

SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

Paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling — Duty of States parties to the Convention to co-operate with the International Whaling Commission and its Scientific Committee is implied by paragraph 30 and its accompanying Guidelines — Duty of co-operation is to be given a broad and purposive construction — Japan's formal compliance with paragraph 30 and the Guidelines does not amount to substantive compliance — Japan has consequently breached paragraph 30 of the Schedule — Characterization of JARPA II as a commercial whaling programme — JARPA II's failure to qualify as a programme for purposes of scientific research under Article VIII, paragraph 1, of the Convention necessarily renders it a commercial whaling programme — Evidentiary record strongly supports the conclusion that JARPA II is a commercial enterprise — The Court ought to have made an affirmative pronouncement that JARPA II is a commercial whaling programme.

INTRODUCTION

1. I generally agree with conclusions reached by the majority, and thus have voted in favour of all but one of the operative clauses contained in the *dispositif* of the present Judgment. However, for reasons I shall expand upon presently, I cannot agree with the majority's conclusion that Japan has complied with paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling (“ICRW” or “Convention”).

2. Moreover, while I concur with the majority that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research in accordance with Article VIII, paragraph 1, of the ICRW, I feel that the evidentiary record in these proceedings plainly demonstrates that JARPA II is a commercial enterprise. As I shall endeavour to explain hereunder, in my view it would have been appropriate for the Court to make a formal finding to that effect.

I. PARAGRAPH 30 OF THE SCHEDULE TO THE ICRW

3. Article III of the Convention establishes the International Whaling Commission (“IWC” or “Commission”), which is responsible for, *inter alia*, monitoring and regulating the study of whale stocks and the activities of the whaling industry (Articles IV-VI of the Convention). Since 1950, the Commission has been assisted in the execution of this broad mandate by a body known as the Scientific Committee (Judgment, para. 47).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Paragraphe 30 du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine — Devoir incombant aux Etats parties à la convention de coopérer avec la commission baleinière internationale et son comité scientifique découlant logiquement des dispositions du paragraphe 30 et des lignes directrices qui le complètent — Nécessité d'interpréter le devoir de coopération dans un sens large et téléologique — Respect, par le Japon, de la lettre du paragraphe 30 et des lignes directrices n'équivalant pas au respect de l'esprit de celles-ci — Violation du paragraphe 30 du règlement qui en découle — Nature commerciale du programme de chasse à la baleine mené au titre de JARPA II — Nature commerciale de JARPA II découlant logiquement du fait que celui-ci ne peut être considéré comme un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Conclusion relative à la nature commerciale de JARPA II solidement étayée — Regret que la Cour n'ait pas qualifié JARPA II de programme de chasse à la baleine à des fins commerciales.

INTRODUCTION

1. Je souscris de manière générale aux conclusions auxquelles a abouti la majorité, raison pour laquelle, à une exception près, j'ai voté en faveur de tous les points du dispositif. Toutefois, pour des motifs que je vais ici développer, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle le Japon s'est conformé aux dispositions du paragraphe 30 du règlement de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la «convention»).

2. En outre, si je conviens avec la majorité que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, je considère même, à l'examen du dossier, qu'il relève d'une entreprise commerciale. Pour les raisons que je voudrais ici préciser, il aurait, selon moi, été bon que la Cour en prenne acte formellement.

I. LE PARAGRAPHE 30 DU RÈGLEMENT ANNEXÉ À LA CONVENTION

3. L'article III de la convention institue une commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou «commission») chargée, entre autres choses, du suivi et de la réglementation des recherches sur les stocks de baleines et des activités de l'industrie baleinière (articles IV à VI de la convention). Depuis 1950, la commission est assistée dans l'exécution de ce mandat très général par un comité scientifique (arrêt, par. 47).

4. Under paragraph 30 of the Schedule to the Convention, a principal responsibility of the Scientific Committee is to review and comment upon special permits issued pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the ICRW. Paragraph 30 reads as follows:

“A Contracting Government shall provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them. The proposed permits should specify:

- (a) objectives of the research;
- (b) number, sex, size and stock of the animals to be taken;
- (c) opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and
- (d) possible effect on conservation of stock.

Proposed permits shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible . . . Preliminary results of any research resulting from the permits should be made available at the next Annual Meeting of the Scientific Committee.”

5. According to Article I, paragraph 1, of the ICRW, the Schedule forms an integral part of the Convention. For this reason, paragraph 30, being binding authority, is the primary legal provision governing procedural compliance with the special permit review process. However, this somewhat terse régime has been significantly expanded upon by what is commonly referred to as “Annex P”, a set of procedural “Guidelines” endorsed by the Commission (Judgment, para. 47) through its power to issue recommendations “which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention” under Article VI of the Convention. Although technically hortatory in nature, because Annex P was adopted by consensus, it provides weighty guidance as to the protocols to be followed in submitting and reviewing prospective scientific permits issued by a State party to the Convention under Article VIII, paragraph 1.

6. The majority has found that JARPA II is in compliance with the timing requirements of paragraph 30 because “Japan submitted the JARPA II Research Plan for review by the Scientific Committee in advance of granting the first permit for the programme”, and because the Parties do not dispute that subsequent permits issued under JARPA II on the basis of that original Research Plan have been reported “at once to the Commission” (*ibid.*, para. 238). As to the substantive components of paragraph 30 (i.e., subparas. (a)-(d)), the majority finds that these have been “set[] forth”(*ibid.*, para. 239) in the Research Plan.

4. En vertu du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention, le comité scientifique est essentiellement chargé d'examiner et de commenter les permis spéciaux délivrés conformément au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Le paragraphe 30 se lit comme suit :

«Il appartient à tout gouvernement contractant de fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet. Les propositions de permis doivent préciser :

- a) les objectifs de la recherche ;
- b) le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer ;
- c) les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays ; et
- d) les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.

Les propositions de permis font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible ... Les résultats préliminaires de toute recherche issue des permis sont présentés lors de la réunion annuelle suivante du comité scientifique.»

5. D'après le paragraphe 1 de l'article premier, le règlement fait partie intégrante de la convention. Le paragraphe 30, qui a force obligatoire, est donc la principale disposition juridique régissant le respect de la procédure applicable à l'examen des permis spéciaux. Toutefois, ce régime quelque peu sommaire a été considérablement étoffé dans un document communément appelé l'«annexe P», qui renferme une série de «lignes directrices» de nature procédurale endossées par la commission (arrêt, par. 47) en application du pouvoir que lui confère l'article VI de la convention de formuler des recommandations «à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de» cet instrument. Bien qu'elle n'ait, techniquement, que valeur d'incitation, l'annexe P, en tant qu'elle a été adoptée par consensus, fournit d'importantes indications sur les protocoles à suivre s'agissant pour un Etat partie à la convention de soumettre, et pour le comité scientifique d'examiner, les propositions de permis scientifiques relevant du paragraphe 1 de l'article VIII.

6. La majorité a estimé que JARPA II satisfaisait aux conditions qu'impose le paragraphe 30 en matière de calendrier, dès lors que «le Japon a soumis le plan de recherche de JARPA II à l'examen du comité scientifique avant de délivrer le premier permis au titre de ce programme», et parce que les Parties ne contestent pas que les permis délivrés par la suite dans le cadre de JARPA II sur la base de ce plan de recherche initial ont été portés «immédiatement à la connaissance de la commission» (*ibid.*, par. 238). En ce qui concerne les conditions substantielles imposées par le paragraphe 30 (alinéas a) à d)), la majorité estime que les informations requises ont été «fourni[es]» (*ibid.*, par. 239) dans le plan de recherche.

7. I regret that I must respectfully dissent from the view of the majority on this point. I can accept that the information provided by Japan, and relied upon by the majority, may at the most constitute *formal* compliance with paragraph 30. However, in view of the significant expansion of this régime by Annex P, I believe that *substantive* compliance with paragraph 30 encompasses an implicit duty to co-operate with the Commission and the Scientific Committee by providing information that is reflective of the evolving character of JARPA II. Indeed, a duty to co-operate emanating from paragraph 30 and Annex P was recognized by both Parties and the intervening State, and was endorsed as an imperative interpretative principle by the Court in the present Judgment (para. 240). Given the broad consensus of opinion on this point, I cannot share the majority's conclusion that Japan's perfunctory compliance with the strict letter of paragraph 30 is consonant with the apparent broad and purposive scope of this duty to co-operate.

8. As I shall explain in the ensuing analysis, I take the position that Japan's failure to abide by its duty to co-operate under paragraph 30 is evident from an analysis of the *chapeau* of that provision and at least three out of its four substantive subparagraphs. I shall address each of these shortcomings in turn.

