans le cadre de JARPA II. Relevons que l'expert indépendant cité par le Japon, le professeur Walløe, a déclaré, en réponse à une question d'un membre de la Cour, que la taille de l'échantillon de petits rorquals communs ne se justifiait pas et n'aurait pas permis de recueillir des données utiles. Le Japon n'a pas tenté de le démentir. L'on ne doit certes pas lui

not to go ahead with its plan to take humpback whales. Nevertheless, there is no sign that Japan has made any adaptation to JARPA II as a result of these changed circumstances. It still maintains the sample size of 850 minke whales a year (though it has actually taken significantly fewer). Yet that figure was initially justified on the basis that it was necessary for modelling competition. It is not possible to model competition by the study of only one species. Japan maintains that it is obtaining data in respect of other species by the use of non-lethal methods but that merely begs the question why, if such methods supply the relevant information in respect of fin and humpback whales, can such methods not be employed more extensively in respect of minke whales.

27. If one sets aside the objective of modelling competition between whale species, the dramatic increase in the number of minke whales to be taken under JARPA II from those taken under JARPA becomes extremely difficult to justify. The other research objectives of JARPA II are sufficiently close to those of JARPA that it is difficult to see how they could justify more than doubling the sample size of minke whales. Moreover, there is no evidence that Japan has engaged in any serious attempt to assess what sample size is required in light of the changed circumstances resulting from the actual implementation of JARPA II.

28. That is just one aspect of the weakness of Japan's case but it is one which I found particularly significant. For that and for the other reasons given in the Judgment, I consider that JARPA II whaling cannot be brought within the provisions of Article VIII, paragraph 1. Consequently, in my view, that whaling entails a breach by Japan of its obligations under paragraphs 7 (*b*) and 10 (*d*), in respect of fin whales, and paragraph 10 (*e*) in respect of all three species.

29. I do not consider, however, that Japan has been shown to have acted in bad faith. In advancing its case for a finding of bad faith, Australia quoted a number of statements by serving or retired Japanese officials which, it maintained, demonstrated that Japan's true purpose in launching its programmes of scientific whaling in the Antarctic (JARPA and then JARPA II) was a desire to keep its whaling industry alive. Australia particularly highlighted three such statements (CR 2013/7, pp. 27-28). The first was a statement to the Diet by the then Director-General of the Japan Fisheries Agency in 1984 (20 years before the start of JARPA II and at a time when Japan still maintained an objection to the commercial moratorium) that

“after the moratorium commences, the path to ensure the continuation of whaling would be, for Southern Ocean whaling, to position it

tenir rigueur de ne pas avoir tué un plus grand nombre de rorquals communs, et peut-être doit-on lui accorder davantage de crédit qu'on ne lui en a reconnu pour sa décision de faire droit à la demande du président de la commission de ne pas mettre à exécution son projet de prélever des baleines à bosse. Mais rien n'indique que le Japon ait tenté d'adapter les tailles des échantillons fixées dans le cadre de JARPA II en fonction de cette évolution. Il maintient à 850 spécimens par an pour les petits rorquals (bien que ses prises effectives aient été considérablement moindres) un objectif de capture qu'il avait initialement présenté comme nécessaire à la modélisation de la concurrence. Or, il n'est pas possible de modéliser la concurrence en étudiant une seule espèce. Le Japon affirme obtenir des données relatives aux autres espèces au moyen de méthodes non létales, mais pourquoi, si de telles méthodes permettent de recueillir les données nécessaires en ce qui concerne les rorquals communs et les baleines à bosse, ne pourraient-elles pas être employées plus largement dans le cas des petits rorquals?

27. Si l'objectif de modélisation de la concurrence entre espèces de baleines n'entre plus en jeu, l'augmentation considérable des objectifs de capture pour les petits rorquals entre JARPA et JARPA II devient très difficile à justifier. Les autres objectifs de recherche de JARPA II ressemblent tant à ceux de JARPA qu'il est difficile de voir comment ils pourraient justifier la fixation d'une taille d'échantillon représentant plus du double de celle fixée dans le cadre de la première phase du programme. En outre, rien n'indique que le Japon aurait réellement entrepris de réévaluer la taille de l'échantillon requise à la lumière des réalités nouvelles ressortant de la mise en œuvre effective de JARPA II.

