**Diligence raisonnable en matière de droits de l'homme : Le rôle des États**

**Rapport intermédiaire 2013**

Auteur : Mark B. Taylor, Institut norvégien des études appliquées FAFO, Oslo, Norvège, pour le compte d’International Corporate Accountability Roundtable(ICAR), novembre 2013

*Ceci est une traduction non officielle du* [*Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme*](http://www.business-humanrights.org/)*.*

*Version originale (en anglais uniquement) :* [*http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf*](http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf)

# La responsabilité de respecter : Indépendante, mais pas isolée

Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (2011) ont précisé, dans le droit international, comment une entreprise se devait de respecter les droits de l'homme. La responsabilité de respecter, telle que définie par les Principes directeurs, repose sur le principe qu'une entreprise ne devrait pas nuire. Les Principes directeurs précisent que, afin d'endosser sa responsabilité de respecter les droits de l'homme, une entreprise est tenue d'agir avec la diligence requise pour éviter de porter atteinte aux droits des tiers.

En d'autres termes, la responsabilité d’une entreprise émane de ses activités et de ses relations commerciales ; elles sont donc tenues de prendre des mesures - diligence raisonnable - pour s'assurer que leurs activités et relations commerciales ne portent pas atteinte aux droits de l'homme. Les Principes directeurs indiquent clairement que cette responsabilité s'applique de façon globale à toutes les activités et relations commerciales d'une entreprise, et qu'il s'agit là d'une responsabilité indépendante de l'entreprise, c'est-à-dire une responsabilité qui existe indépendamment de ce que les États font ou ne font pas.

**Indépendante, mais pas isolée**

La responsabilité d'une entreprise de respecter les droits de l'homme est indépendante de l'obligation de protéger les droits de l'homme incombant à l'Etat, mais n’est pas isolée par rapport à celle-ci. En effet, le Principe directeur nº1 précise l'obligation des Etats de protéger contre les abus commis par des entreprises, et d'adopter des « mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu’elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires ».

En 2012, le projet Diligence raisonnable en matière de droits de l'homme a relevé que la diligence raisonnable est utilisée par les systèmes juridiques des Etats du monde entier, y compris dans des traditions juridiques très variées : des Etats-Unis à la Chine, de l'Australie au Nigéria, de l'Argentine à l'Union européenne et ses Etats membres, des pays où s'applique le droit coutumier aux pays de droit civil. Dans ces systèmes juridiques, les mesures de diligence raisonnable sont cohérentes avec le processus de diligence raisonnable décrit dans les Principes directeurs. A tel point que le rapport « Diligence raisonnable en matière de droits de l'homme : Le rôle des Etats » (rapport HRDD) a conclu que les composantes de la diligence raisonnable peuvent être décrites comme une norme qui émane des différentes juridictions et du droit international : identifier les risques pour les droits de l'homme, prendre des mesures destinées à prévenir ou atténuer ces risques, et faire preuve de transparence quant aux risques et aux mesures adoptées (voir Annexe I « Procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme »).

A travers le monde, la diligence raisonnable est couramment utilisée pour évaluer le respect, de la part des entreprises, des normes établies par la législation, y compris dans certains cas pour protéger les droits de l'homme, comme par exemple les droits des travailleurs, ou pour répondre aux risques associés, comme la protection des consommateurs ou de l'environnement. Cependant, le projet n'a trouvé que peu de références explicites aux droits de l'homme eux-mêmes dans la grande variété de systèmes de diligence raisonnable. Les Principes directeurs ne précisent pas non plus les options politiques et législatives à disposition des Etats qui leur permettent de s'assurer que les entreprises appliquent bien la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Le groupe d'experts en charge du projet s'est entendu dire à de nombreuses reprises que les lois existantes sont souvent mal appliquées.

#  Option réglementaire pour les Etats

Au cours des douze mois écoulés depuis le rapport HRDD, des progrès ont été accomplis. Comme il ressort de ce rapport, tout indique que la diligence raisonnable n'est pas un concept juridique ou législatif étranger aux systèmes de la plupart des pays. Néanmoins, des écarts importants subsistent dans la pratique. Les Etats pourraient utiliser davantage d’instruments juridiques afin de s'assurer que les entreprises respectent les droits de l'homme en général, et qu'elles appliquent le principe de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme en particulier.

Le rapport HRDD (2012) a recensé quatre approches réglementaires principales utilisées par les Etats pour s'assurer que les entreprises appliquent la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme :

* La diligence raisonnable sous l'angle du respect juridique/réglementaire
* La réglementation créant des incitations ou avantages pour les entreprises qui sont en mesure de démontrer l'application de la diligence raisonnable
* Les normes de transparence ou de divulgation d'information qui encouragent ou exigent une diligence raisonnable
* La combinaison d'une ou plusieurs de ces approches

Des exemples de nouvelles mesures adoptées en 2013 sont résumés ci-dessous pour chaque catégorie de réglementation et replacés dans le contexte d'exemples du rapport HRDD (2012).

