

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

Journée d'études  
du Mans

Le standard de *due diligence*  
et la responsabilité internationale

sous la direction de  
Sarah CASSELLA

EDITIONS PEDONE  
13 rue Soufflot  
Paris

2018

## PRÉFACE

J'aime le *soft law* ! Il évite les affrontements stériles et sa souplesse même est le gage d'une mise en œuvre effective, moins fictive souvent que celle, postulée, du droit « dur ». Quel rapport avec le thème de la journée d'étude franco-italienne organisée avec dévouement, efficacité et brio, au Mans par Sarah Cassella et ses collègues le 24 février 2017 avec l'appui enthousiaste de Pasquale De Sena, Secrétaire général de la Société italienne pour le Droit international ? Celui-ci : le droit mou, ou *soft*, ou tendre ou – mieux sans doute – souple, ne l'est pas forcément formellement, en raison du caractère non juridiquement obligatoire de sa source, il peut l'être aussi du fait de la malléabilité du contenu même de la norme considérée. Tel est le cas de la (ou des ?) règle(s) – ou est-ce un standard ? – de *due diligence* qui débouche sur des formes de responsabilité mal stabilisées mais forcément molles elles aussi. Du moins le pensai-je avant de lire les Actes de cette journée d'étude qui s'est déroulée sous les auspices conjoints des sociétés italienne et française pour le droit international car j'avoue que mes « certitudes » sur la notion de *due diligence* sont sorties ébranlées de cette lecture tant sont diverses et les questions posées par le sujet et les réponses que les spécialistes leur donnent.

Et d'abord, règle (ou norme ? je maintiens que c'est la même chose) ou standard ? Les deux sans doute selon que l'on met l'accent sur le contenu de la *due diligence* (alors, on parlera de norme (... ou de règle, ou de principe)) ou sur sa source (c'est, dans ce cas, de standard qu'il s'agit). Mais cette seconde approche (à laquelle le présent ouvrage ne s'en tient d'ailleurs nullement malgré son titre) n'est-elle pas un peu réductrice dès lors qu'il existe de nombreuses obligations de *due diligence* imposées par des traités (cf. l'article 194, paragraphe 1, de la CNUDM pour n'en donner qu'un exemple) ? Et quels sont, en la matière, les rapports entre standard et coutume si l'on considère le premier comme une forme atténuée de la seconde ? Y a-t-il des obligations coutumières de *due diligence* ? Très probablement oui ; mais ceci exclut-il que d'autres relèvent de simples standards ? sans doute pas...

Et, si l'on s'intéresse au contenu, peut-on ramener la norme à l'unité ou, en d'autres termes, jouit-elle d'une autonomie par rapport à la règle primaire à laquelle elle s'applique ? Peut-on la ramener à l'obligation d'utiliser tous les moyens raisonnables (ou nécessaires ?) pour s'acquitter d'une obligation ou en faire un équivalent du concept d'obligation de comportement ? Est-ce la même *due diligence* qui s'applique à la prévention du génocide et à l'établissement d'une étude d'impact en matière d'environnement ? Si c'est le cas, serait-elle une norme secondaire qui s'applique à la mise en œuvre de toute obligation internationale, d'une manière un peu comparable à l'abus de droit ou, peut-être, à la proportionnalité ou à la *reasonableness* ? En tout cas, la *due diligence* étend son emprise très au-delà du droit de l'environnement, auquel on a souvent tendance à la confiner, même si elle en forme le « socle » : elle trouve à

s'appliquer dans le droit de la mer comme dans le domaine de la sécurité de l'Etat (dans lequel elle trouve sans doute ses racines – cf. les affaires de l'*Alabama* ou du *Détroit de Corfou*) ou dans celui de la protection des investissements étrangers, qu'elle « irrigue » au même titre que celui des droits de l'homme ou du droit humanitaire, et elle est suffisamment prégnante dans celui de la cyber-sécurité pour que l'on puisse parler de « cyber-diligence », sans pour autant que, notion à contenu variable, elle joue le même rôle ni dans chacun de ces domaines ni dans toutes les circonstances. Au surplus ce standard – ou norme ou règle ou principe – de droit international général trouve également à s'appliquer dans le cadre plus restreint du droit des organisations internationales, y compris celui de l'Union européenne – qui ne saurait arguer de son caractère particulier pour y échapper.

