



HAL
open science

Due diligence

Sandrine Maljean-Dubois, Carina Costa de Oliveira, Harvey Mpoto Bombaka

► **To cite this version:**

Sandrine Maljean-Dubois, Carina Costa de Oliveira, Harvey Mpoto Bombaka. Due diligence. C. Costa de Oliveira, M.-P. Lanfranchi, N. Monebhurrin (dir.). Dicionario sobre a funçao do direito na gestao sustentavel dos recursos minerais marinhos, Dictionnaire sur la fonction du droit dans la gestion durable des ressources minérales marines, Pontes, pp. 149-160, 2020. halshs-03175925

HAL Id: halshs-03175925

<https://shs.hal.science/halshs-03175925>

Submitted on 21 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Carina Costa de Oliveira
Marie-Pierre Lanfranchi
Nitish Monebhurrun
(Organizadores/Organisateurs)

**DICIONÁRIO SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO
NA GESTÃO SUSTENTÁVEL
DOS RECURSOS MINERAIS MARINHOS**

**DICTIONNAIRE SUR LA FONCTION DU DROIT DANS
LA GESTION DURABLE
DES RESSOURCES MINÉRALES MARINES**

**DICIONÁRIO
DICTIONNAIRE**

PRÉFÁCIO/PRÉFACE: PROF. TULLIO TREVES

**Dicionário Bilingue em Português e Francês
Dictionnaire bilingue: portugais et français**



Todos os direitos desta edição reservados a Pontes Editores Ltda.
Proibida a reprodução total ou parcial em qualquer mídia
sem a autorização escrita da Editora.
Os infratores estão sujeitos às penas da lei.
A Editora não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta publicação.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo - SP)

O48d Oliveira, Carina Costa de; Lanfranchi, Marie-Pierre; Monebhurrn, Nitish (org.).
Dicionário sobre a função do Direito na gestão sustentável dos recursos minerais marinhos -
Dictionnaire sur la fonction du Droit dans la gestion durable des ressources minérales marines /
Organizadores: Carina Costa de Oliveira, Marie-Pierre Lanfranchi e Nitish Monebhurrn;
Prefácio de Tullio Treves. – 1. ed.– Campinas, SP : Pontes Editores, 2020.
508 p. ; 16x23 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-5637-070-5

1. Conservação. 2. Gestão Sustentável. 3. Meio Ambiente Marinho. 4. Minério.
5. Patrimônio Comum da Humanidade. 6. Petróleo. 7. Recursos Minerais Marinhos.
8. Uso Sustentável. I. Título. II. Assunto. III. Organizadores.

Bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8/8846

Índices para catálogo sistemático:

1. Recursos marinhos. 333.9164
2. Direito. 340
3. Dicionários português / francês. 469.341

Carina Costa de Oliveira
Marie-Pierre Lanfranchi
Nitish Monebhurrun
(Organizadores/Organisateurs)

**DICIONÁRIO SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO
NA GESTÃO SUSTENTÁVEL
DOS RECURSOS MINERAIS MARINHOS**

**DICTIONNAIRE SUR LA FONCTION DU DROIT DANS
LA GESTION DURABLE
DES RESSOURCES MINÉRALES MARINES**

**DICIONÁRIO
DICTIONNAIRE**

PRÉFÁCIO/PRÉFACE: PROF. TULLIO TREVES

**Dicionário Bilingue em Português e Francês
Dictionnaire bilingue: portugais et français**



Copyright © 2020 - Dos organizadores representantes dos colaboradores
Coordenação Editorial: Pontes Editores
Editoração e Capa: Eckel Wayne
Revisão: Cibele Ferreira

PARECER E REVISÃO POR PARES
Os capítulos que compõem esta obra foram submetidos
para avaliação e revisados por pares.

