

## 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

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

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

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

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.