1. *The Chapeau of Paragraph 30 of the Schedule*

9. The *chapeau* of paragraph 30 requires that “[a] Contracting Government shall provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued *and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them*” (emphasis added). It is true that the Parties do not contest the fact that Japan submitted the JARPA II Research Plan in March 2005, that it was reviewed by the Scientific Committee prior to the launch of JARPA II in November 2005, and that the annual issuance of special permits under JARPA II was promptly reported to the Scientific Committee during the life of the programme (Judgment, paras. 109 and 238). However, it is to be recalled that 63 Scientific Committee participants declined to take part in the 2005 review of the JARPA II Research Plan, citing the need for the Committee to complete its final review of the original JARPA programme before the new proposal could be assessed (*ibid.*, para. 241). Indeed, although Japan launched JARPA II in November 2005, it was not until December 2006 that a final review of JARPA by the Committee was conducted (*ibid.*, para. 105).

10. I believe a truly co-operative approach on the part of Japan would have entailed a proper dialogue with the Committee concerning the scientific output of JARPA with the aim of possibly revising JARPA II prior to its launch. Instead, the relevant history evinces what I can only describe as a rush to renew what effectively amounted to a replication of its prior

7. Je regrette de devoir me désolidariser de la majorité sur ce point. Tout au plus pourrais-je conclure d'après les informations fournies par le Japon, sur lesquelles s'est fondée la majorité, que les dispositions du paragraphe 30 ont été *formellement* respectées. Toutefois, compte tenu de l'élargissement considérable de ce régime en vertu de l'annexe P, j'estime que, *sur le fond*, le respect de ces dispositions couvre implicitement le devoir du Japon de coopérer avec la commission et le comité scientifique en fournissant des informations rendant compte de l'évolution de JARPA II. Au demeurant, les deux Parties et l'Etat intervenant ont reconnu que le paragraphe 30 et l'annexe P prévoyaient un tel devoir, que la Cour, dans l'arrêt, a de surcroît érigé en principe d'interprétation incontournable (par. 240). Compte tenu du consensus général sur ce point, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle le respect de pure forme, par le Japon, de la seule lettre du paragraphe 30 satisferait à un devoir de coopérer qui, manifestement, doit être interprété dans un sens plus vaste, en fonction de son objet.

8. L'analyse du chapeau de cette disposition et d'au moins trois de ses quatre alinéas de nature substantielle montre bien en quoi le Japon ne se conforme nullement au devoir de coopération que lui impose le paragraphe 30. J'examinerai à tour de rôle chacun des manquements constatés.

1. *Le chapeau du paragraphe 30 du règlement*

9. Le chapeau du paragraphe 30 dispose qu'«[i]l appartient au gouvernement contractant de fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet» (les italiques sont de moi). Certes, les Parties n'ont pas contesté que le Japon ait soumis le plan de recherche de JARPA II en mars 2005 et que ce plan ait été examiné par le comité scientifique avant le lancement du programme en novembre 2005, ni que les permis spéciaux délivrés chaque année dans le cadre de JARPA II aient été immédiatement portés à la connaissance du comité scientifique tout au long du déroulement de ce programme (arrêt, par. 109 et 238). Toutefois, il convient de rappeler que soixante-trois membres du comité scientifique ont décidé de ne pas participer à l'examen du plan de recherche de JARPA II en 2005, arguant que le comité ne pouvait examiner le nouveau projet sans avoir, au préalable, mené à bien l'évaluation finale de JARPA (*ibid.*, par. 241). Or, alors que JARPA II a été lancé par le Japon au mois de novembre 2005, ce n'est qu'en décembre 2006 que le comité a réalisé cette évaluation finale (*ibid.*, par. 105).

10. A mes yeux, le Japon aurait démontré un réel esprit de coopération en acceptant de participer à un dialogue digne de ce nom avec le comité sur les réalisations scientifiques de JARPA, dans l'idée de reviser au besoin JARPA II avant son lancement. Or, ressort-il du dossier, il s'est au contraire précipité — je ne vois pas d'autre terme — pour renouveler ce

“scientific” whaling programme — only this time with an indefinite mandate — well before any critical review of said programme could take place. For these reasons, I find that the duty to co-operate implicit in the *chapeau* of paragraph 30 has been violated by Japan.

2. Paragraphs 30 (a) and (b) of the Schedule

11. My review of the evidentiary record leads me to the firm conclusion that Japan has failed in its duty to co-operate with the IWC and its Scientific Committee in accordance with paragraph 30, by not providing timely and accurate information pertaining to the objectives of its ostensible research (subpara. (a)), as well as the quantitative and qualitative dimensions of the whales to be killed pursuant to JARPA II permits (subpara. (b)). To that end, it is to be recalled that the JARPA II Research Plan, promulgated in 2005 and under which Japan has been issuing its special permits until the close of proceedings in this case, has never been altered (Judgment, para. 209). Similarly, the permits issued annually by Japan under this programme have remained identical in their descriptive contents (*ibid.*). This despite the fact that since the inception of JARPA II, the programme has seen a marked decline in the actual output of the programme vis-à-vis its originally stated goals.

12. Indeed, the JARPA II Research Plan, in its stated pursuit of a programme that would, *inter alia*, engage in “[m]onitoring of the Antarctic ecosystem”¹ and construct a “[m]odelling competition among whale species”², mandates a perennial take of 850 minke whales (plus or minus ten per cent), 50 fin whales and 50 humpback whales. However, in reality, during the entire lifespan of the programme JARPA II has taken *zero* humpback whales (Judgment, para. 201). As to fin whales, JARPA II took a paltry *combined* total of 18 during the *first seven seasons* of the programme, and a mere zero to three were captured annually in subsequent years (*ibid.*). Moreover, while Japan caught 853 minke whales during the inaugural 2005-2006 pelagic season under JARPA II in accordance with the stated objectives of the programme, these numbers have dropped precipitously in recent years. At the time of the close of proceedings in this case, the evidentiary record revealed that an average of approximately 450 minke whales (or barely half the target established under the original and unchanged Research Plan) had been killed each year under JARPA II, with those numbers plummeting in the latter years of the programme (to wit, 170 minke whales were killed in the 2010-2011 season and 103 minke whales were killed in the 2012-2013 season) (*ibid.*, para. 202).

13. In my opinion, the manifest and repetitive failure of JARPA II to achieve its ambitiously stated original objectives warrants more than a

¹ Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 105, p. 160.

² *Ibid.*, p. 161.

qui n'était de fait qu'une réplique de son précédent programme de chasse «scientifique» — à cela près que, cette fois, son mandat était illimité — bien avant que toute évaluation critique de ce programme n'eût pu avoir lieu. Pour ces raisons, j'estime que le devoir de coopération que prévoyait implicitement le chapeau du paragraphe 30 a été violé par le Japon.

2. Alinéas a) et b) du paragraphe 30 du règlement

11. A l'examen du dossier, j'ai acquis la ferme conviction, en ne fournissant pas en temps voulu des informations exactes sur les objectifs de la recherche qu'il prétendait réaliser (alinéa *a*)), non plus que d'éléments quantitatifs et qualitatifs sur les baleines qu'il s'agissait de tuer en vertu de permis délivrés dans le cadre de JARPA II (alinéa *b*)), que le Japon avait manqué à son devoir de coopérer avec la CBI et son comité scientifique conformément au paragraphe 30. A cet égard, il convient de rappeler que le plan de recherche de JARPA II, en vertu duquel le Japon n'a cessé, depuis sa promulgation en 2005, de délivrer des permis spéciaux tout le temps qu'a duré la procédure en l'espèce, n'a jamais été modifié (arrêt, par. 209). De même le contenu descriptif des permis délivrés chaque année par le Japon au titre de ce programme est-il resté inchangé (*ibid.*), et ce, en dépit d'un nombre de prises effectives, depuis le lancement de JARPA II, très en deçà des objectifs initialement annoncés.

12. Le plan de recherche de JARPA II, dans le cadre d'un programme notamment censé assurer un «suivi de l'écosystème de l'Antarctique»¹ et établir une «modélisation de la concurrence entre espèces de baleines»², prévoyait en effet des prises annuelles chiffrées à 850 pour les petits rorquals (plus ou moins 10%), 50 pour les rorquals communs et 50 pour les baleines à bosse. Or, de fait, *pas une seule* baleine à bosse n'a été mise à mort pendant la totalité du déroulement du programme (arrêt, par. 201). Quant aux rorquals communs, il n'en a, *en tout et pour tout*, été prélevé que 18 spécimens au cours des *sept premières saisons* du programme, après quoi les prises ont varié de zéro à trois par an (*ibid.*). En outre, si le Japon a prélevé, dans le cadre de JARPA II, 853 petits rorquals au cours de la première saison pélagique 2005-2006, conformément aux objectifs annoncés, ces chiffres ont récemment accusé une baisse brutale. A l'heure de la clôture de la procédure en l'affaire, le nombre moyen de petits rorquals tués chaque année dans le cadre de JARPA II aura oscillé autour de 450 (soit à peine la moitié des objectifs de capture établis au titre du plan de recherche initial, resté inchangé), chiffre qui a encore chuté au cours des dernières années du programme (170 petits rorquals ayant été tués au cours de la saison 2010-2011 et 103 au cours de la saison 2012-2013) (*ibid.*, par. 202).