CONSELHO EDITORIAL:

Solange Teles da Silva, Professora no Mackenzie
Tarin Frota Mont'Alverne, Professora na Universidade Federal do Ceará
Márcia Dieguez Leuzinger, Professora no Uniceub
Liziane Paixão Silva Oliveira, Professora no Uniceub
Ana Flávia Barros-Platiau, Professora no Instituto de Relações Internacionais - UnB

PONTES EDITORES
Rua Dr. Miguel Penteadó, 1038 - Jd. Chapadão
Campinas - SP - 13070-118
Fone 19 3252.6011
ponteseditores@ponteseditores.com.br
www.ponteseditores.com.br

2020 - Impresso no Brasil

SUMÁRIO

PRÉFACE/PREFÁCIO.....	11
Tullio Treves	
APRESENTAÇÃO.....	15
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi / Nitish Monebhurrin	
PRÉSENTATION.....	19
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi / Nitish Monebhurrin	
AIRE MARINE PROTÉGÉE.....	23
Fernanda Castelo Branco Araujo / Clio Bouillard	
ÁREA MARINHA PROTEGIDA.....	31
Fernanda Castelo Branco Araujo / Clio Bouillard	
APPROCHE ÉCOSYSTÉMIQUE.....	39
Fernanda Castelo Branco Araujo / Claire Lajaunie / Pierre Mazzega	
ABORDAGEM ECOSSISTÊMICA.....	45
Fernanda Castelo Branco Araújo / Claire Lajaunie / Pierre Mazzega	
AUTORISATION DE PROSPECTION.....	51
Gabriela G. B. Lima Moraes	
AUTORIZAÇÃO DE PROSPECÇÃO.....	57
Gabriela G. B. Lima Moraes	
AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS.....	63
Priscila Pereira de Andrade	
AUTORIDADE INTERNACIONAL DOS FUNDOS MARINHOS.....	69
Priscila Pereira de Andrade	
CERTIFICAT DE PATRONAGE.....	75
Priscila Pereira de Andrade	

CERTIFICADO DE PATROCÍNIO.....	81
Priscila Pereira de Andrade	
COMPENSATION ECOLOGIQUE	87
Eve Truilhé-Marengo / Gabriela G. B. Lima Moraes / Pauline Milon	
COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA	103
Eve Truilhé-Marengo / Gabriela G. B. Lima Moraes / Pauline Milon	
CONTRAT D'EXPLOITATION	121
Gabriela G.B. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
CONTRATO DE EXPLOTAÇÃO.....	129
Gabriela G.B. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
CONTRAT D'EXPLORATION	137
Gabriela G. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
CONTRATO DE EXPLORAÇÃO.....	143
Gabriela G. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
DUE DILIGENCE	149
Sandrine Maljean-Dubois / Carina Costa De Oliveira / Harvey Mpotu Bombaka	
DUE DILIGENCE	155
Sandrine Maljean-Dubois / Carina Costa De Oliveira / Harvey Mpotu Bombaka	
ÉTAT CÔTIER.....	161
Betty Queffelec / Fernanda Castelo Branco Araujo	
ESTADO COSTEIRO	167
Betty Queffelec / Fernanda Castelo Branco Araujo	
ÉTAT PATRONNANT	173
Nitish Monebhurrin / Michelle Cardoso	
ESTADO PATROCINADOR	177
Nitish Monebhurrin / Michelle Cardoso	
ETUDE D'IMPACT ENVIRONNEMENTAL	183
Raquel Lima / Ève Truilhé-Marengo	

