



global witness

Commentaire de Global Witness sur la règle de la SEC relative aux minerais du conflit 29 août 2012

Le 22 août, la *Securities and Exchange Commission* (SEC, l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers) s'est prononcée sur les règles relatives à la section 1502 du Dodd Frank Act – une disposition qui vise à empêcher que le commerce de minerais n'alimente la violence dans l'est de la République démocratique du Congo (RDC).

Global Witness salue la publication très attendue de ces règles mais constate avec regret que la SEC a cédé aux pressions de l'industrie et introduit une mesure provisoire qui autorise les entreprises à déclarer qu'elles ne savent pas d'où proviennent les produits qu'elles utilisent. Cette décision risque de retarder d'autant le moment où les entreprises devront assumer la responsabilité de l'impact de leurs achats sur la population congolaise. Cela fait plus d'une décennie que les entreprises ont connaissance des impacts ravageurs du commerce des minerais du conflit. L'idée d'une telle législation remonte à 2008 et le Dodd Frank Act a été adopté il y a plus de deux ans. Qui plus est, les règles ont été promulguées avec un retard de 16 mois par rapport à l'échéance fixée par la loi du fait des activités de lobby menées par les entreprises ainsi que de leurs menaces à peine déguisées de poursuivre la SEC en justice. Il est généralement reconnu que la situation dans l'est de la RDC nécessite que des mesures soient prises de toute urgence ; par conséquent, la décision de la SEC d'introduire une mesure susceptible d'entraîner un retard supplémentaire de deux ans est extrêmement mal avisée.

Les règles étant désormais publiées, les investisseurs, les consommateurs et le grand public s'attendent à ce que les entreprises américaines prennent des mesures opportunes et transparentes. Nonobstant la malencontreuse décision prise par la SEC, les entreprises doivent dorénavant appliquer la règle et veiller à ne pas financer les parties belligérantes en RDC. Les entreprises devraient immédiatement agir de la sorte, sans attendre encore deux à quatre années supplémentaires tel que la loi le permet.

Global Witness est en train d'évaluer toutes les implications de la règle. Les éléments qui suivent ne constituent pas une analyse exhaustive, mais plutôt un commentaire initial sur certaines des principales dispositions de la réglementation relatives à l'application de la loi par les entreprises.

Qui est concerné ?

La SEC a respecté l'objet de la loi en choisissant de ne pas inclure de catégorie *de minimis* dans la règle finale. Cela signifie que toutes les entreprises consommatrices de minerais couverts par la réglementation doivent impérativement appliquer la section 1502 quelle que soit la quantité de minerais qu'elles utilisent dans leurs produits. Les agents de l'organisme de réglementation ont également résisté aux pressions qui visaient à faire exempter les entreprises consommatrices d'or.

La définition que donne la SEC du terme « sous-traitance de la fabrication » pourrait dispenser certaines entreprises de signaler à la SEC si leurs produits contiennent des minerais du conflit. Cela pourrait s'appliquer à de grands détaillants du secteur de l'électronique, par exemple, qui vendent des produits manufacturés génériques sous leur propre marque. L'exemption de certains des plus gros détaillants du secteur de l'électronique du pays, qui ont un gros pouvoir d'achat et exercent un effet de levier important sur les fournisseurs, est une décision regrettable. Quelle que soit la teneur finale de la règle, tous les détaillants devraient soumettre leurs chaînes d'approvisionnement à des contrôles afin de s'assurer qu'ils ne financent pas le conflit en RDC, et faire savoir publiquement aux consommateurs les mesures qu'ils ont prises.

La règle finale exempt également l'industrie minière, alors que la place cruciale occupée par les sociétés minières au sommet de la chaîne d'approvisionnement les met en contact direct avec des groupes armés actifs dans des zones riches en minerais. Cette exemption est d'autant moins judicieuse que l'industrie minière mondiale a pour habitude de payer les groupes armés et les forces de sécurité et d'agir de connivence avec eux.

