

DECLARATION OF JUDGE KEITH

1. As my votes indicate, I agree with the conclusions the Court has reached. I also agree generally with the reasons it has given in reaching those conclusions. My purpose in this declaration is to address three matters in support of those reasons:

- (a) the broader context in which the case is to be seen;
- (b) the extent of the power of a Contracting Government to grant a special permit under Article VIII of the Convention and the related issue of the standard of review to be applied by the Court in the event of a dispute about the grant of particular permits;
- (c) the application of that standard of review to the facts of the present case.

A. THE BROADER CONTEXT

2. In the 65 years the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter “the Convention”) has been in force, there have been massive changes both in the operation of the whaling industry and in attitudes and policies towards whaling. Under the Schedule, as in effect at the outset, the total allowable annual catch in the waters south of 40 degrees south latitude was 16,000 blue whales, or 32,000 fin whales or 40,000 humpback whales. (No provision was originally made in respect of minke whales.) By 1965 the taking of blue whales had been prohibited, and by 1972 the limit for Antarctic minke whales had been set at 5,000. These limits are two of the many manifestations of the exercise by the International Whaling Commission of its powers of regulation. Such binding action could be taken, if the necessary majority was available, subject to the power of a Contracting Government to object, with the consequence that it would not be bound by the new regulation.

3. In 1972, the year the 5,000 limit on the take of minke whales was introduced, the United Nations Conference on the Human Environment, held in Stockholm, recommended a ten-year moratorium on commercial whaling. As some of the nine original members of the Commission, which were all whaling nations at the outset, abandoned whaling and new mem-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Ainsi qu'il ressort de mon vote, je souscris aux conclusions auxquelles la Cour a abouti. Je suis aussi globalement d'accord avec les motifs avancés à l'appui de ces conclusions. Dans la présente déclaration, je me propose simplement de revenir sur trois aspects intervenus dans le raisonnement de la Cour :

- a) le contexte large dans lequel il convient de replacer l'affaire ;
- b) l'étendue du pouvoir de délivrer des permis spéciaux en vertu de l'article VIII de la convention dont jouissent les gouvernements contractants et la question connexe du critère d'examen que la Cour doit appliquer en cas de différend relatif à la délivrance de tels permis ;
- c) l'application de ce critère d'examen aux faits de l'espèce.

A. LE CONTEXTE PLUS GÉNÉRAL

2. Au cours des soixante-cinq ans écoulés depuis que la convention est entrée en vigueur, l'industrie baleinière a connu une évolution considérable, de même que les attitudes à l'égard de la chasse à la baleine et les politiques dans ce domaine. Le règlement annexé à la convention, tel qu'en vigueur dans les premiers temps, autorisait un nombre de prises annuelles de 16 000 pour les baleines bleues, 32 000 pour les rorquals communs ou encore 40 000 pour les baleines à bosse dans les eaux situées au sud du 40° degré de latitude sud (la prise de petits rorquals ne faisant initialement l'objet d'aucune réglementation). Dès 1965, la capture de baleines bleues fut néanmoins interdite et, dès 1972, une limite de capture de 5000 spécimens fut fixée pour les petits rorquals de l'Antarctique, deux décisions emblématiques des nombreuses manifestations de l'exercice par la commission baleinière internationale (ci-après dénommée la « CBI » ou la « commission ») de ses pouvoirs de réglementation. De telles mesures contraignantes pouvaient être adoptées, à condition d'être votées à la majorité requise et étant entendu qu'un gouvernement contractant avait la faculté d'élever une objection et de se soustraire ainsi à la nouvelle réglementation.