## 1. La diligence raisonnable sous l'angle du respect des normes

La plupart des pays prévoient des dispositions juridiques qui imposent la diligence raisonnable dans le cadre du respect des réglementations (en vigueur). Comme il ressort du rapport HRDD (2012), les normes exigeant des entreprises d'appliquer la diligence raisonnable sont déclinées soit comme des obligations juridiques directes, reprises par une loi, ou indirectement, en donnant la possibilité aux entreprises d'utiliser la diligence raisonnable à titre de défense lors de poursuites en matière pénale, civile ou administrative.

Par exemple, les organismes de réglementation en Inde, en Allemagne et au Ghana exigent régulièrement des entreprises de présenter des preuves de diligence raisonnable, qui doivent servir de base à l'octroi de subventions ou de licences pour des activités commerciales qui auraient des incidences sur l'environnement ou la sécurité des travailleurs dans le secteur du bâtiment. Les tribunaux des Etats-Unis autorisent les entreprises à utiliser la diligence raisonnable à titre de défense face aux accusations d'infractions environnementales par négligence, ou de corruption passive ou active. De même, les lois contre le blanchiment des capitaux dans la plupart des pays, de l'OCDE à la Chine, exigent aux institutions financières d'appliquer des mesures de diligence raisonnable à l'égard de la clientèle, les mesures *Know-Your-Customer* (« connaître son client »). La Chine demande à ses entreprises d'appliquer des mesures de diligence raisonnable à l'égard de la sécurité des travailleurs chinois à l'étranger.

En novembre 2013 des députés français ont déposé un projet de loi à l'Assemblée nationale qui engendrerait pour les entreprises françaises l'obligation de démontrer la mise en place de procédures de diligence raisonnable afin d'éviter de nuire ou de contribuer à nuire dans le cadre de leur activité économique. Le projet de loi cite les Principes directeurs des Nations Unies et les Principes directeurs de l'OCDE, et établit une responsabilité juridique de respect des droits de l'homme dans le droit pénal et civil français, conformément aux critères définis dans ces deux instruments internationaux. Ainsi, la loi apporte aux entreprises la possibilité de se défendre sur la base de la diligence raisonnable :

La loi propose de modifier le Code Civil et le Code Pénal avec la création d'un régime de responsabilité pour des dommages survenant dans le contexte des activités économiques ou commerciales d'une entreprise qui enfreindrait des droits fondamentaux.

La présomption de responsabilité n'est pas concluante et l'entreprise peut être exonérée de sa responsabilité si elle peut prouver qu'elle n'avait pas connaissance d' éventuelles activités qui auraient pu avoir une incidence sur les droits fondamentaux ou si elle prouve qu'elle a fait tout son possible pour l'éviter.

La loi modifierait aussi le Code du Commerce français, en ajoutant une section pour encourager les entreprises à exercer un suivi de toutes leurs activités pouvant avoir une incidence potentielle sur les droits fondamentaux. La loi autorise explicitement que le suivi soit fait en fonction des moyens de l'entreprise, permettant de ce fait aux petites et moyennes entreprises d'appliquer des mesures adaptées à leur incidence potentielle sur les droits de l'homme.

### Responsabilité pénale

La responsabilité pénale des entreprises est reprise par de nombreux systèmes juridictionnels, y compris pour des violations caractérisées des droits de l'homme. Comme cela est décrit dans le rapport HRDD (2012), les Etats peuvent imposer des sanctions pénales à une entreprise pour ne pas avoir agi avec une diligence raisonnable dans le but d'empêcher certaines infractions. Parfois, une entreprise peut éviter d'être déclarée coupable d'une infraction pénale commise par ses agents (employés, sous-traitants) si elle peut prouver qu'elle disposait de programmes de diligence raisonnable efficaces. Même dans les pays où le Code Pénal ne prévoit pas la responsabilité pénale de personnes morales, des chefs d'entreprise pourront être accusés lors de procès pénaux similaires.

Le 25 avril 2013 le ministère public de Tübingen, Allemagne, a été saisi d'une plainte de plusieurs ONG qui demandaient qu'une enquête soit ouverte à l'encontre d'Olof von Gagern, cadre supérieur chez Danzer Group, une entreprise suisse et allemande d'exploitation de bois. Il est avancé dans la plainte que von Gagern n'avait rien fait pour empêcher les violations des droits de l'homme commises par les forces de sécurité congolaises lors d'une opération dans le village de Bongulu à Yalisika, au Nord de la République démocratique du Congo (RDC) le 2 mai 2011. La plainte indique que les forces de sécurité ont infligé de graves lésions corporelles, commis des viols, provoqué des dommages matériels et arrêté arbitrairement des villageois pendant l'opération. D'après la plainte, les forces de sécurité congolaises ont reçu l'aide logistique de Siforco, filiale de Danzer au moment des faits, y compris pour le transport jusqu'au village, le transport des détenus et le paiement financier. Il est avancé dans la plainte que von Gagern n'aurait pas pris les mesures adéquates face aux risques probables d'une intervention des forces de sécurité à l’encontre des villageois. Danzer et Siforco rejettent les accusations, affirmant qu'elles n'ont pas facilité les violences et que les forces de sécurité échappaient totalement à leur contrôle et responsabilité.

