

Corrigé
Corrected

CR 2013/16

**International Court
of Justice**

LA HAYE

**Cour internationale
de Justice**

THE HAGUE

YEAR 2013

Public sitting

held on Thursday 4 July 2013, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Tomka presiding,

*in the case concerning Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan:
New Zealand intervening)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2013

Audience publique

tenue le jeudi 4 juillet 2013, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Tomka, président,

*en l'affaire relative à la Chasse à la baleine dans l'Antarctique
(Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*

COMPTE RENDU

Present: President Tomka
 Vice-President Sepúlveda-Amor
 Judges Owada
 Abraham
 Keith
 Bennouna
 Skotnikov
 Cançado Trindade
 Yusuf
 Greenwood
 Xue
 Donoghue
 Gaja
 Sebutinde
 Bhandari
Judge *ad hoc* Charlesworth

Registrar Couvreur

Présents : M. Tomka, président
M. Sepúlveda-Amor, vice-président
MM. Owada
Abraham
Keith
Bennouna
Skotnikov
Caçado Trindade
Yusuf
Greenwood
Mmes Xue
Donoghue
M. Gaja
Mme Sebutinde
M. Bhandari, juges
Mme Charlesworth, juge *ad hoc*

M. Couvreur, greffier

The Government of Australia is represented by:

The Honourable Mark Dreyfus Q.C., M.P., Attorney-General of Australia,

as Counsel and Advocate;

Mr. Bill Campbell, Q.C., General Counsel (International Law), Attorney-General's Department,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. Neil Mules, A.O., Ambassador of Australia to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. Justin Gleeson, S.C., Solicitor-General of Australia,

Mr. James Crawford, A.C., S.C., F.B.A., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, member of the Institut de droit international, Barrister, Matrix Chambers, London,

Mr. Henry Burmester, A.O., Q.C., Special Counsel, Australian Government Solicitor,

Mr. Philippe Sands, Q.C., Professor of Law, University College London, Barrister, Matrix Chambers, London,

Ms Laurence Boisson de Chazournes, Professor of International Law at the University of Geneva,

as Counsel and Advocates;

Ms Kate Cook, Barrister, Matrix Chambers, London,

Dr. Makane Mbengue, Associate Professor, University of Geneva,

as Counsel;

Ms Anne Sheehan, Acting Assistant-Secretary, Attorney-General's Department,

Mr. Michael Johnson, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Danielle Forrester, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Stephanie Ierino, Acting Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Clare Gregory, Senior Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Nicole Lyas, Acting Senior Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Erin Maher, Legal Officer, Attorney-General's Department,

Mr. Richard Rowe, Senior Legal Adviser, Department of Foreign Affairs and Trade,

Dr. Greg French, Assistant Secretary, Department of Foreign Affairs and Trade,

Le Gouvernement de l'Australie est représenté par :

L'honorable Mark Dreyfus, Q.C., M.P., *Attorney-General* d'Australie,

comme conseil et avocat ;

M. Bill Campbell Q.C., General Counsel (droit international), services de l'*Attorney-General* d'Australie,

comme agent, conseil et avocat ;

S. Exc. M. Neil Mules, A.O., ambassadeur d'Australie auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent ;

M. Justin Gleeson, S.C., *Solicitor-General* d'Australie,

M. James Crawford, A.C., S.C., F.B.A., professeur de droit international à l'Université de Cambridge, titulaire de la chaire Whewell, membre de l'Institut de droit international, avocat, Matrix Chambers (Londres),

M. Henry Burmester, A.O., Q.C., *Special Counsel, Solicitor* du Gouvernement australien,

M. Philippe Sands, Q.C., professeur de droit au University College de Londres, avocat, Matrix Chambers (Londres),

Mme Laurence Boisson de Chazournes, professeur de droit international à l'Université de Genève,

comme conseils et avocats ;

Mme Kate Cook, avocat, Matrix Chambers (Londres),

M. Makane Mbengue, professeur associé à l'Université de Genève,

comme conseils ;

Mme Anne Sheehan, secrétaire adjoint par intérim, services de l'*Attorney-General*,

M. Michael Johnson, juriste principal, services de l'*Attorney-General*,

Mme Danielle Forrester, juriste principal, services de l'*Attorney-General*,

Mme Stephanie Ierino, juriste principal par intérim, services de l'*Attorney-General*,

Mme Clare Gregory, juriste hors classe, services de l'*Attorney-General*,

Mme Nicole Lyas, juriste hors classe par intérim, services de l'*Attorney-General*,

Mme Erin Maher, juriste, services de l'*Attorney-General*,

M. Richard Rowe, juriste hors classe, ministère des affaires étrangères et du commerce,

M. Greg French, secrétaire adjoint, ministère des affaires étrangères et du commerce,

Mr. Jamie Cooper, Legal Officer, Department of Foreign Affairs and Trade,

Ms Donna Petrachenko, First Assistant Secretary, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Mr. Peter Komidar, Director, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Dr. Bill de la Mare, Scientist, Australian Antarctic Division, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Dr. David Blumenthal, Senior Adviser, Office of the Attorney-General,

Ms. Giulia Baggio, First Secretary, Senior Adviser, Office of the Attorney-General,

Mr. Todd Quinn, First Secretary, Embassy of Australia in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Ms Mandy Williams, Administration Officer, Attorney-General's Department,

as Assistant.

The Government of Japan is represented by:

Mr. Koji Tsuruoka, Deputy Minister for Foreign Affairs,

as Agent;

H.E. Mr. Yasumasa Nagamine, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Japan to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense, President of the Société française pour le droit international, associate member of the Institut de droit international,

Mr. Vaughan Lowe, Q.C., member of the English Bar, Emeritus Professor of International Law, Oxford University, associate member of the Institut de droit international,

Mr. Alan Boyle, Professor of International Law at the University of Edinburgh, member of the English Bar,

Mr. Yuji Iwasawa, Professor of International Law at the University of Tokyo, member and former Chairperson of the Human Rights Committee,

Mr. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D. (Harvard), Professor of International Law, McGill University, member of the Bar of New York and the Law Society of Upper Canada,

Mr. Shotaro Hamamoto, Professor of International Law, Kyoto University,

Ms Yukiko Takashiba, Deputy Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

as Counsel and Advocates;

M. Jamie Cooper, juriste, ministère des affaires étrangères et du commerce,

Mme Donna Petrachenko, premier secrétaire adjoint, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,

M. Peter Komidar, directeur, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,

M. Bill de la Mare, scientifique, division de l'Antarctique australien, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,

M. David Blumenthal, conseiller principal, services de l'*Attorney-General*,

Mme Giulia Baggio, conseiller principal, services de l'*Attorney-General*,

M. Todd Quinn, premier secrétaire, ambassade d'Australie au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers ;

Mme Mandy Williams, administrateur, services de l'*Attorney-General*,

comme assistant.

Le Gouvernement du Japon est représenté par :

M. Koji Tsuruoka, ministre adjoint des affaires étrangères,

comme agent ;

S. Exc. M. Yasumasa Nagamine, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Japon auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent ;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, président de la Société française pour le droit international, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Vaughan Lowe, Q.C., membre du barreau d'Angleterre, professeur émérite de droit international à l'Université d'Oxford, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Alan Boyle, professeur de droit international à l'Université d'Edimbourg, membre du barreau d'Angleterre,

M. Yuji Iwasawa, professeur de droit international à l'Université de Tokyo, membre et ancien président du Comité des droits de l'homme,

M. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D (Harvard), professeur de droit international à l'Université McGill, membre du barreau de New York et du barreau du Haut-Canada,

M. Shotaro Hamamoto, professeur de droit international à l'Université de Kyoto,

Mme Yukiko Takashiba, directeur adjoint à la division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

comme conseils et avocats ;

Mr. Takane Sugihara, Emeritus Professor of International Law, Kyoto University,

Ms Atsuko Kanehara, Professor of International Law, Sophia University (Tokyo),

Mr. Masafumi Ishii, Director-General, International Legal Affairs Bureau, Ministry of Foreign Affairs,

Ms Alina Miron, Researcher, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

as Counsel;

Mr. Kenji Kagawa, Director-General, Resources Enhancement Promotion Department, Fisheries Agency,

Mr. Noriyuki Shikata, Minister, Embassy of Japan in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,

Mr. Kenichi Kobayashi, Director, International Legal Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Joji Morishita, Director-General, National Research Institute of Far Seas Fisheries,

Mr. Akima Umezawa, Ph.D., Director, Fishery Division, Ministry of Foreign Affairs,

Ms Yoko Yanagisawa, Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Naohisa Shibuya, Deputy Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Ken Sakaguchi, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

Ms Akiko Muramoto, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Masahiro Kato, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Takaaki Sakamoto, Assistant Director, International Affairs Division, Fisheries Agency,

Mr. Shigeki Takaya, Assistant Director, Fisheries Management Improvement Division, Fisheries Agency,

Mr. Toshinori Uoya, Assistant Director, Fisheries Management Division, Fisheries Agency,

Mr. Shinji Hiruma, Assistant Director, International Management Division, Fisheries Agency,

Mr. Sadaharu Kodama, Legal Adviser, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Nobuyuki Murai, LL.D., First Secretary, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,

M. Takane Sugihara, professeur émérite de droit international de l'Université de Kyoto,

Mme Atsuko Kanehara, professeur de droit international à l'Université Sophia (Tokyo),

M. Masafumi Ishii, directeur général du bureau des affaires juridiques internationales, ministère des affaires étrangères,

Mme Alina Miron, chercheur, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

comme conseils ;

M. Kenji Kagawa, directeur général du département de la promotion de la valorisation des ressources, agence des pêcheries,

M. Noriyuki Shikata, ministre à l'ambassade du Japon au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,

M. Kenichi Kobayashi, directeur à la division des affaires juridiques internationales, ministère des affaires étrangères,

M. Joji Morishita, directeur général de l'Institut national de recherche sur les pêcheries en eaux lointaines,

M. Akima Umezawa, Ph.D., directeur à la division des pêcheries, ministère des affaires étrangères,

Mme Yoko Yanagisawa, directeur à la division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

M. Naohisa Shibuya, directeur adjoint à la division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

M. Ken Sakaguchi, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

Mme Akiko Muramoto, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

M. Masahiro Kato, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

M. Takaaki Sakamoto, sous-directeur à la division des affaires internationales, agence des pêcheries,

M. Shigeki Takaya, sous-directeur à la division de l'amélioration de la gestion des pêcheries, agence des pêcheries,

M. Toshinori Uoya, sous-directeur à la division de la gestion des pêcheries, agence des pêcheries,

M. Shinji Hiruma, sous-directeur à la division de la gestion internationale, agence des pêcheries,

M. Sadaharu Kodama, conseiller juridique à l'ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,

M. Nobuyuki Murai, LL.D., premier secrétaire de l'ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,

Ms Risa Saijo, LL.M., Researcher, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Héloïse Bajer-Pellet, member of the Paris Bar,

as Advisers;

Mr. Douglas Butterworth, Emeritus Professor, University of Cape Town,

Ms Judith E. Zeh, Ph.D., Researcher Professor Emeritus, University of Washington,

Mr. Dan Goodman, National Research Institute of Far Seas Fisheries,

Mr. Luis Alberto Pastene Perez, Ph.D., Director, Survey and Research Division, Institute of Cetacean Research,

as Scientific Advisers and Experts;

Mr. Martin Pratt, Professor, Department of Geography, Durham University,

as Expert Adviser;

Mr. James Harrison, Ph.D., Lecturer in International Law, University of Edinburgh,

Ms Amy Sander, member of the English Bar,

Mr. Jay Butler, Visiting Associate Professor of Law, George Washington University Law School, member of the New York Bar,

as Legal Advisers.

The Government of New Zealand is represented by:

The Honourable Christopher Finlayson Q.C., M.P., Attorney-General of New Zealand,

as Counsel and Advocate;

Dr. Penelope Ridings, International Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs and Trade,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. George Troup, Ambassador of New Zealand to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

Ms Cheryl Gwyn, Deputy Solicitor-General, Crown Law Office,

Ms Elana Geddis, Barrister, Harbour Chambers, Wellington,

as Counsel;

Mr. Andrew Williams, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs and Trade,

Mme Risa Saijo, LL.M., chercheur à l'ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,

Mme Héloïse Bajer-Pellet, membre du barreau de Paris,

comme conseillers ;

M. Douglas Butterworth, professeur émérite de l'Université de Cape Town,

Mme Judith E. Zeh, Ph.D., chercheur, professeur émérite de l'Université de Washington,

M. Dan Goodman, Institut national de recherche sur les pêcheries en eaux lointaines,

M. Luis Alberto Pastene Perez, Ph.D., directeur à la division des enquêtes et de la recherche, Institut de recherche sur les cétacés,

comme conseillers et experts scientifiques ;

M. Martin Pratt, professeur au département de géographie de l'Université de Durham,

comme conseiller expert ;

M. James Harrison, Ph.D., chargé de cours en droit international à l'Université d'Edimbourg,

Mme Amy Sander, membre du barreau d'Angleterre,

M. Jay Butler, professeur associé invité de droit à la faculté de droit de l'Université George Washington, membre du barreau de New York,

comme conseillers juridiques.

Le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande est représenté par :

L'honorable Christopher Finlayson, Q.C., M.P., *Attorney-General* de Nouvelle-Zélande,

comme conseil et avocat ;

Mme Penelope Ridings, conseiller juridique pour le droit international, ministère des affaires étrangères et du commerce,

comme agent, conseil et avocat ;

S. Exc. M. George Troup, ambassadeur de Nouvelle-Zélande auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent ;

Mme Cheryl Gwyn, *Solicitor-General* adjoint, Crown Law Office,

Mme Elana Geddis, avocat, Harbour Chambers (Wellington),

comme conseils ;

M. Andrew Williams, conseiller juridique, ministère des affaires étrangères et du commerce,

Mr. James Christmas, Private Secretary, Attorney-General's Office,

Mr. James Walker, Deputy Head of Mission, Embassy of New Zealand in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Paul Vinkenvleugel, Policy Adviser, Embassy of New Zealand in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers.

M. James Christmas, chef de cabinet, services de l'*Attorney-General*,

M. James Walker, chef de mission adjoint, ambassade de Nouvelle-Zélande au Royaume des Pays-Bas,

M. Paul Vinkenvleugel, conseiller politique, ambassade de Nouvelle-Zélande au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers.

The PRESIDENT: Please be seated. Good afternoon. The hearing is open and I give the floor to Professor Iwasawa. You have the floor, Sir.

Mr. IWASAWA:

JARPA II IS NOT A CONTINUATION OF COMMERCIAL WHALING

Thank you, Sir. Mr. President, Members of the Court, it is a great honour and privilege to appear before this Court on behalf of Japan.

Introduction

1. Mr. President, Japan respects law and science. JARPA II is a program of scientific research. Nevertheless, Australia alleges that the “real” purpose of JARPA II is to continue commercial whaling¹. My task today is to demonstrate that this allegation is unfounded. To do this, I will first establish that the specific arguments Australia makes to support this allegation cannot be sustained in either law or fact. Second, I will point out that Japan’s special permit whaling was launched in response to paragraph 10 (*e*) of the Schedule which recognized the need for “the best scientific advice”. It is not a continuation of commercial whaling. I will then demonstrate that JARPA II is totally different from commercial whaling, highlighting some of its main operational features.

2. At the outset, I wish to recall that Professors Hamamoto and Boyle have already shown that JARPA II is a program of scientific research. They have demonstrated that the plan, implementation and outcome of JARPA II prove that its purpose is undeniably scientific.

3. Nevertheless, Australia alleges that the “real” purpose of JARPA II is to continue commercial whaling. It claims that the special permit whaling is a “guise”². In short, Australia accuses Japan of acting in bad faith.

¹CR 2013/10, p. 41, para. 1; p. 48, para. 24 (Crawford); MA, para. 5.107.

²CR 2013/7, p. 20, para. 8 (Campbell); CR 2013/8, p. 21, para. 26 (Burmester); CR 2013/10, p. 49, para. 26 (Crawford); MA, para. 3.4.

