

DISSENTING OPINION OF JUDGE BENNOUNA

[English Original Text]

Interpretation of the Convention — Discretionary power of State party — Reasonableness of a whaling programme “for purposes of scientific research” — Aim of a whaling programme “for purposes of scientific research” — Choice between lethal and non-lethal methods — Determination of sample sizes — Bases for the Court’s findings — Need to decide whether JARPA II is of a “commercial” nature — JARPA II not of a “commercial” nature — Court substituting itself for Convention bodies — Co-operation between States parties to the Convention.

To my great regret, I have had to vote against points 2, 3, 4, 5 and 7 of the Judgment’s operative paragraph, since I do not agree with the majority’s interpretation of the relevant provisions of the International Convention for the Regulation of Whaling of 2 December 1946 (hereinafter the “Convention”) and of the Schedule annexed thereto (hereinafter the “Schedule”).

I regret, in particular, that the majority has failed to adhere to the methods of interpretation envisaged by the Vienna Convention on the Law of Treaties (Arts. 31 and 32), which have the status of customary law, and has consequently failed to confine itself to a strictly legal analysis of the Parties’ obligations. I know that the issue of whaling is one that carries a heavy emotional and cultural charge, nourished over the centuries by literature, mythology and religious writings. This background was indeed evoked before the Court, but the judges, while they cannot ignore it, are bound, by virtue of their function, to ensure that it does not impinge in any way on their strictly legal analysis. The best way for the Court to contribute to the promotion of co-operation between the States concerned is to do justice by applying international law, in accordance with its Statute.

Unfortunately, the approach adopted by the majority remains somewhat “impressionistic”, inasmuch as it rests essentially on queries, doubts and suspicions, based on a selection of indicators from among the mass of reports and scientific studies.

The Convention was adopted in 1946, in a context very different from that in which the Court is called upon to interpret and apply it today. The consumption of whale meat has fallen dramatically, so as to have become negligible, and the whaling industry has declined accordingly. The fact nonetheless remains that, when interpreting a provision of the Convention, the Court is bound to take account of the objectives set out in its Preamble, in particular the conservation and sustainable development of whale stocks. The Court cannot content itself with stating that “neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII is justified”, and

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[*Texte original français*]

Interprétation de la convention — Pouvoir discrétionnaire d'un Etat partie — Caractère raisonnable d'un programme de chasse « en vue de recherches scientifiques » — Finalité d'un programme de chasse « en vue de recherches scientifiques » — Choix entre les méthodes létales et non létales — Détermination de la taille des échantillons — Fondements des conclusions de la Cour — Nécessité d'examiner le caractère « commercial » de JARPA II — Absence de caractère « commercial » de JARPA II — Substitution aux organes créés par la convention — Coopération des Etats parties à la convention.

A mon grand regret, j'ai dû voter contre les points 2, 3, 4, 5 et 7 du dispositif de l'arrêt, dans la mesure où je suis en désaccord avec l'interprétation, par la majorité, des dispositions pertinentes de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après la « convention »), du 2 décembre 1946, et du règlement annexé à celle-ci (ci-après le « règlement »).

Je regrette, en particulier, que la majorité ne s'en soit pas tenue aux méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31 et 32), qui ont valeur coutumière et, par conséquent, à une analyse strictement juridique des obligations des Parties. Je sais que la question de la chasse à la baleine est empreinte d'une grande charge émotionnelle et culturelle, nourrie au travers des siècles par la littérature, les récits mythologiques et les textes religieux. Cet arrière-plan a certes été évoqué devant la Cour et les juges, lesquels, s'ils ne peuvent l'ignorer, sont tenus, de par leur fonction, de veiller à ce qu'il n'interfère d'aucune manière dans la stricte analyse juridique. La contribution de la Cour à la poursuite, dans les meilleures conditions, de la coopération entre les Etats concernés est de rendre la justice en appliquant le droit international, ainsi que le prévoit son statut.

Malheureusement, l'approche retenue par la majorité demeure quelque peu « impressionniste », dans la mesure où elle procède essentiellement d'interrogations, de doutes, de soupçons, à partir d'indices sélectionnés dans la masse des rapports et des expertises scientifiques.