Comment les entreprises déterminent-elles le pays d'origine des minerais ?

La règle exige des entreprises consommatrices d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or qu'elles mènent une « enquête raisonnable sur le pays d'origine » afin d'établir si leurs minerais proviennent de la RDC ou de pays voisins. Il s'agit là d'une démarche essentielle pour identifier les entreprises qui seront par la suite tenues de mener un exercice de diligence raisonnable afin de savoir si leurs achats de minerais financent des groupes armés. Si elles ne sont pas obligées de rechercher le pays d'origine d'une manière crédible, certaines des entreprises tenues de remettre leurs déclarations à la SEC et dont les minerais *proviennent effectivement* de la RDC ou d'un pays voisin pourraient se dérober à l'obligation de procéder à un exercice de diligence raisonnable.

Global Witness a recommandé à la SEC de définir le concept d'enquête sur le pays d'origine et d'établir des points de référence clairs pour les entreprises, par exemple en exigeant de celles-ci qu'elles identifient et publient le nom de l'usine qui a transformé leurs minerais et qu'elles vérifient les documents afférents à la chaîne de traçabilité de ladite usine de transformation. Malheureusement, la règle finale ne précise pas la forme que doit revêtir cette enquête, si ce n'est qu'elle doit impérativement être conçue raisonnablement et menée en toute bonne foi. En outre, les entreprises qui remettent leurs déclarations à la SEC ne sont pas tenues de prendre en compte dans leur enquête tous leurs fournisseurs et tous les minerais qu'elles utilisent. De ce fait, certaines entreprises pourraient ne pas déclarer les fournisseurs qui s'approvisionnent bel et bien en RDC et dans les pays voisins.

Bien que la SEC ne fournisse pas de points de référence pour l'enquête, elle insiste sur le fait que les entreprises doivent impérativement tenir compte des « drapeaux rouges » susceptibles d'indiquer que les produits proviennent de la RDC ou de pays voisins. La règle « ne permet pas à une entreprise d'ignorer ou de fermer délibérément les yeux sur les signaux d'alerte ou d'autres circonstances » (p. 153). La SEC attend également des entreprises qu'elles publient leur politique relative à l'approvisionnement en minerais du conflit dans le cadre de leur enquête sur le pays d'origine.

Surtout, les entreprises doivent divulguer publiquement les conclusions auxquelles elles sont parvenues concernant le pays d'origine et décrire l'enquête qu'elles ont menée. La règle demande en quelque sorte aux entreprises qui ont déclaré que leurs minerais ne proviennent pas de la RDC de décrire clairement leur raisonnement dans le Rapport de Divulgaration sur les minerais du conflit afin que les parties intéressées puissent « évaluer

le degré de soin déployé par l'entreprise pour parvenir à une conclusion négative » (p. 163).

Quelle norme de diligence raisonnable la règle exige-t-elle ?

Les entreprises qui se rendent compte que leurs produits contiennent des minerais provenant de la RDC et de pays voisins doivent soumettre leurs chaînes d'approvisionnement à un exercice de diligence raisonnable. Il est important de noter que le devoir de diligence ne concerne pas uniquement les entreprises qui sont certaines de l'origine de leurs minerais – il s'applique en effet également à celles qui ont des raisons de penser que leurs chaînes d'approvisionnement pourraient inclure ce type de minerais.

Global Witness et de nombreux autres commentateurs ont exhorté la SEC à faire du *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque* la norme que les entreprises se doivent de respecter. Ce Guide OCDE a été avalisé par un large groupe d'entreprises, de gouvernements et d'ONG, et le gouvernement congolais a fait de son application une obligation juridique nationale. Malheureusement, la SEC a décidé de ne pas intégrer de manière explicite le cadre en cinq étapes de l'OCDE, et la règle indique simplement que l'exercice de diligence raisonnable des entreprises devrait se conformer à un cadre de diligence raisonnable reconnu à l'échelle nationale ou internationale.