4. Japan strongly objects to such a serious allegation. As Professor Pellet will demonstrate later, bad faith must not be presumed but must be proven by the party making such an allegation³. Therefore, Australia bears a very heavy burden to prove Japan's bad faith.

I. Australia's four arguments are unfounded in law and fact

5. Mr. President, Members of the Court, I now move to the first part of my pleading. Australia has not been able to refute the scientific nature of JARPA II. Instead, it has dismissed JARPA II as a "business model"⁴, and alleged that "the design and manner of implementation" of JARPA II indicate the programme's commercial character⁵. Australia has tried to support these conclusions with four specific arguments: namely, (1) the "production, sales and distribution" of by-products⁶; (2) the "economic use or benefit" of proceeds⁷; (3) the "scale" of sample size⁸; and (4) adjustments to actual catches in response to "market forces"⁹. These claims lack any basis in law or fact. The demonstrably scientific nature of JARPA II is itself sufficient to conclude that it is legal under Article VIII of the ICRW ("the Convention"). Nevertheless, I will prove that the four arguments Australia has presented are all unfounded. That makes up the first part of my pleading.

A. Australia ignores Article VIII, paragraph 2

6. Australia's arguments fail as a matter of law because they ignore Article VIII, paragraph 2, of the Convention. [Slide 58-1: Article VIII, paragraph 2, of the Convention] As you can see on the screen, the paragraph provides:

"Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted."

³*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 30.*

⁴CR 2013/7, p. 27, para. 10 (Gleeson); CR 2013/11, p.18, para. 59 and p. 24, para.82 (Crawford); MA, Chap. 3.

⁵CR 2013/11, p. 18, para. 58 (Crawford); MA, para. 6.7.

⁶*Ibid.*, p. 18, paras. 59-61 (Crawford); MA, paras. 6.8-6.9.

⁷*Ibid.*, p. 19, para. 62 (Crawford); MA, paras. 6.10-6.13.

⁸⁸*Ibid.*, p. 19, paras. 63-65 (Crawford); MA, paras. 6.14-6.17.

⁹⁹*Ibid.*, p. 20, paras. 66-71 (Crawford); MA, paras. 6.18-6.23.

Thus, Japan is under an *obligation*, I repeat Mr. President, an *obligation* to ensure that any whales taken in its special permit whaling are processed and the proceeds are dealt with in accordance with the Government's directions¹⁰.

7. Australia attacks JARPA II as a "business model". But in accordance with this provision, special permit whaling is bound to have economic dimensions. In other words, they are logical consequences of the legal requirement of the Convention. Therefore, JARPA II cannot be illegal because of its economic dimensions, obligated by law. Australia's "business model" argument is thwarted by the clear text of Article VIII, paragraph 2. Moreover, as I will explain in detail later, JARPA II is totally different from commercial whaling. If JARPA II were a "business model" pursuing commercial interests, it would not be carried out in this manner. Commercially, JARPA II makes no sense.

(a) *Sale of by-products is explicitly recognized by Article VIII, paragraph 2*

8. Mr. President, Members of the Court, I now turn to my rebuttal of the four arguments made by Australia. Australia argues that JARPA II is for commercial purposes because it is directed towards the "production, sale and distribution" of by-products¹¹. Australia claims in essence that the sale of by-products violates the moratorium on commercial whaling. But how would the "proceeds" referred to in Article VIII, paragraph 2, be generated other than by sales of by-products? The processing of by-products is a legal obligation under this provision. Australia's argument is inconsistent with Article VIII, paragraph 2. The explicit obligation under this provision distinguishes the Convention from other treaties which Australia alluded to in its oral pleadings¹².

(b) *Use of proceeds for research activities is consistent with Article VIII, paragraph 2, and is a common practice*

9. Australia's second argument concerns the economic use of the proceeds. Australia claims that JARPA II is commercial whaling as "funding for JARPA II derives from the sale of its

¹⁰CMJ, para. 5.123.

¹¹CR 2013/11, p. 18, paras. 59-61 (Crawford); MA, paras. 6.8, 6.9.

¹²CR 2013/10, p. 54, para. 43; CR 2013/11, p. 18, para. 58 (Crawford).

‘by-product’¹³. This argument is equally untenable. As you can see on the screen, paragraph 2 provides that “the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government”. Two observations may be made. First, the proceeds from special permit whaling are not to be used without directions from the Government. Second, paragraph 2 does not prescribe the content of the directions; instead, it entrusts the Government to specify them and allows it a margin of appreciation. In Japan, the Minister of Agriculture, Forestry and Fisheries approved the Code for Special Research Program issued by the Institute of Cetacean Research (ICR)¹⁴. Article 14 of the Code stipulates that “[t]he sales proceeds shall be allocated to cover expenditure associated with conducting research whaling programs”¹⁵. In accordance with the Code, proceeds obtained through JARPA II are used for continuing research activities¹⁶. One anti-whaling nation expressly admitted in 2006 that, and I quote, “this use [of proceeds of JARPA II] is not inconsistent with the provisions of Article VIII of the Convention”¹⁷. [End of slide]

10. The use of proceeds from by-products for research activities is a widely accepted practice in scientific research. Professor Walløe gave evidence in his written statement that such use is “generally accepted in fisheries research, where research vessels are often issued with quotas for the relevant fish species to fund at least part of the research”¹⁸. In many scientific research programmes around the world, the proceeds obtained by the sale of by-products are used to finance the programme.

11. In fact, Australia’s criticism contradicts its own practice. The Australian Fisheries Management Act 1991 provides a legal basis for the issuance of scientific permits authorizing scientific research activities, including scientific research fishing, and in that Act “the sale” of fish taken is specifically allowed. [Slide No. 58-2: Fisheries Management Act 1991] As you can see on the screen, Section 33 (5) (b) of the Act stipulates that conditions in a scientific permit may

¹³CR 2013/11, p. 19, para. 62 (Crawford); MA, para. 6.11.

¹⁴CMJ, para. 5.125.

¹⁵*Ibid.* See also CMJ, Ann. 138.

¹⁶CMJ, para. 5.125.

¹⁷IWC 58 Verbatim Record, 16 June 2006 (statement of Italy), <http://download.iwc.int/verbatim/2006/index.htm> (accessed on 18 June 2013).

¹⁸Lars Walløe, “Scientific review of issues raised by the Memorial of Australia including its two Appendices” (9 April 2013), p. 9.

include “the sale or disposal of fish taken during the course of activities carried out under the permit”¹⁹. “[T]he sale” is allowed under Australia’s scientific permits. [End of slide] And, in accordance with this Act, the Australian Fisheries Management Authority (AFMA), an organ of the Government of Australia, set up a specific policy scheme entitled “Research Catch and Effort Allowance Policy”²⁰. [Slide No. 58-3: AFMA Research Catch and Effort Allowance Policy] As is shown on the screen, the Policy stipulates that “AFMA may agree . . . to conduct the field component of a survey using industry vessels with *the cost of the survey funded by the sale of any catch.*”²¹ Research fishing under scientific permits in Australia can be funded by the sale of by-products. There are numerous other examples²², but I will not bother the Court by listing them all here. [End of slide]

12. As I have shown, Australia allows research projects under its own scientific permit to sell the by-products of such research and use the proceeds. They are nevertheless scientific activities, according to Australia. Thus, Australia’s second argument must fail. It is in contradiction with a widely accepted practice in scientific research, including Australia’s own practice.

13. Australia suggests that the promotion of by-product sales is also contrary to the Convention²³. This claim is baseless. JARPA II is financially supported by the proceeds of its by-products, and therefore it is reasonable to promote their sales.

14. Australia alleges also that JARPA II is a means to maintain a whaling “industry” and its skills²⁴. This allegation confuses a means with an end. Scientific research such as JARPA II cannot be conducted with bare hands. Therefore, it is only natural that Japan has utilized existing resources to carry out scientific research. Utilization of existing resources does not change the

¹⁹Fisheries Management Act 1991, Australia, <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00179> (accessed on 18 June 2013).

²⁰AFMA, Government of Australia, “Research Catch and Effort Allowance Policy”, July 2007, p. 2, <http://www.afma.gov.au/wp-content/uploads/2011/10/Doc.-21-ScallopMAC-4-Apr-2011-Agenda-Item-2.2-Attachment-3-Research-Policy-July-2007.pdf> (accessed on 18 June 2013).

²¹*Ibid.*, p. 3; emphasis added.

²²For example, the International Pacific Halibut Commission established by Canada and the United States conducted a standardized stock assessment survey in 2011. The report made it clear that the by-products were sold to offset the costs of the survey. See International Pacific Halibut Commission, <http://www.iphc.int/data/survey/2012/2012vesseltenderform.pdf> (accessed on 25 June 2013).

²³MA, para. 6.20.

²⁴CR 2013/10, p. 53, para. 38 (Crawford); CR 2013/11, p. 19, para. 63 (Crawford); MA, paras. 3.28, 3.32, 3.80, 3.108, 5.118, 6.11, 6.12.

scientific nature of research. This is evident from the example of the International Decade of Cetacean Research and the Southern Ocean Whale and Ecosystem Research (IDCR/SOWER). Japan contributed to these non-lethal research programmes for more than thirty years with the provision of crews and existing vessels. The scientific nature of these programmes has not been disputed even by Australia. Indeed, Australia also utilizes existing commercial fishery vessels for research²⁵. The use of existing resources is a means, not an end.

B. Australia's arguments cannot be sustained in fact

(a) The sample size is established based on scientific merit and does not make JARPA II commercial whaling

15. Mr. President, Australia's third argument is that the sample size of JARPA II has no scientific rationale and is commercial²⁶. As Professor Boyle has established, the sample size of JARPA II is determined based on a scientific methodology with well-established statistical tools.

16. Moreover, neither the Convention, the Schedule, nor Annex P sets a specific sample size which would distinguish special permit whaling from commercial whaling. What is essential is that the sample size of special permit whaling has scientific merit while avoiding adverse effects on the population of the targeted species. These conditions are fully satisfied in JARPA II, as demonstrated by my colleagues.

(b) Actual catches have decreased because of the violent sabotage by Sea Shepherd

17. Mr. President, Australia's fourth argument is that the actual catches under JARPA II have been intentionally reduced in recent years in response to "market forces"²⁷. Japan regrets that Australia is turning a blind eye to the real reason for the downsizing — the violent sabotage activities by Sea Shepherd. In the oral pleadings, Professor Crawford made a categorical statement that the violence of Sea Shepherd is "of no relevance to this case"²⁸. However, as Professor Akhavan demonstrated, the violence of Sea Shepherd is of *great* relevance to this case.

²⁵AFMA, "Research Catch and Effort Allowance Policy", July 2007, p. 3.

²⁶CR 2013/8, pp. 57-58, para. 8 (Sands); CR 2013/11, p. 19, para. 63 (Crawford); MA, paras. 6.15, 6.16.

²⁷CR 2013/11, p. 20, para. 66 (Crawford); MA, para. 6.23.

²⁸CR 2013/11, p. 20, para. 67 (Crawford).

18. Sea Shepherd has escalated its violence in recent years. It has harassed Japanese research vessels in the Antarctic Ocean, and has resorted to extreme acts of violence, such as ramming into research vessels, dragging metal-reinforced ropes in the water to damage research vessel propellers, and pointing high-powered lasers directly into the eyes of researchers and crew. This year, Sea Shepherd even rammed into an oil supply tanker during an oil supply operation to a research vessel, as you can see on the screen. [Slide No. 58-4: Violent Attacks by Sea Shepherd] The Scientific Committee recognized in its Report of this year that “research activities were interrupted several times by the Sea Shepherd, which directed violent sabotage activities against Japanese research vessels”²⁹. [End of slide]

19. Sea Shepherd’s dangerous attacks forced research vessels to divert their time and resources away from research activities. The graph on the screen was shown by Australia last week. [Slide No. 58-5: Sea Shepherd Sabotage ships and Actual Catches] It indicates the target size and actual catches under JARPA II. According to Australia, this graph shows that Japan is intentionally reducing actual catches for commercial reasons³⁰. This allegation is false. To make the graph simpler, I will show only actual catches. It is true that actual catches are decreasing. But the reason Australia gave for the decrease is untrue. On the same graph, I will superpose the number of Sea Shepherd ships which were engaged in violent sabotage activities. [Slide: Superposition of Sea Shepherd ships]. Ship symbols on top indicate how many Sea Shepherd ships sabotaged JARPA II each year. The slide is a graphic illustration of an indisputable relation between Sea Shepherd attacks and actual catches. The increase of Sea Shepherd ships forced the reduction of samples. When the research vessels were subjected to life-threatening sabotage by Sea Shepherd, they had no option but to suspend the research activities and leave the area in order to protect the lives of researchers and crew. When the number of Sea Shepherd ships reduced, the research vessels were able to catch more samples. Why would this rebound occur if Australia’s allegation were true? The violent sabotage of Sea Shepherd is the real reason why the actual catches were fewer than planned. Mr. President, Members of the Court, Japan regrets that

²⁹SC, 2013, p. 79, para. 17.2.2, JARPA II.

³⁰CR 2013/10, p. 43, para. 11 (Crawford); MA, para. 3.95.

Australia downplayed the violence of Sea Shepherd and made the categorical statement that “it is of no relevance to this case”³¹.

20. Australia’s allegation is also illogical. The research voyage to the Antarctic costs approximately four billion yen, or forty million US dollars. A smaller amount of catch only adds to the significant financial losses incurred by the programme. If financial considerations were Japan’s prime concern as alleged by Australia³², the best option would be not to go to the Antarctic in the first place. Why then does Japan send the research vessels to the Antarctic? It is because JARPA II is for scientific purpose, not commercial purpose. It is true that the violent attacks by Sea Shepherd have caused financial challenges to the ICR which conducts JARPA II. But Japan believes that violence must not prevail over science. [End of slide]

21. The so-called “evidence” Australia submits in this case to support its grave allegation of bad faith is tenuous. Australia’s allegation that Japan has intentionally reduced actual catches is specially revealing in this respect. In the Memorial, Australia uses press articles as key documents supporting its allegation³³. Japan regrets that Australia makes a grave allegation of bad faith relying upon press articles whose evidential value is questionable. I would like to recall the observations this Court has made in the past in this regard. In the *Nicaragua* case, this Court stated:

“A large number of documents has been supplied in the form of reports in press articles . . . [T]he Court has been careful to treat them with great caution; *even if they seem to meet high standards of objectivity*, the Court regards them *not as evidence capable of proving facts*.”³⁴

22. Australia has also quoted statements made by Japanese government officials in support of its allegation. But the statements are taken out of context and misrepresented. For example, Australia has repeatedly claimed that a statement of a Minister is evidence of intentional reduction of actual catches³⁵. But Australia misrepresents his statement. I invite you to look at tab 59 in your

³¹CR 2013/11, p. 20, para. 67 (Crawford).

³²MA, para. 6.21.

³³MA, paras. 3.97-3.99 are based upon *Asahi Shimbun* and MA, para. 3.103 is based upon *Mainichi Shimbun*. *Shimbun* means newspapers in Japanese. After the opening of the oral proceedings, Australia deposited two additional *Shimbun* articles to the Court on 27 June 2013.

³⁴*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 40, para. 62; emphasis added.

³⁵CR 2013/9, p.27, para. 45 (Sands); CR 2013/10, p.42, para. 8 (Crawford); MA, paras. 3.81, 5.78.

folder³⁶. This Minister made remarks in the context of “The Future of the IWC”³⁷. He made the statements at the height of intensive negotiations in which Japan vigorously pursued progress, whereas Australia was persistently unwilling to compromise. The transcript of his statements, especially the parts highlighted in yellow, makes it clear that he was talking about a proposal Japan would have to consider during the negotiations, and not about JARPA II operations. His statements demonstrate how serious Japan was at that time, unlike Australia, about seeking a consensus in the process of “The Future of the IWC”.