3. En 1972, année où fut introduite, et fixée à 5000 spécimens, la limite de capture pour les petits rorquals, les participants à la conférence des Nations Unies sur l'environnement, qui se tenait à Stockholm, recommandèrent l'adoption d'un moratoire de dix ans sur la chasse commerciale. Alors que certains des neuf membres initiaux de la commission, qui

bers, with extensive NGO support, joined the Commission, the votes favouring a moratorium grew. As the Judgment recounts, the moratorium was adopted in 1982. Many factors, commercial, scientific, technological, environmental, political and others, no doubt lay behind that decision. Those factors are also manifested in the very many zero catch limits now to be found in the tables in the Schedule. Today's Schedule is in very sharp contrast to that which operated 65 years ago. It is hard to imagine that those who in 1946 proposed and adopted the new "effective administrative machinery" anticipated it being used in such dramatic ways. They might think it strange that a power established to regulate an ongoing industry had been used virtually to prohibit it; compare, e.g., *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 249, para. 87 (1)).

4. Those Contracting Governments which engaged in whaling and took that view had a number of options open to them. They could withdraw from the Convention by giving notice under its terms, as some did. They could exercise their right to object to the measures, as, again, a number of States, including Japan, did. They could seek to amend the Convention, but that possibility has not been pursued. Or they could challenge the lawfulness of a particular measure, again a course not taken.

5. Over the last 30 years, the membership of the Commission has again changed, with an increase of those Contracting Governments which support whaling, as well as of those which are opposed. It has been possible for those on each side of the argument about whaling to complain that the Commission has become over politicized. One consequence has been that the Commission has become deadlocked and has recently decided to meet only every second year.

6. I conclude this introductory passage by putting the current dispute, brought before the Court for decision in accordance with international law, in the broader context of methods of peaceful settlement of international disputes. From 2007 until 2010 there were extensive attempts through *The Future of the IWC Process* to resolve through negotiations a range of matters, including the dispute which is now before the Court. That process however failed. It ended just days after Australia filed its Application in this case. The Chair of the Support Group, when reviewing the process, particularly paid tribute to the United States of America for its energy and leadership during the negotiating process, and to Japan for its huge commitment and its willingness for compromise. Japan

tous étaient des nations baleinières, renonçaient peu à peu à la chasse à la baleine, de nouveaux membres, fortement appuyés par certaines ONG, rejoignaient la commission, venant grossir en son sein les rangs des partisans du moratoire. Celui-ci, comme le rappelle la Cour dans son arrêt, fut adopté en 1982. Il ne saurait faire de doute que de nombreux facteurs — d'ordres commercial, scientifique, technologique, environnemental, politique et autre — ont motivé cette adoption, facteurs dont témoignent également les très nombreux cas de limites de capture fixées à zéro que l'on trouve aujourd'hui dans les tableaux du règlement annexé à la convention. Ce règlement, à l'heure actuelle, est ainsi très différent de celui qui était en vigueur voici soixante-cinq ans et il est difficile d'imaginer que ceux qui, en 1946, étaient favorables à l'adoption d'un nouveau «mécanisme administratif efficace» en aient anticipé une utilisation aussi drastique. Ils auraient pu juger pour le moins étrange qu'un mécanisme établi pour réglementer une industrie existante soit quasiment utilisé pour en interdire les activités; cf., par exemple, l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 249, par. 87 1)).

4. Les gouvernements contractants qui se livraient à la chasse à la baleine et partageaient un tel point de vue avaient néanmoins à leur disposition plusieurs possibilités. Ils pouvaient se retirer de la convention, en adressant la notification de retrait prévue à cet effet, et certains l'ont fait. Ils pouvaient exercer leur droit de présenter une objection contre les mesures adoptées et, de même, un certain nombre d'Etats — dont le Japon — l'ont fait. Ils avaient aussi la possibilité de proposer des modifications aux termes de la convention, mais aucun Etat ne s'en est prévalu. Enfin, ils avaient la faculté de contester la licéité de telle ou telle mesure, mais, là encore, aucun d'entre eux n'en a usé.

5. Au cours des trente dernières années, la composition de la commission a une fois de plus évolué, avec une augmentation du nombre de gouvernements contractants favorables à la chasse à la baleine, mais également d'opposants à cette pratique, de sorte qu'on a pu entendre, de part et d'autre, que la commission était désormais trop politisée; en conséquence de cette polarisation, la commission se trouve maintenant dans l'impasse, et a récemment décidé de ne se réunir qu'une fois tous les deux ans.