La convention a été adoptée en 1946 dans un contexte très différent de celui où la Cour est appelée à l'interpréter et à l'appliquer. La consommation de viande de baleine a énormément diminué, au point de devenir négligeable, et l'industrie baleinière a décliné en conséquence. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle interprète l'une des dispositions de la convention, la Cour est tenue de prendre en compte les objectifs inscrits dans le préambule, et notamment la conservation et le développement durable des stocks de baleines. Elle ne peut se contenter d'affirmer qu'il « n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans

that programmes for purposes of scientific research “may pursue an aim other than either conservation or sustainable exploitation of whale stocks” (Judgment, para. 58). But we are not concerned here with the issue of whether the interpretation should be “restrictive” or “expansive”, but rather with determining “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (Vienna Convention, Art. 31, para. 1).

What the Court has to do is to confront Article VIII, as an integral part of the Convention, with the latter’s object and purpose, and to ask itself whether, in light of its ordinary meaning, the research programme, in this case JARPA II, is fully covered by this provision.

Furthermore, Article VIII must be analysed in the context of the other provisions of the Convention and of its Schedule, as amended since its adoption. Under that Article, any State party 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 conditions as it “thinks fit”. In so doing, the State in question is not required to comply with the other provisions of the Convention, in particular those relating to commercial whaling. At the time when the Convention was adopted, the only concern was to regulate and not to prohibit this category of whaling. And it was for that reason that the power given to a State party to grant permits “for scientific research” was a very wide one, since commercial whaling was regulated by the Convention and subject to compliance with the latter’s objectives. As long as it remained within the framework of scientific research, the Government concerned was free to decide on the use to be made of the proceeds from the sale of killed and processed whales. It is implicit that any proceeds from the sale of such whales must be allocated to the objective of scientific research, which lies at the heart of Article VIII, and which justifies the exemption of the State party concerned from all of the other obligations relating to the regulation of commercial whaling.

I accept, as the Court points out (Judgment, para. 61), that a State party’s discretionary power under Article VIII of the Convention does not mean that the killing, taking and treating of whales depends “simply on that State’s perception”.

I am likewise of the view that a State party, in exercising this power, must satisfy itself that “the programme’s design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives”, and that “[t]his standard of review is an objective one” (*ibid.*, para. 67).

The wide normative power which Article VIII nevertheless gives to States parties in issuing permits is offset by the supervision exercised by the central body established by the Convention, namely the International Whaling Commission (Convention, Art. III) (hereinafter the “Commission”), assisted by the Scientific Committee. Thus, under the terms of paragraph 3 of Article VIII, the State concerned

“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,

un sens extensif», et que les programmes menés à des fins de recherche scientifique «peuvent poursuivre un but autre que la conservation ou l'exploitation durable des stocks de baleines» (arrêt, par. 58). Or, il ne s'agit pas de se demander si l'interprétation doit être faite dans un sens «restrictif» ou «extensif», mais plutôt de rechercher quel est «le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but» (convention de Vienne, art. 31, par. 1).

Il s'agit de confronter l'article VIII, en tant que partie intégrante de la convention, à l'objet et au but de celle-ci, et de se demander, à la lumière du sens ordinaire de cette disposition, si le programme de recherche, en l'occurrence JARPA II, s'y inscrit pleinement.

Par ailleurs, l'article VIII doit être analysé dans le contexte des autres dispositions de la convention et de son règlement annexé, tel qu'il a été modifié depuis son adoption. Selon cet article, l'Etat partie peut «accorder à ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» à de telles conditions qu'il «jugera opportunes». Ce faisant, l'Etat partie n'est pas tenu de se conformer aux autres dispositions de la convention, notamment celles relatives à la chasse commerciale. Il ne s'agissait, à l'époque de l'adoption de la convention, que de réglementation et non de prohibition de cette catégorie de chasse. Et c'est pour cela que le pouvoir donné à l'Etat partie d'accorder des permis «en vue de recherches scientifiques» était très large, puisque la chasse commerciale était réglementée par la convention, dans le cadre du respect des objectifs de celle-ci. Tant que l'on restait dans le cadre de la recherche scientifique, le gouvernement concerné pouvait décider de l'utilisation du produit de la vente des baleines capturées et traitées. Il est implicite que le produit éventuel de la vente de ces baleines devra être affecté à l'objectif de la recherche scientifique, qui est au cœur de l'article VIII, et qui justifie l'exemption de l'Etat partie de toutes les autres obligations relatives à la réglementation de la chasse commerciale.

