



Assemblée générale

Distr. générale
30 avril 2012
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones

Cinquième session

9-13 juillet 2012

Point 4 de l'ordre du jour provisoire

Suivi des études et avis thématiques

Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives

Résumé

Dans le présent rapport de suivi, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones examine la question des peuples autochtones et du droit de participer à la prise de décisions, en mettant l'accent sur les industries extractives. Il fait notamment fond sur les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme approuvés par le Conseil des droits de l'homme, les dispositions pertinentes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et des considérations d'ordre politique. L'avis n° 4 fournit aux États, aux industries extractives et aux peuples autochtones des orientations relatives à la participation des peuples autochtones à la prise de décisions.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1-7	3
A. Mandat donné pour l'élaboration du rapport.....	2-3	3
B. Coordination avec le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et l'Instance permanente sur les questions autochtones.....	4-6	3
C. Travaux en cours sur la relation entre les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les droits des peuples autochtones	7	4
II. Cadre juridique et politique international.....	8-43	4
A. Le droit	8-28	4
B. Politique.....	29-43	11
III. Conclusion	44-45	13
Annexe		
Avis n° 4 (2012): Les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives		15

I. Introduction

1. Le présent rapport de suivi vise à améliorer l'aptitude des États, des peuples autochtones et des autres parties prenantes, notamment les entreprises, à donner effet au droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions, en particulier en ce qui concerne les industries extractives. Il s'appuie sur l'étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions (A/HRC/18/42). Il expose les dispositions applicables du droit international des droits de l'homme, notamment de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹, et les politiques en la matière.

A. Mandat donné pour l'élaboration du rapport

2. Dans son rapport sur sa quatrième session, le Mécanisme d'experts a proposé que le Conseil des droits de l'homme lui donne instruction «de poursuivre ses travaux sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions en mettant l'accent sur les industries extractives, en concertation avec les travaux thématiques du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, et de partager connaissances et bonnes pratiques avec le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises» (A/HRC/18/43, p. 3 et 4)².

3. Dans sa résolution 18/8, le Conseil des droits de l'homme s'est félicité de ce que le Mécanisme d'experts ait achevé son rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions et ait inclus dans ce rapport des exemples de bonnes pratiques à différents niveaux de la prise de décisions, y compris des exemples liés aux activités des industries extractives, et il a prié le Mécanisme d'experts de continuer de faire fond sur ses études précédentes, y compris son étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions.

B. Coordination avec le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et l'Instance permanente sur les questions autochtones

4. Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones est actuellement en train d'effectuer un travail thématique sur les industries extractives opérant en territoire autochtone ou à proximité (voir A/HRC/18/35). L'Instance permanente sur les questions autochtones a engagé des activités de fond sur les peuples autochtones et l'impact sur ceux-ci des industries extractives³.

¹ Ceci est particulièrement opportun puisque la Déclaration jouit aujourd'hui d'un appui quasi universel.

² Ce sont des observateurs, notamment des représentants d'organisations de peuples autochtones, qui ont demandé à la quatrième session du Mécanisme d'experts que l'accent soit mis sur les industries extractives.

³ Ces activités comprennent la réunion du groupe d'experts internationaux sur le thème «Les peuples autochtones et les forêts» (voir le rapport y relatif, E/C.19/2011/5); la réunion du groupe d'experts internationaux sur le thème «Les peuples autochtones: développement, culture et identité: les articles 3 et 32 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones» (E.C.19/2010/14); l'atelier du groupe d'experts internationaux sur le thème «Les droits des peuples autochtones, la responsabilité des entreprises et les industries extractives» (E/C.19/2009/CRP.8); et l'atelier international sur le thème «Le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones» (E/C.19/2005/3).

5. Dans sa résolution 18/8, le Conseil des droits de l'homme s'est aussi félicité de la coordination et de la concertation entre le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones⁴, l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts, et a demandé la poursuite de cette coordination. Dans cet esprit, le présent rapport de suivi a été établi après avoir consulté les travaux du Rapporteur spécial et de l'Instance permanente.