13. Selon moi, les objectifs ambitieux annoncés dans le cadre de JARPA II n'ayant, à plusieurs reprises, pas été atteints, il y avait lieu de ne

¹ Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 105, p. 160.

² *Ibid.*, p. 161.

rote annual recitation of what are now clearly outmoded catch projections as contained in the original 2005 Research Plan. Consequently, I find that the duty to co-operate implied in paragraphs 30 (a)-(b) and Annex P requires, *at the very least*, the submission by Japan of a revised JARPA II Research Plan and/or revised annual special permits bearing some semblance with the reality of the programme's performance. Consequently, Japan's failure to do either constitutes a material breach of this duty.

3. Paragraph 30 (c) of the Schedule

14. Paragraph 30 (c) of the Schedule states that proposed scientific permits to be issued pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention shall state what opportunities for participation by scientists of other nations have been provided for in the research programme. The majority acknowledges that in the course of these proceedings, Japan has adduced no evidence of any co-operation with scientists of other nations under JARPA II (Judgment, para. 222), yet stops short of any finding that Japan has failed to comply with paragraph 30. Rather, the majority admonishes Japan that "some further evidence of co-operation between JARPA II and other . . . international research institutions could have been expected" (*ibid.*).

15. Contrary to the view of the majority, I believe that the conspicuous dearth of peer review by scientists of other nations seriously undermines any conclusion that Japan has complied with its duty to co-operate under paragraph 30 (c) of the Schedule. In this regard, I endorse the opinion of the witness-expert for Australia, Professor Mangel, who testified that "scientific opinion can be wrong, but reliable science responds to valid criticism, which is how science advances"³. I further find that the following submission by Australia captures the situation succinctly:

"Peer review in scientific research . . . leads to a *continuous process of revision and amendment of the research* as necessary. *There is no indication of Japan adopting any such approach.* Japan commenced JARPA II without proper peer review, and continues it without substantial adjustment, despite serious and sustained criticism from members of the scientific community that its objectives and methods are flawed and likely to fail. It is thus unsurprising that JARPA II has produced a paucity of peer reviewed results, as did its predecessor JARPA."⁴

³ Memorial of Australia, Vol. 1, para. 5.83 and note 687.

⁴ *Ibid.*, para. 5.83; emphasis added.

pas se contenter d'une simple répétition mécanique, d'une année sur l'autre, des projections en matière de prises contenues dans le plan de recherche initial de 2005, devenues entre-temps clairement obsolètes. Je considère donc que le devoir de coopération qu'impliquent les alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 30 et l'annexe P imposait à *tout le moins* au Japon de soumettre un plan de recherche de JARPA II et/ou des permis spéciaux annuels révisés présentant un semblant de rapport avec la réalité de la mise en œuvre du programme. En ne présentant de révision ni de l'un ni des autres, le Japon a donc commis une violation substantielle de ce devoir.

3. Alinéa c) du paragraphe 30 du règlement

14. L'alinéa *c)* du paragraphe 30 du règlement indique que les propositions de permis scientifiques délivrés au titre du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention doivent préciser les possibilités de participation aux recherches de scientifiques d'autres pays qu'offre le programme en question. La majorité reconnaît que, dans la présente instance, le Japon n'a fourni aucune preuve de coopération avec des scientifiques d'autres pays dans le cadre de JARPA II (arrêt, par. 222), mais se garde pour autant de conclure que le Japon a manqué aux obligations que lui impose le paragraphe 30. Elle se contente de lui adresser cette admonestation : « [I]l était permis d'escompter que le Japon fournirait davantage d'exemples de coopération entre ce programme et d'autres organismes de recherche ... internationaux. » (*Ibid.*)

15. A la différence de mes collègues de la majorité, j'estime que cette absence flagrante d'évaluation par des scientifiques d'autres pays met sérieusement à mal la conclusion selon laquelle le Japon a honoré le devoir de coopération lui incombant en vertu de l'alinéa *c)* du paragraphe 30 du règlement. A cet égard, je fais mien l'avis exprimé par le témoin-expert de l'Australie, le professeur Mangel, d'après lequel « un avis scientifique peut être faux, mais un scientifique rigoureux répondra aux critiques valides, et c'est ainsi que la science progresse »³. J'estime en outre que cette observation de l'Australie résume bien la situation :

« [E]n matière de recherche scientifique, l'examen par les pairs conduit ... à un *processus continu de révision et de modification des recherches* en tant que de besoin. Or rien n'indique que le Japon ait adopté une telle démarche. Ce dernier a lancé le programme JARPA II sans réel examen par les pairs, et continue à le mettre en œuvre sans rectification notable, en dépit des vives critiques constamment émises par des membres de la communauté scientifique, qui affirment que ses objectifs et ses méthodes sont inappropriés et probablement voués à l'échec. Il n'est donc pas étonnant que, tout comme son prédécesseur, le programme JARPA II ait produit extrêmement peu de résultats ayant fait l'objet d'un examen par les pairs. »⁴

³ Mémoire de l'Australie, vol. 1, par. 5.83, et note 687.

⁴ *Ibid.*, par. 5.83 ; les italiques sont de moi.

16. In my respectful view, the majority ought to have concluded that JARPA II's failure to collaborate in any meaningful way with the scientists of other nations fails to satisfy the broad and purposive duty to co-operate that arises under paragraph 30 (c).

4. *Conclusion regarding Japan's Violation of Paragraph 30 of the Schedule*

17. In sum, I consider that the following factors clearly establish that Japan has not complied with its duty to co-operate with the Commission and the Scientific Committee pursuant to paragraph 30 and Annex P:

- (i) JARPA II was launched before a review of JARPA had taken place.
- (ii) Despite the fact that the quantity and quality of data gathered over the lifespan of JARPA II differs in significant respects from the original design of the programme as envisaged in the Research Plan, Japan has never submitted a revised plan nor altered its special permits in observance of these changes.
- (iii) Whereas the JARPA II Research Plan was designed, *inter alia*, to conduct a "modelling of the Antarctic ecosystem" in conjunction with a multi-species competition programme, not a single humpback whale was taken during the duration of the programme and a negligible amount of fin whales were captured. This leaves minke whales as the only remaining species actually taken in meaningful quantities under the programme, and Japan has neither satisfactorily explained how its multi-species Antarctic ecosystem research can be salvaged under such circumstances, nor has it adapted the objectives of the programme to reflect changing circumstances.
- (iv) Japan has not provided any evidence of international scientific co-operation under JARPA II.

18. As the majority affirms, paragraph 30 of the Schedule to the Convention implies a duty of co-operation for all States parties when submitting permits to the Scientific Committee to be reviewed for compliance with Article VIII, paragraph 1, of the Convention. However, for the reasons I have outlined above, I cannot share the majority's conclusion that Japan's formal compliance with paragraph 30 constitutes satisfactory substantive compliance with that provision. Given my view that the duty to co-operate is a broad and purposive obligation that entails an ongoing dialogue with the Scientific Committee, I conclude that Japan has failed to comply with this duty in respect of the *chapeau* and subparagraphs (a)-(c) of paragraph 30, as elucidated by the Guidelines promulgated in Annex P.

16. A mon humble avis, la majorité aurait dû conclure que l'absence de réelle collaboration avec des scientifiques d'autres nations dans le cadre de JARPA II constitue un manquement à l'obligation générale de coopérer prévue à l'alinéa *c*) du paragraphe 30, telle qu'interprétée en fonction de son objet.

*4. Conclusion relative à la violation, par le Japon,
du paragraphe 30 du règlement*

17. Pour résumer, je considère qu'il découle des éléments suivants que le Japon n'a pas respecté le devoir lui incombant en vertu du paragraphe 30 et de l'annexe P de coopérer avec la commission et le comité scientifique :

- i) JARPA II a été lancé avant que JARPA n'eût fait l'objet d'une évaluation.
- ii) En dépit du fait que la quantité et la nature des données recueillies tout au long du déroulement de JARPA II diffèrent à d'importants égards de ce qui avait été initialement prévu et décrit dans le plan de recherche, le Japon n'a jamais soumis de plan révisé, ni modifié ses permis spéciaux pour refléter lesdits changements.
- iii) Alors que le plan de recherche de JARPA II était notamment censé permettre d'aboutir à une « modélisation de l'écosystème de l'Antarctique » et à une étude de la concurrence entre espèces, aucune baleine à bosse n'a été prélevée pendant tout le temps qu'a duré ce programme, et un nombre infime de rorquals communs a été mis à mort. Dans le cadre de JARPA II, seuls ont donc été prélevés en quantités significatives les petits rorquals ; or, le Japon n'a jamais expliqué de manière convaincante comment son étude de l'écosystème de l'Antarctique couvrant diverses espèces pouvait se justifier dans ces circonstances, pas davantage qu'il n'a adapté les objectifs de son programme pour tenir compte de l'évaluation de ce contexte.
- iv) Le Japon n'a fourni aucun exemple de coopération scientifique internationale réalisée dans le cadre de JARPA II.