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL.....	191
Raquel Lima / Ève Truilhé-Marengo	
EXPLORATION.....	199
Gabriela G. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
EXPLORAÇÃO/PROSPECÇÃO/PESQUISA	205
Gabriela G. B. Lima Moraes / Priscila Pereira de Andrade / Mathilde Hautereau-Boutonnet	
EXPLOITATION	211
Gabriela G. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
EXPLOTAÇÃO/EXPLORAÇÃO/PRODUÇÃO.....	215
Gabriela G. Lima Moraes / Mathilde Hautereau-Boutonnet / Priscila Pereira de Andrade	
GESTION DURABLE DES RESSOURCES MARINES	219
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi	
GESTÃO SUSTENTÁVEL DOS RECURSOS MARINHOS	231
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi	
GESTION INTÉGRÉE.....	243
Marie-Pierre Lanfranchi / Raquel Araújo Lima	
GESTÃO INTEGRADA	249
Marie-Pierre Lanfranchi /Raquel Araújo Lima	
L'ENTREPRISE	255
Nitish Monebhurrn	
A EMPRESA	259
Nitish Monebhurrn	
INSTALLATION OFFSHORE.....	263
Clio Bouillard / Fernanda Salgueiro Borges	
PLATAFORMA/INSTALAÇÃO OFFSHORE	271
Clio Bouillard / Fernanda Salgueiro Borges	
OBLIGATIONS ENVIRONNEMENTALES DE L'ÉTAT CÔTIER.....	279
Fernanda Castelo Branco Araujo / Betty Queffelec	

OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DO ESTADO COSTEIRO	285
Fernanda Castelo Branco Araujo / Betty Queffelec	
OBLIGATIONS ENVIRONNEMENTALES DE L'ETAT DU PAVILLON	291
Harvey Mpot Bombaka	
OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DO ESTADO DE BANDEIRA	297
Harvey Mpot Bombaka	
OBLIGATIONS ENVIRONNEMENTALES DES PERSONNES PATRONNÉES ...	303
Harvey Mpot Bombaka	
OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DAS PESSOAS PATROCINADAS	309
Harvey Mpot Bombaka	
OPÉRATEUR.....	315
Clio Bouillard / Liziane Paixão Oliveira	
OPERADOR	323
Clio Bouillard / Liziane Paixão Oliveira	
PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITÉ	329
Harvey Mpot Bombaka	
PATRIMÔNIO COMUM DA HUMANIDADE	335
Harvey Mpot Bombaka	
PERSONNE PATRONNÉE	341
Nitish Monebhurrn / Michelle Cardoso	
PESSOA (FÍSICA OU JURÍDICA) PATROCINADA.....	345
Nitish Monebhurrn / Michelle Cardoso	
PLANIFICATION DE L'ESPACE MARITIME.....	349
Raquel Araújo Lima / Betty Queffelec	
PLANIFICAÇÃO DO ESPAÇO MARINHO.....	355
Raquel Araújo Lima / Betty Queffelec	
POLLUTION MARINE	361
Clio Bouillard / Carina Costa de Oliveira / Pierre Mazzega	

POLUIÇÃO MARINHA	371
Clio Bouillard / Carina Costa de Oliveira / Pierre Mazzega	
PRINCIPE DE PRÉCAUTION	381
Ève Truilhé-Marengo / Fernanda Castelo Branco Araújo	
PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	389
Ève Truilhé-Marengo / Fernanda Castelo Branco Araújo	
PRINCIPE DE PRÉVENTION	397
Pauline Milon / Carolina Vicente Cesetti	
PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO	409
Pauline Milon / Carolina Vicente Cesetti	
RECHERCHE SCIENTIFIQUE MARINE.....	421
Ana Flávia Barros-Platiau / Pierre Mazzega / Harvey Mpoto Bombaka/ Pauline Milon	
PESQUISA CIENTÍFICA MARINHA	427
Ana Flávia Barros-Platiau / Pierre Mazzega / Harvey Mpoto Bombaka/ Pauline Milon	
REDEVANCES	433
Harvey Mpoto Bombaka	
ROYALTIES	439
Harvey Mpoto Bombaka	
RESPONSABILITÉ DE L'ETAT PATRONNANT	445
Sandrine Maljean-Dubois / Harvey Mpoto Bombaka	
RESPONSABILIDADE DO ESTADO PATROCINADOR	451
Sandrine Maljean-Dubois / Harvey Mpoto Bombaka	
RESSOURCES HALIEUTIQUES	457
Fernanda Castelo Branco Araujo / Sophie Gambardella	
RECURSOS PESQUEIROS.....	463
Fernanda Castelo Branco Araujo / Sophie Gambardella	
RESSOURCES BIOLOGIQUES	469
Fernanda Castelo Branco Araujo / Sophie Gambardella	