23. Australia’s misreading of Japanese statements is demonstrated by another example. Australia alleges that another official’s statement revealed Japan’s intentional reduction of actual catches³⁸. Australia misrepresents his statement too. I invite you to look at tab 61 in your folder³⁹. As you can see in the part highlighted in yellow, contrary to Australia’s allegation, this official explicitly denied that Japan intentionally lowered the actual catches, saying: “No, that is not the case.” Thus, statements of Japanese officials are taken out of context and misrepresented. I am sorry it was just pointed out that the tab number is different, the previous one was tab 60, and the current one is tab 61, I am sorry for this confusion. Thus, statements of Japanese officials are taken out of context and misrepresented. Australia’s arguments based upon misquotations of Japanese officials are inappropriate and unfounded.

II. JARPA II is scientific research as required by paragraph 10 (e), not a continuation of commercial whaling

24. Mr. President, Members of the Court, I now turn to the second part of my pleading where I will demonstrate that Japan’s special permit whaling is scientific research as required by paragraph 10 (e) of the Schedule, the very provision which established the moratorium on commercial whaling. It is not a continuation of commercial whaling. In the latter half of this part, I will focus upon the operational design of JARPA II and demonstrate that JARPA II is totally different from commercial whaling.

³⁶For the original version in Japanese, see http://www.maff.go.jp/j/press-conf/v_min/080414.html (accessed on 3 July 2013).

³⁷CMJ, para. 5.81. See <http://www.maff.go.jp/j/press-conf/min/100309.html> (accessed on 18 June 2013).

³⁸MA, para. 3.82.

³⁹For the original version in Japanese, see http://www.maff.go.jp/j/press-conf/v_min/080414.html (accessed on 3 July 2013).

25. Mr. President, the moratorium on commercial whaling was adopted in 1982 as an amendment to the Schedule — paragraph 10 (e). [Slide 58-6: paragraph 10 (e) of the Schedule ~~(only the first sentence)~~] The slide on the screen is the paragraph shown by Australia last week. ~~What is important is what Australia did not show. The second ^{sentence} ~~statement~~. And it has three parts.~~ ~~First, as you can see, after prescribing the moratorium, the paragraph provides: “This provision will be kept under review, based upon the best scientific advice.” Thus, it explicitly acknowledges the need for “the best scientific advice” in order for the moratorium to be kept under review. Second, it also provides that by 1990 “the Commission will undertake a comprehensive assessment of the effects of this decision on whale stocks”. It obligates the Commission to conduct a comprehensive assessment of the moratorium based on scientific data. Third, it provides further that “the Commission will consider modification of this provision and the establishment of other catch limits”. It clearly foresees possible modification and lifting of the moratorium “based upon the best scientific advice”. The second sentence thus clearly indicates the temporary nature of the moratorium and the need for “the best scientific advice”. These aspects of paragraph 10 (e) ^{were} ~~are~~ completely bypassed in Australia’s oral pleadings. Why did Australia not show the second sentence? It is because it provides a solid legal basis for Japan’s special permit whaling.~~ ~~x~~ ~~x~~ ~~x~~ ~~x~~

A. Paragraph 10 (e) of the Schedule prompted Japan to embark on special permit whaling in the Antarctic

26. Mr. President, I will show that Japan launched special permit whaling in order to provide the scientific data required by paragraph 10 (e). My explanation will also answer the question that Judge Bennouna put to Professor Walløe yesterday; namely, why did Japan launch JARPA in 1987?

27. Japan did not suddenly start cetacean studies when paragraph 10 (e) was adopted in 1982. As explained by Professor Hamamoto, Japan has been committed to the advancement of scientific knowledge on cetaceans and has made significant contributions over half a century. Even though the moratorium was adopted by the IWC without any agreed advice from the Scientific Committee⁴⁰, once Japan accepted it, Japan has faithfully abided by it.

⁴⁰CMJ, paras. 3.46-3.55.

28. As I explained, the second sentence of paragraph 10 (e) clearly foresees modification and
x lifting of the moratorium. But review “based upon ^{the} best scientific advice” has to come first. And, a
x comprehensive assessment was scheduled by 1990. Mr. President, Japan wished to resume
commercial whaling in a sustainable manner, and it was natural for Japan to start special permit
whaling so that its scientific advice would be used in a comprehensive assessment which was
scheduled within a few years. Japan started JARPA in 1987, believing genuinely that the
moratorium would be reviewed and possibly lifted by 1990. [End of slide]

29. Australia alleges that “Japan chose to use . . . ‘scientific whaling’ as a means to continue
the commercial operation”⁴¹. Among its purported “evidence” is the statement by a Japanese
official that “scientific whaling was viewed as the *only method to carry on* with the traditions on
whaling”⁴². Judge Bhandari asked Japan to comment on this statement, as well. ^{42a} This statement is
misrepresented by Australia. First, the statement reads more properly: “scientific whaling was
viewed as the only method to *pass on* the tradition of whaling [*to future generations*]”. He did not
say that special permit whaling was the method to continue commercial whaling in disguise.
Second, under paragraph 10 (e) special permit whaling was indeed the only method available for
Japan to achieve the lifting of the moratorium and pass on the 2,000-year tradition of whaling to
future generations. The statement must be understood in this context.

30. In fact, Mr. Kato, the Minister for Agriculture, Forestry and Fisheries, at that time,
explained the reason for launching special permit whaling more clearly in the Diet:

x Commission ~~Committee~~ “Japan thinks that the moratorium established by the International Whaling
Committee (IWC) in 1982 is not based on scientific evidence and illegitimate, and
thus should be reviewed swiftly. Therefore, the Japanese Government is going to
carry out research whaling in an effort to review the decision on the (commercial
whaling) moratorium of the IWC.”⁴³

Japan acted in full accordance with paragraph 10 (e) and made the utmost effort to provide the best
scientific advice. Japan scrupulously upholds law and science. Japan’s good faith is beyond doubt.

31. In addition to this misleading quotation, Australia quotes a number of other statements of
Japanese officials made in the 1980s, referring in particular to a phrase “in some form or another”

⁴¹CR 2013/7, p. 27, para. 11 (Gleeson). See also MA, para. 3.4.

⁴²~~ibid~~ MA, para. 5.108.

⁴³House of Representatives, Comm. on Agriculture, Forestry and Fisheries, 25 March 1987,
<http://kokkai.ndl.go.jp/> (accessed on 3 July 2013) ~~statement of Minister Kato~~. ^(statement of Minister Kato)

^{42a} CR 2013/14, p. 74.

time and again⁴⁴. The statements are taken out of context again. Australia boasts that the statements were made after the moratorium was adopted in 1982⁴⁵. But what Australia ignores is that the statements were made before 1987 when the moratorium entered into force for Japan. During the period between 1982 and 1987, different views were expressed as to the future of Japan's whaling. The views supporting the continuation of whaling need to be read in this context. In 1985 Japan decided to halt commercial whaling and instead to focus upon contributing to scientific research so that the moratorium would be lifted soon based on scientific data. The Japanese officials' statements are taken out of context and misrepresented.

32. As Professor Akhavan pointed out, Australia is right in saying that it was "no coincidence" that Japan initiated special permit whaling immediately after the moratorium entered into force for Japan⁴⁶. There was indeed a clear relationship between the adoption of the moratorium and the launch of special permit whaling. But Australia is wrong about its motive. Japan started special permit whaling precisely because paragraph 10 (e) recognized the need for "the best scientific advice" in order for the moratorium to be reviewed and lifted. Japan started special permit whaling because the moratorium deprived the scientific community of scientific data which had been collected through commercial whaling. Mr. President, as I have demonstrated, Japan started JARPA II, not *despite* the moratorium, but *because of* the moratorium, to lift the moratorium. x

B. JARPA II is totally different from commercial whaling

33. Mr. President, now I would like to focus on the operational design of JARPA II to demonstrate that it is totally different from commercial whaling. JARPA II has many characteristics which could not be explained if it were for commercial purpose. Among others, I will highlight three features of JARPA II: namely, (1) trackline; (2) random sampling; and (3) non-lethal methods.

⁴⁴CR 2013/7, p. 25, para. 4 (Gleeson); CR 2013/10, pp. 50-51, para. 31, p. 53, para. 37, p. 55, para. 44 (Crawford); CR 2013/11, p. 24, para. 82 (Crawford). MA, paras. 3.4, 3.15, 3.118, 5.108.

⁴⁵MA, footnote 188.

⁴⁶MA, paras. 1.4, 3.4.

34. [Slide 58-7: Trackline] I now draw your attention to the slide on the screen. One of the most distinct differences between JARPA II and commercial whaling is the vessels' trackline. In JARPA II, research vessels faithfully follow a scientifically predetermined trackline set across every ten degrees in longitude in zigzags, with a view to obtaining meaningful research data on the distribution of whales and the whale stock status. As a result, research vessels spend most of the time in low-density areas and only about 20 per cent of the time in high density areas where commercial whaling would be viable. In contrast, in commercial whaling, fleets go straight to the high density areas in the south close to the ice around Antarctica and spend virtually 100 per cent of their time there. This is only natural because commercial considerations require maximum takes with a minimum of manoeuvring. If JARPA II were commercial whaling, why would the fleet spend about 80 per cent of the time outside the high density areas? The contrast in tracklines between JARPA II and commercial whaling is striking and is further support for the conclusion that JAPRA II is not commercial whaling. [End of slide]

35. Australia alleges that JARPA II's research area is different from that of JARPA due to commercial considerations⁴⁷. This is another baseless allegation because there was a scientific reason for the change of the research area. JARPA II shifted its scientific priority to the area between 130° E and 175° E in order to investigate the mixing of two stocks in the area based upon JARPA's important findings. In response to the data and analysis provided by Japan, the Scientific Committee has engaged in discussions about stock structure in this specific area⁴⁸.

36. I invite you to look at the next slide. [Slide 58-8: Random sampling] Another important difference between JARPA II and commercial whaling is the selection of individual whales taken. JARPA II uses random sampling based upon scientific considerations. Research vessels navigate along a scientifically predetermined trackline and whales to be taken are randomly selected driven by the statistical requirements for scientific analysis. As a result, smaller whales are also targeted in contrast to the basic commercial principle of maximizing benefits and minimizing cost. Random sampling runs counter to commercial considerations, but provides scientists with the reliable

⁴⁷CR 2013/11, p. 16, para. 50 (Crawford).

⁴⁸See, e.g., Report of the Intersessional Workshop to Review Data and Result, 10 *J. Cetacean Res. Manage. (Suppl.)* 422 (2008). See also Report of the Scientific Committee, 2012, 14 *J. Cetacean Res. Manage. (Suppl.)* 26 (2013).

unbiased data desirable for their analyses leading to the calculation of sustainable yields. In contrast, in commercial whaling, whales to be taken are selected based on commercial efficiency, in other words, the size of the whales. Therefore, large animals are targeted and they tend to make up a majority of the catch. This is only natural because the purpose of commercial whaling is to maximize the amount of oil or meat with a minimum of efforts. [End of slide]

37. In the oral pleadings, Australia alleged that “there is an underrepresentation of the smaller minke” in JARPA and JARPA II⁴⁹. This allegation is false, as the next graph will show. [Slide 58-9: Graph comparing age distribution of whales taken in commercial whaling] The graph on the screen shows in percentages the age composition of Antarctic minke whales caught in commercial whaling. The commercial whaling of the past took more larger and therefore older animals by proportion. On the same graph I will superpose the ages of catches from JARPA. [Slide 58-10: Superposition of JARPA data] This graph demonstrates that JARPA and JARPA II use random sampling, with full representation of the younger animals, unlike commercial whaling. [End of slide]

38. Thirdly, the use of non-lethal methods in JARPA II is uncharacteristic of commercial whaling. If research methods are dominated by commercial considerations, non-lethal methods would not exist as options. Non-lethal methods are used only for scientific purposes. As Professor Hamamoto explained, JARPA II has devoted considerable efforts to research with non-lethal methods, such as sighting surveys, photo-IDs, biopsy sampling and oceanographic observations. After seven research cruises completed since its beginning, JARPA II has recorded more than 70,000 nautical miles of sighting distance (or 10,000 nautical miles on average for every research cruise); nearly 400 photo-IDs; and more than 200 biopsy sampling⁵⁰. If you compare these figures with the achievements of the acclaimed IDCR/SOWER, namely an average sighting distance of 7,000 nautical miles per cruise⁵¹, you will understand that a vast effort has been invested in non-lethal surveys under JARPA II. That non-lethal methods make up no small part in JARPA II is another indication that JARPA II is scientific research, and not commercial whaling.

⁴⁹CR 2013/11, p. 16, para. 52 (Crawford).

⁵⁰Institute of Cetacean Research, JARPA II Cruise Report, <http://www.icrwhale.org/CruiseReportJARPAJp.html> (accessed on 18 June 2013).

⁵¹11 *J. Cetacean Res. Manage. (Suppl. 2)* 48 (2010).

39. The next slide shows that there are many scientists on board JARPA II research vessels in contrast to commercial whaling. [Slide 58-11: Number of scientists on board] In order for a large-scale scientific operation such as JARPA II to be successful, many scientists need to be on board actively engaged in research. Professor Hamamoto explained with a photo what activities the scientists are engaged in on board. The presence of many scientists devoted to scientific research on board is another important feature which distinguishes JARPA II from commercial whaling. [End of slide]

40. Mr. President, some decades ago, commercial whaling was carried out on a large scale. [Slide 58-12: Graph of the number of catches/samples since the 1945] As you can see on the screen, the scale of JARPA and JARPA II is negligible, compared with the heyday of commercial whaling in the 1960s. Today, the world is in the age of conservation and management based upon science. Scientific activities provide objective findings which enable the international community to construct a more solid conservation and management framework. The world will never go back to the unlimited taking of whales. [End of slide]

Conclusion

41. Mr. President, Members of the Court, I conclude. I have established that Australia's allegation that the "real" purpose of JARPA II is to continue commercial whaling is unfounded. The four specific arguments Australia makes in support of this allegation are untenable, either in law or fact. Australia ignores Article VIII, paragraph 2, of the Convention and puts forward a peculiar argument which is in contradiction with widely accepted practice, including Australia's own practice. JARPA II is scientific research which was launched to provide "the best scientific advice" as required by paragraph 10 (e) of the Schedule and is not a continuation of commercial whaling. I have also highlighted some of the main features of JARPA II which could not be explained if it were for commercial purpose. JARPA II simply is not commercial whaling.

42. Mr. President, Members of the Court, Australia is attempting to portray Japan as acting in bad faith. This is a serious allegation that Australia has failed to substantiate.

Thank you for your attention, Mr. President and Members of the Court. I now invite you, Mr. President, to call upon Professor Boyle once again to address the Court.

The PRESIDENT: Thank you very much, Professor Iwasawa, and I invite Professor Boyle to take his place at the rostrum again. You have the floor, Sir.

Mr. BOYLE:

THE PRECAUTIONARY APPROACH AND THE ICRW

1. Thank you very much, Mr. President. I am conscious of the time; I shall try and be very brief. I have got three submissions to make this afternoon. First, that Japan . . .

The PRESIDENT: Please speak at such a speed that the interpreters can translate into French, if you can.

Mr. BOYLE: I apologize. I will slow down.

First, that Japan has acted with prudence and caution in setting sample sizes for special permit whaling. Secondly, that the precautionary approach does not shift the burden of proof to Japan, and thirdly, that a precautionary approach requires States to carry out scientific research rather than prohibiting them from doing so.

The Precautionary Approach

2. Australia argues in its Memorial that the development of the precautionary approach in international law must be taken into account when interpreting Article VIII⁵². So does New Zealand in its Written Observations⁵³.

3. Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development — which you see on the screen — sets out the only universally endorsed version of the precautionary approach in the following terms (tab 64) and I think the key elements are in the second sentence which talks about threats of “serious or irreversible damage” and says that where there is “lack of full scientific certainty” that “shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”⁵⁴. In its Memorial, Australia says that “this means that the uncertainty

⁵²Memorial (MA), para. 4.87.

⁵³Written Observations of New Zealand (WON), paras. 73-75.

⁵⁴Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development, UN doc. A/CONF.151/26/Rev.1. *Report of the UNCED* (New York, 1992), Vol. I.

regarding the status of whale stocks requires Contracting Governments to act with prudence and caution by strictly limiting the grant of special permits under Article VIII⁵⁵.