J'admets, comme le souligne la Cour (arrêt, par. 61), que le pouvoir discrétionnaire de l'Etat partie, au titre de l'article VIII de la convention, ne signifie pas que le fait de tuer, capturer et traiter des baleines dépend «simplement de la perception qu'en a cet Etat».

Je suis également d'avis que l'Etat partie s'assurera, dans l'exercice de ce pouvoir, que «la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés» et que «ce critère d'examen revêt un caractère objectif» (*ibid.*, par. 67).

Le large pouvoir normatif dans la délivrance des permis spéciaux, qui est néanmoins consenti à l'Etat partie par l'article VIII, est compensé par un contrôle de la part de l'institution centrale, créée par la convention, à savoir la commission internationale de la chasse à la baleine (convention, art. III) (ci-après la «commission»), assistée par le comité scientifique. En effet, aux termes du paragraphe 3 de l'article VIII, l'Etat concerné

«devra transmettre à l'organisme que la commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements

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”.

The Judgment recognizes that Japan has complied with its procedural obligations in relation to the Commission and to the Scientific Committee, in particular by submitting proposals of special permits prior to their granting, as required under paragraph 30 of the Schedule.

Clearly, the Commission’s adoption in 1982 of the moratorium on commercial whaling (Schedule, para. 10 (*e*), the number of whales to be taken for commercial purposes being set at zero), which entered into force during the 1985-1986 season, would have an impact on the meaning and structure of the provisions of the Convention and its Schedule. Japan, having initially opposed the moratorium, withdrew its objection in 1987. However, we should not lose sight of the fact that the moratorium was, by definition, only a provisional decision, pending an evaluation, envisaged for 1990, which ultimately never took place.

In parallel with its acceptance of the moratorium, Japan launched its JARPA research programme. However, there is nothing to lead one to suppose, *a priori*, as was suggested by Australia (Judgment, para. 101), that this was a way of continuing commercial whaling under a different legal guise. In reality, there was nothing surprising in itself about the launch of JARPA, since the moratorium on commercial whaling now prevented access to certain kinds of information about whales, which were needed for scientific research. It has, however, been established that research on whale stocks, and in particular on their diet, had an important role to play as a source of knowledge of the marine ecosystem and its resources. Moreover, in 2006 the Commission did not dispute JARPA’s contribution in this regard. In any event, as the Judgment correctly points out, the operation and legality of JARPA are not at issue here (*ibid.*, para. 99). What is in fact at issue here is JARPA II, which succeeded JARPA with effect from the 2005-2006 season.

The legality of this second programme has been challenged before the Court by Australia, which claims that it is not “a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the Convention”, and that, in authorizing and implementing it, Japan has been in breach of paragraph 10 (*e*) of the Schedule on the moratorium on commercial whaling, of paragraph 7 (*b*) on the Southern Ocean Sanctuary, and of paragraph 10 (*d*) on the moratorium on factory ships.

The position adopted by the majority is thus a surprising one, since it amounts to devoting the essence of the reasoning to showing that JARPA II is not a programme “for purposes of scientific research”, while ultimately avoiding the issue of what the true aim of such a programme is.

The Court begins by declining to establish a definition of the notion of “scientific research”, of which there is not one in the Convention. As regards the definition proposed by the experts, the Court considers that it

de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les recherches effectuées en vertu du paragraphe 1 de cet article et de l'article IV».

L'arrêt reconnaît que le Japon s'est acquitté de ses obligations procédurales à l'égard de la commission et du comité scientifique, notamment en soumettant, préalablement à leur délivrance, les propositions de permis spéciaux, en vertu du paragraphe 30 du règlement.

Il est évident que l'adoption, en 1982, par la commission, du moratoire sur la chasse commerciale (règlement, par. 10 *e*), le nombre des captures de baleines à des fins commerciales étant fixé à zéro), entré en vigueur pendant la saison 1985-1986, allait avoir un impact sur le sens et l'agencement des dispositions de la convention et de son règlement. Le Japon, qui s'y est opposé à l'origine, a retiré son objection en 1987. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ce moratoire n'était, par définition, qu'une décision provisoire, dans l'attente d'une évaluation, prévue en 1990, laquelle n'aura jamais lieu.