RECURSOS BIOLÓGICOS	475
Fernanda Castelo Branco Araujo / Sophie Gambardella	
RESSOURCES MINÉRALES	479
Clio Bouillard / Carina Costa de Oliveira	
RECURSOS MINERAIS.....	487
Clio Bouillard / Carina Costa de Oliveira	
TITRE MINIER	493
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi	
TÍTULO MINERÁRIO	501
Carina Costa de Oliveira / Marie-Pierre Lanfranchi	

DUE DILIGENCE

Sandrine Maljean-Dubois¹

Carina Costa De Oliveira²

Harvey Mpoto Bombaka³

L'obligation de due diligence est l'obligation qu'ont les États de prendre les mesures appropriées et nécessaires pour prévenir des dommages transfrontières significatifs. Il s'agit d'une obligation générale en droit international, mais dont le contenu a été éclairé dans le cadre du droit de la mer en particulier grâce à l'Avis consultatif n°17 du Tribunal international de droit de la mer.

1. La définition en droit international

1.1 La définition selon les textes normatifs

Pour les États, l'obligation de *due diligence* est une obligation de prendre les mesures appropriées et nécessaires pour prévenir des dommages transfrontières significatifs. Elle prend donc la forme d'une obligation de moyen et non de résultat. Ainsi, son respect ne garantit pas qu'un dommage ne surviendra pas.

1 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, UMR DICE 7318, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, FD-UnB. Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB. Bolsista de Produtividade do CNPQ.

3 Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD- UnB) e da Aix-Marseille Université (AMU), pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB.

S'agissant du milieu marin, l'obligation de due diligence est définie à la partie XII de la Convention de Montego Bay, section 1⁴. Elle est également posée, et même bien souvent détaillée, dans de nombreuses conventions régionales ou sectorielles protégeant le milieu marin (voir par exemple l'article 1a de la Convention dite OSPAR de 1992).

1.2 La définition dans la jurisprudence

L'obligation de diligence permet de faire peser –même si c'est indirectement– des obligations sur les opérateurs privés. Elle favorise l'attribution à l'État du manquement au droit international s'agissant d'actes commis par des opérateurs privés. La diligence a écarté « *la séparation radicale entre les activités publiques et les activités privées en fondant la responsabilité de l'État pour activités privées sur le défaut de surveillance (lack of due diligence)* »⁵. Cela apparaît clairement dès 1941 dès le *locus classicus* du droit international de l'environnement : l'affaire de la *Fonderie du Trail*⁶.

En 2010, la Cour, dans l'affaire des *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay*, « *observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ('due diligence') de l'État sur son territoire. Il s'agit de 'l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États'* (Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1949, p. 22*) »⁷. La Cour y voit une obligation coutumière autonome, et non un standard pour interpréter une autre obligation. Pour la Cour, « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un*

4 Articles 192, 193, 194.

5 Ch. Chaumont. « Cours général de droit international public », *RCADI*, Collected Courses, 1970, Volume 129.

6 *Fonderie du Trail*. Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *Rec. des sentences arbitrales*, ONU, vol. XII, not. p. 303.

7 Cour internationale de Justice Arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, § 101.

préjudice sensible à l'environnement d'un autre État »⁸. Ce n'est donc pas d'une vague obligation de s'abstenir ni d'une veille distante qu'il s'agit, mais bien d'une obligation de prendre des mesures appropriées, effectives pour éviter de causer un préjudice sensible à l'environnement.