28. Ce n'est là que l'une des faiblesses de l'argumentation du Japon, mais je l'ai trouvée particulièrement lourde de conséquences. Pour ce motif, comme pour les autres que la Cour a développés dans l'arrêt, je considère que la chasse à la baleine pratiquée dans le cadre de JARPA II ne peut entrer dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, et qu'elle emporte donc violation par le Japon des obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b*) et 10 *d*) en ce qui concerne les rorquals communs, et 10 *e*) en ce qui concerne les trois espèces.

29. Toutefois, je ne pense pas qu'il ait été démontré que le Japon aurait agi de mauvaise foi. A l'appui de son argumentation en ce sens, l'Australie a cité un certain nombre de déclarations de représentants de l'Etat japonais en fonction ou à la retraite prouvant selon elle que le véritable objectif du Japon, lorsqu'il a lancé ses programmes de recherche scientifique dans l'Antarctique (JARPA, puis JARPA II), était le maintien de l'industrie baleinière. Il a plus particulièrement insisté sur trois d'entre elles (CR 2013/7, p. 27-28). La première, faite en 1984 (soit vingt ans avant le lancement de JARPA II, alors que le Japon maintenait encore son objection au moratoire sur la chasse commerciale) devant la Diète par celui qui occupait alors la fonction de directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, se lit comme suit :

«une fois le moratoire instauré, la voie permettant de garantir la poursuite de la chasse à la balaine serait, dans l'océan Austral, de la



as a research whaling activity which has a scientific nature . . . the continuation of whaling ought to be planned for . . .”.

The second was an extract from a memoir by a retired Director-General about how “scientific whaling was viewed as the only method available to carry on with the traditions of whaling”, a statement which is even less persuasive as evidence of bad faith if, as Australia now accepts, the correct translation should have been “pass on the traditions of whaling”. The third was a 2013 statement by a minister that “I don’t think there will be any kind of an end for whaling by Japan”. These statements, like the others cited in the Memorial (and the statement quoted at paragraph 22, above) suggest that science was not the only consideration for Japan, but that is not enough in itself to take JARPA II outside the scope of Article VIII, paragraph 1. It certainly does not suffice to make out a case of bad faith.

#### JAPAN’S PROCEDURAL OBLIGATIONS

30. I have voted in favour of the finding, in operative paragraph 6 of the Judgment, that Japan has not breached its obligations under paragraph 30 of the Schedule, because I consider that Australia has not made out its case that Japan failed to give the Scientific Committee the information regarding JARPA II permits required by that paragraph. Paragraph 30 requires the submission of certain information regarding proposed special permits to the Scientific Committee in sufficient time for the Committee to consider those permits and report to the Commission. Paragraph 30 gives the Committee a power of review, it does not confer upon it a power of approval (a point made clear by the late Sir Derek Bowett in his advice to the Commission regarding the proposal to insert what became paragraph 30 in the Schedule). While the JARPA II permits themselves are uninformative, the information required was nonetheless contained in the JARPA II research plan, which was shown to the Committee in good time.

31. Nevertheless, I must express my disquiet about one aspect of Japan’s behaviour in this respect. Paragraph 30 of the Schedule has to be understood in the context of the broader duty of co-operation to which all Contracting Governments are subject. Japan did not contest the existence of that obligation. In my opinion, that duty means that a State is not free to adopt a formalistic approach to paragraph 30. On the contrary, the information which it gives must be such as to enable a meaningful review and the State must take account of the outcome of that review, even though it is not obliged to implement any recommendations that the Committee might make or to agree with the Committee’s assessment of

présenter comme une activité axée sur la recherche scientifique ... [et] il conviendrait de planifier la poursuite de la chasse... ».