### Responsabilité civile

Les systèmes juridiques de la plupart des pays évoquent la responsabilité civile des entreprises qui provoqueraient du tort ou des dommages à une victime, y compris pour ne pas avoir agi avec diligence raisonnable. Comme il ressort du rapport HRDD (2012), on considère habituellement qu'il y a une telle défaillance lorsqu'une entreprise ne prend pas toutes les mesures de précaution qui auraient pu être raisonnablement prises dans le but de réduire le risque de dommages.

Plusieurs exemples en 2013 illustrent des décisions de justice où la diligence raisonnable est érigée en exigence pour les entreprises :

En janvier, une juridiction néerlandaise a jugé une filiale nigériane de la Royal Dutch Shell responsable des dommages infligés à un agriculteur nigérian par des déversements de pétrole. En application du droit nigérian, la filiale a été accusée de négligence ; l'entreprise a été accusée de ne pas avoir pris les mesures de précaution qui auraient pu être raisonnablement prises afin de réduire le risque pour la population locale d'une action de sabotage de la part d'un tiers :

. . . [l'entreprise] a créé une situation particulièrement dangereuse dans le puits d'IBIBIO-I et a laissé cette situation se pérenniser. . . [l'entreprise] aurait dû prévoir le risque évident de sabotage et aurait dû prendre des mesures de prévention plus nombreuses et meilleures pour faire face à ce risque. . . Tout particulièrement les personnes vivant à proximité qui, comme [le plaignant] Akpan, tiraient des revenus de l'agriculture et de la pêche, couraient un risque significatif de subir des dommages à la suite d'une action de sabotage. . - qui était facile à mener.

Les plaignants ont demandé à la cour de se prononcer sur une éventuelle violation de leurs droits de l'homme, particulièrement sur la violation de leur intégrité physique. La cour a refusé de le faire, faisant valoir que, même si le droit nigérian faisait état de jurisprudence pour des affaires où l'entreprise accusée avait provoqué des dommages directs, il n'existait aucune jurisprudence où les dommages auraient été provoqués par un tiers, et seulement facilités par la négligence de l'entreprise.

En mars, la cour suprême de Kampala, en Ouganda, a tranché en faveur des agriculteurs qui ont été violemment expulsés des terres qu’ils occupaient par les forces gouvernementales afin d'y installer une plantation de café. Dans sa décision, la cour a estimé que l'Autorité d'Investissement de l'Ouganda (UIA) n'avait pas agi avec diligence raisonnable par rapport au transfert des terres des occupants coutumiers au bénéfice de la Kaweri Coffee Plantation Inc., et à la réinstallation de 2.000 à 4.000 personnes provenant de ces terres. La cour a jugé que l'UIA n'avait pas vérifié les activités de ses avocats, avec pour résultat l'expulsion violente des agriculteurs par les forces de sécurité, sur la base d'un transfert de terres frauduleux. Tout particulièrement, l'UIA n'avait pas

. . . appliqué une diligence raisonnable, une supervision et des mécanismes correcteurs. Une analyse prudente aurait suffi à détecter que toute la transaction était suspecte. L'UIA n'a pas vérifié la valeur des terres et les montants d'indemnisation payables, et ne disposait pas d'accords d'indemnisation signés avec titres de propriété et autres documents. . .

La cour a statué que les avocats engagés par l'UIA étaient responsables au premier chef, mais elle s'est prononcé avec dureté sur le rôle des investisseurs allemands de Kaweri Coffee : les « investisseurs avaient l'obligation de s'assurer que notre population indigène n'était pas exploitée. Ils auraient dû respecter les droits de l'homme et les valeurs des personnes et... auraient dû s’assurer que les agriculteurs étaient correctement indemnisés, réinstallés et qu'une information adéquate leur avait été communiquée. Ils ont agi au contraire en tant que spectateurs silencieux...». L'entreprise allemande a rejeté les accusations sur son rôle, les qualifiant de mauvaise interprétation des faits.

##  Incitations relatives à la diligence raisonnable

La plupart des pays disposent de normes qui régissent le rôle de l'Etat en tant que consommateur (marchés publics), investisseur ou autre acteur du marché, afin d'encourager ou exiger une diligence raisonnable de la part des entreprises. Ces approches utilisent les politiques et la législation pour fournir des mesures incitatives et des avantages aux entreprises à même de prouver l'application de mesures de diligence raisonnable.