Le Japon a lancé, parallèlement à son acceptation du moratoire, le programme de recherche JARPA. Mais rien ne laissait supposer, *a priori*, comme cela a été suggéré par l'Australie (arrêt, par. 101), que c'était une façon de poursuivre la chasse commerciale sous une autre couverture juridique. En réalité, le lancement de JARPA n'avait rien de surprenant en soi puisque le moratoire sur la chasse commerciale interdisait désormais l'accès à un certain nombre d'informations sur les baleines, pour les besoins de la recherche scientifique. Or, il est établi que la recherche sur les peuplements baleiniers, et notamment sur leur régime alimentaire, était importante pour la connaissance de l'écosystème marin et de ses ressources. La commission n'a d'ailleurs pas contesté, en 2006, l'apport de JARPA à cet égard. Quoi qu'il en soit, l'arrêt rappelle, à juste titre, que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le fonctionnement et la légalité du programme JARPA (*ibid.*, par. 99). Ce qui est en cause, en effet, c'est le programme JARPA II qui lui a succédé, à partir de la saison 2005-2006.

La légalité de ce second programme a été contestée devant la Cour, par l'Australie, qui considère que celui-ci n'est pas un programme mené «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention et que, en l'autorisant et en l'exécutant, le Japon a violé le paragraphe 10 *e*) du règlement sur le moratoire sur la chasse commerciale, le paragraphe 7 *b*) sur le sanctuaire de l'océan Austral et le paragraphe 10 *d*) sur le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes.

Dès lors, la démarche de la majorité devient surprenante, puisqu'elle revient à consacrer l'essentiel du raisonnement à démontrer que JARPA II n'est pas un programme «en vue de recherches scientifiques», en évitant, en fin de compte, de se demander quel est l'objectif réel poursuivi par un tel programme.

La Cour se refuse tout d'abord à établir une définition de la notion de «recherches scientifiques», celle-ci ne figurant pas dans la convention. Quant à la définition proposée par les experts, elle a été considérée comme

is not applicable in the present case (Judgment, para. 86). However, immediately afterwards, the Court undertakes an analysis of the meaning of the phrase “for purposes of scientific research” (*ibid.*, para. 87), which might be regarded as something of a paradox. In effect, the Court seeks to determine the purpose of a given activity without having first clarified what that activity consists of. This is a perilous exercise, all the more so since what it turns out to consist in is a discussion of whether the design and implementation of the programme “are reasonable in relation to its stated scientific objectives” (*ibid.*, para. 88).

It becomes apparent, reading the Court’s subsequent reasoning, that in reality it fails to apply the test of correspondence between the programme’s objectives, on the one hand, and its design and implementation on the other. Thus the Judgment (in paragraphs 135 to 156) essentially undertakes a comparison between JARPA and JARPA II, in order to conclude that the latter has not been conducted “for purposes of scientific research”. And this is said to be because the programme has utilized lethal methods, when it could have had greater recourse to non-lethal methods. However, nowhere does the majority demonstrate the existence of a requirement on the State concerned to give priority to non-lethal methods in the conduct of scientific research.

The Court seeks to remedy the lack of such an obligation by invoking (Judgment, para. 144) the inadequacy of Japan’s analysis of non-lethal methods, and its failure to give due regard to IWC resolutions and Guidelines, despite the fact that, by their nature, these are not binding upon that State. We may well ask ourselves how a legal obligation can derive from the inadequacy of an analysis, or from a failure to have regard to acts of international bodies which carry no normative force in relation to those to whom they are addressed.

In my view, a State is perfectly entitled, for purposes of scientific research, to eschew the use of non-lethal methods if it considers them too costly and, if need be, to fund the costs of research out of the proceeds from the sale of the whales taken and processed.

But the Court does not stop there in its comparison between JARPA and JARPA II. It queries the latter’s scale, again by reference to the former (*ibid.*, paras. 145 to 156). It concludes this comparison by noting “weaknesses in Japan’s explanation” (*ibid.*, para. 156), relying largely on these to justify the assumption made about Japan’s intention:

“These weaknesses also give weight to the contrary theory advanced by Australia — that Japan’s priority was to maintain whaling operations without any pause, just as it had done previously by commencing JARPA in the first year after the commercial whaling moratorium had come into effect for it.” (*Ibid.*)

Despite having proceeded on the premise that it would not define scientific research, the majority then, however, engages in a detailed analysis of

inapplicable en l'espèce (arrêt, par. 86). Mais, la Cour s'engage, aussitôt après, dans l'analyse du sens de l'expression «en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 87), ce qui, en soi, peut paraître paradoxal. En effet, il s'agit d'établir ce qui est destiné à la réalisation d'une activité donnée sans avoir clarifié, au préalable, le contenu de l'activité en question. L'exercice est périlleux et il le sera d'autant plus qu'il va consister à se demander si la conception et la mise en œuvre du programme «sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés» (*ibid.*, par. 88).