La deuxième est extraite d'une étude publiée par un directeur général à la retraite: « La conduite d'opérations de chasse à la baleine à des fins scientifiques était considérée comme le seul moyen de perpétuer [les] traditions de chasse. » Il est encore plus difficile d'y voir une preuve de mauvaise foi si, comme l'admet à présent l'Australie, la traduction est inexacte et qu'il s'agissait en réalité de « transmettre » ces traditions aux générations futures. La troisième, enfin, émane d'un ministre qui, en 2013, s'est exprimé en ces termes: « Je ne pense pas que le Japon mettra un jour un terme à ses activités de chasse à la baleine. » Ces déclarations, ainsi que d'autres citées dans le mémoire (et que celles citées au paragraphe 22 ci-dessus), portent certes à conclure que la science n'était pas la seule préoccupation du Japon, mais pareil constat ne suffit pas à soustraire JARPA II à l'application du paragraphe 1 de l'article VIII. Et il est certain qu'il ne suffit pas à prouver la mauvaise foi.

#### OBLIGATIONS PROCÉDURALES DU JAPON

30. J'ai voté en faveur de la conclusion énoncée au point 6 du dispositif de l'arrêt, selon laquelle le Japon n'a pas manqué aux obligations qu'il tient du paragraphe 30 du Règlement, car j'estime que l'Australie n'a pas établi que le Japon n'avait pas fourni au comité scientifique les informations requises par cette disposition en ce qui concerne les permis délivrés dans le cadre de JARPA II. Le paragraphe 30 prévoit l'obligation de soumettre au comité scientifique certaines informations quant aux propositions de permis spéciaux suffisamment à l'avance pour permettre à celui-ci d'en examiner le contenu et de faire un rapport à la commission. Le paragraphe 30 confère au comité un pouvoir de contrôle, et non pas un pouvoir d'approbation (point clarifié par feu sir Derek Bowett dans son avis rédigé à l'intention de la commission sur la proposition tendant à l'insertion de ce qui devait devenir le paragraphe 30 du règlement). Si les permis délivrés eux-mêmes dans le cadre de JARPA II n'apportent guère d'éléments, les informations requises figuraient néanmoins dans le plan de recherche de JARPA II, qui a été présenté en temps voulu.

31. Je dois néanmoins exprimer une certaine préoccupation quant à l'un des aspects du comportement du Japon à cet égard. Le paragraphe 30 du règlement doit être compris dans le contexte du devoir de coopération plus large auquel tous les gouvernements contractants sont assujettis. Le Japon n'a pas contesté l'existence de cette obligation. Or, selon moi, celle-ci exclut la possibilité pour un Etat d'adopter une approche formaliste du paragraphe 30. Au contraire, les informations que cet Etat fournit doivent être de nature à permettre un examen digne de ce nom, et l'Etat doit tenir compte du résultat de cet examen, même s'il n'est pas tenu de mettre en œuvre une quelconque recommandation que le comité pourrait

the proposed permits. The Judgment demonstrates that — for whatever reason — Japan has not been able to implement the JARPA II research plan; it has abandoned the attempt to take humpback whales and its actual take of fin and minke whales has fallen far short of the sample sizes identified in the plan. Yet, the record shows that Japan has continued to submit special permits in identical terms throughout the years of JARPA II. It has not provided any information regarding whether, or how, the plan has been adapted to take account of the changed circumstances. It must, therefore, be open to question whether there has been a full compliance with the duty of co-operation.

#### THE DECISION NOT TO ORDER A SECOND ROUND OF WRITTEN ARGUMENT

32. Paragraph 6 of the Judgment records the fact that Japan requested, but Australia opposed, a second round of written argument in this case. The Court did not order a second round but decided instead to proceed straight to the oral phase. Since Japan made clear its disappointment with this decision and since the Judgment says almost nothing about it, I want briefly to explain why I consider the Court's decision to be justified.