Dans son avis de 2011, la Chambre sur les fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a explicité de manière très détaillée la mécanique de cette obligation de diligence et ses implications (directes) pour les États et (indirectes, mais réelles) pour les entreprises et personnes privées⁹. Cette mécanique « *consiste à imposer aux États Parties des obligations que ceux-ci doivent remplir en exerçant les pouvoirs dont ils disposent sur les entités qui ont leur nationalité ou qui sont soumises à leur contrôle* »¹⁰. Il ne s'agit pas de se demander si on peut attribuer le comportement des contractants à l'État, mais si ce dernier a exercé son obligation de *diligence due*. Cela emporte des conséquences en terme de responsabilité de l'État. Ainsi, « *L'Etat qui patronne est exonéré de toute responsabilité s'il a pris 'toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect effectif', par le contractant patronné, des obligations qui incombent à ce dernier. Cette exonération de responsabilité ne s'applique pas si l'Etat qui patronne a manqué à ses obligations directes* »¹¹. L'avis de 2015 du TIDM va dans le même sens¹² ainsi que la sentence arbitrale du 16 juillet 2016 rendue dans l'affaire Philippines/Chine. Le Tribunal arbitral conclut que la Chine a manqué à ses obligations de diligence car non seulement elle n'a pas empêché les activités destructrices d'espèces protégées et d'écosystèmes fragiles, mais elle les a tolérées et même soutenues en mobilisant la marine nationale chinoise pour protéger les pêcheurs battant pavillon chinois et en menant une politique publique délibérée de poldérisation.

8 Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 101.

9 *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités dans la Zone*. Avis consultatif de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, 1 février 2011, § 121 ss.

10 *Ibid.*, §108.

11 *Ibid.*, §118.

12 *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, Avis consultatif du 2 avril 2015, Tribunal international du droit de la mer, §146.

La notion de diligence requise revêt un « *caractère variable* » en fonction des risques et dans l'espace¹³. Il est admis que les obligations de diligence sont susceptibles de degrés, selon le risque encouru et la prévisibilité des dommages¹⁴. Le risque lui-même peut varier dans le temps : une activité non risquée peut le devenir « *par suite d'un évènement ou d'une évolution de la situation* » ou parce que le progrès des connaissances va permettre de le déceler¹⁵.

2. La définition en droit de l'Union européenne

2.1 La définition selon les textes normatifs

La Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 (JO L 164/19 du 25.06.2008) établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (dite Directive-cadre «Stratégie pour le milieu marin») «*met en place un cadre permettant aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour réaliser ou maintenir un bon état écologique du milieu marin au plus tard en 2020*» (article 1§1). Selon l'article 1§2, «*À cette fin, des stratégies marines sont élaborées et mises en œuvre, de manière à: a) assurer la protection et la conservation du milieu marin, éviter sa détérioration et, lorsque cela est réalisable, assurer la restauration des écosystèmes marins dans les zones où ils ont subi des dégradations; b) prévenir et réduire les apports dans le milieu marin afin d'éliminer progressivement la pollution (...) pour assurer qu'il n'y ait pas d'impact ou de risque significatif pour la biodiversité marine, les écosystèmes marins, la santé humaine ou les usages légitimes de la mer* ». Le préambule vient relativiser l'obligation générale, en introduisant un seuil (le risque doit être «*important*») ainsi que le principe de proportionnalité des mesures.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*, § 117.

15 *Annuaire de la CDI*, 2001, volume II, point II, p.162. Voir aussi p. 424.

2.2 La définition dans la jurisprudence

Néant.

