

OPINION DISSIDENTE
DE M. LE JUGE ABRAHAM

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

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

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

I. LA COMPÉTENCE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

II. LE FOND

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Cour résume sa pensée dans la formule suivante :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Signé) Ronny ABRAHAM.