On s'aperçoit, dans la suite du raisonnement, que le test de la correspondance entre les objectifs, d'un côté, et la conception ainsi que la mise en œuvre, de l'autre, n'est pas réellement utilisé. En effet, l'arrêt (par. 135 à 156) se livre essentiellement à une comparaison entre JARPA et JARPA II pour estimer que le second n'a pas été mené «en vue de recherches scientifiques». Et cela pour la raison qu'il aurait recouru à des méthodes létales alors qu'il aurait pu se fonder plus largement sur des méthodes non létales. Mais, la majorité n'avance nulle part l'existence d'une obligation imposant à l'Etat concerné de donner la priorité à des méthodes non létales dans la conduite des recherches scientifiques.

Afin de pallier l'absence de cette obligation, la Cour évoque (arrêt, par. 144) l'insuffisance de l'analyse menée par le Japon en ce qui concerne le recours à des méthodes non létales et la non-prise en considération par celui-ci des résolutions et lignes directrices de la CBI, alors que celles-ci ne s'imposent pas, en tant que telles, à cet Etat. On peut se demander comment une obligation juridique peut découler d'une insuffisance d'analyse ou d'une non-prise en considération d'actes d'organismes internationaux qui n'ont pas de caractère décisionnel à l'égard de leurs destinataires.

A mon avis, l'Etat a parfaitement le droit, pour les besoins de la recherche scientifique, d'écarter les méthodes non létales, s'il les estime trop onéreuses, et de couvrir éventuellement le coût de la recherche par le produit de la vente des captures.

Mais, la Cour ne s'arrête pas là dans son œuvre de comparaison de JARPA et de JARPA II. Elle s'interroge sur l'ampleur de ce dernier par référence, de nouveau, au premier (*ibid.*, par. 145 à 156). Elle en vient, au terme de cette comparaison, à noter des «faiblesses de l'explication avancée par le Japon» (*ibid.*, par. 156) et à cautionner pratiquement le procès d'intention qui a été fait à ce pays :

«Ces faiblesses tendent également à accréditer la thèse de l'Australie, à savoir que la priorité du Japon était d'assurer la continuité de ses activités de chasse à la baleine, comme il l'avait déjà fait en lançant JARPA dans l'année qui suivit l'entrée en vigueur du moratoire sur la chasse commerciale.» (*Ibid.*).

Alors que la majorité avait avancé comme postulat qu'elle n'allait pas définir la recherche scientifique, elle va cependant s'engager dans une

sample sizes for each species, identifying five stages in this process, illustrated by statistical studies (Judgment, paras. 157 to 202).

At the close of this whole arduous and complex discussion, the Court concludes that “this raises further concerns about whether the design of JARPA II is reasonable in relation to achieving its stated objectives” (*ibid.*, para. 198). These concerns are based on a very elaborate structure of statistics and studies, but a series of concerns cannot result in certainty, namely that there has been a legal breach of an international obligation.

Is it possible, nonetheless, to exclude all reasonable doubt by comparing sample sizes and actual catches?

Having undertaken such an exercise (*ibid.*, paras. 199 to 211), the Court again asserts that the discrepancy noted between sample sizes and the actual take of whales “cast[s] further doubt on the characterization of JARPA II as a programme for purposes of scientific research” (*ibid.*, para. 212). Thus, the Judgment, having again noted this discrepancy in the case of minke whales, goes on to state that “[t]his adds force to Australia’s contention that the target sample size for minke whales was set for non-scientific reasons” (*ibid.*, para. 209). In other words, if Japan had taken all the whales provided for in the sample, that would have sufficed to make the programme a credible one “for purposes of scientific research”. Such a finding would, moreover, contradict the previous emphasis on the priority of non-lethal methods over lethal methods.