Le Japon, la Corée et Taiwan ont des dispositions dites « d'achat écologique » qui, par exemple, donnent un traitement préférentiel aux fournisseurs qui appliquent des pratiques respectueuses de l'environnement. Le règlement sur les acquisitions fédérales (FAR) des Etats-Unis exige des fournisseurs du gouvernement fédéral qu’ils certifient des pratiques de diligence raisonnable en matière de travail des enfants dans les pays où leurs produits sont fabriqués. De même, la loi Davis-Bacon lutte contre le dumping social des entreprises participant à des contrats de construction fédéraux. Le Fond de pension gouvernemental norvégien Global fait l'objet d'un examen par rapport à différentes violations des droits de l'homme. Des entreprises peuvent se voir exclues de l'ensemble des investissements ou être mises sous observation si elles ne peuvent pas prouver avoir agi avec diligence raisonnable.

En 2013, l'UE a pris des mesures pour rendre possible l'exercice de la diligence raisonnable par rapport aux produits fabriqués dans les colonies israéliennes. Catherine Ashton, la Haute Représentante de l'UE pour les affaires étrangères, a envoyé une lettre aux hauts fonctionnaires de la Commission européenne leur demandant de prendre toutes les mesures juridiques et administratives nécessaires pour s'assurer que les produits des colonies israéliennes fabriqués dans les Territoires palestiniens occupés étaient étiquetés en tant que tels. Cette instruction mettait en rapport la position de l'UE, opposée à la construction de colonies israéliennes, et les efforts pour éviter que des produits des colonies israéliennes soient exportés vers l'UE en tant que produits israéliens. La législation de l'UE permet déjà aux Etats de demander cet étiquetage. La démarche d'Ashton s'est produite à la suite d'une lettre qui lui a été envoyée par treize ministres des Affaires étrangères de l'UE en avril 2013, dans laquelle ils manifestaient leur soutien à ses efforts de définir des lignes directrices applicables à tous les Etats membres en matière d'obligation d’étiquetage des produits en provenance des colonies israéliennes importés par des pays de l'UE et vendus sur le marché européen.

De même, en 2013 l'UE a modifié le système d'incitations pour les entreprises qui opèrent en Israël, de façon à s'assurer que les fonds de l'UE ne sont pas utilisés dans les colonies. Une directive de l'UE a aussi exclu les colonies israéliennes de son système de contributions financières. Afin de garantir le respect des positions de l'UE et de ses engagements par rapport au droit international, toute entité israélienne établie ou ayant des activités dans les Territoires occupés ne peut bénéficier d’aucune « subvention, prix [ni] instrument financier » financé par l'UE. Ces instructions s'appliquent à toute entreprise israélienne publique ou privée, aux organisations non gouvernementales y compris celles à but non lucratif, dont le siège ou l'activité, totale ou partielle, se trouve dans les territoires occupés. En application de l'accord, ces directives exigent que les entités israéliennes sollicitant une subvention, un prix ou des instruments financiers déclarent être éligibles aux termes des exigences indiquées ci-dessus. Si néanmoins, les informations consignées dans la déclaration s'avèrent incorrectes, l'entité pourrait se rendre coupable de fausse déclaration et être exclue du processus, ou la subvention pourrait être annulée.

L'agence de crédit à l'exportation norvégienne GIEK a mené en 2013 une révision des politiques et procédures en matière d'exigences sociales et environnementales imposées à ses clients, afin de s'aligner sur les approches communes de l'OCDE mises à jour et les Principes directeurs. Cette nouvelle politique de la GIEK va au-delà des exigences minimales de l'OCDE, puisqu'elle couvre toutes les transactions de la GIEK, y compris les investissements mobiles (navires), les projets en-dessous de 10 millions DTS et les transactions à court terme. Dans la pratique, la GIEK s'inspire fortement des critères de performance de la Société Financière Internationale (SFI), et utilise une série de questionnaires que les demandeurs de crédits à l'exportation ou de programmes d'assurance doivent compléter. Ces questionnaires sont la base de l'engagement entre la GIEK et l'entreprise, et du système de diligence raisonnable de la GIEK par rapport aux incidences sociales (droits de l'homme) et environnementales potentielles. D'autre part, la GIEK prend les mesures nécessaires à l'identification des risques dans ses transactions, y compris des inspections sur place, l'utilisation de consultants extérieurs indépendants et d'outils en ligne pour le contrôle des données. La GIEK analyse les problèmes pouvant se présenter avant l'approbation ou le démarrage d'un projet, à la fois avec les entreprises et avec les banques apportant le financement. Des évaluations de la performance sociale et environnementale sont menées pendant la mise en œuvre du projet, que la GIEK s'efforce de rendre juridiquement contraignantes par leur incorporation aux contrats de prêt établis par les banques. Les clients doivent régulièrement rendre compte de leurs actions par rapport à ces évaluations. L'information fournie à la GIEK pour des projets à moyen et haut risque est rendue publique sur son site web.