L'abandon de la tentative de classification des obligations internationales proposée par Roberto Ago – peu convaincante, c'est sans doute la principale critique que l'on peut adresser au père de la conception moderne de la responsabilité internationale – a eu pour conséquence que les Articles de la CDI de 2001 sont de peu d'utilité pour répondre à ces questions. En mettant au programme de leur journée d'étude la relation qu'entretient « le standard de due diligence » avec la responsabilité internationale, la SIDI et la SFDI contribuent à combler cette lacune – étant remarqué que cet intitulé est un raccourci : je doute que l'on puisse violer un standard : c'est l'obligation d'agir avec *due diligence* que l'on viole (de même que dire que l'Etat viole une coutume est une commodité de langage : c'est la violation de l'obligation portée par la règle coutumière qui entraîne la responsabilité de son auteur).

Au-delà de ces raffinements terminologiques, la question que pose le vaste sujet retenu pour cette journée d'étude est celle de la preuve de la violation de l'obligation de *due diligence* et, au-delà, de son contenu même. Paraphrasant Boileau, on pourrait dire que « ce qui se définit bien se viole clairement et la responsabilité qui en découle s'applique aisément ». Il n'est pas certain que le lecteur de cet ouvrage stimulant le referme avec des idées totalement claires à cet égard. Mais ce ne sont pas les auteurs des rapports et des contributions qu'il faut incriminer ; c'est la ductilité, voire l'ambiguïté, du « standard » (si c'en est vraiment un), dont ils rendent compte avec science et conscience, qui est la cause de cette perplexité.

S'agit-il seulement d'un standard d'interprétation d'autres règles ? d'une simple caractéristique de certaines normes primaires ? ou d'une norme à part entière susceptible d'être violée et d'entraîner dès lors la responsabilité du violateur ? voire même d'un principe permettant au juge de créer (ou de dégager l'existence ?) de nouvelles règles, corrélatives, comme, par exemples, le principe de prévention, l'« approche de précaution » ou l'obligation de mener une étude internationale d'impact en l'absence même de tout texte ? Génère-t-il (ou se greffe-t-il sur) une obligation de comportement ou de résultat ? Existe-t-il un seuil unique, ou des seuils divers selon les domaines ou le caractère des activités en cause ou même en fonction des moyens dont le destinataire de l'obligation – en général un Etat mais ce peut aussi être une organisation internationale quand

bien même elle n'est « décidément pas un Etat »... – dispose, en deçà duquel il reste sans effet ? Ce seuil est-il celui de la « normalité » ou du « raisonnable » ou de l'effort maximal au-delà duquel rien ne peut être tenté ? La souplesse du contenu de la *due diligence* a-t-elle un impact sur l'existence même du fait internationalement illicite ou seulement sur les modalités et l'importance de la réparation ou sur les deux ? Et la responsabilité de l'Etat engagée pour négligence illicite laisse-t-elle subsister celle des auteurs non-étatiques de violations des obligations enfreintes en cas de « responsabilités multiples » ? La *due diligence* n'est-elle qu'un « standard un peu flou de bon comportement » débouchant sur l'*accountability* plus que sur la responsabilité (ah, pauvreté de la langue française en ce domaine !) de l'auteur du manquement ou a-t-elle un contenu précis, imposant notamment la prise de mesures déterminées et effectives, et permettant d'en sanctionner le non-respect ? Est-elle de nature exclusivement procédurale (au sens large tout de même) ou comporte-t-elle des éléments substantiels ? Malgré le panorama complet qu'offre cet ouvrage et la science déployée par les contributeurs, la *due diligence* conserve, le livre refermé, une bonne part de son mystère.

J'ai compté : cette brève préface comporte 23 points d'interrogation. C'est dire la richesse, mais aussi la difficulté, du sujet retenu par la SIDI et la SFDI. C'est la grandeur de toute démarche véritablement scientifique de poser davantage de questions qu'elle n'en résout ; c'est le mérite des rencontres organisées par les sociétés savantes de permettre la confrontation des points de vue sans autre conclusion que de poser de nouvelles questions. La journée d'étude du Mans répond pleinement à ces exigences et constitue un état des lieux particulièrement utile et complet sur la notion de *due diligence* qui est de plus en plus usitée dans le droit international contemporain de la responsabilité.

Alain PELLET