In its final conclusion on the issue of whether JARPA II has been conducted for purposes of scientific research (*ibid.*, paras. 223 to 227), the Court finds that “the use of lethal sampling per se is not unreasonable in relation to the research objectives of JARPA II” (*ibid.*, para. 224), but it is only by comparing the latter with JARPA that it finds that the size of the samples for minke whales has been significantly increased, even though, in absolute terms, the proportion of whales actually taken was limited. Thus, in relation to the minke whale population, which numbers between 338,000 and 1,486,000 individuals (Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.116), the actual total take of minke whales for the entire JARPA II programme did not exceed 3,264 individuals (*ibid.*, Fig. 6, and Counter-Memorial of Japan, pp. 178 and 181).

Are all of these concerns and queries sufficient for the Court to conclude that JARPA II was not designed and implemented “for purposes of scientific research” (Judgment, para. 227)?

The Court then addresses (*ibid.*, para. 228) Australia’s contentions regarding Japan’s breaches of the Schedule, namely the moratorium on commercial whaling (para. 10 (*e*)), the factory ship moratorium (para. 10 (*d*)), and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 (*b*)). One might have expected, at this stage in the reasoning, that the Court would ask itself whether JARPA II was designed and implemented for commercial purposes. Indeed, the Conven-

analyse détaillée de la détermination des tailles d'échantillon pour chaque espèce en distinguant cinq étapes, dans ce processus, illustrées par des études statistiques (arrêt, par. 157 à 202).

A l'issue de tous ces développements, ardues et complexes, la Cour en arrive à considérer que «c'est là une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés» (*ibid.*, par. 198). Il s'agit là d'un doute supplémentaire, construit à partir de statistiques et d'études très élaborées, mais une série de doutes ne peut permettre de parvenir à une certitude, celle établissant la violation, en droit, d'une obligation internationale.

Peut-on, cependant, aller au-delà de tout doute raisonnable, par une comparaison entre les tailles d'échantillon et les prises effectives?

La Cour se livre à cet exercice (*ibid.*, par. 199 à 211) pour affirmer de nouveau que la différence constatée entre tailles d'échantillon et prises effectives jette «un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 212). Ainsi, l'arrêt, après avoir rappelé cette différence pour les petits rorquals, ajoute que «[c]et élément 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» (*ibid.*, par. 209). En d'autres termes, il aurait suffi que le Japon ait chassé l'ensemble des baleines prévues dans l'échantillon pour que celui-ci devienne crédible dans le contexte de la chasse «en vue de recherches scientifiques». De surcroît, une telle conclusion serait en contradiction avec la priorité, soulignée préalablement, des méthodes non létales sur les méthodes létales.

Dans sa conclusion finale sur le point de savoir si JARPA II est conduit en vue de recherches scientifiques (*ibid.*, par. 223 à 227), la Cour estime que «l'utilisation des méthodes létales en tant que telle n'est pas déraisonnable» (*ibid.*, par. 224), mais c'est seulement en comparant celui-ci avec JARPA qu'elle considère que la taille des échantillons de petits rorquals a été fortement majorée, même si la proportion des prises effectives était, dans l'absolu, faible. En effet, comparé à la population de petits rorquals qui est comprise entre 338 000 et 1 486 000 individus (mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.116), le nombre de prises effectives de petits rorquals pour l'ensemble du programme JARPA II n'a pas dépassé 3264 individus (*ibid.*, figure 6, et contre-mémoire du Japon, p. 178 et 181).

L'ensemble de ces doutes et de ces interrogations est-il suffisant pour conclure que JARPA II n'a pas été conçu et mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques» (arrêt, par. 227)?

La Cour se penche ensuite (*ibid.*, par. 228) sur les allégations de violation par le Japon des dispositions du règlement avancées par l'Australie, qui imposent le moratoire sur la chasse commerciale (par. 10 *e*)), le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d*)) et le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b*)). On aurait pu s'attendre, à ce stade du raisonnement, que la Cour se pose la question de savoir si le programme JARPA II a été conçu et appliqué à des fins commerciales. En effet, la

tion envisages only three categories of whaling (commercial whaling, whaling “for purposes of scientific research”, and aboriginal subsistence whaling). Leaving aside the latter category, which is not at issue in this case, the sole remaining choice lies between the first two categories. Indeed, both Parties and the intervening State do not dispute this, as the Court points out (Judgment, para. 229). Furthermore, it was on the allegation that JARPA II was of a commercial nature that Australia based its claim that the above provisions of the Schedule had been breached.