##  Mesures d'information relatives à la diligence raisonnable

La troisième approche privilégie les mécanismes de transparence et divulgation d'information pour encourager ou exiger une diligence raisonnable. Comme cela est décrit dans le rapport HRDD (2012), des Etats ont mis en place des normes qui exigent des entreprises de publier les mesures de diligence raisonnable prises, afin que les marchés et la société s'efforcent de limiter les dommages identifiés.

Par exemple, les lois sur les valeurs mobilières dans la plupart des pays imposent aux entreprises de présenter des rapports d'information, et d'autres encore exigent des rapports de responsabilité sociale des entreprises (RSE), comme le Danemark, la Norvège, l'Espagne et la Malaisie. Dans certains pays comme en France, en Argentine, en Allemagne, aux Etats-Unis et dans l'UE, les normes de protection des consommateurs imposent des formes de divulgation de l'information ; la logique étant que l'information sert les intérêts des investisseurs, du législateur et des personnes qui pourraient être lésées par une activité commerciale, et les pousse à agir.

En 2013, le Département d'Etat américain a fixé des exigences en matière de reporting pour les nouveaux investissements autorisés au Myanmar (Birmanie), en raison de l'assouplissement des sanctions suite aux réformes lancées dans le pays. Conformément aux nouvelles exigences, tout citoyen américain investissant dans la société Myanmar Oil and Gas Enterprise (MOGE) ou dont l'investissement total au Myanmar dépasse 500.000 USD doit fournir un rapport sur ses activités au Myanmar et sur ses politiques ou procédures éventuelles en matière de droits de l'homme, de droits des travailleurs, de lutte contre la corruption, d'environnement, d'acquisition de biens immobiliers, et sur les accords passés avec des prestataires de services de sécurité et de transparence financière.

Le Département d'Etat considère que cette divulgation d'informations devrait servir à encourager et aider les entreprises à développer des politiques et des procédures, et à aborder l'impact de leurs activités au Myanmar. Par exemple, « s'il est possible pour l'entreprise de prévenir ou atténuer les incidences négatives », le Département d'Etat encourage les entreprises à adopter un comportement conforme aux Principes directeurs des Nations Unies, et à user de leur influence. Lorsque l'entreprise n'est pas à même de peser dans la balance, « [elle] devrait considérer éventuellement de mettre fin à ses rapports, tenant compte des incidences négatives potentielles sur les droits de l'homme que cela aura ». Les investisseurs qui ne remettraient pas les rapports exigés pourraient se voir imposer des sanctions civiles et pénales pour violation de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (International Emergency Economic Powers Act).

En juillet 2013 un tribunal des Etats-Unis a rejeté les arguments de la National Association of Manufacturers, la Chambre de commerce des Etats Unis et la Business Roundtable dans la plainte déposée contre les exigences de diligence raisonnable liées aux «minerais du conflit ». L'action a été intentée en 2012 contre l'article 1502 de la loi Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Cet article exige des entreprises enregistrées auprès de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis (SEC) une évaluation et un rapport annuel sur les minerais du conflit « nécessaires à la fonctionnalité ou à la production d'un produit » qu'elles fabriquent (ou qui fait l'objet d'un contrat pour sa fabrication). Les entreprises sont tenues de mener de bonne foi une enquête pour déterminer le pays d'origine des minerais ; si de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or semblent avoir pour origine la RDC ou des pays frontaliers, l'entreprise doit mettre en œuvre des mesures de diligence raisonnable et déposer un rapport public sur les minerais du conflit. La norme exige que ces mesures de diligence raisonnable respectent un cadre national ou international reconnu. La SEC a précisé que le document de l'OCDE « Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d’approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque » remplit les critères de la Commission.

Selon les plaignants, la SEC avait négligé avec cette norme ses obligations statutaires d'après l'Exchange Act, le processus de réglementation avait été arbitraire et capricieux, et les informations publiques exigées par la norme et l'article 1502 de la loi Dodd-Frank enfreignaient le Premier Amendement. Le tribunal fédéral du district de Columbia a rejeté leurs arguments. D'après le tribunal fédéral, la SEC a mené son activité de réglementation en cohérence avec la volonté du Congrès des Etats-Unis, c'est-à-dire

aider à en finir avec les violations des droits de l'homme en la République démocratique du Congo provoquées par les conflits. Le Congrès a choisi d'utiliser les exigences en matière de publicité des lois sur les valeurs mobilières pour sensibiliser le public par rapport à l'origine des minerais du conflit utilisés par les entreprises et pour promouvoir la mise en œuvre de mesures de diligence raisonnable dans les chaînes d'approvisionnement de ces minerais.