18. Comme l'affirme la majorité, le paragraphe 30 du règlement de la convention impose un devoir de coopération à tous les Etats soumettant des permis au comité scientifique afin que celui-ci puisse s'assurer de leur conformité aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII. Or, pour les raisons que j'ai mentionnées ci-dessus, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle, en respectant la lettre du paragraphe 30, le Japon aurait dûment respecté l'esprit de celui-ci. Le devoir de coopération étant, à mes yeux, une obligation de vaste portée, devant être compris dans une optique téléologique, qui implique un dialogue permanent avec le comité scientifique, j'estime que le Japon a manqué d'honorer le devoir de coopérer que lui imposaient le chapeau et les alinéas *a*) à *c*) du paragraphe 30, tel que précisé par les lignes directrices promulguées à l'annexe P.

19. Consequently, I respectfully dissent in respect of the conclusion reached by the majority in paragraph 247 (6) of the present Judgment.

II. JARPA II AS A COMMERCIAL WHALING PROGRAMME

20. Apart from the dissent I have expressed immediately above, I join the majority with respect to all remaining subparagraphs of the *dispositif*. Specifically, I concur that the evidence on record establishes that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the ICRW, and therefore the lethal methods employed under said programme violate Japan's international legal obligations pursuant to paragraphs 7 (*b*) (the establishment of the "Southern Ocean Sanctuary"), 10 (*d*) (the "factory ship moratorium"), and 10 (*e*) (the "moratorium on commercial whaling") of the Schedule to the Convention.

21. In my estimation there is ample evidence on the record to support the conclusion that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research, but in fact, a commercial whaling programme. While an exhaustive account of the rationales underpinning my conclusion is not feasible for present purposes, I wish to seize upon the following four salient considerations: (*a*) the inevitable logical conclusion that JARPA II's failure to qualify as a programme for purposes of scientific research requires its classification as one for commercial purposes; (*b*) the historical context in which JARPA and JARPA II came into existence and continued to operate; (*c*) the indefinite duration of JARPA II; and (*d*) compelling evidence that the lethal take of minke whales under JARPA II is responsive to market forces, as well as efforts by the Government of Japan to stimulate the domestic market for minke whale meat under the broader auspices of that programme.

1. ICRW only Allows for Three Mutually Exclusive Categories of Whaling

22. As a preliminary matter, I find that a proper reading of the Convention envisages only three exhaustive and mutually exclusive purposes for whaling: (i) scientific research; (ii) commercial enterprise; and (iii) aboriginal subsistence. It is uncontested that aboriginal subsistence whaling is not a live issue in this case. It therefore stands to reason that a finding by this Court that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research necessarily leads to the corollary that it is a commercial whaling programme.

23. The deductive approach I have adopted above is but the first pillar upholding my conclusion that JARPA II is a commercial whaling pro-

19. Je me vois donc dans l'obligation de me dissocier de la conclusion à laquelle la majorité a abouti au point 6 du paragraphe 247 de l'arrêt.

II. JARPA II EN TANT QUE PROGRAMME DE CHASSE À LA BALEINE DE NATURE COMMERCIALE

20. Si je suis en désaccord sur le point que je viens d'exposer, je souscris à toutes les autres conclusions de la majorité telles qu'énoncées dans le dispositif. Plus précisément, je suis d'accord pour affirmer qu'il ressort du dossier que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention et que, en conséquence, le recours, dans ce cadre, à des méthodes létales emporte violation des obligations juridiques internationales que le Japon tient des paragraphes 7 *b*) (création du «sanctuaire de l'océan Austral»), 10 *d*) («moratoire sur les usines flottantes») et 10 *e*) («moratoire sur la chasse commerciale») du règlement annexé à la convention.

21. Néanmoins, selon moi, il ressort amplement du dossier non seulement que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, mais qu'il s'agit même en réalité d'un programme de chasse à visées commerciales. Si je ne puis ici développer l'ensemble des motifs qui me conduisent à cette conclusion, je voudrais insister sur quatre grands points que j'ai pris en ligne de compte: *a*) la nécessité logique de qualifier JARPA II de programme mené à des fins commerciales dès lors qu'il ne peut être considéré comme un programme mené en vue de recherches scientifiques; *b*) le contexte historique dans lequel JARPA et JARPA II ont vu le jour et ont été mis en œuvre; *c*) le caractère illimité dans le temps de JARPA II; *d*) les éléments de preuve ne laissant aucun doute sur le fait que le nombre de petits rorquals prélevés dans le cadre de JARPA II est déterminé par le marché, et les efforts déployés par le Gouvernement japonais pour stimuler le marché national de viande de petits rorquals sous le couvert de ce programme.

1. La convention ne prévoit que trois catégories de chasse, qui s'excluent mutuellement

22. A titre liminaire, je considère que la convention, dûment interprétée, ne permet d'envisager que trois types de finalités motivant la pratique de la chasse, lesquelles s'excluent les unes les autres: i) recherche scientifique; ii) considérations commerciales; iii) subsistance aborigène. Or, il est admis qu'il n'est pas question, en l'espèce, de chasse aborigène de subsistance. De ce que la Cour conclut que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, il découle donc nécessairement qu'il s'agit d'un programme de chasse à des fins commerciales.

23. L'approche déductive que j'ai adoptée ci-dessus n'est que le premier des éléments étayant ma conclusion sur la nature commerciale de

gramme. As I shall now explain, this conclusion is further buttressed by numerous inductive inferences available from the evidence adduced during these proceedings. For present purposes, I find it sufficient to focus on three of the most prominent types of evidence, though by no means do I consider the foregoing to constitute an exhaustive treatment of the subject.

2. *Historical Context Surrounding JARPA and JARPA II*

24. I begin by considering the historical context surrounding the adoption and operation of the original JARPA programme. In so doing, I am fully cognizant that the legality of this programme per se is not under consideration by the Court. That being said, I believe the evidentiary record abundantly sustains the inference that JARPA II is essentially a *de facto* extension of JARPA, for all intents and purposes. Given, *inter alia*, the uninterrupted lineage between JARPA and JARPA II as well as their numerous commonalities, I believe a more holistic appraisal of the entire “scientific whaling” scheme practised by Japan over the past several decades is appropriate.

25. The record demonstrates that the Government of Japan has a long history of strenuous objection to the adoption and continuation of a complete moratorium on commercial whaling. To begin, I would recall that Japan was one of only seven countries to unsuccessfully vote against the imposition of the moratorium when it was adopted at the IWC’s Thirty-Fourth Annual Meeting on 23 July 1982⁵. It was also one of only four countries to subsequently lodge a formal objection to the amendment when it did so on 4 November 1982⁶, thus exempting itself from the application of the moratorium by the time it went into full effect in 1986⁷. I would further recall that the Court received considerable evidence, by way of statistics and political declarations made by representatives of the Japanese Government, which strongly indicate that Japan’s resistance to the imposition of the moratorium was motivated by a perceived need to aggressively protect critical socio-economic, cultural and historical links between the fabric of Japanese society and a deeply-rooted commercial whaling industry dating back centuries⁸.

26. This position was encapsulated when Japan’s formal notification of its objection to the moratorium expressly underscored “the important role played by the whale products and the whaling industry in the Japa-

⁵ Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.57 and note 82; para. 3.6. At the meeting, 25 countries voted in favour of the moratorium, seven against, and five abstained.

⁶ *Ibid.*, para. 2.60 and notes 84-87; para. 3.8. In addition to Japan, those countries lodging objections were Peru, Norway and the Union of Soviet Socialist Republics.

⁷ *Ibid.*, paras. 2.57-2.60.

⁸ *Ibid.*, paras. 3.5-3.8.

JARPA II. Comme je vais à présent l'expliquer, ma conviction est encore renforcée par les nombreuses inférences qui peuvent être induites du dossier présenté en l'espèce. Aux fins de la présente opinion, j'estime pouvoir me contenter à cet égard de revenir sur trois des aspects les plus déterminants, mais en aucun cas ils n'ont été les seuls à nourrir ma réflexion.