6. Je conclurai ce passage introductif en remplaçant le présent différend, soumis pour règlement à la Cour conformément au droit international, dans le contexte plus large des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux. Entre 2007 et 2010, nombreuses ont été les tentatives de régler par voie de négociations, dans le cadre du *Processus sur l'avenir de la CBI*, un ensemble de problèmes, y compris la question aujourd'hui en litige devant la Cour. Si ces tentatives ont fait long feu, le processus prenant fin quelques jours seulement après le dépôt, par l'Australie, de sa requête en la présente instance, le président du groupe de soutien, lorsqu'il est revenu sur ce processus, a tout particulièrement rendu hommage aux Etats-Unis d'Amérique pour l'énergie et l'esprit

referred to this assessment several times during the written and oral pleadings. Australia said nothing at all about it.

B. THE EXTENT OF THE POWER TO GRANT A SPECIAL PERMIT
AND THE STANDARD OF REVIEW

7. I see the extent of the power of the Contracting Government to grant a special permit and the extent of the power of the Court to review the grant as being essentially interrelated. The wider the power of the Contracting Government the more limited the power of the Court to review. For me, three features of the power conferred on Contracting Governments by Article VIII (I) of the Convention are significant. The first is that the wording of the provision at its core is not subjective. It does not say that a Contracting Government may grant a special permit for “what it considers to be” scientific research. The non-appearance of those words is emphasized by the subjective wording appearing at the end of that sentence — “as the Contracting Government thinks fit”. Such wording was, for instance, in issue in the *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* case, where the Court nevertheless considered that it had some power of review (*(Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 229, para. 145). That case is helpful in a second and more important way since the assessment there by the relevant State authority was based on that State’s own assessment of prejudice to its “essential interests”. The assessment here, by contrast, relates to a much more concrete matter — a programme for the purposes of scientific research relating to whales and associated matters. A third feature is the common interest of all the Contracting Governments in the operation of the Convention with the related roles of the IWC and its Scientific Committee. Those features all indicate for me real limits on the power of the Contracting Government to grant a special permit. A fourth significant matter bearing directly on the Court’s exercise of its power of review in this case is the extensive body of information in the record before it about the process which led to the range of decisions to establish the JARPA II programme and about its implementation.

8. As the Judgment indicates, the positions of the Parties and the Intervener on the standard of review have evolved over the course of the proceedings (paras. 62-69). While in general I agree with the test stated by

d'initiative dont ils avaient fait preuve à cette occasion, et au Japon pour sa participation active et son empressement à trouver un compromis. Le Japon a plusieurs fois évoqué cette appréciation dans ses écritures et à l'audience, mais l'Australie n'en a rien dit.

B. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DE DÉLIVRER UN PERMIS SPÉCIAL ET LE CRITÈRE D'EXAMEN

7. Je considère qu'il existe un lien étroit entre l'étendue du pouvoir reconnu à un gouvernement contractant de délivrer des permis spéciaux et l'étendue du pouvoir reconnu à la Cour d'examiner les permis ainsi délivrés. Plus grand sera le pouvoir du gouvernement contractant, plus limité sera le pouvoir d'examen de la Cour. A cet égard, trois aspects du pouvoir conféré aux gouvernements contractants par le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention me semblent devoir être soulignés, le premier étant que la disposition qui confère ce pouvoir n'est pas formulée en termes subjectifs. Il n'est pas indiqué qu'un gouvernement contractant peut délivrer un permis spécial au titre de ce qu'il « estime » relever de la recherche scientifique, omission dont le caractère délibéré me semble ressortir du contraste avec la clause subjective — « que le gouvernement contractant jugera opportune » — qui est employée à la fin de la proposition. La question de l'élément de subjectivité introduit par le libellé d'une disposition s'est notamment posée en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale ((Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 229, par. 145)*, où la Cour s'est néanmoins estimée dotée d'un certain pouvoir d'examen. Ce précédent — et ce sera mon deuxième point — est également pertinent à un autre égard, plus important, car l'appréciation faite dans ce contexte par l'autorité étatique compétente s'appuyait sur l'évaluation, par l'Etat en question lui-même, d'un préjudice causé à ses « intérêts essentiels ». Or, le pouvoir dont il s'agit d'apprécier l'exercice en l'espèce porte sur des questions plus concrètes: la réalisation d'un programme mené en vue de recherches scientifiques sur les baleines et des questions connexes. Le troisième aspect qui me paraît important réside dans l'intérêt commun qu'ont tous les gouvernements contractants à un bon fonctionnement de la convention, ce dont témoignent les rôles conférés à la commission et au comité scientifique. Ces trois aspects attestent selon moi l'existence de réelles limites au pouvoir qu'a un gouvernement contractant de délivrer des permis spéciaux. Un autre élément a par ailleurs une incidence directe sur l'exercice par la Cour de son pouvoir d'examen en la présente espèce: les très nombreux éléments versés au dossier, qui nous renseignent sur le processus ayant conduit aux diverses décisions relatives à l'établissement du programme JARPA II et à la mise en œuvre de celui-ci.

8. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt, les positions des Parties et de l'Etat intervenant sur le critère d'examen ont évolué au fil de la présente procédure (par. 62-69). Si je suis globalement d'accord avec le critère énoncé par la

the Court, I formulate it in this way: Is the Contracting Government's decision to award a special permit objectively justifiable in the sense that the decision is supported by coherent scientific reasoning? The test does not require that the programme be "justified", rather, that on the record it is justifiable. Nor is it for the Court to decide on the scientific merit of the programme's objectives nor whether its design and implementation are the best possible means of achieving those objectives. But it does have the role of assessing, in the light of the features of the power mentioned in the previous paragraph, the evidence to see whether it demonstrates coherent scientific reasoning supporting central features of the programme. Such tests, like that stated by the Court, become clearer as they are applied to the facts in issue.

C. THE APPLICATION OF THE STANDARD OF REVIEW TO THE FACTS

9. Subject to one matter of emphasis, I have nothing to add to the reasons given in support of the conclusions reached by the Court relating to the decisions taken by the Japanese authorities regarding the use of lethal methods as opposed to non-lethal ones (paras. 128-144) and the determination of the sample sizes (paras. 147-198); and relating to the comparison of the sample size to the actual take (paras. 199-212). The matter of emphasis is that for me the evidence demonstrates a failure by the Japanese authorities even to address central matters involved in the initial design and ongoing implementation of the programme.

10. In respect of the decisions regarding the use of lethal methods and non-lethal ones, I see as critical the failure of Japan to provide any evidence of any studies which it undertook of the use of non-lethal methods through the long period running from the planning of the programme to the present day (see in particular paragraphs 136-141). The Court did, by contrast, receive evidence from the two experts called by Australia about the enhancement and wider use over that time of non-lethal methods which were capable of being used for at least some of the objectives of the programme.

11. So far as the determination of the sample sizes is concerned, the lack of any clear explanation in the record for the choices of a 12-year research period for two of the species and of six years for the other means, as I see the matter, that those aspects of the decision which are critical for the sizes of the samples of the different species are not supported by coherent scientific reasoning. Among the objectives of the programme are inter-species competition and ecosystem research (paras. 176-178). A similar lack of explanation appears in respect of the choice of annual sample sizes of 50 for each of the humpback and fin species when the Research