33. The Rules of Court make clear that a second round of written pleadings is by no means automatic. Article 45, paragraph 2, provides that the Court *may* authorize a second round if the parties are so agreed or if the Court decides, *proprio motu*, or at the request of one of the parties, that a second round is necessary. In other words, unless the parties are agreed, the Court has a discretion to decide whether or not to order a second round if it considers that further pleadings are necessary.

34. Three considerations seem to me to be important in this regard. First, it must always be open to the Court to order a second round of written pleadings if the Court decides that this is necessary, for example because the Court considers it does not have sufficient information on a particular matter.

35. Secondly, the number of cases now being brought before the Court means that the Court has an obligation to ensure that proceedings do not become unnecessarily protracted. The Rules of Court make clear that the Applicant should set out the entirety of its case in the Memorial and the Respondent in the Counter-Memorial (Art. 49, paras. 1 and 2). A State should never hold part of its case — whether argument or evidence — in reserve for a second round.

36. Lastly, there is, in my view, a distinction between the Applicant and the Respondent when the Court comes to consider whether to accede to a request for a second round made by one party but opposed by the

formuler ou de partager l'appréciation que fait le comité des propositions de permis. L'arrêt démontre que, pour une raison ou une autre, le Japon n'a pas été à même de mettre en œuvre le plan de recherche de JARPA II; il a renoncé à ses objectifs de capture dans le cadre des baleines à bosse et n'a pris qu'un nombre de rorquals communs et de petits rorquals bien inférieur à celui des tailles d'échantillons définies dans ledit plan. Pourtant, il ressort du dossier que le Japon a continué, année après année, de soumettre les permis spéciaux formulés en des termes identiques, tout au long du déroulement de JARPA II. Il n'a fourni aucune indication sur la question de savoir si ou comment le plan aurait été ajusté pour tenir compte des changements observés. Se pose dès lors la question de savoir si le devoir de coopération a été pleinement respecté.

#### LA DÉCISION DE NE PAS PRESCRIRE UN SECOND TOUR DE PROCÉDURE ÉCRITE

32. Le paragraphe 6 de l'arrêt consigne le fait que le Japon a demandé l'organisation d'un second tour de procédure écrite, ce à quoi l'Australie s'est opposée. La Cour n'a pas prescrit la tenue d'un second tour, décidant au contraire de passer directement à la procédure orale. Le Japon ayant exprimé clairement sa déception face à cette décision, et l'arrêt n'en disant presque rien, je voulais en quelques mots expliquer pourquoi je trouve, quant à moi, le choix de la Cour justifié.

33. Il est clairement indiqué dans le Règlement que la tenue d'un second tour de procédure écrite n'est pas automatique. Le paragraphe 2 de l'article 45 dispose que la Cour *peut* l'autoriser si les parties sont d'accord à cet égard ou si la Cour décide, d'office ou à la demande d'une partie, qu'un second tour est nécessaire. En d'autres termes, à moins d'un accord entre les parties, la Cour a toute discrétion pour juger de l'opportunité de prescrire un second tour.

34. A cet égard, trois considérations me semblent importantes. Premièrement, la Cour doit toujours avoir la possibilité de prescrire un second tour de procédure écrite si elle le juge nécessaire, par exemple parce qu'elle estimerait ne pas posséder suffisamment d'informations sur une question précise.

35. Deuxièmement, le nombre d'affaires introduites devant la Cour est tel aujourd'hui que celle-ci se doit de veiller à ce que les procédures ne soient pas inutilement retardées. Le Règlement indique clairement que le demandeur doit exposer la totalité de son argumentation dans son mémoire et le défendeur, dans son contre-mémoire (art. 49, par. 1 et 2). Un Etat ne doit jamais garder en réserve, en vue d'un second tour, une partie de ses moyens — qu'il s'agisse d'arguments ou d'éléments de preuve.