2. *Contexte historique dans le cadre duquel se sont inscrits JARPA et JARPA II*

24. Je commencerai par me pencher sur le contexte historique dans le cadre duquel le premier programme JARPA a été adopté et mis en œuvre. Ce faisant, j'ai parfaitement conscience que ce n'est pas la licéité de ce programme en soi qui est à l'examen devant la Cour. Cela dit, je pense que l'on peut inférer des nombreux éléments de preuve versés au dossier que JARPA II constitue essentiellement et à toutes fins une extension *de facto* de JARPA. Compte tenu notamment de ce lien de filiation entre les deux programmes, ainsi que de leurs nombreux points communs, il me semble opportun d'analyser dans sa globalité l'ensemble du régime de «chasse scientifique» pratiqué par le Japon au cours des dernières décennies.

25. Il ressort du dossier que, au fil des années, le Gouvernement du Japon a maintes fois manifesté son opposition acharnée à l'adoption et au maintien d'un moratoire complet sur la chasse commerciale. Pour commencer, je rappellerai que le Japon était l'un des pays (sur un total de sept seulement) qui vota, sans succès, contre l'instauration du moratoire, à la trente-quatrième réunion annuelle de la CBI, du 23 juillet 1982⁵. Il fut également l'un de ceux — sur quatre pays seulement cette fois — qui devait par la suite formuler une objection formelle à la modification du règlement instituant le moratoire. Il le fit le 4 novembre 1982⁶, de sorte que le moratoire ne lui était pas applicable au moment où il prit plein effet, en 1986⁷. J'ajouterai que la Cour a reçu de nombreux éléments de preuve, sous forme de statistiques ou de déclarations politiques de représentants du Gouvernement japonais, tendant résolument à indiquer que l'opposition du Japon à l'instauration du moratoire était motivée par la conviction qu'il lui fallait activement protéger les liens essentiels de natures socio-économique, culturelle et historique entre la société japonaise et une industrie baleinière dont l'ancrage dans le tissu social remontait à des siècles⁸.

26. Cette position transparissait dans la notification formelle que fit le Japon de son objection au moratoire, dans laquelle il soulignait expressément «le rôle important des produits baleiniers et de l'industrie baleinière

⁵ Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.57, et note 82; par. 3.6. Lors de la réunion, l'on dénombra vingt-cinq votes en faveur du moratoire, sept contre et cinq abstentions.

⁶ *Ibid.*, par. 2.60, et notes 84-87; par. 3.8. Outre le Japon, les pays qui émettent des objections étaient le Pérou, la Norvège et l'Union des républiques socialistes soviétiques.

⁷ *Ibid.*, par. 2.57-2.60.

⁸ *Ibid.*, par. 3.5-3.8.

nese traditional diet and in the socio-economy of certain local communities in Japan”⁹. A more expansive expression of this impetus can be found in a statement made by the Japanese Prime Minister when speaking before the national legislative body of Japan just a few months prior to the lodging of the objection. On that occasion, he explained how

*“Japan’s whaling industry has an extremely long history and it also occupies an important place in the Japanese diet . . . [L]ately we have seen . . . the anti-whaling movement driven by environmental protection organizations and other groups grow larger and larger worldwide . . . [T]hey are . . . trying to use their numbers to lead the IWC in the direction of a ban on whaling. The situation is truly regrettable . . . The Government intends to place even greater efforts than it has to date into the protection and growth of the whaling industry into the future.”*¹⁰

This theme was prevalent again when, speaking just days after the adoption of the commercial moratorium, Japan’s Minister for Agriculture, Forestry and Fisheries reported to his national legislature how

*“[i]t is the Prime Minister’s view that precisely since the problems facing whaling in Japan are so extremely significant, and as there are so many people who are reliant primarily on this industry for their livelihood, we must actively continue to build an environment where whaling can be practiced . . . [The Prime Minister] was of the view that we ought to push harder ahead with a response on whaling . . . And so, for my part too, since there are people who are unable to get jobs elsewhere in the fishing industry other than in whaling . . . I intend to redouble efforts in actively dealing with the whaling problem and to live up to the expectations which have been placed upon me.”*¹¹

A year after the adoption of the moratorium, this position remained resolute. As Japan’s Director-General of its Fisheries Agency recounted to the legislature:

“at last year’s IWC, a decision was taken to invoke a total ban on commercial whaling with a grace period of three years. Japan has filed an objection to this decision . . . Our basic position is that this moratorium has no basis in science . . . What’s more, should it come to pass that Japan’s whaling industry would be finished by this, being mindful of the people who work directly in whaling and the large number of

⁹ Memorial of Australia, Vol. II, Ann. 53, p. 186.

¹⁰ *Ibid.*, Vol. III, Ann. 88, pp. 69-70; emphasis added.

¹¹ *Ibid.*, Ann. 89, p. 74; emphasis added.

s'agissant de l'alimentation traditionnelle japonaise et des conditions socio-économiques de certaines communautés locales au Japon»⁹. On la trouve développée dans la déclaration suivante que le Premier ministre japonais fit devant l'organe législatif national du Japon quelques mois seulement avant la formulation de cette objection :

*« Au Japon, l'industrie baleinière est une tradition ancestrale, et la viande de baleine occupe une place importante dans le régime alimentaire japonais... [N]ous avons récemment pu voir le mouvement d'opposition à la chasse à la baleine que mènent certaines organisations de protection de l'environnement et d'autres groupes pren[dre] de plus en plus d'ampleur au niveau international... [Les pays hostiles à la chasse] tentent de faire jouer leur nombre afin de mener la CBI sur la voie de l'interdiction de la chasse à la baleine. Cette situation est vraiment regrettable... Le Gouvernement japonais entend encore redoubler d'efforts afin d'assurer à l'avenir la protection et la croissance de l'industrie baleinière. »*¹⁰

Ce thème réapparaît dans cette autre déclaration devant la Diète faite, quelques jours seulement après l'adoption du moratoire sur la chasse commerciale, par le ministre japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches :

*« Pour le Premier ministre, c'est justement en raison de la gravité des problèmes qui se posent à l'industrie baleinière au Japon et du nombre de personnes dépendant essentiellement de cette industrie pour leur subsistance que nous devons poursuivre nos efforts pour créer un cadre propice à la poursuite de nos activités de chasse à la baleine. Le Premier ministre ... a estimé que nous devons nous employer davantage à chercher une solution... Pour ma part aussi, étant donné que la chasse à la baleine est le seul secteur de l'industrie de la pêche dans lequel certaines personnes peuvent trouver un emploi ..., j'entends redoubler d'efforts pour trouver une solution au problème de l'industrie baleinière et répondre aux attentes qui ont été placées en moi. »*¹¹

Un an après l'adoption du moratoire, cette position demeurerait inchangée. Voici ce que dit devant la Diète le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries :

« [L]'année dernière, lors de sa réunion annuelle, la CBI a décidé d'instaurer une interdiction totale de la chasse à la baleine à des fins commerciales, assortie d'une période de grâce de trois ans. Le Japon a formulé une objection contre cette décision... Notre position générale est que ce moratoire ne repose sur aucun fondement scientifique... En outre, si cette décision devait sonner le glas de l'industrie

⁹ Mémoire de l'Australie, vol. II, annexe 53, p. 186.

¹⁰ *Ibid.*, vol. III, annexe 88, p. 69 et 70; les italiques sont de moi.

¹¹ *Ibid.*, annexe 89, p. 74; les italiques sont de moi.

people who work in related industries . . . the Government will make the utmost efforts to obtain the understanding of the countries concerned to ensure that our whaling can continue in some form or another."¹²

27. The staunch commitment of the Government of Japan to these "utmost efforts" is encapsulated by a Whaling Issues Study Group Report published by the Japanese Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries in 1984, which recommended that "[t]he continuation of whaling ought rightly to be accepted"¹³. During legislative hearings held at the time of the Report's release, numerous high-ranking Japanese officials affirmed their commitment to its recommendation to continue Japan's whaling programme to the greatest extent possible. For instance, the Head of the Ocean Fisheries Department of the Fisheries Agency proclaimed that

"[t]he Fisheries Agency's view is that this report has given us valuable recommendations for future solutions in this extremely challenging environment. *Our intention is to use the report as a reference and . . . to make our utmost efforts to ensure that our whaling will be able to continue both in the Antarctic and coastal whaling, in some form or another.*"¹⁴

In remarks made that same day, the Head of the Marine Fisheries Department of the Fisheries Agency reassured legislators that "we intend to make our utmost efforts to ensure the continuation of whaling *in some form or another*"¹⁵. The next day, the Director-General of the Fisheries Agency explained how

"after the moratorium commences, *the path to ensure the continuation of whaling would be, for Southern Ocean whaling, to position it as a research whaling activity which has a scientific nature, and, for coastal whaling, to position it as whaling which is absolutely essential to the livelihood of regional communities from the perspectives of their societies, economies and cultures*"¹⁶.

¹² Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 90, p. 77; emphasis added.

¹³ *Ibid.*, Ann. 98, p. 111.

¹⁴ *Ibid.*, Ann. 91, p. 82; emphasis added.

¹⁵ *Ibid.*, p. 83; emphasis added.