D'après le tribunal, les normes de la SEC n'étaient ni arbitraires ni capricieuses, et ni elles, ni la loi sous-jacente enfreignaient les droits des entreprises en vertu du Premier Amendement.

##  La combinaison d'instruments réglementaires en matière de diligence raisonnable

La quatrième catégorie de mesures d'encouragement ou d’exigence d'une diligence raisonnable est la combinaison d'une ou plusieurs des approches citées ci-dessus. Les Etats combinent de façon régulière des aspects de ces approches pour construire une structure incitative qui encourage le respect des normes par les entreprises et qui facilite une évaluation efficace et effective. Par exemple, les normes administratives régissant la protection environnementale, les droits des travailleurs, la protection des consommateurs ou la lutte contre la corruption, peuvent exiger des entreprises des mesures de diligence raisonnable lors d'une demande de licence ou agrément, et peuvent aussi imposer des exigences aux entreprises en matière de divulgation des activités de diligence raisonnable. En application de ces normes, différentes sanctions sont envisageables : amendes, sanctions pénales ou action civile, auquel cas la diligence raisonnable peut être invoquée en défense.

En mars 2013 les Etats-Unis ont adopté la Loi réautorisant la protection des victimes de la traite des êtres humains (TVPRA), dont les dispositions exigent des agences gouvernementales qui sous-traitent de s'assurer que la chaîne d'approvisionnement des contractants n'inclut pas de produits fabriqués par des personnes victimes de la traite, et que les entreprises ne contribuent pas à la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle. Cette loi modifie la Loi sur les Organisations influencées par le racket et la corruption (RICO), une loi pénale, pour y inclure la fraude dans les contrats avec des travailleurs étrangers en tant qu'infraction principale, au rang d’infractions comme l'esclavage.

La TVPRA de 2013 est la dernière d'une série de mesures qui, aux Etats-Unis, renforcent le cadre réglementaire de la participation des entreprises dans la traite des êtres humains et d'autres infractions connexes. En septembre 2012 le Président Obama a signé le décret-loi 13627 pour le renforcement de la protection contre la traite des êtres humains dans les contrats fédéraux (EO), qui interdit aux contractants fédéraux de mener des activités spécifiques liées à la traite, d’êtres humains et fixe des obligations spécifiques pour les entreprises travaillant pour l'administration et leurs sous-traitants, y compris des incitations en matière de diligence raisonnable assez semblables aux normes applicables dans d'autres systèmes de passation de marchés.

Conformément à ces exigences, les contractants et leurs sous-traitants doivent s'engager contractuellement à collaborer pleinement avec les audits et enquêtes de l'agence gouvernementale et, pour les marchés dépassant 500.000 dollars, les contractants et leurs sous-traitants doivent disposer d'un plan de conformité qui incorpore des mesures en matière de diligence raisonnable. Le décret-loi (Executive Order) s'applique à tous les marchés fédéraux de services ou produits, qu'ils soient passés aux Etats-Unis ou ailleurs ; le manquement à ces dispositions peut entraîner la suspension ou la résiliation du marché et la possibilité de se voir exclu du système de passation des marchés. Le décret-loi ne prévoit pas un droit d'action privée, mais ce droit existe dans la Loi sur la protection des victimes de la traite des êtres humains (2003) : en août 2013, le contractant de défense américain KBR et son sous-traitant jordanien ont été jugés par un tribunal fédéral des Etats-Unis dans l'un des premiers procès à l'encontre d'une entreprise au titre de cette norme.

Cette combinaison d'engagements entre Etats et entreprises, normes de publicité, lois sur les passations des marchés publics et voies de recours pénales et civiles constitue ce que les Principes directeurs des Nations Unies appellent un « assortiment judicieux de mesures » pour favoriser le respect des droits de l'homme par les entreprises. Les Principes directeurs décrivent cet assortiment pour les entreprises engagées dans les zones touchées par les conflits. Le Principe nº 7 « Soutien au respect des droits de l'homme par les entreprises dans les zones touchées par des conflits » encourage les Etats à intervenir aussitôt que possible et à aider les entreprises à identifier et prévenir les risques liés aux droits de l'homme et à en atténuer les effets, tout particulièrement dans ce contexte difficile. Cette intervention devrait s’ajouter à la possibilité de retirer le soutien public lorsqu'une entreprise refuse de coopérer et à des « mesures d’application [qui] soient efficaces quant à la prise en compte du risque que des entreprises soient impliquées dans des violations caractérisées des droits de l’homme ».

Cette approche a été utilisée en 2013 en rapport à des investissements néerlandais en Cisjordanie occupée par Israël. . En septembre, la société d'ingénierie néerlandaise Royal Haskoning DHV a annoncé son retrait d'une centrale de traitement des eaux à Jérusalem-Est occupée.