4. New Zealand argues that a precautionary application of Article VIII “necessarily requires that no whales be killed unless that is necessary to achieve the objectives of the intended research”, and that if whales are killed it says, “precaution requires that the number taken must be as low as necessary to meet those objectives⁵⁶. Finally, it says that Japan must be able to demonstrate that there will be no adverse effect on the stock⁵⁷.

5. I will argue today that JARPA II meets all of those requirements, so it matters little whether they represent international law or merely the policy preferences of Australia and New Zealand. But one point is worth stressing at the outset: there is nothing in the precautionary approach that reverses the normal burden of proof in international law. I made the same argument before this Court in 2009 and I am pleased to say that the Court agreed with me . But I will return to that point later.

A. Japan has acted with prudence and caution

6. The simple answer to the argument that Japan has not acted with prudence and caution is that it has indeed done so by strictly limiting the number of whales that may be taken so that there can be no harm to the stock. Even Professor Mangel agreed that “the very small take of whales will not in any way endanger this stock⁵⁸. As the Court has heard earlier, the JARPA II sample sizes are extremely conservative. Japan reiterates the conclusions of the 2005 research plan which I drew to your attention this morning.

7. Japan is not alone in believing that prudence and caution do not require a halt to the limited taking of minke whales under special permits. At the 10th Conference of the Parties to the CITES Convention in 1997, Japan proposed the transfer of minke whales from Appendix I— threatened with extinction— to Appendix II— may be threatened— in accordance with the

⁵⁵MA, para. 4.90.

⁵⁶WON, para. 75.

⁵⁷WON, para. 75.

⁵⁸CR 2013/9, p. 63 (Mangel).

criteria set out in Resolution 9.24⁵⁹ of the CITES Convention. The CITES Secretariat stated “it is clear that the criteria [for Appendix I listing] are not met and that the stocks concerned should be transferred to Appendix II, with a quota, provided that effective enforcement is in place”⁶⁰. Even in 1997 Southern Ocean minke whales were not endangered.

8. Australia has offered the Court no evidence to show that JARPA II’s very limited level of special permit whaling has endangered any whale stocks, or that it could do so in the future. It merely makes reference to the past history of commercial whaling and uncertainty over the total minke population⁶¹. But JARPA II scientific research whaling bears no resemblance to the massive scale of commercial whaling in the past, while at the IWC’s 64th Annual Meeting in 2012 the Scientific Committee agreed abundance estimates for Antarctic minke whales of 720,000 in 1985-1991, and 515,000 in 1992-2004⁶². It is important to observe that the Scientific Committee concluded that these figures do not represent a statistically significant decline. And even Australia agreed: it “noted [that] the decline between the two minke whale population estimates was not statistically significant, and that while a decline was most likely the data included the possibility that the population remained stable or even increased”⁶³. It is hard to characterize this as “uncertainty”.

9. Australia pointed out in oral argument that the number of whales actually taken is significantly lower than the permitted sample sizes and my colleague, Professor Iwasawa, has just explained to you why that has come about. Clearly this smaller sample will have even less impact on the stock. It could have some impact on the research program but that is one of the issues that will be assessed in 2014 when the next Scientific Committee review of JARPA II takes place. That is the most appropriate moment at which to evaluate whether any changes in the programme of

⁵⁹Criteria for amendment of Appendices I and II, CITES Resolution Conf. 9.24, available at: <http://www.cites.org/eng/res/all/09/E:09-24R13.pdf>. (last checked on 3 July 2013).

⁶⁰CITES, doc. 10.89 (Rev.), available at: <http://www.cites.org/eng/cop/10/doc/E:10-89.pdf> (last checked on 3 July 2013)

⁶¹MA, paras. 5.96-5.98.

⁶²Report of the Scientific Committee, 64th IWC Meeting (2012), pp. 36-37, available at: <http://iwc.int/index.php?cID=2893&cType=document> (last checked on 3 July 2013).

⁶³IWC Chair’s Report of 64th IWC Meeting (2012), para. 6.1.2. available at: <http://iwc.int/cache/downloads/2c2s83sna8ro40s0ookoggogk/IWC64%20Chair's%20Report.pdf> (last checked on 3 July 2013).

research are required. Japan will consider the outcome of that review and make such changes if necessary. That is exactly what the research plan says⁶⁴.

B. The burden of proof

10. That brings me to my second submission. Australia tries to argue that “[t]he onus is on the proponents of the research to demonstrate, not merely to assert, that the proposed research will not put the population or stock being studied at risk”⁶⁵. New Zealand takes the same position and it cites Judge Wolfrum’s separate opinion in the *MOX Plant Provisional Measures* case for the proposition “the burden of proof concerning the possible impact of a given activity is reversed”⁶⁶.

11. Japan has indeed shown in its 2005 research plan, as submitted to the Scientific Committee, that JARPA II has not and will not create a risk of harm to the stocks being studied⁶⁷, but it reiterates that, in the absence of express treaty language to the contrary, the precautionary principle does not reverse the normal burden of proof in international law. In this respect, with the utmost respect to Judge Wolfrum, he is quite wrong to say that it does. To take one example, the burden of proof was quite deliberately *not* reversed when a precautionary approach to fisheries conservation was elaborated in some detail by Article 6 of the 1995 United Nations Fish Stocks Agreement⁶⁸. There is no reason why the Whaling Convention should be read any differently, especially so when the jurisprudence is taken into account.

12. This Court has repeatedly held that “in accordance with the well-established principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the

⁶⁴Government of Japan, *Plan for the 2nd Phase of the Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic*, paper SC/57/O1, May 2005, p. 13; CMJ, Ann. 150.

⁶⁵MA, para. 4.113.

⁶⁶WON, para. 74.

⁶⁷Government of Japan, *Plan for the 2nd Phase of the Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic*, paper SC/57/O1, May 2005, App. 9; CMJ, Ann. 150.

⁶⁸Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, Art. 6, available at: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/fish_stocks_agreement/CONF164_37.htm (last checked on 3 July 2013).

existence of [those] facts”⁶⁹. In the *Pulp Mills on the River Uruguay* case, Argentina argued, like Australia and New Zealand, that the precautionary approach reversed the burden of proof. That argument was rejected by the Court⁷⁰. In accordance with the Court’s consistent jurisprudence it is thus for Australia to prove the facts that it asserts, and in this case it has not even tried to show that whale stocks have been harmed by special permit whaling at existing levels.

13. Nor has Australia tried to persuade the Court that the language of the Whaling Convention reverses the burden of proof with respect to special permits. It would be difficult for it to do so, given the terms in which Article VIII is drafted. Let me recall that language again:

“any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions *as the Contracting Government thinks fit*, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article *shall be exempt from the operation of this Convention*” (emphasis added).

14. This language does not indicate any change in the burden of proof in the present proceedings. On the contrary, it leaves Contracting Governments with a very wide margin of appreciation, as Professor Lowe explained this morning. Nevertheless, as I also explained to the Court this morning, the 2005 JARPA II research plan did include an evaluation of “possible effects on conservation of the stock” as specified in Annex Y⁷¹. The conclusion was that it would have no harmful impact.

15. In truth Australia’s attempt to invoke the precautionary principle as a substitute for proving its case is hopeless. It bears reiterating that Rio Principle 15 and the precautionary approach come into play only where it can first be shown that there are “threats of serious or irreversible damage”. In other words, this kind of damage must be likely to some degree⁷². That is

⁶⁹*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, para. 162. See also, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 68; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/ Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, para. 45; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 128, para. 204; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101.

⁷⁰*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p.14, para. 162.

⁷¹2005 JARPA II Research Plan, App. 9; CMJ, Ann. 150.

⁷²European Commission, *Communication on the Precautionary Principle*, COM (2000) 1, p. 4 (“Recourse to the precautionary principle presupposes that potentially dangerous effects deriving from a phenomenon, product or process have been identified, and that scientific evaluation does not allow the risk to be determined with sufficient certainty”).

a high threshold: serious or irreversible harm requires more than “significant” harm⁷³. JARPA II has not been shown to cause *any* harm to whale stocks.

C. Scientific research is consistent with the precautionary principle

16. My last submission concerns the role of scientific research and the precautionary approach. Australia’s reliance on the precautionary approach is, in reality, fundamentally flawed. A precautionary approach necessarily envisages that steps will be taken to illuminate uncertainties, to provide a sounder scientific basis for conservation and exploitation measures — that is exactly what Japan is doing in JARPA II. Conservation and management of marine living resources must normally be based on the “best scientific evidence available”. That is what the 1982 United Nations Law of the Sea Convention⁷⁴ and the Fish Stocks Agreement⁷⁵ provide, as I pointed out yesterday.

17. Similarly, in WTO law, “a WTO Member must make best efforts to remedy the insufficiencies in the relevant scientific evidence with additional scientific research or by gathering information from relevant international organizations or other sources”⁷⁶. In all of these instances where the scientific evidence is uncertain, unreliable or inadequate, States must make serious efforts to do further research. How then can the issue of special permits for JARPA II be characterized as inconsistent with the application of a precautionary approach rather than as an expression of that approach?

18. Given the existence of a 28-year moratorium on commercial whaling, Article VIII of the Whaling Convention is an essential tool, the only tool, for enabling the Contracting Parties to conduct important aspects of research on conservation and sustainable use of whales. That is the

⁷³International Law Commission, 2001 Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, *ILC Report* (2001); *General Assembly Official Records (GAOR)*, A/56/10, p. 366.

⁷⁴United Nations Convention on the Law of the Sea, 1833 *UNTS* 3 (1982) (1982 UNCLOS) Articles 61 (2) and 119 (1) (a).

⁷⁵One of the duties of regional or subregional fisheries management organizations under the 1995 Agreement is to “compile and disseminate accurate and complete statistical data, as described in Annex I, to ensure that the best scientific evidence is available . . .”; 1995 Fish Stocks Agreement, Article 10 (c).

⁷⁶*United States — Continued Suspension of Obligation in the EC — Hormones Dispute*, Report of Appellate Body, WT/DS320/AB/R, 16 October 2008, para. 679, available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds320/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds320/ab/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (3 July 2013); 1994 WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), Article 5.7, available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm (last checked on 3 July 2013); *EC — Measures concerning Meat and Meat Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS26/DS48/AB/R, 16 Jan. 1998, para. 124, available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/hormab.pdf (last checked on: 3 July 2013).

rationale for JARPA II, as the Court heard this morning. Restricting Article VIII, as Australia argues, would hinder rather than promote conservation and sustainable use of resources.

19. So in reality, JARPA II is consistent with the requirements of a precautionary approach to whaling, while Australia's opposition to it is not. The precautionary approach requires States to continue to gather scientific evidence in order to make a judgment about whaling based on the best scientific evidence available. Article VIII must be interpreted in order to permit States to carry out this key function. Australia has not shown that Japan's precautionary approach to special permit whaling for scientific purposes in any way "undermines the effectiveness of the ICRW regime"⁷⁷. On the contrary, we would submit that it sustains the effectiveness of that régime.

20. Australia plainly is not satisfied by Japan's caution and prudence in setting sample sizes. It therefore uses the precautionary approach to argue that the grant of special permits under Article VIII must be "strictly limited" and that Japan must justify them to other members of the Whaling Commission. What Australia and New Zealand invite the Court to say is that the IWC — or the Court — should decide on the grant of special permits, not Japan.

21. But both Australia and New Zealand are trying to rewrite Article VIII so that special permit whaling is no longer "exempt from the operation of this Convention" but can be controlled by decision of the parties. Why else would Australia rely on the precautionary principle when it offers no evidence of potential harm to whale stocks? It has no evidence, but it wants a régime of prior consent, even for scientific whaling, an outcome which it has not succeeded in achieving through negotiation.

22. It is obvious from paragraph 30 of the Schedule, as explained by Ms Takashiba in her speech this morning, and from Annex P as explained in mine, that the process of review by the Scientific Committee allows it to comment on proposals and review them. It does not empower that Committee, or the Whaling Commission, to approve or reject proposals. And, as Professor Pellet explained in his speech, a Contracting Government must co-operate with the Committee and consider carefully its comments and recommendations, but it is not bound to respond favourably to every suggestion or criticism.

⁷⁷MA, para. 4.117.

23. Mr. President, that is the scheme laid down in Annex P as currently in force. It is a scheme of prior consultation with the Scientific Committee, not of prior consent by the Whaling Commission. Australia and New Zealand have tried hard to suggest the contrary, but they cannot escape the logic of what all parties to the Convention accepted when they adopted paragraph 30 of the Schedule, which doesn't alter the role of the IWC and does not give it control of the issue of special permits.

24. And nor, Mr. President, Members of the Court, does this Court have power to approve or disapprove the issue of a special permit. As the Court indicated in the *Pulp Mills Case*, where it rejected Argentina's argument to the contrary:

“in the event of a disagreement between the parties on the planned activity persisting at the end of the negotiation period, the Statute does not provide for the Court, to which the matter would be submitted by the State concerned, according to Argentina, to decide whether or not to authorize the activity in question. The Court points out that, while the 1975 Statute gives it jurisdiction to settle any dispute concerning its interpretation or application, it does not however confer on it the role of deciding in the last resort whether or not to authorize the planned activities.”⁷⁸

25. Mr. President earlier this week you heard Australia's case described as science fiction. I recall that the last time I appeared before you I described Argentina's case against Uruguay as pulp fiction. The present case is however different from *Pulp Mills* in one crucial respect: contrary to what Australia claims, there is no doubt that Japan has faithfully followed the paragraph 30 procedure for prior notification of its proposals and it has consulted in full as required. But the two cases are otherwise addressing the same question: whether one government has the right to issue permits authorized by a treaty notwithstanding the opposition of other governments. In *Pulp Mills* the Court declined to interfere with the issue of that permit even after holding that Uruguay had not notified the River Uruguay Commission as required⁷⁹. *A fortiori*, there can be no good reason for taking a different view of the procedure in the present case where Japan has faithfully followed all the required procedures.

⁷⁸*Pulp Mills on the River Uruguay, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 69, para.154.

⁷⁹*Pulp Mills on the River Uruguay, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 60, para. 122, pp. 103-104, paras. 273-275.

Conclusions

26. That brings me, Mr. President, to my conclusions. As we saw yesterday, all of the major international treaties which govern conservation of living resources emphasize the importance of scientific research as a basis for conservation and management. In this context, JARPA II serves to further the conservation and management of whales by improving understanding and knowledge of whale stocks in the Southern Ocean and the Antarctic ecosystem. The information collected through this scientific research programme is directly relevant to making decisions concerning an appropriate conservation and management strategy under the Whaling Convention. JARPA II therefore contributes to the ability to base conservation and management measures on the best “scientific findings” available⁸⁰. Thus, it should not be seen only as a means to advance the objectives of the Whaling Convention, but it also underpins the precautionary approach to sustainable whaling taken by the IWC’s Revised Management Procedure.

27. In setting sample sizes, Japan has acted with prudence and caution. The precautionary approach however does not shift the burden of proof from the Applicant to the Respondent in the present case and there is nothing in the text of the Whaling Convention to justify any other view. Before issuing special permits under Article VIII Japan provided the information listed in paragraph 30 of the Schedule and Annex Y.

28. There is nothing in the Convention or in the practice of the Whaling Commission which supports the argument that the prior consent of the Commission or its Scientific Committee is required before issuing special permits. The decision to issue those permits remains one for the government concerned in accordance with Article VIII, and there’s nothing in the subsequent development of international law — or international environmental law — that has changed that position.

29. Mr. President, that concludes everything I have to say in this phase of the proceedings. Thank you for listening, I would now invite you to give the floor to Professor Pellet, but you may wish to break for coffee.

⁸⁰1946 ICRW, Article 5 (2). See also 1982 UNCLOS, Articles 61 (2) and 119 (1) (a); 1995 Fish Stocks Agreement, Article 5 (b).

The PRESIDENT: Thank you, Professor Boyle. Le Professeur Pellet parlera après une pause de 15 minutes. The hearing is suspended for 15 minutes.

The Court adjourned from 4.20 p.m. to 4.45 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The hearing is resumed. J'invite le professeur Pellet à continuer les plaidoiries du Japon. Vous avez la parole, Monsieur.