¹⁶ *Ibid.*, Ann. 92, p. 88; emphasis added.

baleinière au Japon, considérant le nombre de personnes directement employées par l'industrie baleinière et celles qui travaillent dans les secteurs connexes, nous continuerions de dénoncer le caractère irrationnel des motifs ayant présidé à l'adoption du moratoire... [L]e Gouvernement ne ménagera aucun effort pour obtenir le soutien des pays concernés, afin d'assurer le maintien de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre.»¹²

27. Cette farouche résolution du Gouvernement japonais «à ne ménager aucun effort» trouve son expression dans un rapport du groupe d'étude sur les questions relatives à la chasse à la baleine publié par le ministère japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches en 1984, qui concluait que «[l]a poursuite de la chasse à la baleine dev[ait], à juste titre, être acceptée»¹³. Lors de débats devant la Diète qui eurent lieu au moment de la publication de ce rapport, plusieurs hauts responsables japonais déclarèrent se rallier à la recommandation qui s'y trouvait formulée, visant à poursuivre, autant que faire se pouvait, le programme de chasse à la baleine du Japon. Ainsi, le responsable du département des pêcheries maritimes de l'agence japonaise des pêcheries fit la déclaration suivante :

«L'agence des pêcheries considère que ce rapport nous a fourni de précieuses recommandations en termes de solutions futures susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre de cet environnement international particulièrement difficile. Nous avons l'intention d'utiliser ce rapport comme document de référence et de faire tout notre possible ... pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre, tant dans l'Antarctique que dans les zones côtières.»¹⁴

Le même jour, le responsable du département des pêcheries maritimes de l'agence japonaise des pêcheries s'adressa de nouveau aux législateurs en ces termes : «Nous avons l'intention ... de faire tout notre possible ... pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine *sous une forme ou sous une autre.*»¹⁵ Le lendemain, le directeur général de l'agence expliqua que,

«une fois le moratoire instauré, la voie permettant de garantir la poursuite de la chasse serait, dans l'océan Austral, de la présenter comme une activité axée sur la recherche scientifique, et, en ce qui concerne la chasse côtière, de la présenter comme une pratique absolument essentielle pour répondre aux besoins de subsistance de communautés régionales d'un point de vue social, économique et culturel»¹⁶.

¹² Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 90, p. 77; les italiques sont de moi.

¹³ *Ibid.*, annexe 98, p. 111.

¹⁴ *Ibid.*, annexe 91, p. 82; les italiques sont de moi.

¹⁵ *Ibid.*, p. 83; les italiques sont de moi.

¹⁶ *Ibid.*, annexe 92, p. 88; les italiques sont de moi.

Lest there be any doubt about the consistency of the Government of Japan's intentions, this view was again reinforced when the Japanese Minister for Agriculture, Forestry and Fisheries took the floor and personally vowed that: "*I intend to do my utmost to ensure that Japanese whaling continues in some form or another.*"¹⁷

28. Finally, I must underscore that the foregoing examples are merely illustrative of considerable other evidence contained in the record of these proceedings demonstrating Japan's political hostility toward the commercial whaling moratorium and its resultant resolve to work around the moratorium to ensure the continuation of the Japanese whaling industry "in some form or another".

29. A review of subsequent events only further strengthens this conclusion. While the Government of Japan did eventually accede on 1 July 1986 to a gradual elimination of its objection to the moratorium by 1 April 1988¹⁸, a sizable body of evidence indicates that Japan took this step very reluctantly and in the face of persistent international pressure, by way of, *inter alia*, highly punitive economic sanctions, emanating in particular from the United States¹⁹, a prized trading partner. Against the backdrop of the rather serendipitous launch of the original JARPA programme following the 1986-1987 whaling season, just as the moratorium was entering into force for Japan (Judgment, para. 100), the record reveals that in an interview given on 1 June 1986, the Secretary-General of the Japan Whaling Association made the following trenchant remarks:

"Japan's decision to withdraw from whaling came after the resolution of the 1982 IWC annual meeting to invoke the moratorium on commercial whaling, followed by pressure from the United States . . . However, *Japanese whaling is an industry with a long history and tradition and it has a firm place in our diet. When I think of the livelihoods of the 50,000 people affected, those who work in whaling-related industries and their families, as someone involved in the industry it is only natural that I would want to find some way of enabling the industry to stay alive.*"²⁰

Similarly, in an interview conducted in 1997, the former Director-General of the Japan Fisheries Agency, who was responsible for pivotal international negotiations involving the implementation of scientific whaling, reflected as to how "[t]he implementation of scientific whaling was viewed

¹⁷ Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 92, p. 89; emphasis added.

¹⁸ *Ibid.*, Vol. I, para. 2.63.

¹⁹ *Ibid.*, paras. 3.9-3.12; Vol. III, Ann. 89, p. 73; Ann. 95, pp. 99-100.

²⁰ *Ibid.*, Ann. 125, p. 306; emphasis added.

Afin de ne laisser aucun doute quant à la communauté des intentions de l'administration japonaise, ajoutons que cette position fut encore réaffirmée par le ministre japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches, qui prit la parole pour s'engager personnellement en ce sens, dans les termes suivants: «*J'ai l'intention de faire tout ce qui est en mon pouvoir pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre.*»¹⁷

28. Pour finir, il me faut souligner que les citations qui précèdent ne sont que des exemples parmi les nombreux autres dont fourmille le dossier, témoignant de l'hostilité politique du Japon envers le moratoire sur la chasse commerciale et de sa détermination à le contourner en conséquence pour assurer la poursuite des activités de son industrie baleinière «*sous une forme ou sous une autre*».

29. L'examen de faits ultérieurs ne fait que renforcer cette conclusion. Si, le 1^{er} juillet 1986, le Gouvernement japonais a fini par accepter le retrait progressif de son objection au moratoire avant le 1^{er} avril 1988¹⁸, nombreux sont les éléments de preuve permettant d'établir que le Japon n'a pris cette décision qu'à contrecœur, en raison de la pression internationale constante dont il faisait, en particulier, l'objet de la part des Etats-Unis¹⁹, partenaire commercial privilégié, et qui revêtait notamment, à point nommé, du premier programme JARPA après la saison de chasse 1986-1987, au moment même où le moratoire entrait en vigueur pour le Japon (arrêt, par. 100), le secrétaire général de l'association japonaise de chasse à la baleine tint dans un entretien accordé le 1^{er} juin 1986, et versé au dossier, des propos peu équivoques:

«La décision du Japon de renoncer à la chasse à la baleine est intervenue après la décision, prise à la réunion annuelle de la CBI tenue en 1982, de recourir au moratoire sur la chasse à la baleine commerciale, et les pressions qui ont ensuite été exercées par les Etats-Unis... Mais *la chasse à la baleine pratiquée par le Japon est une industrie qui a une longue histoire et une longue tradition, et la viande de baleine fait partie intégrante de notre régime alimentaire. Quand je pense aux 50 000 personnes qui sont affectées, à tous ceux qui travaillent dans le secteur baleinier et à leurs familles, il est tout à fait naturel, en tant qu'acteur de cette industrie, que je cherche des solutions pour qu'elle puisse se maintenir.*»²⁰

De même, dans un entretien réalisé en 1997, l'ancien directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, qui était chargé de négociations internationales déterminantes concernant la mise en œuvre de la chasse scientifique, fit remarquer que «*[l]a mise en œuvre d'opérations de chasse à la*

¹⁷ Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 92, p. 89; les italiques sont de moi.

¹⁸ *Ibid.*, vol. I, par. 2.63.

¹⁹ *Ibid.*, par. 3.9-3.12; vol. III, annexe 89, p. 73; annexe 95, p. 99-100.

²⁰ *Ibid.*, annexe 125, p. 306; les italiques sont de moi.

as the only method available to carry on with the traditions of whaling”, before explaining that

“[w]hatever the issues for which Japan’s past whaling deserves criticism the [whalers] are not to blame. *I want[ed] to somehow retain the work and workplaces, where these men have spent their whole lives, in the form of scientific whaling.*”²¹

More recently, speaking before a sub-committee of the Japanese national legislature in October 2012, the Director-General of the Japan Fisheries Agency recalled how “[m]inke whale meat is prized because it is said to have a very good flavour and aroma when eaten as sashimi and the like”, and that “*the scientific whaling program in the Southern Ocean was necessary to achieve a stable supply of minke whale meat*”²².

30. When these multiple contemporaneous and retrospective statements are considered against the remainder of the evidentiary record in these proceedings, including the detailed analysis in the Judgment demonstrating JARPA II’s shortcomings as a properly designed and implemented programme for purposes of scientific research, as well as statistics showing that Japan has killed the vast majority of whales under special permit since the inception of the moratorium through the 2010-2011 whaling season²³, in my view the conclusion that JARPA II is a commercial whaling programme becomes inescapable.