3. La définition en droit brésilien

3.1 La définition selon les textes normatifs

Les normes brésiliennes ne prévoient pas de règles relatives à la due diligence au sens de ce qui a été précisé dans l’avis de 2011 de la Chambre sur les fonds marins du Tribunal international du droit de la mer. Du moins, la législation brésilienne qui, par ailleurs, demeure assez fragmentée, dégage au travers de ses agences de protection de l’environnement une série de mesures. Ces mesures sont appliquées principalement dans les zones sous juridiction nationale. Il n’y a pas encore de réglementation spécifique pour la gestion des ressources minérales au-delà de la juridiction nationale. Selon l’avis de 2011, l’Etat a l’obligation de prévoir: l’obligation de réaliser une étude d’impact sur l’environnement pour les activités menées dans les fonds marins; des normes relatives à la responsabilité pour les dommages causés au milieu marin; des règles qui mettent en œuvre l’approche de précaution¹⁶. Le Brésil met en œuvre ces trois éléments au niveau national, mais n’a pas de dispositifs s’agissant des activités menées dans la zone internationale.

3.2 La définition dans la jurisprudence

Néant.

4. La définition en droit français

4.1 La définition selon les textes normatifs

La législation française, particulièrement l’Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de

¹⁶ Opinião consultiva n. 17, § 32, 131.

la souveraineté ou de la juridiction de la République française, impose des mesures importantes pour la protection efficace du milieu marin dans le contexte d'activités minières en mer, tant dans les zones sous juridiction, que dans la zone des grands fonds marins.

4.2 La définition dans la jurisprudence

Néant.

5. Termes associés

Diligence requise, prévention, précaution.

6. Équivalent en anglais

Due diligence, no harm principle.

7. Références bibliographiques

BARNIDGE, Robert P. «The Due Diligence Principle Under International Law». *International Community Law Review*, Volume 8, 2006, Issue 1, pp. 81 – 121.

FRENCH, Duncan, STEPHENS Tim (ed.). *Diligence in International Law*. ILA Study Group on Due Diligence, First Report, 7 March 2014.

KULESZA, Joanna. *Due Diligence in International Law*. Brill, Nijhoff, 2016.

KOIVUROVA, Timo. *Due Diligence*. Encyclopedia entries, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010.

OUEDRAOGO, Awalou. «La due diligence en droit international: de la règle de la neutralité au principe général». *Revue générale de droit*, Volume 42, Numéro 2, 2012, pp. 641–683.

DUE DILIGENCE

Sandrine Maljean-Dubois¹

Carina Costa De Oliveira²

Harvey Mpoto Bombaka³

A obrigação de due diligence é a obrigação dos Estados de tomar medidas apropriadas e necessárias para prevenir danos transfronteiriços importantes. Se trata de uma obrigação geral no direito internacional, mas o seu conteúdo foi esclarecido no contexto do direito do mar, em particular através do Parecer Consultivo n.º 17 do Tribunal Internacional do Direito do Mar.

1. A definição no direito internacional

1.1 A definição de acordo com textos normativos

Para os Estados, a obrigação de *due diligence* é uma obrigação de tomar medidas apropriadas e necessárias para evitar danos transfronteiriços significativos. Por conseguinte, toma a forma de uma obrigação de

1 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, UMR DICE 7318, CERIC, Aix-en-Provence, France. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD- UnB) e da Aix-Marseille Université (AMU), pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB.

2 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, FD-UnB. Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB. Bolsista de Produtividade do CNPQ.

3 Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD- UnB) e da Aix-Marseille Université (AMU), pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB.

meio e não de resultado. Assim, o seu respeito não garante que o dano não ocorra.

No que diz respeito ao ambiente marinho, a obrigação de *due diligence* é definida na parte XII da Convenção de Montego Bay, seção 1.⁴ É também solicitado, e frequentemente muito detalhado, em muitas convenções regionais ou setoriais que protegem o meio ambiente marinho (ver, por exemplo, o artigo 1º, a da Convenção OSPAR de 1992).