Cette décision est intervenue après une démarche du gouvernement néerlandais qui, par principe, décourage les entreprises néerlandaises d'investir dans les colonies de la Cisjordanie, qui sont considérées illégales par le droit international. Un responsable néerlandais a déclaré aux militants : « nous avons informé la Royal Haskoning DHV des obligations que le gouvernement néerlandais s'est fixé en matière d’information aux entreprises. Il n’est pas interdit aux entreprises néerlandaises de s'engager dans de telles relations économiques. Les entreprises elles-mêmes sont les seules responsables ».

La Royal Haskoning DHV a déclaré s'être retirée « à la suite de consultations avec les acteurs concernés ; l'entreprise a compris que toute participation future dans le projet pouvait enfreindre le droit international ». Le ministère public néerlandais a déjà précisé par le passé qu'il juge toute activité économique dans les colonies comme un crime de guerre potentiel, et a suggéré que les sociétés menant ces activités dans ou avec les colonies devraient prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. Le professeur Richard Falk, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les Territoires palestiniens occupés, a indiqué en octobre que son département avait informé les entreprises que leurs activités dans les territoires pouvaient poser « problème », et pouvaient avoir comme résultat des poursuites pénales.

# La diligence raisonnable en 2014

La méthode choisie par les Etats pour légiférer en matière de diligence raisonnable relative aux droits de l'homme sera en fonction de leur tradition juridique, de l'utilisation de la diligence raisonnable dans les lois existantes, de la nature des activités économiques à réglementer et du contexte des droits de l'homme en question. Néanmoins, sur la base de développements récents, une série de priorités semblent se dégager dans les politiques, la mobilisation et l'activité juridique en 2014 et au-delà.

##  Priorité à la réponse gouvernementale face aux entreprises engagées dans les zones touchées par des conflits

La première priorité concerne les conflits violents à l'étranger. C'est là qu'on observe les plus graves violations des droits de l'homme ; l'inaction des Etats face à des violations commises à l'étranger est difficile à justifier. Au moins cinq domaines d'action devraient faire partie des priorités en 2014 et au-delà :

* Globaliser et étendre les normes qui s’appliquent à la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement, particulièrement en ce qui concerne les minerais du conflit. Les sociétés internationales doivent répondre aux normes fixées par la SEC américaine (article 1502 de la loi Dodd-Frank), et l'UE envisage l'adoption de normes similaires. L'efficacité de l'approche en matière de diligence raisonnable développée par l'OCDE pour la région des Grands Lacs en Afrique doit être évaluée, et les leçons tirées devront être mises à profit pour la définition de politiques et lois s'appliquant aux produits qui contribuent à perpétuer les violations des droits de l'homme dans les conflits armés.
* Intégrer la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans les systèmes d'octroi de licences d'exportation. Le Traité sur le commerce des armes (2013) pose les bases d'une coordination politique des Etats sur les systèmes d'octroi de licences d'exportation d'armes. Aujourd'hui certains systèmes de licences d'exportation incorporent des dispositions en matière de droits de l'homme, mais aucun n'exige des exportateurs d'armes de prouver que des mesures de diligence raisonnable relative aux droit de l'homme sont mises en place. Avant l'entrée en vigueur du Traité, les Etats devraient prendre des mesures pour s'assurer que la diligence raisonnable relative aux droits de l'homme est incorporée dans les exigences imposées aux demandeurs d'une licence d'exportation d'armes.
* Apporter conseil et soutien aux entreprises impliquées dans des zones touchées par des conflits et des dictatures. Comme exposé ci-dessus, les Principes directeurs (Principe nº 7) et le rapport rattaché donnent aux Etats une échelle mobile de réponses face aux entreprises engagées dans les zones touchées par les conflits, de la coopération pour encourager les entreprises à faire les bons choix, au désengagement pour celles qui ne coopèrent pas. Les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que leurs politiques et leurs actions sont en conformité avec cette approche.
* Mettre à disposition des voies de recours judiciaires contre des entreprises qui commettraient ou contribueraient à commettre de graves violations des droits de l'homme. Par exemple, en novembre 2013 le ministère public suisse a confirmé avoir ouvert une enquête sur Argor-Heraeus SA à la suite d'une procédure pénale engagée par l'ONG TRIAL, qui soutenait que la société aurait eu connaissance du fait que l'or qu'elle avait utilisée en 2004 et 2005 avait été spoliée de la République démocratique du Congo (RDC) pendant un conflit armé. L'entreprise a fermement rejeté les allégations.
* Assurer la cohérence des approches entre Etats par le biais de la coordination des politiques internationales. Dans son document *Recommendations on Follow-Up to the Mandate* (recommandations pour le suivi du mandat), le professeur John Ruggie, Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, a établi que « les juridictions nationales ont des interprétations divergentes par rapport à l'applicabilité aux entreprises des normes internationales qui interdisent des violations caractérisées des droits de l'homme, qui pourraient éventuellement être considérées comme des crimes internationaux » et a suggéré que davantage de clarté serait de mise, peut-être par le biais d'un instrument international. Les Etats doivent lancer un dialogue multilatéral pour lever les barrières qui empêchent que justice soit faite aux victimes de violations graves des droits de l'homme.