Cour, j'aurais quant à moi tendance à le formuler ainsi: la décision du gouvernement contractant de délivrer un permis spécial peut-elle se justifier objectivement en ce sens qu'elle est étayée par un raisonnement scientifique cohérent? Ce critère ne nécessite pas que le programme soit «justifié», mais qu'il puisse se justifier au vu des éléments versés au dossier. La Cour n'a pas non plus à statuer sur le bien-fondé scientifique des objectifs du programme ni sur la question de savoir si la conception et la mise en œuvre de celui-ci constituent le meilleur moyen possible d'atteindre ces objectifs. En revanche, son rôle est de déterminer si, à la lumière des caractéristiques du pouvoir de délivrer des permis mises en évidence au paragraphe précédent, les éléments de preuve dont elle dispose démontrent que les grandes lignes du programme reposent sur un raisonnement scientifique cohérent. De tels critères, à l'instar de celui énoncé par la Cour, deviennent plus clairs à mesure qu'ils sont appliqués aux faits de l'espèce.

C. L'APPLICATION DU CRITÈRE D'EXAMEN AUX FAITS DE L'ESPÈCE

9. A une exception près, je n'ai rien à ajouter aux motifs avancés à l'appui des conclusions auxquelles aboutit la Cour quant au choix des autorités japonaises d'utiliser des méthodes létales plutôt que des méthodes non létales (par. 128-144), aux tailles d'échantillon retenues (par. 147-198) ou encore à la comparaison entre les objectifs de capture et les prises effectivement réalisées (par. 199-212). Ce que je tiens toutefois à souligner, c'est qu'il ressort selon moi du dossier que les autorités japonaises n'ont même pas réfléchi à certains problèmes fondamentaux soulevés par la conception initiale puis par la mise en œuvre du programme.

10. S'agissant du choix de recourir à des méthodes létales ou non létales, je juge déterminant le fait que le Japon n'ait fourni aucun élément attestant qu'il aurait réalisé des études sur l'utilisation de méthodes non létales au cours de la longue période allant du stade de la planification du programme à aujourd'hui (voir, en particulier, les paragraphes 136-141). Or, les deux experts cités par l'Australie ont témoigné devant la Cour de l'amélioration et de la généralisation, au cours de cette même période, des méthodes non létales qui peuvent désormais être utilisées pour atteindre certains au moins des objectifs poursuivis par le programme.

11. Pour ce qui est de la détermination des tailles d'échantillon, l'absence de tout élément d'explication clair dans le dossier justifiant le choix de retenir une période de recherche de douze ans dans le cas de deux des espèces, et de six pour la dernière, implique, à mon sens, que ce choix n'est pas fondé sur un raisonnement scientifique cohérent, sachant que, parmi les objectifs annoncés du programme, figure l'étude de la concurrence entre espèces et de l'écosystème (par. 176-178). Les explications sont tout aussi inexistantes en ce qui concerne le choix de fixer à 50 spécimens la taille de l'échantillon annuel de baleines à bosse et de rorquals

Plan for the programme called for a take of at least 131 of each species for the purpose of one of the objectives (para. 179).

12. I next see as significant the essential failure of Japan to explain in a persuasive manner the big increase in the target for minke whales from JARPA to JARPA II. On the one hand, it said that the new objectives were a major reason, when they do not appear to be clearly distinct from the objectives of JARPA as they existed in the last part of that programme; but, on the other, it emphasized the need for continuity in moving from the first to the second programme (paras. 147-156). It does not appear to me to be scientifically credible to maintain both of those arguments at one and the same time.

13. Finally, I consider the difference between the sample size and the actual take. I see it as significant that, while Japan has continued to issue special permits for the taking of the same numbers of the three species throughout the programme, except for 2005 and 2006 in respect of fin and humpback whales, it has never reported to the IWC and in particular to the Scientific Committee on the consequences of the much reduced takes of minke whales and fin whales and the nil take of humpback whales for the design and implementation of the programme (paras. 209-212). The Annexes to Japan's Counter-Memorial in the part concerned with documents which it issued (Anns. 133-159) include only three possibly relevant documents submitted to the IWC or its Scientific Committee (Anns. 152, 153 and 156) and none on its face addresses those changes and the possible consequences for the research. Only one of them dates from the time of the full-scale operation of JARPA II and does no more than list publications arising from JARPA II as well as from JARPA. That failure is to be seen in the context of the requirements of paragraph 30 of the Schedule and the duty of co-operation with the IWC and its Scientific Committee which, as the Court notes, both Parties and the intervening State recognize (paras. 83 and 240).