1.2 A definição na jurisprudência

A obrigação de *due diligence* torna possível pesar - mesmo que seja indiretamente - obrigações para os operadores privados. Favorece a atribuição ao Estado da violação do direito internacional em relação a atos cometidos por operadores privados. A diligência descartou “*a separação radical entre atividades públicas e atividades privadas, baseando a responsabilidade do Estado por atividades privadas na falta de vigilância. (lack of due diligence)*”⁵. Isso fica claro a partir de 1941 com o *locus classicus* do direito internacional do meio ambiente: o caso da *Fonderie du Trail*.⁶

Em 2010, a Corte Internacional de Justiça, no caso *das fábricas de celulose sobre o Rio Uruguai*, “*observa que o princípio da prevenção, como regra costumeira, tem origem na diligência devida do Estado no seu território. Se trata de ‘obrigação de qualquer Estado de não permitir que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados (Canal de Corfu (Reino Unido v. Albânia), mérito, decisão, C.I.J. Recueil 1949, p. 22’*”⁷. A Corte vê isso como uma obrigação costumeira autônoma, e não um padrão para interpretar outra obrigação. Para a Corte, “*o Estado é obrigado a usar todos os meios à sua disposição para impedir que as atividades que ocorrem em seu*

4 Artigos 192, 193, 194.

5 Ch. Chaumont. « Cours général de droit international public », *RCADI*, Collected Courses, 1970, Volume 129.

6 *Fonderie du Trail*. Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *Rec. des sentences arbitrales*, ONU, vol. XII, not. p. 303.

7 Cour internationale de Justice Arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, § 101.

território ou em qualquer outra área sob sua jurisdição causem danos significativos ao meio ambiente de outro Estado”⁸. Portanto, não é uma obrigação vaga de se abster, nem vigiar a um controle remoto, mas sim uma obrigação de tomar medidas apropriadas e eficazes para evitar causar danos materiais ao meio ambiente.

No seu parecer de 2011, a Câmara de Controvérsias sobre os fundos marinhos do Tribunal Internacional do Direito do Mar explicou em grande detalhe o mecanismo da obrigação de *due diligence* e suas implicações (diretas) para os Estados e (indiretas, mas reais) para empresas e pessoas privadas.⁹ Este mecanismo “*consiste em impor obrigações aos Estados Partes que devem cumprir no exercício das competências que têm sobre as entidades que tenham a sua nacionalidade ou estão sob seu controle.*”¹⁰ Isto não implica perguntar se podemos atribuir o comportamento dos contratantes ao Estado, mas se ele exerceu sua obrigação de *due diligence*. Isto leva às consequências em termo de responsabilidade do Estado. Assim, “*o Estado patrocinador está isento de responsabilidade se ele tomou ‘Todas as medidas necessárias e adequadas para garantir o cumprimento eficaz pelo contratante patrocinado das obrigações que lhe incumbem. Esta isenção de responsabilidade não se aplica se o Estado patrocinador falhou em suas obrigações diretas*”¹¹. A opinião de 2015 do TIDM vai na mesma direção¹² que a decisão arbitral de 16 de julho de 2016 no caso das Filipinas v. China. O Tribunal Arbitral conclui que a China violou o seu dever de *due diligence*, pois não só não impediu as atividades destrutivas de espécies protegidas e dos ecossistemas frágeis, como as tolerava e até mesmo apoiava ao mobilizar a marinha chinesa para proteger os pescadores chineses e colocar em prática uma política pública deliberada de “*poldérisation*”.

8 Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 101.

9 *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d’activités dans la Zone*. Avis consultatif de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, 1 février 2011, § 121 ss.

10 *Ibid.*, §108.

11 *Ibid.*, §118.

12 *Demande d’avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, Avis consultatif du 2 avril 2015, Tribunal international du droit de la mer, §146.