Why, then, does the Court refuse “to evaluate the evidence in support of the Parties’ competing contentions about whether or not JARPA II has attributes of commercial whaling” (*ibid.*, para. 230)?

The Court begins by noting that the moratorium on factory ships (para. 10 (*d*) of the Schedule) makes no explicit reference to commercial whaling, unlike those imposing the moratorium on commercial whaling and establishing the Southern Ocean Sanctuary. Yet the Court nonetheless interprets paragraphs 10 (*e*) and 7 (*b*) of the Schedule, which concern these two latter matters, as not relating exclusively to commercial whaling. According to the Court, any contrary interpretation “would leave certain undefined categories of whaling activity beyond the scope of the Convention” (Judgment, para. 229). I must confess that I cannot see what is the basis for this expansive interpretation of clear texts which prohibit commercial whaling; nor can I work out which, from among the methods of interpretation envisaged by the Vienna Convention, is that relied on here.

I now return to the Court’s finding concerning paragraph 10 (*d*) of the Schedule in relation to the moratorium on factory ships. It is true that this provision makes no explicit reference to commercial whaling. However, examination of the *travaux préparatoires* in this regard explains why, unlike the other two subparagraphs of the Schedule with which we are concerned, it contains no such reference.

Paragraph 10 (*d*) of the Schedule originated in a proposal by the United States for a moratorium on commercial whaling. This proposal was taken up by Panama, which proposed that it be divided into two parts, with, on the one hand, a moratorium on factory ships and, on the other, one on land station operations (see Chairman’s Report of the Thirty-First Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission*, Vol. 30, 1980, p. 26, Counter-Memorial of Japan, Vol. II, Ann. 46; see also P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, Vol. 1, Oceana Publs., 1985, p. 505). Only the first part of the proposal was adopted by the Commission, and became the current paragraph 10 (*d*) of the Schedule. The moratorium on factory ships was thus drafted on the basis of a proposal for a moratorium on commercial whaling, and it was clear at the time of its adoption that it only concerned

convention ne prévoit que trois catégories de chasse à la baleine (à des fins commerciales, «en vue de recherches scientifiques» et aborigène de subsistance). Si on laisse de côté la dernière catégorie qui n'est pas concernée dans cette affaire, la seule option qui demeure est celle entre les deux premières catégories. D'ailleurs, les deux Parties et l'Etat intervenant ne le contestent pas, ainsi que leur rappelle la Cour (arrêt, par. 229). Bien plus, l'Australie a plaidé le caractère commercial de JARPA II afin d'en déduire la violation des dispositions en question du règlement.

Comment alors comprendre le refus de la Cour «d'examiner les éléments de preuve apportés par les Parties à l'appui de leurs thèses contradictoires sur le point de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale» (*ibid.*, par. 230)?

La Cour relève, d'abord, que la disposition qui établit le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d*) du règlement) ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale, à la différence de celles imposant le moratoire sur la chasse commerciale et créant le sanctuaire de l'océan Austral. Malgré cela, elle interprète cependant les paragraphes 10 *e*) et 7 *b*) du règlement, qui s'y rapportent, comme n'interdisant pas, à titre exclusif, la chasse à des fins commerciales. Selon la Cour, interpréter autrement ces deux dispositions par la Cour «laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine» (arrêt, par. 229). Je dois avouer ne pas percevoir quel est le fondement de cette interprétation extensive de textes clairs qui interdisent la chasse à des fins commerciales, ni non plus quelle est, parmi les méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne, celle à laquelle il a été fait recours en l'occurrence.

Je reviens maintenant au constat établi par la Cour en ce qui concerne le paragraphe 10 *d*) du règlement relatif au moratoire sur l'utilisation des usines flottantes. Certes, cette disposition ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale. Cependant, l'examen des travaux préparatoires, la concernant, permet d'éclairer l'absence de cette qualification, par opposition aux deux autres paragraphes en question du règlement.