M. PELLET : Merci beaucoup, Monsieur le président.

BONNE FOI ET ABUS DE DROIT

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, consciente qu'en mettant en œuvre le programme JARPA II, le Japon agit en conformité avec la convention baleinière internationale de 1946, l'Australie tente un improbable argument d'abus de droit de la part du Japon, argument qu'elle présente comme étant lié mais distinct du moyen qu'elle prétend tirer de la mauvaise foi du Japon dans cette affaire⁸¹. Je ne crois pas nécessaire de faire une distinction rigide entre ces deux moyens. Du reste, l'accusation de mauvaise foi et celle d'abus de droit apparaissent comme largement équivalentes dans l'argumentation australienne, l'une conduisant à l'autre.

2. Avant de montrer que ces griefs ne sont fondés ni en fait ni en droit, quelques remarques liminaires très rapides sur ces deux principes si vous le voulez bien.

3. En premier lieu, il convient de remarquer que, si le droit international connaît probablement le principe général de l'abus de droit, il n'en reste pas moins que, comme M. Gleeson le reconnaît d'ailleurs de bonne grâce⁸², ce principe n'a jamais trouvé application dans la jurisprudence de la Cour. Elle a, au contraire, marqué ses réticences face à une théorie dont elle mesure l'effet potentiellement déstabilisateur pour l'ordre juridique et qu'elle entend ne pas mettre en œuvre à la légère. L'Australie cite, dans son mémoire, un passage de l'arrêt rendu par la Cour

⁸¹ CR 2013/11, p. 24, par. 1 ou p. 39-49, par. 49 (Gleeson).

⁸² CR 2013/11, p. 37, par. 41 et p. 39, par. 46 (Gleeson).

permanente⁸³ dans l'affaire des *Zones franches* mais en omettant la mise en garde fondamentale qui conclut ce passage : «Mais la Cour ne saurait présumer l'abus de droit.»⁸⁴

4. Il en va d'ailleurs de même d'ailleurs de la bonne — ou, plutôt, de la mauvaise foi. Déjà, dans l'affaire des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente avait souligné que la mauvaise foi ne se présume pas, qu'une partie qui porte une accusation aussi grave doit se garder de le faire à la légère, et que c'est à elle qu'il appartient d'apporter les preuves concrètes de la mauvaise foi qu'elle allègue : «[C]e n'est qu'un abus de ce droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourraient donner à un acte d'aliénation le caractère d'une violation du Traité ; un tel abus ne se présume pas, mais il incombe à celui qui l'allègue de fournir la preuve de son allégation.»⁸⁵

5. La Cour actuelle elle-même a parfois fait référence à la théorie de l'abus de droit, sans pour autant l'appliquer une seule fois⁸⁶. Les autres tribunaux internationaux n'ont pas été plus enclins à le mettre en œuvre. L'organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire *Etats-Unis - crevettes*, à laquelle l'Australie a fait référence⁸⁷, n'a pas non plus appliqué cette théorie, mais a simplement interprété et appliqué la clause de sauvegarde contenue dans l'article XX du GATT⁸⁸.

6. La rareté de ces occurrences de la théorie de l'abus de droit en droit international et les réticences des tribunaux à la mettre en œuvre montrent qu'elle ne peut être appliquée à la légère. L'abus de droit est indissociable de l'exécution de bonne foi des obligations internationales et il n'est pas étonnant que l'article 300 de la convention de Montego Bay, par exemple, les unisse dans une disposition unique. Par ailleurs, comme l'a souligné la Cour, le principe de la bonne foi est

⁸³ MA, p. 259, par. 5.135.

⁸⁴ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167.

⁸⁵ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 30.

⁸⁶ *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 212 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, par. 3 ; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 30, par. 40.

⁸⁷ MA, p. 163, note 435 et p. 259, note 775 ; CR 2013/11, p. 39, par. 45 (Gleeson).

⁸⁸ OMC, organe d'appel, rapport du 12 octobre 1998, *Etats-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, n° WT/DS58/AB/R, par. 158.

«l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques¹⁸⁹⁾» ;

x «il n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement»⁹⁰.

7. Au bénéfice de ces remarques générales, je me propose de montrer, plus concrètement, que, loin d'abuser d'un droit quelconque, le Japon s'est borné à se prévaloir de ceux que la convention reconnaît expressément aux Parties et que, si abus de droit il y a, l'auteur de l'abus n'est pas celui que l'Australie voudrait croire : c'est l'Etat demandeur qui s'est, avec une belle constance, efforcé de transformer radicalement la convention en un instrument de pure préservation (ce qu'il n'est pas), et qui, pour cette raison, a empêché l'adoption définitive et la mise en œuvre effective de mécanismes efficaces et raisonnables de régulation de la chasse à la baleine qui sont l'objectif fondamental de la convention.

I. L'attitude contrastée des parties au sein de la CBI

8. La vérité, Monsieur le président, est que le fonctionnement de la CBI est paralysé par la polarisation aux extrêmes des positions des gouvernements contractants. Comme nous l'avons expliqué, certains Etats, dont l'Australie s'est instituée le chef de file, ont essayé, en instrumentalisant la CBI, de transformer le régime conventionnel en un régime de pure préservation, qui interdirait la chasse indifféremment de l'état du stock (à la seule exception, admise par certains de ces Etats du bout des lèvres, de la chasse aborigène de subsistance)⁹¹. Or les Etats comme le Japon, qui ont, par tradition ou par besoin alimentaire, un intérêt dans la chasse baleinière, n'ont aucune raison d'accepter un tel détournement du régime conventionnel dès lors que le renouvellement du stock, permettant une chasse durable, est assuré.

9. Toutefois, en dépit de la polarisation à laquelle conduit l'intransigeance de l'Australie et d'autres Etats «antichasse», le Japon a constamment participé de manière constructive aux travaux de la CBI — tout en exprimant parfois son découragement, voire son exaspération, face à cette intransigeance.

⁸⁹ «(Essais nucléaires (*Australie c. France*), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 473, par. 49)».

⁹⁰ *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 105, par. 94.*

⁹¹ MA, p. 55-56, par. 2.106-2.108.

A. L'intransigeance de l'Australie dans le cadre des négociations menées au sein de la CBI

10. Monsieur le président, ce mot «intransigeance» caractérise particulièrement bien l'attitude de l'Australie dans le cadre des négociations au sein de la CBI. Se calant sur des positions non négociables, l'Etat requérant se refuse à tout dialogue et n'envisage aucune issue aux négociations autre que le triomphe absolu de ses positions extrêmes.

11. Toute l'action de l'Australie au sein de la CBI tend vers un objectif unique : la transformation de la convention de 1946 en un traité de pure préservation, ce qui passe, selon l'Australie, par l'interdiction de toute forme de chasse (à l'exception de la chasse aborigène) :

«The Australian Government remains resolutely opposed to commercial whaling and unilateral «scientific» whaling, and strongly supports the global moratorium on commercial whaling. The primary objective of the Australian Government remains the reform of the International Convention on the Regulation of Whaling (ICRW) 1946 to bring about an effective, permanent international ban on both commercial and unilateral «scientific» whaling. Australia will continue to argue vigorously that whaling should be phased down to zero, with total and permanent elimination of all whaling (other than current aboriginal subsistence whaling), within a reasonable timeframe.»⁹²

12. Forte de ce principe et bardée de ses certitudes, l'Australie a fait de l'exigence de la révision de l'article VIII un instrument de pression conditionnant son acceptation de toute réforme de la CBI et son soutien à l'adoption du RMS («Revised Management Scheme», le plan de gestion révisé)⁹³. Campant sur ces positions radicales, l'Australie a empêché, en 2010, l'adoption d'un texte de consensus proposé par le président et le vice-président de la commission afin d'améliorer

⁹² *The Future of the International Whaling Commission: An Australian Proposal*, 2010, doc. IWC/M10/SWG 5, (CMJ, annexe 19) (les italiques sont de nous).

⁹³ «Annual Report of the International Whaling Commission 2009, p. 58, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/a6m3zamxj7k0wc40ko4k8kgck/AnnualReport2009.pdf>. Voir aussi Paper Submitted by the Government of Australia to the IWC61, Discussions on the Future of the IWC, 18 juin 2009, doc. IWC/61/9, p. 2, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/index.php?cID=1744&cType=document> ; ou Gouvernement d'Australie, *Conservation et gestion des baleines. Un avenir pour la C.B.I.*, 3 mai 2008, doc. WC/M08/INFO 11-FR, p. 14, disponible à l'adresse <http://iwc.int/index.php?cID=1754&cType=document>.

la conservation des baleines et la gestion des peuplements baleiniers⁹⁴, et ceci parce qu'il ne satisfaisait pas les exigences australiennes relatives à la modification de l'article VIII⁹⁵.

«Australia reminded the Commission that its basic position is that it does not want to see a resumption of commercial whaling and that it will not agree to RMS »⁹⁶.

Or else:

«Australia will oppose any amendments to the Schedule to the Convention that would permit commercial whaling to proceed under IWC regulation. Australia will vote against the adoption of a Revised Management Scheme (RMS).»⁹⁷

Monsieur le président, qui fait obstacle à toute réglementation collective dans le cadre de la CBI ? Poser la question c'est y répondre.

13. Le Japon avait pour sa part accepté cette proposition concernant le RMS comme base de discussion, alors même qu'elle prévoyait de «suspendre immédiatement pendant la période de dix ans les opérations de chasse déterminées unilatéralement, au titre de permis spéciaux, d'objections et de réserves». C'était là une concession considérable de sa part⁹⁸. L'intransigeance australienne est une des principales, probablement *la principale* cause de l'échec du processus concernant l'avenir de la CBI. Comme l'a déclaré le délégué australien lors de l'ouverture de la session de la CBI en 2010 : «Australia considered that it was now time *to close the door* on the Proposed Consensus Decision...»⁹⁹.

14. Dans le même esprit, il n'est pas anodin de remarquer que l'Australie a saisi votre Cour avant même l'ouverture de la 62^e réunion annuelle de la commission, durant laquelle cette

⁹⁴ Voir «Proposed Consensus Decision to Improve the Conservation of Whales from the Chair and Vice Chair of the Commission», annexe E, Chair's Report of the 62nd Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2010* (annexe 118 du CMJ ; pour une version partielle en français, voir décision de consensus proposée par le président et le vice-président de la commission afin d'améliorer la conservation des baleines, présentée à la commission le 22 avril 2010, doc. IWC/62/7rev-FR, disponible à l'adresse <http://iwc.int/index.php?cID=1740&cType=document>.

⁹⁵ Opening Statement by Australia, 62nd Annual Meeting of the International Whaling Commission, juin 2010, doc. IWC/62/OS Australia, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/iwc62docs>. Voir aussi Opening Statement by Australia, 63rd Annual Meeting of the International Whaling Commission, 2011, doc. IWC/63/OS Australia, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/3lr8xf2jmfecscg00oscow4c/63-OS%20Australia.pdf>. Voir également CR 2013/12, p. 54-55, par. 53-58 (Akhavan).

⁹⁶ Chair's Report of the 58th Annual Meeting (16-20 juin 2006), p. 24, (CMJ, annexe 65).

⁹⁷ Government of Australia, Opening Statement of the Fifty-Eighth Annual Meeting, doc. IWC/58/OS (2006) (CMJ, annexe 172).

⁹⁸ Décision de consensus proposée par le président et le vice-président de la commission afin d'améliorer la conservation des baleines, présentée à la commission le 22 avril 2010, doc. IWC/62/7rev-FR, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/index.php?cID=1740&cType=document> p. 5.

⁹⁹ *Annual Report of the International Whaling Commission 2010*, p. 8, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/1anxqeu1b6ysk0wk4gs4ow0k4/AnnualReport2010.pdf>.

proposition de consensus allait être discutée. Il ne fait aucun doute que, ce faisant, l'Australie a entendu court-circuiter le processus de négociation dans le cadre de la CBI.

15. Une telle intransigeance, Monsieur le président, est contraire à l'obligation de négocier et de coopérer de bonne foi qui s'impose aux parties à la convention, comme elle s'impose à toute partie à un traité qui prend au sérieux ses obligations conventionnelles¹⁰⁰.

16. Comme la Cour l'a rappelé dans une formule célèbre et souvent reprise : «les parties ont l'obligation de [négocier] de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification»¹⁰¹.

17. C'est très exactement ce que fait l'Australie, Monsieur le président. En revanche, quoique celle-ci en dise, ce n'est pas le cas du Japon qui a toujours participé de façon constructive au dialogue au sein de la CBI.

B. La participation constructive du Japon au dialogue au sein de la CBI

18. Monsieur le président, nous n'avons aucune querelle avec l'affirmation du *Solicitor-General* d'Australie selon laquelle le Japon a l'obligation «to give a degree of consideration to the Guidelines and Resolutions of the IWC, and the reports of its Scientific Committee»¹⁰². Il s'est acquitté de cette obligation. Pour le montrer, je vais simplement — et rapidement — réfuter pas à pas la démonstration contraire qu'a entendu apporter M. Gleeson dans son avant-dernière intervention, vendredi dernier. Il a imputé au Japon quatre séries de manquements à la bonne foi — quatre péchés capitaux (il n'en n'a pas trouvé sept...), en

¹⁰⁰ Voir aussi Resolution 2001-1, Resolution on Transparency within the International Whaling Commission, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/73x1qdrwx0kkkwc8ook0k0ggo/Resolution%202001.pdf>.

¹⁰¹ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85 (les italiques sont de nous). Voir aussi *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13 ; *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, avis consultatif*, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42, p. 116 ; *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 345-346 ; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 27, par. 51 ; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1988, p. 33, par. 55 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122, par. 20 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40-41, par. 91 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 68, par. 150 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, par. 156-162. Voir aussi *Utilisation des eaux du Lac Lanoux*, sentence arbitrale du 16 novembre 1957, RSA, vol. XII, p. 306-307.

¹⁰² CR 2013/11, p. 25, par. 2 (Gleeson).

interprétant de manière passablement biaisée un certain nombre de documents, et en se gardant bien d'en présenter d'autres, pourtant fort éclairants.

Premier péché capital — La période JARPA (1987-2005)

19. En premier lieu, le Japon n'aurait tout simplement pas dû lancer JARPA.

20. En parcourant les textes que M. Gleeson présente comme «les documents clefs par lesquels débute cette partie de l'affaire», je relève que l'annexe L qu'il mentionne en premier se borne à indiquer le type de commentaires que devrait faire *le comité scientifique* lorsqu'il est saisi d'un permis spécial¹⁰³ — on ne voit pas comment des conclusions quant à la bonne foi du Japon pourraient en être tirées : ces directives s'adressent au comité. De toute manière, si l'annexe L devait également être lue comme précisant le type d'information scientifique que les Etats devraient soumettre pour faciliter la tâche du comité scientifique, le professeur Boyle a démontré que le Japon a parfaitement suivi ces recommandations quant aux deux résolutions sur les permis spéciaux de 1987 et 1988.

21. Pour ce qui est des autres textes sur lesquels notre contradicteur a attiré l'attention de la Cour, permettez-moi, Monsieur le président, de rappeler le contexte dans lequel ils ont été adoptés. J'ai narré hier comment, après l'obtention d'un consensus difficile en faveur de la résolution 1985-2, les Etats anti-chasse, dont l'Australie, sont revenus à la charge l'année suivante pour que la commission revienne elle, sur cette résolution de consensus en vue de restreindre davantage encore la possibilité de mener des recherches létales¹⁰⁴. Les résolutions 1986-2 et 1987-1 sont ces «rétorésolutions», qui reviennent sur 1985-2 et que nombre d'Etats ont critiquées à la fois sur le fond et quant à la stratégie de non-négociation suivie pour leur adoption. Ce sont ces deux résolutions qu'invoque essentiellement M. Gleeson pour taxer le Japon de mauvaise foi. Ces résolutions donnent également des directives au comité scientifique, elles rappellent le contenu de l'article VIII, et *recommandent* aux gouvernements contractants de prendre en considération, «dans l'exercice de leurs droits souverains»¹⁰⁵ qu'elles rappellent, les positions de la commission et du comité scientifique quant à la limitation de la délivrance des permis spéciaux. Et je relève au

¹⁰³ Dossier des juges de l'Australie (onglet n° 5).