3. Indefinite Duration of JARPA II

31. The majority makes passing reference to the indefinite duration of JARPA II, noting the open-ended time frame of the programme and opining that “with regard to a programme for purposes of scientific research, as Annex P indicates, a ‘time frame with intermediary targets’ would have been more appropriate” (Judgment, para. 216). In keeping with my observations made above regarding the dearth of international peer review made in the context of my analysis of paragraph 30, I believe that in assessing the character of JARPA II, a stronger statement as to the incongruity between a programme of indefinite duration and one that is genuinely established for purposes of scientific research would have been appropriate. To this end, recalling Japan’s well-chronicled intention to carry on a whaling programme “in some form or another” in spite of

²¹ Memorial of Australia, Vol. II, Ann. 75, pp. 346-347 (internal quotations omitted); emphasis added.

²² CR 2013/11, p. 18 (Crawford), para. 60 (28 June 2013), referring to judges’ folder of Australia, First round of oral arguments, 26-28 June 2013, Vol. II, tab 108; emphasis added.

²³ Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.69 and note 99; Fig. 1 at p. 37.

baleine à des fins scientifiques était considérée comme le seul moyen de perpétuer [les] traditions [en matière de chasse à la baleine], avant d'ajouter que,

«quelles que [fussent] les raisons pour lesquelles la chasse à la baleine [qui avait été] pratiquée [par le passé] par le Japon mérit[ait] d'être critiquée, les [baleiniers] ne p[ouvaient] en être tenus responsables. Je v[oulais] préserver, d'une manière ou d'une autre, les emplois de ce secteur, auquel certains ont consacré leur vie, dans le cadre d'opérations de chasse scientifique.»²¹

Plus récemment, s'adressant à une sous-commission de la chambre des représentants, le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries rapportait que «*la chair de petit rorqual était appréciée pour sa saveur et son arôme, notamment lorsqu'elle [était] consommée en sashimi et sous d'autres formes similaires*», et que «*le programme de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques mené dans l'océan Austral était nécessaire pour assurer la stabilité de l'offre de chair de petit rorqual*»²².

30. Lorsque l'on examine ces multiples déclarations intervenues alors, ou depuis, à la lumière des autres éléments de preuve versés au dossier, et de l'analyse détaillée à l'issue de laquelle la Cour établit les manquements interdisant de considérer JARPA II comme un programme dûment conçu et mis en œuvre en vue de recherches scientifiques, ainsi que des statistiques montrant que la majorité des baleines tuées au titre d'un permis spécial par le Japon l'ont été depuis l'instauration du moratoire, et jusqu'à la saison de chasse 2010-2011²³, la conclusion selon laquelle JARPA II est un programme de chasse commerciale s'impose sans l'ombre d'un doute.

3. Caractère illimité dans le temps de JARPA II

31. La majorité ne fait qu'une brève mention de l'absence de limite dans le temps de JARPA II, assortie de ce commentaire: «dans le cas d'un programme poursuivant un objectif de recherche scientifique, un «calendrier comprenant des objectifs intermédiaires», tel que prévu à l'annexe P, aurait été plus approprié» (arrêt, par. 216). De même que pour l'absence de contrôle international par des pairs évoquée dans le cadre de l'examen du paragraphe 30 auquel je me suis livré, j'estime que, dans son analyse de la nature de JARPA II, la Cour aurait dû s'exprimer en des termes plus fermes sur l'impossibilité de considérer un programme illimité dans le temps comme réellement établi à des fins de recherche scientifique. Sur ce point, et compte tenu de l'intention — amplement démontrée — qui était celle du Japon de poursuivre des activités de chasse

²¹ Mémoire de l'Australie, vol. II, annexe 75, p. 346-347 (citations omises); les italiques sont de moi.

²² CR 2013/11, p. 18, par. 60 (Crawford) (28 juin 2013), renvoyant au dossier de plaidoiries de l'Australie, premier tour de plaidoiries, 26-28 juin 2013, vol. II, onglet n° 108; les italiques sont de moi.

²³ Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.69, et note 99; fig. 1, p. 37.

the moratorium, I find great merit in Australia's contention that an indefinite programme suggests it is "geared towards the perpetuation of whaling by any means until the commercial whaling moratorium is lifted", and that "the open-ended nature of JARPA II precludes a meaningful assessment of whether it has achieved its research objectives" (Judgment, para. 215).

32. Not only do I find such reasoning persuasive, but aside from positing that JARPA II "has no specified termination date because its primary objective (i.e., monitoring the Antarctic ecosystem) requires a continuing programme of research", and providing a vague promise that "a review will be held and revisions made to the programme if required" (*ibid.*, para. 214), I see no convincing answer to these valid critiques raised by Australia. Indeed, Japan openly concedes that a primary objective of JARPA II is to provide "scientific advice" in order to further the aim of eventually lifting the moratorium (*ibid.*, para. 96).

33. Consequently, I believe the indefinite nature of JARPA II is a useful piece of supplementary evidence that militates in favour of its characterization as a commercial whaling programme.

4. Evidence that JARPA II Is Driven by Market Forces

34. The Court received detailed evidence that the dwindling lethal take of minke whales in the latter years of JARPA II was not only directly correlated with a concomitant decline in demand for whale meat on the Japanese market, but that the Government of Japan, both directly and through parastatal agencies ostensibly mandated to advance scientific objectives — such as the Institute of Cetacean Research — actively promoted the consumption of whale meat amongst the Japanese population²⁴. One particularly illustrative news report from the Japanese press in 2006 captures a compelling overview of the prevailing situation when JARPA II was in its infancy:

"Amid concerns about the surplus of whale meat resulting from the expansion in scientific whaling, *a new whale meat wholesaler company . . . was established on 1 May with assistance from the Japan Fisheries Agency and other organizations. Its charter is to develop new sales channels for whale meat, which has almost disappeared from dining room tables during the 25 years since the commencement of the ban on commercial whaling . . .* While middle-aged and older people retain

²⁴ Memorial of Australia, Vol. I, paras. 6.18-6.23; Vol. III, Ann. 135, p. 336; Ann. 136, pp. 338-341; Ann. 137, pp. 343-344; Ann. 139, p. 352; Ann. 141, p. 356; Ann. 143, pp. 364-369; Ann. 145, pp. 373-374; Ann. 147, p. 380; Ann. 148, pp. 382-384; Ann. 152, pp. 396-398.

«sous une forme ou sous une autre» nonobstant le moratoire, je pense que l'Australie était parfaitement fondée à déduire de l'absence de limite dans le temps de JARPA II que «la conception de ce programme répond[ait] à la volonté de perpétuer, par quelque moyen que ce soit, la chasse à la baleine jusqu'à la levée du moratoire sur la chasse commerciale» et que «toute possibilité d'évaluer comme il se d[evait] si les objectifs de la recherche [avaient] été atteints» s'en est trouvée exclue (arrêt, par. 215).

32. Non seulement ce raisonnement me paraît convaincant, mais encore le Japon n'a selon moi offert aucune réponse probante aux légitimes critiques de l'Australie, se contentant d'affirmer que JARPA II était dépourvu de «date d'achèvement précise car son objectif principal — le suivi de l'écosystème de l'Antarctique — exige[ait] la conduite d'activités continues», et de formuler la vague promesse qu'«un examen [aurait] lieu et [que], si nécessaire, des corrections [seraient] apportées au programme» (*ibid.*, par. 214). Le Japon a du reste admis ouvertement que l'un des principaux objectifs de JARPA II était de fournir les «meilleurs avis scientifiques» en vue de l'éventuelle levée du moratoire (*ibid.*, par. 96).

33. Dès lors, je vois dans l'absence de limite dans le temps de JARPA II un élément de preuve supplémentaire tendant à établir qu'il s'agit là d'un programme de chasse à la baleine de nature commerciale.