O conceito de *due diligence* tem um “*caráter variável*” de acordo com os riscos e o espaço.¹³ É reconhecido que as obrigações de *due diligence* provavelmente variam dependendo do risco envolvido e da previsibilidade do dano.¹⁴ O risco em si pode variar com o tempo: uma atividade não arriscada pode assim se tornar “*como resultado de um evento ou uma mudança da situação*” ou porque o progresso do conhecimento tornará possível detectá-lo.¹⁵

2. A definição no direito da União Europeia

2.1 A definição de acordo com textos normativos

Diretiva 2008/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 (JO L 164/19 de 25.06.2008) estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política para o meio ambiente marinho (conhecida como Diretiva-Quadro “Estratégia para o meio marinho”) “*estabelece um quadro para que os Estados-Membros tomem todas as medidas necessárias para alcançar ou manter um bom estado ambiental do meio marinho até 2020*” (artigo 1º, §1º). Nos termos do artigo 1º, §2º, “*para este fim, as estratégias marinhas são elaboradas e implementadas, a fim de: a) garantir a proteção e conservação do meio ambiente marinho, evitar a sua deterioração e, quando possível, assegurar a restauração dos ecossistemas marinhos em áreas onde eles têm sido afetados negativamente; b) prevenir e reduzir as entradas no meio marinho, a fim de eliminar gradualmente a poluição (...) para garantir que não haja impactos ou riscos significativos para a biodiversidade marinha, os ecossistemas marinhos, a saúde humana ou as utilizações legítimas do mar*”. O preâmbulo vem relativizar a obrigação geral, através da introdução de um limite (o risco deve ser “*significativo*”) e do princípio da proporcionalidade das medidas.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*, § 117.

15 *Annuaire de la CDI*, 2001, volume II, point II, p.162. Voir aussi p. 424.

2.2 A definição na jurisprudência

Nehuma.

3. A definição na legislação brasileira

3.1 A definição de acordo com textos normativos

As normas brasileiras não preveem regras relacionadas à *due diligence* no sentido do que foi esclarecido pelo Tribunal do Mar. Pelo menos, a legislação brasileira, que é bastante fragmentada, emerge através de suas agências de proteção do meio ambiente uma série de medidas. Contudo, as medidas são aplicadas, sobretudo em áreas sob a jurisdição nacional. Não houve, ainda, regulamentação específica para a gestão dos recursos minerais que estejam além da jurisdição nacional. Segundo a Opinião Consultiva n. 17, o Estado tem a obrigação de prever: a exigência de estudo de impacto ambiental para as atividades realizadas nos fundos marinhos; normas relacionadas à responsabilidade por danos ao meio ambiente marinho; normas que implementem a perspectiva precautória.¹⁶ O Brasil implementa nacionalmente esses três elementos no âmbito nacional, mas não possui dispositivos para o âmbito internacional.

3.2 A definição na jurisprudência

Nehuma.

4. A definição no direito francês

4.1 A definição de acordo com textos normativos

Considerando a *due diligence* como uma obrigação de tomar medidas, a fim de antecipar possíveis danos causados por operações extrativas realizadas na área além das jurisdições nacionais, a legislação francesa, especialmente a Portaria n. 2016-1687 de 8 Dezembro de 2016, relativa

¹⁶ Opinião consultiva n. 17, § 32, 131.

às zonas marítimas sob a soberania ou jurisdição da República Francesa, prevê, através das suas disposições, medidas importantes para a proteção efetiva do meio marinho e para o bom andamento das atividades realizadas na zona além da sua jurisdição.

4.2 A definição na jurisprudência

Nehuma.

5. Termos associados

Diligência requerida, prevenção, precaução

6. Equivalente em inglês

Due diligence, no harm principle.

7. Referências bibliográficas

BARNIDGE, Robert P. «The Due Diligence Principle Under International Law». *International Community Law Review*, Volume 8, 2006, Issue 1, pp. 81 – 121.

FRENCH, Duncan, STEPHENS Tim (ed.). *Diligence in International Law*. ILA Study Group on Due Diligence, First Report, 7 March 2014.

KULESZA, Joanna. *Due Diligence in International Law*. Brill, Nijhoff, 2016.

KOIVUROVA, Timo. *Due Diligence*. Encyclopedia entries, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010.

QUÉDRAOGO, Awalou. «La due diligence en droit international: de la règle de la neutralité au principe général». *Revue générale de droit*, Volume 42, Numéro 2, 2012, pp. 641–683.