¹⁰⁴ Voir CR 2013/14, p. 68, par. 61-62 (Pellet).

¹⁰⁵ Dossier des juges de l'Australie (onglet n° 7).

passage que la résolution de 1987 recommande que les Etats prennent en considération le paragraphe 2 de l'article VIII de la convention¹⁰⁶.

22. Le Japon s'est conformé à ces directives comme le comité scientifique le reconnaît expressément : «Following the guidelines in Annex L last year, the Committee noted that the proposal had adequately specified the information required under Paragraph 30 of the Schedule»¹⁰⁷; à cette occasion, en outre, le Japon s'est largement expliqué sur les objectifs et les méthodes de son programme¹⁰⁸. Une fois les commentaires du comité scientifique reçus – pas tous négatifs, loin s'en faut, le représentant japonais a répondu d'une manière particulièrement précise et argumentée¹⁰⁹. Pour leur part, les conclusions du comité, déjà commentées ce matin par le professeur Boyle, furent positives, ou nuancées, ou incertaines selon les points :

[Projection n° 1 : Rapport du comité scientifique, 1988.]

I will read this very quickly and I beg the interpreters to forgive me for my speed.

“Although the permits did not address this issue of recruitment rates directly, its objectives were relevant for this topic. The role of whales in the ecosystem, not a subject of immediate importance, although it may become so at a later stage in the comprehensive assessment. This was for relevance to research needs identified by the Committee. Issue 2: methodology. There was a clear division of opinion, as to the feasibility theory in practice of the methods of analysis. Issue 3: possible effects on conservation of the stocks. The Committee recognized that a general approach was a useful one. Some members proposed catch would have no significant effect on stocks. Some members expressed concerns about the possible effects. Lethal methods: the specific objective *could not* be carried out through non-lethal research. Some members pointed out that non-lethal methods were available with an exception, the Committee agreed that the objectives could not be achieved by non-lethal means.”

X

Ce document se trouve aux onglets 66.1 à 66.3 de vos dossiers.

23. Face à ces appréciations nuancées, le Japon n'a nullement opposé la fin de non-recevoir que M. Gleeson voudrait faire croire. De façon très raisonnable, il a indiqué qu'il ne pouvait surseoir à la recherche envisagée (sauf à perdre la dotation budgétaire prévue à cet effet - quel chercheur n'a pas été affronté à ce genre de problèmes ?). Mais sa réponse ne s'est pas bornée à cela : non sans bon sens, le commissaire japonais a relevé «Moratorium was adopted on the reason by those people that stock situation is uncertain. Then someone should do something to find out

¹⁰⁶ Dossier des juges de l'Australie (onglet n° 6).

¹⁰⁷ Report of the Scientific Committee, 1998, dossier des juges de l'Australie (onglet n° 114), p. 58.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 56.

real situation»¹¹⁰. Moreover, Japan explained that «[it] was willing to incorporate comments and suggestions»¹¹¹.

24. Suite à cet examen par le comité scientifique, la commission, ne tenant aucun compte des hésitations de celui-ci, et du caractère plutôt positif de son évaluation, adopta à la majorité de 18 voix contre 8, et 5 abstentions — dans laquelle notre contradicteur voit, non sans exagération, une «majorité écrasante» («an overwhelming majority») — une résolution fort critique en effet mais qui n'en mettait pas moins l'accent sur les droits souverains des gouvernements contractants dont elle souligne que les permis spéciaux ~~— elle étant la commission —~~ demeurent sous la responsabilité exclusive des gouvernements contractants («remain [...] the responsibility of each Contracting Government»¹¹²).

25. Le *Solicitor-General* d'Australie affirme ensuite avec une grande assurance que «you will not find in the Counter-Memorial a substantive explanation for why Japan, in good faith, ignored the Resolution I've taken you to and like resolutions». En réalité le contre-mémoire japonais consacre à cette question cinq pleines pages¹¹³. Mais surtout, il me semble que la réponse réside :

- dans celle fermement laconique, que j'ai apportée hier aux non-questions de M. le juge Greenwood¹¹⁴ ; et
- dans le fait qu'il n'est tout simplement pas exact que «Japan ignores the Commission restated position». Je crains que ce soit M. Gleeson qui ignore cette position : «the Government of Japan, through its various modifications to the original research programme (...) has attempted to address the concerns expressed by the Scientific Committee in its earlier reports»¹¹⁵ — et ceci est une citation extraite de la résolution 1992-5 de la commission, incluse par notre

¹¹⁰ Intervention du Japon, IWC39, Verbatim Record of Fourth Plenary Session, 26 juin 1987, IWC/39/VR, p. 135.

¹¹¹ Intervention du président du comité scientifique, IWC39, Verbatim Record of Fourth Plenary Session, 26 juin 1987, IWC/39/VR, p. 135-136.

¹¹² Résolution 1987-4, «Resolution on Japanese Proposal on Special Permit», dossier des juges de l'Australie (onglet n° 116).

¹¹³ CMJ, p. 371-375.

¹¹⁴ CR 2013/14, p. 64, par. 48 (Pellet).

¹¹⁵ Résolution 1992-5, «Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere», dossier des juges de l'Australie (onglet n° 118).

contradictoire dans le dossier de plaidoirie de vendredi (et du reste, pour l'instant, je me fonde exclusivement sur son dossier).

[Projection n° 2 : JARPA - Examen à mi-parcours (1997).]

26. Il est tout à fait exact que la résolution *de la Commission* de 1997 ne présente pas JARPA sous un jour favorable¹¹⁶, mais il est remarquable qu'elle ignore superbement les conclusions du comité scientifique — sur lesquels elle est cependant censée se fonder. Celui-ci avait, d'une part, reconnu la contribution majeure de JARPA dans certains domaines (notamment pour la compréhension de certains paramètres biologiques ou de la structure du stock) et, d'autre part, encouragé la poursuite du programme, comme vous le voyez sur les extraits de l'examen à mi-parcours de 1997 figurant à l'écran. Ces appréciations très positives après dix ans de recherches dans le cadre de JARPA (et qui contrastent avec les doutes exprimés à l'origine) levaient ceux-ci en ce qui concerne les résultats positifs du programme et constituaient un clair encouragement à poursuivre.

[Fin de la projection n° 2.]

27. Selon M. Gleeson, les choses auraient encore empiré durant les six années suivantes, 1998-2003. C'est sûrement exact en ce qui concerne le climat au sein de la CBI. Mais le conseil de l'Australie passe soigneusement sous silence les controverses ayant entouré l'adoption de la résolution 2003-2¹¹⁷, qui a été adoptée par 24 voix pour, 20 contre et une abstention/ encore peut-être une majorité écrasante. Les Etats minoritaires ont très vivement critiqué cette résolution 2003-2, à la fois en ce qui concerne la procédure suivie et quant à sa substance¹¹⁸. Et, même un Etat comme la Suède, qui avait pourtant voté pour la résolution : «regretted that there had not been sufficient time for wider consultation on the draft Resolution»¹¹⁹.

¹¹⁶ Voir résolution 1997-5, «Resolution on Special Permit Catches in the Southern Ocean by Japan» (onglet n° 124 du dossier des juges de l'Australie).

¹¹⁷ Voir résolution 2003-2, «Whaling under Special Permit» (onglet n° 106 du dossier des juges de l'Australie).

¹¹⁸ Chair's Report of the 55th Annual Meeting, 2003, p. 9 (reflétant les points de vue du Danemark et de l'Islande) et p. 10 (Norvège, République de Corée, Antigua-et-Barbuda, Chine, Dominique, Fédération de Russie, Japon, Grenade, Sainte-Lucie et Maroc, disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/11xgkclxbwg8w wco8ks0owc0/CHAIRS%20REPORT%202003.pdf>.

¹¹⁹ *Ibid.*

x 28. Le *Sollicitor-General* d'Australie oublie également de signaler que cette résolution a été adoptée dans le contexte particulièrement tendu de l'initiative de Berlin¹²⁰, par laquelle la majorité étroite des Etats opposés par principe à la chasse à la baleine a, de nouveau, imposé ses vues à la minorité importante des Etats favorables à une exploitation durable de cette ressource maritime dans le respect bien sûr de la reconstitution et de la conservation des stocks. Allant au-delà du seul vote de résolutions totalement orientées, les Etats de la majorité (pour étroite qu'elle fût) ont mis en place un nouvel organe, le comité de conservation¹²¹, dont le mandat est de s'éloigner plus encore de l'objectif de la convention, pour faire de la CBI un instrument de préservation «en soi», ce qu'elle n'est pas. Et ceci a appelé la réaction de 17 autres Etats qui ont exprimé leur vive préoccupation :

«We are deeply concerned that adoption of the Berlin Initiative which establishes a conservation committee will essentially destroy the already polarized and dysfunctional IWC,' said the statement by 17 member countries of the Whaling Commission. They consider this 'an attempt to change the fundamental objectives' and 'an attempt to subvert the purpose' of the organisation»¹²².

Pour cette raison, très claire et franchement exprimée, le Japon, qui était parmi les signataires de cette lettre, s'est refusé à participer aux travaux de ce comité de la conservation (seul organe de la commission auquel il ne participe pas).

29. Au demeurant, ce n'est pas la fin de l'histoire, et M. Gleeson s'est également gardé de reproduire, et même de mentionner, la résolution 2004-6, adoptée l'année suivante et appuyant les efforts pour promouvoir le «Revised Management Scheme (RMS)», qui eût été de nature à réaliser «the dual mandate of the IWC for the conservation of whales and the management of whaling according to the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling»¹²³, et M. Gleeson ne mentionne pas le fait bien sûr que l'Australie a tout fait pour torpiller - avec succès d'ailleurs - cette initiative. Vous trouverez la résolution 2004-6 sous l'onglet n° 69 de vos dossiers.

¹²⁰ CBI, resolution 2003-1, «The Berlin Initiative on Strengthening the Conservation Agenda of the International Whaling Commission» ; à ce sujet, voir CMJ, par. 2.57.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Scoop World, «High North Alliance: End in Sight for the IWC?», disponible à l'adresse : <http://www.scoop.co.nz/stories/WO0306/S00303.htm>.

¹²³ Résolution 2004-6, «Resolution on Completion of the Revised Management Scheme (RMS)», disponible à l'adresse : <http://iwc.int/cache/downloads/dyle2a99cxw0o080ss8kkco4w/Resolution%202004.pdf>.

Deuxième péché capital

30. Deuxième atteinte à la bonne foi alléguée par M. Gleeson : le Japon n'aurait jamais dû proposer ou adopter JARPA II en 2005 («Japan should never have proposed or adopted JARPA II in 2005») — vous noterez, Monsieur le président, la grande souplesse que cette proposition implique de la part de l'Australie : elle ne reproche pas seulement au Japon d'avoir adopté JARPA II, elle lui fait grief de l'avoir *proposé*... C'est d'ailleurs assez caractéristique de l'état d'esprit des opposants à la chasse à la baleine : comme l'a expliqué le *Solicitor-General*, sans apparemment en être choqué le moins du monde, lorsque le Japon a présenté le projet JARPA II au comité scientifique, ceci a aussi été rappelé ce matin, 63 de ses membres, hostiles par principe à la chasse à la baleine, ont purement et simplement refusé d'en discuter — bel exemple d'ouverture scientifique et d'ouverture à la discussion... En tout cas, je ne vois pas comment l'Australie peut aujourd'hui rejeter le rapport du comité scientifique au prétexte que les membres «antichasse» n'ont pas pris part, et n'ont pas voulu prendre part, à l'examen de JARPA II : c'est vraiment le pompier pyromane !

31. Il reste que, comme le constate le comité lui-même, «the proposal was reviewed by the Committee in accordance with the relevant guidelines for reviewing proposals for special permits»¹²⁴. La commission n'a tenu aucun compte de cette revue¹²⁵. Le Japon n'était, pour sa part, pas juridiquement tenu de suivre les recommandations contenues dans la résolution 2005-1, et il ne les a, en effet, pas suivies — pas de manière capricieuse ou arbitraire, comme voudrait le faire croire M. Gleeson —, mais parce que, comme il s'en est expliqué abondamment, ces «demandes» prises sans considération pour les aspects scientifiques, étaient — et sont toujours — incompatibles avec l'article VIII de la convention. Je vais revenir sur ce point dans un instant. Ce n'est pas un problème de bonne foi, comme l'allègue trop légèrement l'Australie ; c'est une question purement objective de respect ou non de cet article.

¹²⁴ JCRM 8 (Suppl.), 2006, p. 50, dossier des juges du Japon (onglet n° 48). Voir aussi CR 2013/15, p. 32, par. 17 (Takashiba).

¹²⁵ Voir aussi CMJ, par. 3.81-3.84.

Troisième péché capital

32. Alors, bien sûr, le Japon continue à ne pas respecter les recommandations (déjà décidément non obligatoires) de la CBI, même s'il n'est pas exact qu'il les «ignore». La Nouvelle-Zélande insiste sur cette obligation de coopération, qu'elle met aussi en lien avec l'obligation de bonne foi¹²⁶. Mais comment concrètement le Japon peut-il «prendre en considération» des vues aussi totalement extrêmes, inspirées par des positions de principe particulièrement rigides et ne laissant aucune espèce de place à quelque compromis que ce soit, ni même un début de discussion ?

Quatrième péché capital

33. Quant au quatrième péché, celui d'avoir accordé des permis ne respectant pas les directives du paragraphe 30, Yukiko Takashiba et Alan Boyle ont suffisamment réfuté cette accusation non fondée pour que j'aie besoin d'y revenir. Comme ils l'ont montré, le Japon et les experts japonais ont répondu avec précision à toutes les critiques adressées tant à JARPA qu'à JARPA II — et, en particulier, ils ont réagi, quoiqu'en dise l'Australie, aux 31 recommandations faites par le comité scientifique en 2007 et JARPA II a été ajusté en conséquence —, ce que notre contradicteur ne signale pas bien sûr. Je me permets, Mesdames et Messieurs les juges de vous renvoyer à nouveau à notre contre-mémoire¹²⁷ et à ce qu'a dit à ce sujet Mme Takashiba ce matin. Cela est conforme à la lettre du paragraphe 30 du Règlement (qui est, lui, obligatoire) et à l'esprit de la procédure de coopération que ce paragraphe institue. Du reste, ni la commission, ni le comité scientifique n'ont critiqué l'attitude du Japon à cet égard.

34. Telle que l'Australie la conçoit, l'obligation de coopération est réduite à une pure obligation faite aux Etats minoritaires de s'aligner sur les vues de la majorité, anéantissant ainsi le pouvoir d'appréciation des Etats et transformant de simples recommandations en diktats. S'il n'a, en effet, pas donné suite à toutes les recommandations de la commission, en particulier à ses recommandations conflictuelles, c'est qu'elles se présentaient comme des injonctions de cesser purement et simplement JARPA II — ce que le Japon n'est, en effet, pas prêt à faire : ceci serait contraire tant aux objectifs de la convention qu'à une quelconque logique scientifique. En revanche, le Japon a toujours indiqué qu'il était prêt à discuter et prendre en considération tout avis

¹²⁶ WON, par. 99, 105, 106.

¹²⁷ Voir notamment MA, par. 4.110 et 5.18 ainsi que les documents cités.

scientifique pertinent, et il a tenu le plus grand compte des textes consensuels adoptés par la commission¹²⁸.