4. Preuves que JARPA II obéit aux «forces du marché»

34. La Cour dispose d'éléments de preuve détaillés qui non seulement établissent un lien de corrélation direct entre la baisse du nombre de prises de petits rorquals au cours des dernières années du programme JARPA II et le déclin concomitant de demande de chair de baleine sur le marché japonais, mais encore montrent que le Gouvernement japonais, à la fois directement et par l'intermédiaire d'agences para-étatiques censées — à l'instar de l'institut de recherche sur les cétacés — poursuivre des objectifs scientifiques, a activement promu la consommation de chair de baleine auprès de la population japonaise²⁴. Un article paru dans la presse japonaise en 2006, en particulier, rend parfaitement compte de la situation qui prévalait quand JARPA II était encore en gestation :

«A l'heure où l'on se préoccupe des excédents de viande de baleine faisant suite à l'essor de la chasse à la baleine scientifique, *un nouveau distributeur ... a vu le jour* le 1^{er} mai, avec l'aide de l'agence japonaise des pêcheries et d'autres organisations. *Cette société a pour objet de développer de nouveaux circuits de distribution pour la viande de baleine, qui a pratiquement disparu des assiettes depuis vingt-cinq ans et le début de l'interdiction de la chasse commerciale...* Si la généra-

²⁴ Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 6.18-6.23; vol. III, annexe 135, p. 336; annexe 136, p. 338-341; annexe 137, p. 343-344; annexe 139, p. 352; annexe 141, p. 356; annexe 143, p. 364-369; annexe 145, p. 373-374; annexe 147, p. 380; annexe 148, p. 382-384; annexe 152, p. 396-398.

a fondness for whale meat, it is far less familiar to the younger generation . . . The aim is to encourage its use mixed with other meats and extol its nutritional superiority as a high-protein low-fat meat . . . With the negative image of whaling and the drift away from whale meat among young people, *the key question is whether during such adverse times it will be possible to protect Japan's traditional culture of eating whale meat and carrying out whaling . . . The majority of the budget for scientific whaling is earned from sales of whale meat — courtesy of the Institute of Cetacean Research.*"²⁵

In another report published that same year, we are told that the

"Shimonoseki Marine Sciences Academy . . . has become a major shareholder in Kyodo Senpaku . . . *Japan's only scientific whaling enterprise . . . [and] will use the data [gathered] on whales . . . [to] lend further support towards the resumption of commercial whaling.*"²⁶

And yet another report from later that year informs us that

"[a]n unexpected excess sees a forgotten taste gain 'regular' status on pub menus and targeted at school lunches. *The number of food companies and eateries using whale meat is on the rise.* But while whale meat for culinary purposes is being placed on the market, whale meat inventories have also been expanding. *The people involved with whaling are trying hard to expand consumption. Whale meat sales are a very important financial source for research whaling.* Future research whaling is likely to be obstructed unless whale meat consumption increases, and *this is why industry insiders see it as an emergency issue . . . The Institute of Cetacean Research and other related organizations are aiming to expand sales channels [of] whale meat . . . There is also the fact that Japan is seeking the resumption of commercial whaling at the International Whaling Commission.* At the Annual Meeting, which was held in June this year, the joint declaration put forward by Japan and other pro-whaling nations . . . included the statement that *the temporary ban on commercial whaling was 'no longer necessary'.*"²⁷

In my opinion, the evidence on record (of which the above quotations constitute only an illustration) plainly supports the conclusion that the output of JARPA II was not only responsive to market forces, but in fact

²⁵ Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 130, pp. 321-322; emphasis added.

²⁶ *Ibid.*, Ann. 131, p. 325; emphasis added.

²⁷ *Ibid.*, Vol. III, Ann. 133, pp. 329-331; emphasis added.

tion des baby-boomers et les personnes âgées continuent d'apprécier la viande de baleine, ce n'est pas le cas des jeunes générations... Le but est d'encourager l'utilisation de chair de baleine mélangée à d'autres produits, et de vanter les qualités nutritionnelles de cette viande très protéinée à faible teneur en graisse... Alors que la chasse à la baleine n'a pas bonne presse et que les jeunes boudent la viande de baleine, *la question essentielle est de savoir s'il sera possible, dans une période si peu propice, de protéger la culture traditionnelle japonaise en matière de chasse à la baleine et de consommation de chair de baleine... La plus grande partie du budget de la chasse à la baleine scientifique provient de la vente de viande de baleine — avec l'aimable autorisation de l'institut de recherche sur les cétacés.*»²⁵

Dans un autre article paru la même année, nous apprenons ceci :

«L'académie des sciences de la mer de Shimonoseki ... est devenue l'un des principaux actionnaires de Kyodo Senpaku ..., *seule société japonaise menant des activités de chasse scientifique* ..., [et] utilisera les données [recueillies] au sujet des baleines ... [pour] *apporter de nouvelles justifications à la reprise de la chasse commerciale.*»²⁶

Dans un autre encore, on peut lire :

«Un goût oublié fait un retour inattendu dans les restaurants, et pourrait réapparaître au menu des cantines scolaires. *Le nombre d'entreprises alimentaires et de restaurants qui utilisent la chair de baleine est en hausse.* Mais, si la viande de baleine est écoulée dans le secteur alimentaire, les stocks sont aussi en hausse. *Les acteurs de l'industrie baleinière s'efforcent d'en augmenter la consommation. Les recettes provenant de la vente de viande de baleine sont essentielles au financement de la chasse pratiquée à des fins de recherche.* Celle-ci pourrait périlcliter si la consommation de chair de baleine n'augmente pas, et *c'est la raison pour laquelle, aux yeux des spécialistes du secteur, il y a péril en la demeure...* *L'institut de recherche sur les cétacés et d'autres organisations qui lui sont liées entendent multiplier les circuits de vente...* *A cela s'ajoute le fait que le Japon s'efforce d'obtenir la reprise de la chasse commerciale devant la commission baleinière internationale.* Lors de la réunion annuelle de celle-ci, qui s'est tenue en juin dernier, le Japon et d'autres nations favorables à la chasse à la baleine ont, dans leur déclaration conjointe, estimé que *l'interdiction temporaire de la chasse commerciale «n'était plus nécessaire».*»²⁷

Selon moi, les éléments versés au dossier (dont les citations ci-dessus ne sont que quelques exemples) tendent clairement à établir non seulement que le nombre de prélèvements létaux effectués dans le cadre de JARPA II

²⁵ Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 130, p. 321-322; les italiques sont de moi.

²⁶ *Ibid.*, annexe 131, p. 325; les italiques sont de moi.

²⁷ *Ibid.*, vol. III, annexe 133, p. 329-331; les italiques sont de moi.

the broader auspices of the programme were used as a tool to stimulate the commercial consumption of minke whale meat amongst the Japanese population. These explicitly commercial attributes only further entrench the conclusion that JARPA II is a commercial whaling programme.

5. Conclusion regarding JARPA II as a Commercial Whaling Programme

35. In sum, the analysis above regarding the commercial nature of JARPA II may be distilled into the following propositions:

- (i) A correct reading of the ICRW requires that a programme that is not for purposes of scientific research (or aboriginal subsistence) must necessarily be one for commercial purposes.
- (ii) The history of JARPA and JARPA II demonstrates a strenuous and persistent opposition to the IWC's moratorium on commercial whaling by the Government of Japan, and a correlative sustained effort on its part to protect whaling as a sacrosanct component of Japanese society "in some form or another".
- (iii) The indefinite duration of JARPA II is suggestive of its role as an interim measure to promote some vestige of Japan's whaling industry until the ultimate objective of lifting the moratorium on commercial whaling can be achieved.
- (iv) The correlation between JARPA II output and market demand for minke whale meat, as well as the use of ostensibly scientific government agencies operating under the banner of JARPA II, to actively promote whale meat consumption amongst the Japanese populace are by their very nature quintessential hallmarks of commercial enterprise.

36. For these reasons, I am clearly of the opinion that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research, but a commercial whaling programme.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

était déterminé par le marché, mais même que l'on s'est servi plus largement de ce programme pour stimuler la vente et la consommation de viande de petit rorqual dans la population japonaise. Ces éléments, caractéristiques d'une entreprise commerciale, viennent encore confirmer la nature commerciale de JARPA II.

5. Conclusion quant à la nature commerciale de JARPA II

35. En bref, l'analyse que j'ai développée ci-dessus quant à la nature commerciale de JARPA II peut être synthétisée de la manière suivante :

- i) D'une juste interprétation de la convention, il ressort qu'un programme qui n'est pas mené à des fins de recherche scientifique (ou de subsistance aborigène) l'est nécessairement à des fins commerciales.
- ii) L'analyse de l'histoire de JARPA et de JARPA II révèle la vigoureuse opposition que le Gouvernement japonais n'a cessé de manifester à l'égard du moratoire sur la chasse commerciale proposé par la CBI, ainsi que les efforts nourris qu'il a déployés en parallèle pour préserver « sous une forme ou sous une autre » cette chasse en tant que sacro-sainte composante de la société japonaise.
- iii) L'absence de limite dans le temps de JARPA II tend à indiquer que celui-ci constituait une mesure provisoire visant à préserver quelque vestige de l'industrie baleinière japonaise dans l'attente de la réalisation de l'objectif ultime, à savoir la levée du moratoire sur la chasse commerciale.
- iv) La corrélation entre les prélèvements létaux effectués dans le cadre de JARPA II et la demande de viande de petit rorqual, ainsi que l'utilisation d'agences gouvernementales « scientifiques » opérant sous les auspices de JARPA II pour encourager activement la consommation de viande de baleine auprès de la population japonaise sont de par leur nature même des signes clairement révélateurs d'une entreprise commerciale.

36. Pour toutes ces raisons, j'ai acquis la conviction que JARPA II était non pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, mais un programme de chasse commerciale.

(Signé) Dalveer BHANDARI.