##  Intégrer la diligence raisonnable dans les relations des Etats avec les entreprises

Le deuxième domaine qui semble un choix évident est celui où l'Etat est un acteur économique essentiel dans ses rapports avec les entreprises. Exiger un niveau minimum de mesures de diligence raisonnable aux entreprises qui voudraient établir des relations économiques avec l'Etat est un message puissant au marché, et contribue à améliorer les standards de responsabilité sociale des entreprises. Les Etats sont tenus de le faire en vertu des traités internationaux sur les droits de l'homme. Les Etats devraient exiger aux entreprises de mettre en œuvre des mesures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans le cadre de leur relation économique avec l'administration publique. Ceci s'applique aux entreprises publiques, aux fonds d'investissement (pensions), aux programmes d'aide publique au développement, au crédit à l'exportation et aux assurances, et aux marchés publics.

##  Consolider la portée de la diligence raisonnable

Les Etats doivent s'assurer de ne pas mettre en danger les normes sur la portée de la diligence raisonnable lorsqu'ils encouragent ou exigent une diligence raisonnable de la part des entreprises. La lettre et l'esprit des Principes directeurs et des instruments nationaux et internationaux fondés sur ceux-ci est d'éviter que des entreprises puissent échapper à leur responsabilité en sous-traitant les activités potentiellement nuisibles.

L'un des problèmes essentiels de la question de la responsabilité sociale des entreprises est que l'on puisse mettre en danger le respect de normes comme la protection de l'environnement ou des droits des travailleurs, par l'utilisation créative des relations économiques, la diversité des entités commerciales ou la division des groupes d'entreprises dans différentes juridictions. L'approche des Principes directeurs et des instruments y afférents est de définir la responsabilité des entreprises de façon à reconnaître les limites formelles d'une entité juridique établie en application du droit des sociétés dans la plupart des juridictions, en évitant que les entreprises ou leurs partenaires puissent choisir une structure d'organisation qui empêche d'aborder d'éventuelles violations.

L'analyse menée pour le rapport HRDD (2012) suggère que la diligence raisonnable est utilisée par différents régimes juridiques de façon similaire. La diligence raisonnable est utilisée par les juridictions nationales pour surmonter les obstacles posés par des structures complexes ou des activités dans plusieurs juridictions, qui s'opposent à une réglementation efficace. Dans les systèmes juridiques nationaux, la responsabilité des entreprises pour la mise en œuvre des mesures de diligence raisonnable ne s’arrête pas à la frontière légale de la société individuelle. La diligence raisonnable s'étend à tout le groupe, et dans certains cas globalement à toutes les relations commerciales. C'est notamment le cas pour les lois nationales et internationales de lutte contre la corruption (Royaume-Uni), sur la sécurité des travailleurs (Chine), sur les minerais du conflit (Etats-Unis), les lois anti-discrimination contre les personnes handicapées (Etats-Unis), et pour les procédures pénales (règlement Bruxelles I).

Le but de la diligence raisonnable est d'exiger des entreprises qu'elles identifient, évitent ou atténuent, et se rendent responsables, de tout dommage ou violation. La portée de la diligence raisonnable doit donc, en s'adressant globalement à tous les rapports commerciaux d'une entreprise, surmonter d'autres obstacles légaux tels que la réalité des entités juridiques différentes ou des juridictions différentes. La portée est donc souvent déterminée en priorité par la nature du tort à éviter.

##  Divulgation de la diligence raisonnable

Le quatrième et dernier domaine pour lequel une solution de politique publique s’avère nécessaire est la divulgation des mesures de diligence raisonnable de la part des entreprises. La diligence raisonnable pousse à rechercher les risques qu'une entreprise devrait éviter ; la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pousse à rechercher les risques de nuire aux personnes. Peu d'entreprises divulgueraient volontairement les informations qui identifient ces risques.

Les politiques et la législation doivent créer un environnement où les informations sur la diligence raisonnable — les risques et les mesures qui ont été prises —puissent être divulguées. Les normes RSE générales sur le reporting constituent des éléments de réponse, mais pour l'instant le niveau de divulgation des informations exigé n'est pas suffisant. Les processus multilatéraux peuvent y contribuer, mais la portée de leur contribution à rendre transparentes les mesures de diligence raisonnable dépend en partie de la nature du cadre juridique applicable à une entreprise ou protégeant un ensemble concret de droits. Il sera nécessaire de combiner des exigences de reporting et de divulgation d'informations, y compris des obligations contraignantes, dans la ligne droite des exigences concernant les minerais du conflit.