35. Mais ceci me conduit à une remarque plus générale, Monsieur le président. Toutes ces accusations n'ont rien à voir avec la bonne foi — sauf à des fins je dirais «tactiques» ou «psychologiques» : l'Australie s'efforce de faire passer le Japon pour le «méchant», le *bad guy*, qui agit «en douce», avec dissimulation et hypocrisie et, comme notre agent l'a dit à l'ouverture des audiences, son pays le ressent profondément. Comme dirait James Crawford, «ce n'est pas la question !»¹²⁹ Elle est, et elle est seulement, devant la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, de savoir si le Japon a, ou non, respecté les dispositions de la convention de 1946 par laquelle, comme l'Australie, il est lié. Il est regrettable que l'Etat demandeur s'efforce d'esquiver la seule question ^{qui se pose}

II. La bonne foi déçue du Japon

36. Mesdames et Messieurs de la Cour, le Japon n'est pas de mauvaise foi, il n'a pas abusé des droits qu'il tient de l'article VIII et il était (et demeure) en droit de s'opposer aux résolutions *ultra vires* adoptées par la CBI (A.). Et, à vrai dire, s'il a péché, c'est peut-être plutôt par naïveté : il s'est laissé piéger par des assurances sur lesquelles il croyait pouvoir compter et qui n'ont, à ce jour, toujours pas été tenues — en grande partie du fait de l'action de l'Etat requérant (B.).

A. Le devoir de coopération et ses limites

37. Monsieur le président, je souhaite que les choses soient très claires — et elles ont été dites très clairement ce matin par le professeur Vaughan Lowe : il ne saurait faire de doute que les Etats bénéficient, en vertu de l'article VIII, d'un très large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'un programme, ses objectifs scientifiques, le nombre de baleines nécessaires pour atteindre ces objectifs et les méthodes à employer — qui comportent, par définition, s'agissant de l'article VIII — une composante létale. Ceci étant, le Japon reconnaît pleinement que cette compétence discrétionnaire ne saurait être confondue avec un pouvoir arbitraire, exercé à bien plaisir et sans limites. Mais ces limites sont fixées par le droit international général et non par la

¹²⁸ Voir CMJ, par. 8.68-8.70.

¹²⁹ CR 2013/8, p. 33, par. 29 (Crawford).

convention puisque les permis spéciaux sont octroyés en vertu de l'article VIII, «[n]onobstant toute disposition contraire» de celle-ci.

38. En soutenant que le Japon a fait preuve de mauvaise foi en n'appliquant pas ces résolutions, l'Australie se fait l'avocat d'une interprétation *contra scriptum* de l'article VIII. Une interprétation sans fondement, car, je l'ai montré hier, on ne saurait soutenir que cette disposition ait fait l'objet d'une modification coutumière¹³⁰. Du reste, en 1997, l'Australie elle-même avançait une interprétation plus orthodoxe de l'article VIII :

«Australia introduced a Resolution on Special Permit catches in the Southern Ocean by Japan (...). It recognised that although Japan's programme is strictly legal under Article VIII of the Convention, science should endeavour to adopt the highest standards and that there are civilised limits to the pursuit of knowledge...»¹³¹

39. Cette appréciation sur la licéité des permis spéciaux, même si elle est accompagnée d'un regret, est loin d'être isolée¹³². Et l'insistance des Etats opposés à toute forme de chasse à la baleine à vouloir modifier les termes de l'article VIII ou à exiger sa suppression par un protocole formel portant amendement de la convention montre, *a contrario* mais clairement, qu'ils sont convaincus que, dans l'état actuel des choses, la position du Japon est licite¹³³. En ce qui concerne l'exigence d'une révision de la convention sur ce point, l'Australie a toujours été en pointe¹³⁴. Plus même, comme je l'ai montré tout à l'heure, elle a fait de l'exigence de révision de l'article VIII une condition *sine qua non* de son acceptation de toute réforme de la CBI¹³⁵.

40. Ceci étant, dans l'état actuel du droit, le pouvoir discrétionnaire des Etats ainsi entendu est expressément garanti par les termes de l'article VIII, et les acrobaties interprétatives de l'Australie ne peuvent rien y changer. Dès lors, l'opposition d'un Etat aux recommandations de la

¹³⁰ CR 2013/14, p. 64-83, par. 50-73 (Pellet).

¹³¹ Chairman's Report of the Forty-Ninth Annual Meeting, *Rep. int. Whal. Commn* 48, 1998, p. 39 (les italiques sont de nous) (CMJ, annexe 57). Voir aussi CR 2013/12, p. 62, par. 80 (Akhavan).

¹³² Voir, par exemple, William T Hogarth (ancien commissaire américain), Written Testimony on the 60th Meeting of IWC before the Committee on Natural Resources, 100th Congress, 10 juin 2008 [CMJ, annexe 186]. Voir aussi l'opinion du secrétaire de la CBI, M. Gambell, interview du 5 juillet 2010, disponible à l'adresse http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/forum/817116.stm (et onglet n° 67 du dossier des juges).

¹³³ Voir CR 2013/14, p. 71-73, par. 67-73 (Pellet) ; voir aussi, par exemple, Chair's Report of the 58th Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2006*, p. 23 (CMJ, annexe 65). Voir aussi Revised Chair's Report of the 60th Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2008*, p. 28 (CMJ, annexe 67).

¹³⁴ Voir, par exemple, Chair's Report of the 61st Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2009*, p. 8 (les italiques sont de nous) (CMJ, annexe 68).

¹³⁵ Voir par. 12 ci-dessus.

CBI sur ces questions ne saurait en aucune manière être considérée comme une façon de saper l'objectif de la convention¹³⁶. Et on voit mal en quoi le refus du Japon d'appliquer les recommandations de la commission en limitant ses recherches à des méthodes exclusivement non létales, pourrait s'analyser en un manquement à son obligation de bonne foi¹³⁷.

41. Monsieur le président, nous rejoignons pleinement à cet égard la position récemment rendue publique par la Norvège :

«The decision-making powers regarding the taking of whales for scientific purposes rest with the State party concerned *and not* with any organ under the 1946 Convention. This is not the same as leaving the issue unregulated. The State concerned has to issue the appropriate regulations, within its own domestic legal system while acting in good faith in the application of Article VIII. The State party concerned will also have to take into account any advice provided by the Scientific Committee under Article VI — such advice, however, *being recommendations*, as opposed to decisions or injunctions.»¹³⁸

42. C'est que, et nous ne le méconnaissions nullement, la qualité de membre d'une organisation internationale entraîne des obligations pour les Etats membres et, sur le principe, le Japon n'a pas de querelle avec l'affirmation de M. Gleeson selon laquelle il a l'obligation «to give a degree of consideration to the Guidelines and Resolutions of the IWC, and to the reports of its Scientific Committee»¹³⁹; et cela vaut pour tous les Etats membres, y compris d'ailleurs l'Australie. Toutefois, comme le professeur Lowe l'a rappelé ce matin, on ne saurait confondre ce devoir de coopérer de bonne foi avec une obligation de se plier à des textes dépourvus de valeur obligatoire¹⁴⁰. Comme sir Hersch Lauterpacht l'a expliqué en des termes admirables dans son opinion individuelle jointe à l'avis de 1954 dans l'affaire de la *Procédure de vote* — que M. Gleeson a mentionnée sans la citer¹⁴¹ :

«[Un] Etat n'est donc pas tenu de se conformer à une résolution particulière lui recommandant de prendre ou de s'abstenir de prendre une mesure législative ou administrative donnée. ... Ce qu'on a contesté — et je crois à juste titre — c'est

x

¹³⁶ CR 2013/7, p. 22, par. 12, p. 22, par. 33 (Campbell) ; *ibid.*, p. 61, par. 65 (Boisson de Chazournes).

¹³⁷ Voir CR 2013/8, p. 31, par. 19 (Gleeson). Voir aussi CR 2013/11, p. 36, par. 37-38 (Gleeson).

¹³⁸ Written question from Terje Aasland (A) to the Minister of Fisheries and Coastal Affairs, answered: 20 June 2013 by the Minister of Fisheries and Coastal Affairs, Lisbeth Berg-Hansen (les italiques sont de nous), disponible à l'adresse <http://www.regjeringen.no/en/dep/fkd/Whats-new/News/2013/scientific-research-on-whales.html?id=731449>.

¹³⁹ CR 2013/11, p. 25, par. 2 (Gleeson).

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 27, par. 9 (Gleeson).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 35, par. 36, note 56 ; voir aussi CMJ, p. 375, par. 8.67.

- × sir Hersch qui parle mais je pourrais tout à fait me rallier à cela], c'est son droit d'ignorer purement et simplement les recommandations et de s'abstenir de fournir des raisons pour ne pas leur donner effet ou pour ne pas les soumettre à examen en vue de leur donner effet.»¹⁴²

43. Partie à la convention et membre de l'organisation, le Japon doit, certainement, coopérer de bonne foi avec elle — et il l'a fait comme je l'ai montré il y a quelques instants en répondant aux anathèmes de M. Gleeson, et comme cela ressort aussi, plus positivement, de son attitude constante, dont je ne peux que donner quelques exemples, s'ajoutant à ceux qu'a présentés ce matin Yukiko Takashiba.

44. Monsieur le président, ce n'est pas un secret : la CBI va mal ; des mots comme «impasse»¹⁴³ («deadlock»), ou «effondrement»¹⁴⁴ («collapse») sont souvent prononcés à son sujet. Certains Etats, et non des moindres, ont choisi de sortir du système conventionnel : c'est le cas de l'Islande (même si elle y est revenue, mais dans des conditions particulières) et du Canada ; et, aujourd'hui, le Danemark envisage sérieusement de se retirer¹⁴⁵. Le Japon a choisi de rester membre, alors même que ses intérêts ont rarement été pris en considération et ses droits bien souvent bafoués. Non seulement il est resté partie à la convention, mais encore il a participé activement et loyalement à la quasi-totalité des activités de l'organisation. La seule exception étant, je l'ai dit, le comité de la conservation dont la création a été imposée suite à l'initiative de Berlin.

45. Le Japon est en effet, sans aucun doute, l'un des membres les plus actifs aussi bien de la commission elle-même que du comité scientifique. Il a constamment participé, de manière constructive, à toutes les discussions sur le RMS (le «Revised Management Scheme»)¹⁴⁶, y compris aux rencontres des groupes techniques et des comités de rédaction, au sein desquels il a fréquemment soumis des propositions accommodantes¹⁴⁷ dans l'espoir que ce schéma révisé, qui

¹⁴² *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955*, opinion individuelle de M. Lauterpacht, p. 118-119.

¹⁴³ Voir, par exemple, Cristian Maquieira, *Viewpoint: Decision time for whale conservation*, 7 juin 2010, disponible à l'adresse <http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/8726319.stm>.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, résolution 2006-1, «St. Kitts and Nevis Declaration», (onglet n° 70 du dossier des juges du Japon).

¹⁴⁵ Letter regarding Aboriginal Subsistence Whaling from the Government of Denmark, 1^{er} juillet 2013, doc. IWC.CCG.1064, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/c0mqg34ohp4ck8ccko084ko0k/Letter%20from%20Denmark%20to%20IWC%20Greenland%20asw.pdf>.

¹⁴⁶ Voir <http://www.iwcoffice.org/rmp>.

¹⁴⁷ Voir exemples dans le CMJ, p. 386, par. 8.74.

était menacé d'enlisement, pourrait être mis en place effectivement¹⁴⁸. Un consensus était en vue lorsque l'exercice a été torpillé par l'Australie dans les conditions que vous savez¹⁴⁹.

46. Autre exemple : le Japon est, aussi, l'un des participants les plus actifs à ce que, dans le jargon de la CBI, on appelle «the Future of the IWC process»¹⁵⁰ — «l'avenir de processus CBI». Ce processus, qui s'est poursuivi entre 2007 et 2010, visait à aboutir à des propositions consensuelles pour faire face aux défis affrontés par la CBI et créer un climat positif en son sein. Le Japon a participé à tous les groupes de travail créés dans ce cadre et son attitude a été louée en 2010 par le président du groupe de soutien, l'ancien premier ministre néo-zélandais, sir Geoffrey Palmer :

«Sir Geoffrey Palmer, as Chair of the Support Group, reviewed the extensive work undertaken since 2007 when the diplomatic process to resolve the impasse had commenced. He particularly paid tribute [...] to Japan *for their huge commitment and their willingness for compromise*»¹⁵¹.

J'aimerais bien que l'on nous trouve des citations du même genre s'agissant de l'Australie.

~~W'ai dit qu'il s'agissait du rapport de sir Geoffrey, mais en fait il s'agit du rapport de la commission rapportant les propos de sir Geoffrey)~~ x

47. Sur le fond, à maintes reprises, le Japon a fait de réelles concessions, toujours dans le but de créer une atmosphère propice à un dialogue constructif. Ainsi, depuis 2007, le Japon a décidé de ne pas prélever de baleines à bosse dans le cadre de son programme scientifique, alors même qu'il existe de fortes présomptions que cela n'aurait en aucun cas pu affecter l'état du stock¹⁵². Et, cette année encore, le Japon a indiqué que : «it will continue to suspend the capture of humpback

¹⁴⁸ Voir les exemples donnés au paragraphe 8.73 du CMJ.

¹⁴⁹ Voir par. 12 ci-dessus.

¹⁵⁰ Voir <http://iwcoffice.org/future>.

¹⁵¹ Chair's Report of the 62nd Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission* 2010, p. 8 (les italiques sont de nous), disponible à l'adresse <http://www.iwcoffice.org/chairs-reports>.

¹⁵² Chair's Report of the 60th Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission* 2008, p. 27, disponible à l'adresse : <http://www.iwcoffice.org/chairs-reports>. Voir aussi «Japanese Special Permits in the Southern Ocean: Clarification of suspension of take of humpback whales», IWC Circular Communication to Commissioners and Contracting Governments IWC CCG 976, SB/JAC/31457 (16 décembre 2011), (CMJ, annexe 125). Voir aussi CMJ, par. 5.80 et note 740.

whales for the forthcoming season as long as progress is being made with the IWC normalisation process»¹⁵³.

48. D'une manière générale, les concessions du Japon dans le cadre du processus concernant l'avenir de la CBI ont été considérables¹⁵⁴. Et l'on peut noter aussi qu'en 2009, le Japon avait fait part, au sujet ~~de~~ ~~un autre sujet~~ de la création du sanctuaire dans l'Atlantique Sud, qu'il considère pourtant comme incompatible avec la convention, puisqu'elle ne se base pas sur des données scientifiques relatives au stock¹⁵⁵, de sa «willingness to compromise on these activities»¹⁵⁶.

49. Au surplus — et ceci est conforme au devoir de coopération des Etats membres d'une organisation internationale, lorsqu'il a rejeté certaines recommandations et ^{lorsqu'} il l'a fait comme je l'ai dit, le Japon s'en est toujours expliqué.

50. D'une façon générale, son opposition s'explique par la conviction que ces résolutions violent les termes de l'article VIII.

51. Ainsi, en 1996, le Japon a produit une analyse juridique expliquant de manière précise les raisons pour lesquelles il considérait certaines résolutions qui condamnaient JARPA ou JARPN comme *ultra vires*¹⁵⁷. Ce document, qui reste d'actualité, est reproduit sous l'onglet n° 68 du dossier des juges. Juste pour donner un autre exemple : en 2005, le délégué du Japon a justifié l'opposition de son pays à un projet australien de résolution condamnant JARPA II en faisant valoir que :

«it contravened certain elements of the Convention, e.g. that science should be the basis for decision-making and the clear rights provided under Article VIII (...) Japan considered that denying the right to lethal research was a value judgement and an

¹⁵³ Simon Brockington, Executive Secretary, Circular Communication to Commissioners and Contracting Governments, 3 janvier 2013, doc. IWC.CCG.1040, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/acwmk3ii6f40s0scke4wk8484/IWCCCG1040.pdf>.

¹⁵⁴ *Opening Statement of Japan to the 62nd Annual Meeting of the International Whaling Commission*, Agadir, Maroc, 21-25 juin 2010, doc. IWC/62/OS Japan. Voir aussi *Opening Statement of Japan to the 61st Annual Meeting of the International Whaling Commission*, Madeira, Portugal, 22-26 juin 2009, doc. IWC/61/OS Japan).

¹⁵⁵ CMJ, p. 123, par. 3.68-3.69.

¹⁵⁶ Chair's Report of the 61st Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2009*, p. 11 (CMJ, annexe 68).