La SEC a toutefois fait savoir sans équivoque que le Guide OCDE constitue à l'heure actuelle la seule norme de ce type dont disposent les entreprises. Elle indique : « [Le Guide sur le devoir de diligence de] l'OCDE satisfait à nos critères et peut servir de cadre dans le but de satisfaire à l'exigence de la règle finale selon laquelle une entreprise doit faire preuve de diligence raisonnable » (p. 206). Les entreprises qui divulguent leurs chiffres aux États-Unis et qui n'observent pas la norme de diligence raisonnable établie par l'OCDE auront du mal à démontrer aux investisseurs, aux consommateurs et au public en général qu'elles se conforment réellement à la loi et qu'elles n'alimentent pas la violence armée dans l'est de la RDC.

Comment les entreprises sont-elles tenues de décrire leurs produits ?

La section 1502 exige des entreprises qu'elles donnent à leurs produits l'appellation « libres de conflit en RDC » ou « pas libres de conflit en RDC » une fois qu'elles ont mené leur enquête sur le pays d'origine et procédé à un exercice de diligence raisonnable. La SEC a cédé aux exigences de l'industrie sur un point critique en permettant aux entreprises de qualifier l'origine de leurs produits d'« indéterminable » pour une période de deux ans – ou quatre ans pour les petites entreprises. Cette décision risque de retarder l'application d'une loi dont l'objectif est de répondre à une situation humanitaire extrêmement pressante et dont le besoin se fait sentir depuis de nombreuses années. La SEC affirme qu'en créant cette catégorie, elle cherche à donner plus de temps aux entreprises pour établir des mécanismes de diligence raisonnable. En réalité, les entreprises ont déjà eu plus de deux ans depuis l'adoption de la loi pour mettre en place des mesures de diligence raisonnable au sein de leurs chaînes d'approvisionnement. C'est un peu comme si la SEC voulait inciter les entreprises à invoquer l'ignorance pendant deux années supplémentaires.

Les entreprises qui choisissent de se rabattre sur la désignation « indéterminable » sont tenues de mener un exercice de diligence raisonnable et d'en rendre compte publiquement dans le Rapport sur les minerais du conflit qu'elles remettent à la SEC. Elles doivent également décrire ce qu'elles ont fait pour réduire le risque de financement

du conflit dans l'est de la RDC et les mesures qu'elles ont prises pour améliorer leur diligence raisonnable.

L'utilisation de la description « indéterminable » a beau être acceptable aux yeux de la loi, les entreprises auraient intérêt à réfléchir à son impact sur leur marque et leur réputation. Les entreprises qui recourent à cette catégorie sont susceptibles de faire l'objet d'un examen attentif particulier de la part des journalistes, des ONG et des autres acteurs chargés de surveiller le commerce des minerais du conflit dans la région des Grands Lacs.

Quels points les vérificateurs doivent-ils prendre en considération ?

La loi exige des entreprises qu'elles fassent contrôler leur Rapport sur les minerais du conflit par un vérificateur indépendant issu du secteur privé. La règle finale décrit l'objectif de cet audit et les points que celui-ci doit couvrir. Les vérificateurs se doivent de contrôler la conformité des mesures de diligence raisonnable de l'entreprise par rapport aux critères formulés dans le cadre de diligence raisonnable reconnu à l'échelle nationale ou internationale qui a été adopté. Les vérificateurs doivent également s'assurer que la description que donne l'entreprise de ses mesures de diligence raisonnable est conforme au processus qu'elle a mis en place.

Le fait que la règle finale exempte les entreprises qui qualifient l'origine de leurs produits d'« indéterminable » de l'obligation de procéder à un audit constitue une erreur d'appréciation de la part de la SEC. Un audit conçu pour évaluer les mesures de diligence raisonnable de l'entreprise par rapport à des normes internationales représente en effet une excellente opportunité d'amélioration et pourrait aider les entreprises à déterminer plus rapidement l'origine précise de leurs produits.