36. Enfin, il convient selon moi de faire la distinction entre le demandeur et le défendeur, lorsque la Cour est appelée à se prononcer sur une demande d'organisation de second tour de procédure écrite formulée par

other. The first round of written pleadings closes with the Counter-Memorial. That document will usually be the first indication which the Applicant receives of the Respondent's case. It may raise matters which the Applicant has not considered, or evidence which the Applicant needs the opportunity to refute. There is, therefore, a strong case for ordering a second round of written pleadings when the Applicant so requests; not to do so may occasion serious injustice if the Applicant is denied the opportunity to respond to evidence or argument raised by the Respondent in the Counter-Memorial. By contrast, when the Respondent prepares its Counter-Memorial, it has the benefit of having seen both the Application and the Memorial. It has a duty to set out its case in response in full in the Counter-Memorial. If, having seen the Counter-Memorial, the Applicant considers that it does not need a second round of written pleading, it is difficult to see on what grounds the Respondent can claim to need such a second round. It has already had the last word and no injustice is done by denying it the opportunity to rehearse or add to its case.

37. The one consideration in favour of ordering such a second round in the present case was that Japan had raised an objection to jurisdiction (though not as a preliminary objection) and wished to have an idea of the response it could expect from Australia. I accept that in some cases the nature of the jurisdictional objection might be such that a second round of written argument became necessary but I do not think that such was the case here. Japan's objection was based upon the interpretation of Australia's declaration under Article 36 (2) of the Statute. Consideration of that objection required no documents or other evidence beyond what had been submitted by Japan and what was already freely and publicly available and Japan, represented by very experienced counsel, can have been in little doubt what form Australia's response would take.

38. Accordingly, I think the Court was right to refuse the request for a second round of written argument.

*(Signed)* Christopher GREENWOOD.

---

l'une des parties, mais contestée par l'autre. Le premier tour de procédure écrite se clôt par le dépôt du contre-mémoire. C'est généralement dans ce document que le demandeur prend pour la première fois connaissance des moyens que lui opposera le défendeur. Le contre-mémoire peut contenir des éléments que le demandeur n'avait pas analysés, ou des moyens de preuve qu'il doit avoir le loisir de réfuter. Aussi y a-t-il *a priori* lieu de prescrire un second tour de procédure écrite, si celui-ci est sollicité par le demandeur; s'y refuser pourrait être à l'origine d'une grave injustice si le demandeur devait être privé de la possibilité de réagir à des moyens de fait ou de droit soulevés par le défendeur dans son contre-mémoire. Le défendeur, en revanche, lorsqu'il établit son contre-mémoire, a l'avantage d'avoir déjà pris connaissance et de la requête et du mémoire, et il est par ailleurs tenu d'exposer dans cette pièce l'intégralité de ses moyens. Si, ayant pris connaissance du contre-mémoire, le demandeur estime ne pas avoir besoin d'un second tour de procédure écrite, il est difficile de voir à quel titre le défendeur pourra affirmer que celui-ci s'impose. Il a déjà eu le dernier mot, et il n'y a pas d'injustice à se voir dénier la possibilité de répéter ou d'étoffer son argumentation.

37. Une seule considération aurait pu justifier de prescrire un second tour de procédure écrite dans la présente espèce: le fait que le Japon avait soulevé une exception (quoique non préliminaire) d'incompétence et souhaitait pouvoir se faire une idée de la réaction de l'Australie. Je conçois que, dans certains cas, une exception d'incompétence pourrait, de par sa nature, rendre nécessaire l'organisation d'un second tour de procédure écrite, mais je ne pense pas que tel ait été le cas en l'espèce. L'exception du Japon était fondée sur l'interprétation de la déclaration faite par l'Australie en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Son examen ne nécessitait la production d'aucun document ou d'aucun élément de preuve que le Japon n'eût déjà soumis ou qui ne relevât du domaine public, et le Japon, représenté par un conseil qui était tout sauf inexpérimenté, n'était sans doute pas sans avoir une petite idée de la teneur de la réaction que lui opposerait l'Australie.

38. En conséquence, j'estime que la Cour a eu raison de ne pas faire droit à la demande tendant à ce qu'elle prescrive un second tour de procédure écrite en l'espèce.

(Signé) Christopher GREENWOOD.