14. To summarize, the evidence before the Court, as I read it, does not show that the Japanese authorities in planning and implementing the programme have given any real consideration or indeed any consideration at all to the central elements of the programme discussed above. Accordingly, and for the reasons also given by the Court, I conclude that the programme does not fall within the scope of Article VIII (1) and that, as a consequence, the actions of Japan, taken in terms of the programme, for the killing, taking and treating of whales under it, breach paragraph 10 (*e*), paragraph 10 (*d*) and paragraph 7 (*b*) of the Schedule.

(Signed) Kenneth KEITH.

communs, alors que le plan de recherche de JARPA II indiquait qu'il était nécessaire, pour atteindre l'un des objectifs annoncés, d'envisager de prélever, pour chacune de ces espèces, un minimum de 131 individus par an (par. 179).

12. Je juge également significatif le fait que le Japon n'ait nullement expliqué de manière convaincante la hausse sensible du volume de captures de petits rorquals entre JARPA et JARPA II. Si, d'un côté, il invoque principalement l'existence de nouveaux objectifs — qui, cependant, ne semblent guère différents de ceux de JARPA, tels qu'ils existaient dans les derniers temps de ce programme —, de l'autre, le Japon met en avant la nécessité d'assurer une continuité d'un programme à l'autre (par. 147-156). Or, je vois mal comment l'on peut, sur un plan scientifique, défendre simultanément l'un et l'autre de ces arguments.

13. Pour finir, je voudrais revenir sur les différences entre les tailles d'échantillon et les volumes réels de captures. Il me paraît notable que, s'il a continué de délivrer des permis spéciaux prévoyant la prise d'un nombre de spécimens qui, pour les trois espèces, est resté identique tout au long du programme — si ce n'est en 2005 et en 2006 en ce qui concerne les rorquals communs et les baleines à bosse —, le Japon n'a jamais rendu compte à la CBI et, en particulier, à son comité scientifique, des conséquences qu'aurait, pour la conception et la mise en œuvre du programme, la différence entre les chiffres annoncés et les prises effectives de petits rorquals et de rorquals communs, sans parler de l'absence de capture de baleines à bosse (par. 209-212). Les annexes du contre-mémoire reproduisant les documents publiés par le Japon (annexes 133-159) ne contiennent que trois documents soumis à la CBI ou à son comité scientifique qui auraient pu être pertinents (annexes 152, 153 et 156), mais aucun, *a priori*, n'aborde la question de cette différence et de ses éventuelles conséquences pour les travaux de recherche. L'un seulement date de l'époque où JARPA II était pleinement opérationnel, mais il se contente d'énumérer les publications liées à ce programme, ainsi qu'à JARPA. Or, ce manquement doit être apprécié à la lumière des prescriptions du paragraphe 30 du règlement et du devoir de coopération avec la CBI et son comité scientifique qui, comme le relève la Cour, a été reconnu par les deux Parties et par l'Etat intervenant (par. 83 et 240).

14. Pour résumer, les éléments versés au dossier ne montrent pas, selon moi, que les autorités japonaises auraient, au stade de la planification ou de la mise en œuvre du programme, accordé une grande — voire la moindre — attention aux aspects essentiels de celui-ci tels qu'ils ont été évoqués ci-dessus. Pour ces raisons, comme pour celles exposées par la Cour, j'aboutis à la conclusion que le programme ne relève pas des prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII et que, par conséquent, les mesures prises en application de celui-ci en vue de tuer, capturer et traiter des baleines l'ont été en violation des paragraphes 10 *e*), 10 *d*) et 7 *b*) du règlement.

(Signé) Kenneth KEITH.