¹⁵⁷ Doc. IWC/48/36 (CMJ, annexe 145). Voir aussi Verbatim Record (24-28 June 1996), p. 85 (CMJ, annexe 37).

imposition of others' ethical positions and that science and international law should prevail over emotion.»¹⁵⁸

52. Ceci, qui aussi notre thèse ici, me paraît résumer assez bien l'ensemble des griefs que le Japon adresse à ce qu'il n'est pas exagéré d'appeler les «résolutions australiennes», qui condamnent JARPA II, sans se préoccuper des appréciations du comité scientifique, des explications du Japon, ni de la conformité de ces textes avec la convention.

53. Or ils ne sont pas conformes à la convention, et ce, pour de multiples raisons ^{qui} ~~qu'il n'est~~ ~~peut-être pas inutile de résumer ; elles~~ ont été exposées tout au long de ce premier tour, mais qu'il n'est ~~donc~~ pas inutile de résumer en cette fin de premier tour :

- les résolutions contestées entendent réduire à néant le pouvoir d'appréciation reconnue aux gouvernements participants en vertu de l'article VIII de la convention¹⁵⁹ ;
- elles ont été adoptées sans, et souvent contre, l'avis du comité scientifique ; ces tentatives de marginalisation des avis scientifiques en général et de ceux du comité scientifique en particulier ont été relevées et critiquées¹⁶⁰ par nombre d'Etats, et pas seulement ceux qui pratiquent la chasse à la baleine¹⁶¹ ; or, Monsieur le président, l'action de la commission *doit* — «doit», et pas «peut» — être inspirée exclusivement par des considérations de nature objective et scientifique, comme cela résulte non seulement des paragraphes 3 et 4 de l'article VIII, mais aussi des articles IV, V (paragraphe 2 *b*) en particulier) et VII, et non pas être fondées sur une politique d'hostilité de principe à la chasse baleinière arrêtée en fonction de tous autres critères ;

¹⁵⁸ Chair's Report of the 57th Annual Meeting, *Annual Report of the International Whaling Commission 2005*, p. 38-39 (CMJ, annexe 64). Pour d'autres exemples, voir aussi Chairman's Report of the 38th Annual Meeting, 1988, p. 11-15 ; Chairman's Report of the 43rd Meeting, 1992, p. 14 (CMJ, annexe 52) ; Verbatim Record (24-28 June 1996), p. 85 (CMJ, annexe 37) ; Chair's Report of the 55th Annual Meeting, Rapport annuel de la CBI, 2003, p. 30 (CMJ, annexe 63). Chair's Report of the 57th Annual Meeting, 2005, p. 32, 51, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/8xit4w2bpascowwwwokc0kgw8/CHAIRS%20REPORT%202005.pdf> ; Chair's Report of the 59th Annual Meeting, 2007, p. 40, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/1tj1d77imcm8cgo8oo8s8w8kg/CHAIRS%20REPORT%202007.pdf> ; Chair's Report of the 64th Annual Meeting, 2012, p. 53-54, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/2c2s83sna8ro40s0ookogogk/IWC64%20Chair%27s%20Report.pdf>.

¹⁵⁹ Voir CR 2013/13, p. 65, par. 15 (Pellet).

¹⁶⁰ Voir CMJ, p. 119, par. 3.58, p. 121, par. 3.64 ; voir aussi l'analyse du professeur William T. Burke de l'Université de Washington, produite par le Japon : «The Legal Invalidity of the IWC Designation of the Southern Ocean sanctuary», IWC/50/37(1998), p. 316 (CMJ, annexe 147).

¹⁶¹ Chairman's Report of the Forty-Sixth Annual Meeting, 1995, p. 29 (CMJ, annexe 54). Voir aussi Verbatim Record (24-28 June 1996), p. 86 (Japon) (CMJ, annexe 37) ou Chairman's Report of the Forty-Ninth Annual Meeting, 1998, p. 38 (CMJ, annexe 57).

— en outre, ces résolutions ont souvent été votées à de courtes ou très courtes majorités, sans jamais tenir aucun compte de l'avis des Etats favorables à une chasse durable à la baleine¹⁶² ;

54. Lorsque ces résolutions dépassent le cadre tracé à la CBI par la convention, un Etat partie a non seulement le droit de ne pas la respecter, mais il a également le devoir de s'opposer à son adoption, en expliquant bien sûr les raisons de sa position. Chaque Etat partie est gardien de l'intégrité de la convention qui ne prévoit pas de mode particulier de règlement des différends et il lui appartient de défendre et expliquer sa position juridique, ce que le Japon a toujours fait.

B. La bonne foi piégée du Japon

55. Cette position ouverte et tolérante n'a guère été payée de retour. Et c'est sur cette note un peu amère et désabusée que je crois devoir terminer, Monsieur le président. Car, dans cette discussion sur la bonne foi, il y a un autre aspect qui mérite, je crois, quelque attention : il tient à ce que la bonne foi *du Japon* a été abusée. Repassons rapidement en revue la chronologie — si bien décrite avant hier par Payam Akhavan¹⁶³ :

— 1979, conversion de l'Australie à la défense des baleines «en soi», marquée notamment par le rapport Frost¹⁶⁴ ;

[Projection n° 3 : Evaluation exhaustive du moratoire (1990 ?).]

— 1982 : adoption du moratoire, lequel précise «la présente disposition sera régulièrement soumise à un examen *fondé sur les meilleurs avis scientifiques* et, *d'ici 1990 au plus tard*, la commission procédera à une évaluation exhaustive des effets de cette mesure sur les populations de baleines et envisagera le cas échéant de modifier cette disposition pour fixer d'autres limites de capture»¹⁶⁵ Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler qu'avant l'adoption du moratoire, le comité scientifique a exprimé de forts doutes quant à l'opportunité et au bien-fondé scientifique de la mesure ? «The Scientific Committee [a]greed that at the present time *there is no* biological requirement for the imposition of a blanket moratorium on all

¹⁶² CR 2013/13 (Pellet).

¹⁶³ CR 2013/12, p. 49-55, par. 36-56 (Akhavan).

¹⁶⁴ Whales and Whaling, Vol. 1, Report of the Independent Inquiry conducted by The Hon. Sir Sydney Frost, (Australian Government Publishing Service, Canberra 1978), Frost Report (dossier des juges du Japon, onglet n° 20).

¹⁶⁵ Paragraphe 10 *e*) du règlement annexé à la convention, Onglet n° 2 du dossier des juges du Japon.

commercial whaling (...) A majority further considered that for the same reason there is, at present, no biological justification for such a blanket moratorium»¹⁶⁶.

- 1987 : fort de l'assurance qu'un réexamen exhaustif aurait lieu au plus tard en 1990, le Japon, sous la pression des Etats-Unis, renonce à son objection et accepte le moratoire¹⁶⁷ ;
- en même temps, et dans l'esprit du moratoire, dont le maintien, l'abrogation ou l'assouplissement devait être «fondé sur les meilleurs avis scientifiques», le Japon lance JARPA, indispensable pour compenser la perte de données scientifiques résultant de la suspension de la chasse commerciale¹⁶⁸. Je vous rappelle que juste avant, alors même qu'existait la chasse commerciale, le Japon autorisait, dans le cadre de permis scientifique, la prise moyenne d'environ deux cents baleines par an ;
- 1990 se passe sans que l'évaluation exhaustive annoncée ait lieu ;
- certes, afin d'essayer de trouver un moyen d'établir des limites de chasse qui ne nuisent pas aux stocks, le comité scientifique a adopté en 1992, la RMP¹⁶⁹ ; mais au sein de la commission, la majorité a ignoré ce que l'on pouvait considérer comme un pas en avant et multiplié les obstacles à sa mise en œuvre, notamment en bloquant l'adoption du RMS¹⁷⁰, j'en ai déjà beaucoup parlé ; l'Australie a joué un rôle de premier plan dans cet échec ;

[Fin de la projection 3.]

- 2006 : la résolution 2006-1, appelée la déclaration de Saint-Kitts-et-Nevis, dont on n'a peut-être pas suffisamment parlé durant ce premier tour de plaidoiries, tire la sonnette d'alarme et souligne l'impasse à laquelle conduit le maintien indéfini du moratoire et note :

«that the moratorium which was clearly intended as a temporary measure is no longer necessary, that the Commission adopted a robust and risk-averse procedure (RMP) for calculating quotas for abundant stocks of baleen whales in 1994 and that the IWC's own Scientific Committee has agreed that many species and stocks of whales are abundant and sustainable whaling is possible»;

¹⁶⁶ IWC, Twenty-Fourth Report of the Commission, 1974, p. 48.

¹⁶⁷ CMJ, par. 3.47.

¹⁶⁸ Voir aussi CR 2013/14, p. 70, par. 65 (Pellet) et CR 2013/14, p. 56-57 (Walloe).

¹⁶⁹ Chairman's Report of the Forty-Third Annual Meeting, *Rep. int. Whal. Commn* 42, 1992, p 18 (CMJ, annexe 52). Voir aussi résolution 1994-5, Resolution on the Revised Management Scheme, disponible à l'adresse <http://iwc.int/cache/downloads/f01vgs991uogwg0o0ogws84ss/Resolution%201994.pdf> ; (CMJ, par. 3.81-3.84).

¹⁷⁰ Voir CR 2013/12, p. 51, par. 43-48 (Akhavan).

Moreover, the Commission declares that it is : «Concerned that after 14 years of discussion and negotiation, the IWC has failed to complete and implement a management regime to regulate commercial whaling», and the Commissioners

«Declare [their] commitment to normalising the functions of the IWC based on the terms of the ICRW and other relevant international law, respect for cultural diversity and traditions of coastal peoples and the fundamental principles of sustainable use of resources, and the need for science-based policy and rulemaking that are accepted as the world standard for the management of marine resources.»¹⁷¹

— Et c'est à cette condition qu'a été enclenché le processus sur l'avenir de la CBI¹⁷² ; mais l'Australie refuse de s'engager dans cette voie qui vise pourtant à éviter l'effondrement de l'organisation.

56. Et nous en sommes toujours là. Le *moratorium* s'éternise alors qu'on devait le revoir en 1990 ; le comité scientifique évalue JARPA puis JARPA II de manière globalement favorable ; sans égard pour ces avis, la commission exprime, plus ou moins vivement selon les années, des critiques à l'encontre de ces programmes ; et ... rien ne se passe ; les engagements de réexamen du moratoire ne sont pas tenus en dépit des efforts du Japon pour évaluer, scientifiquement, la possibilité d'une reprise, limitée, de la chasse commerciale de certaines (ou d'une) espèce(s) de baleines. Dans ce refus de toute avancée, l'Australie a toujours joué un rôle majeur — et sans doute décisif. Où est la mauvaise foi, Monsieur le président ?

57. Mr. President, this leads me to completing Professor Iwasawa's answer to one of the two questions asked yesterday by Judge Bhandari. As he explained, the quote from the Director-General of the Japan Fisheries Agency reported at paragraph 5.108, page 244, of Australia's Memorial must be understood with the context I have just described. The Director-General said that, in a proper translation, «[t]he implementation of scientific whaling was viewed as the only method available to pass on with the traditions of whaling». When this statement was done, Japan had just accepted the moratorium — which was supposed to be provisional and the end of which was conditioned by «the best scientific advice». In this perspective, it was clear that scientific research establishing that stocks of certain species of whales were abundant, thus making sustainable whaling possible, was, as the Director-General said, «the

¹⁷¹ Résolution 2006-1, St. Kitts and Nevis Declaration, onglet n° 70 du dossier des juges du Japon.

¹⁷² Pour une description sommaire, voir le site Internet de la CBI : <http://iwc.int/future>.

only method available to carry on with the traditions of whaling». I would respectfully suggest that this is, by no means, in contradiction with the good faith doctrine. On the contrary, this declaration bears witness of the faith of Japan that its contribution to scientific research would contribute to the lifting of the moratorium.

Conclusion

58. Monsieur le président, il existe, au sein de la CBI, une fâcheuse tendance à forcer le vote sans poursuivre la discussion, ou rechercher le consensus. Par le vote de ces résolutions, les Etats opposés à toute forme de chasse à la baleine ont cherché à imposer leurs vues à l'importante minorité ne la partageant pas. C'est là, pour reprendre la fameuse maxime de Tocqueville, une forme de «despotisme de la majorité»¹⁷³, peut-être acceptable, à défaut d'un moins mauvais système, dans les pays démocratiques, mais clairement intolérable dans les relations entre Etats souverains, au sein d'une organisation internationale à laquelle aucun pouvoir supranational n'a été conféré.

59. On ne peut, Monsieur le président, venir reprocher au Japon de ne pas respecter des textes qui, non seulement ne sont pas obligatoires, mais qui sont au surplus contraires au texte même de la convention. L'Australie et, d'une façon générale, tous les Etats opposés par principe à la chasse à la baleine l'ont reconnu, ce qui les a conduits, sans succès d'ailleurs, à proposer d'amender la convention. En se conformant à celle-ci, qui est la loi des parties et de la commission, le Japon n'abuse d'aucun droit ; il en use.

Ceci, Monsieur le président, conclut les plaidoiries du Japon pour ce premier tour de plaidoiries. Au nom de toute notre délégation, je tiens, Mesdames et Messieurs de la Cour, à vous exprimer notre vive reconnaissance pour votre écoute attentive. Avec un peu d'avance, je vous souhaite un très bon week-end.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur le professeur. Ceci met fin au premier tour des plaidoiries du Japon, mais pas encore fin à l'audience de cet après-midi. A few Judges have

¹⁷³ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t.1, Paris, Flammarion, 1981, p. 230.

questions, so I will call them in the order of seniority. First, Judge Greenwood. You have the floor, Sir.

Judge GREENWOOD: Thank you, Mr. President. I have two questions for Japan. First,

“(1) What emerged from Japan’s analysis of the results from JARPA that led it to conclude that the sample size for Antarctic minke whales employed in JARPA was inadequate and that it was necessary to employ in JARPA II a much larger sample size for Antarctic minke whales, while the sample size for humpback and fin whales was to remain unchanged?”

Secondly,

“(2) Why did Japan proceed with the higher JARPA II sample size for Antarctic minke whales before the Scientific Committee had had the opportunity to study the final results from JARPA?”

Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Greenwood. I shall now give the floor to Judge Donoghue. You have the floor, Madam.

Judge DONOGHUE: Thank you, Mr. President. My question is for Japan.

“Today, tab 58-12 of the judges’ folder contains some information about Japan’s catch levels before the moratorium. I would like some more precise information, please, as follows. For the ten years before the commercial moratorium took effect for Japan, what was the annual commercial catch of each of the three JARPA II target species (minke whales, fin whales and humpback whales) by Japanese vessels in the JARPA and JARPA II research areas? If it is not possible to give a precise answer as to the JARPA and JARPA II research areas, please provide annual catch figures for each species with respect to a larger area, e.g., the Southern Hemisphere. In such a case, you are invited to offer any observations about the extent to which one can extrapolate from catch figures relating to the larger area, in order to gain an appreciation of the pre-moratorium catch figures relevant to the JARPA and JARPA II research areas.”

Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Donoghue, and I give the floor to Judge Gaja. You have the floor.

Judge GAJA: Thank you, Mr. President. My question is addressed to both Parties and to the intervening State. It is as follows:

“If a whaling programme is both for purposes of scientific research and for commercial purposes, what are the applicable rules according to the ICRW?”

Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Gaja. The written text of these questions will be sent to the Parties and the intervening State as soon as possible.

With respect to the question put to Australia, Australia is invited to reply orally to the questions during the second round of oral argument. New Zealand is invited to reply to Judge Gaja’s question orally next Monday. Japan is then free during its second round of oral argument to comment on the replies of Australia and New Zealand.

With respect to the questions put to Japan, Japan is invited to reply orally to these questions during the second round of oral argument. Australia is invited to submit any written comments which it may wish to make on that reply not later than 19 July 2013. Any written comment which the intervening State may wish to make on the replies provided by the Parties to the question of Judge Gaja must be submitted not later than 19 July 2013.

This brings to an end today’s sitting. The Court will meet again on Monday, 8 July between 10 and 11.30 a.m. to hear New Zealand give its oral observations on the subject-matter of its intervention.

Thank you, the Court is adjourned.

The Court rose at 5.55 p.m.