Le paragraphe 10 *d*) du règlement trouve son origine dans une proposition des Etats-Unis d'Amérique d'adopter un moratoire sur la chasse commerciale. Cette proposition a été reprise par le Panama qui a proposé de la scinder en deux parties en instaurant, d'une part, un moratoire sur l'utilisation des usines flottantes et, d'autre part, un moratoire sur les stations terrestres (voir Chairman's Report of the Thirty-First Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission*, vol. 30, 1980, p. 26, contre-mémoire du Japon, vol. II, annexe 46; voir également P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, vol. 1, Oceana Publications, 1985, p. 505). Seule la première partie de la proposition a été adoptée par la commission, et est devenue l'actuel paragraphe 10 *d*) du règlement. Le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes a été ainsi élaboré sur la base d'une proposition de mora-

commercial whaling. It follows that paragraphs 10 (*d*), 10 (*e*) and 7 (*b*) of the Schedule thus apply solely to commercial whaling.

I therefore believe that the majority was not entitled to dispense with an examination of the question whether JARPA II was of a commercial nature. Clearly, it could not have so found, since any commercial activity must be conducted with a view to profit, even if that is not achieved. However, this is simply not the case for JARPA II, or for the special permits issued thereunder, since the proceeds from the sale of whales taken and processed are given to a non-profit whale research institute.

I would add that the position taken by the majority is not only unfounded in law, but has failed to take account of the spirit of the Convention, which aims at strengthening co-operation between States parties for the purposes of managing a shared resource. The Commission and the Scientific Committee play a key role in this regard. In particular, they are required to conduct periodic examinations of the special permits granted by States parties and to comment thereon, including on aspects which might be improved. Moreover, they performed this task in relation to JARPA, as is shown by the list of resolutions adopted by the Commission. As things stand at present, JARPA II underwent a prior examination in 2005, and its periodic examination is currently under way. The results are due to be published shortly. In other words, neither the Commission nor the Scientific Committee has yet had the opportunity to pass judgment on the implementation of JARPA II. In engaging in an evaluation of the programme, the Court has, in a sense, substituted itself for these two bodies.

In order to strengthen the object and purpose of the Convention, it is clearly desirable that States parties should act within the institutional framework established by the latter. That would probably be the best way of strengthening multilateral co-operation between States parties in defence of their common interest — as the Preamble to the Convention emphasizes — and of enabling them to arrive at an authentic interpretation of the Convention.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

toire sur la chasse commerciale et il était clair lors de son adoption que seule la chasse commerciale était concernée. Par conséquent, les paragraphes 10 *d*), 10 *e*) et 7 *b*) du règlement s'appliquent donc exclusivement à la chasse commerciale.

Ainsi, je pense que la majorité ne pouvait faire l'économie de la preuve du caractère commercial de JARPA II. Elle ne pouvait manifestement pas établir une telle conclusion dans la mesure où une activité à des fins commerciales doit être menée en vue de réaliser un profit, même si celui-ci n'est pas au rendez-vous. Or cela n'est tout simplement pas le cas pour JARPA II et pour les permis spéciaux délivrés dans ce cadre, le produit de la vente des baleines capturées et traitées étant affecté à un institut de recherche sur les baleines, à but non lucratif.

J'ajouterai que la démarche suivie par la majorité, outre qu'elle n'est pas fondée juridiquement, n'a pas pris en compte l'esprit de la convention, qui vise à renforcer la coopération entre les Etats parties pour la gestion d'une ressource partagée. La commission et le comité scientifique jouent un rôle central à cet égard. Il leur appartient notamment d'examiner périodiquement les permis spéciaux délivrés par les Etats parties et de formuler des observations, notamment sur les aspects susceptibles d'être améliorés. Ils se sont d'ailleurs acquittés de cette mission à l'égard de JARPA comme le témoigne la liste de résolutions adoptées par la commission. A l'heure actuelle, JARPA II a fait l'objet d'un examen préalable en 2005 et son examen périodique est en cours. Les résultats devraient être publiés incessamment. En d'autres termes, ni la commission ni le comité scientifique n'ont encore eu l'opportunité de se prononcer sur la mise en œuvre de JARPA II. En se livrant à l'évaluation du programme, la Cour s'est substituée, d'une certaine façon, à ces deux organes.

Afin de renforcer l'objet et le but de la convention, il est certainement souhaitable, pour les Etats parties, d'agir de l'intérieur du système institutionnel prévu par celle-ci. C'est probablement le meilleur moyen de renforcer la coopération multilatérale des Etats parties dans la défense de leur intérêt commun, souligné par le préambule de la convention, et de parvenir à une interprétation authentique de celle-ci par les Etats parties.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.