6. De plus, le Mécanisme d'experts, l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones ont eu des discussions sur les peuples autochtones et les industries extractives, notamment dans le cadre de réunions tenues lors de la quatrième session du Mécanisme d'experts et de leur réunion annuelle de coordination. Le sujet a en outre été examiné dans le cadre du dialogue interactif qui a eu lieu à la dix-huitième session du Conseil des droits de l'homme entre ce dernier, le Rapporteur spécial et le Mécanisme d'experts. Enfin, le Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme a été consulté.

C. Travaux en cours sur la relation entre les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les droits des peuples autochtones

7. Le Mécanisme d'experts invitera le Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et l'Instance permanente sur les questions autochtones à travailler avec lui sur la relation entre les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les droits des peuples autochtones.

II. Cadre juridique et politique international

A. Le droit

1. La souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

8. Le droit de participer est indissociable des autres droits des peuples autochtones, comme leur droit à l'autodétermination et leurs droits à leurs terres, territoires et ressources (A/HRC/18/42). Ainsi, bien que le droit de participer soit le sujet principal du présent rapport, il doit être envisagé de manière holiste et compris comme un tout cohérent à la lumière des droits des peuples autochtones relatifs aux industries extractives en général.

9. En tant que droit fondamental et inhérent, c'est lorsqu'il est exercé par les peuples autochtones en relation avec leurs terres, territoires et ressources, en particulier face aux industries extractives, que le droit à l'autodétermination revêt son expression la plus exemplaire et sa pleine signification. En application des articles 1^{er} et 3 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ceux-ci ont le droit de jouir pleinement de l'article premier commun au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui dispose notamment:

⁴ L'étude du Rapporteur spécial porte sur un large éventail de sujets et de droits, et pas seulement sur le droit de participer à la prise de décisions, et est également plus empirique dans son orientation, le Rapporteur spécial ayant aussi pour mandat d'effectuer des visites de pays et de répondre aux communications.

a) Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils ... *assurent librement leur développement économique*;

b) Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent *disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles ... En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance*;

c) *Les États parties au présent Pacte ... sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* [les italiques sont de nous].

10. Le Comité des droits de l'homme a demandé aux États d'agir conformément au paragraphe 2 de l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, soulignant, en ce qui concerne les peuples autochtones, que «le droit à l'autodétermination implique notamment que tous les peuples doivent pouvoir disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles et qu'ils ne peuvent être privés de leurs propres moyens de subsistance»⁵.

11. Si seul le paragraphe 1 de l'article premier commun aux Pactes figure à l'article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la teneur des paragraphes 2 et 3 de cet article figure dans les articles 23 et 32 de la Déclaration. De plus, l'article 3 doit être lu avec un groupe d'articles de la Déclaration (les articles 10, 11, 12, 20 et 25 à 31), qui ont d'une manière générale trait aux terres, territoires et ressources. Il doit aussi être lu à la lumière des articles concernant les industries extractives, notamment les articles 26, 28 et, en particulier, l'article 32. Ce dernier garantit une protection analogue à celle prévue aux paragraphes 2 et 3 de l'article premier commun, en ce qu'il dispose qu'avant l'approbation de tout projet de mise en valeur par des entreprises privées des terres, territoires et ressources des peuples autochtones, le consentement de ceux-ci, donné librement et en connaissance de cause, doit être obtenu.

12. De surcroît, aux fins du développement des industries extractives, il faut tenir compte des traités et des principes conventionnels, comme le stipulent tant la Déclaration sur le droit au développement que les alinéas 7, 8, 14 et 15 du préambule et les articles 3, 32 et 37 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, comme l'a souligné l'Instance permanente sur les questions autochtones dans son rapport sur les travaux de sa neuvième session (E/2010/43-E/C.19/2010/15, par. 7).

13. À cet égard, le principe du droit des peuples autochtones à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles est bien établi en droit international. Il repose notamment sur le paragraphe 2 de l'article premier commun aux deux Pactes internationaux et sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Le principe de la souveraineté permanente fait partie intégrante du droit à l'autodétermination des peuples autochtones; en prenant acte, la Rapporteuse spéciale chargée de réaliser une étude sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles a noté que «le droit à l'autodétermination englobe désormais toute une gamme de possibilités, qu'il s'agisse du droit de participer à la conduite de l'État aussi bien que du droit à diverses formes d'autonomie ou d'autogouvernement. Logiquement, cette conception moderne de l'autodétermination n'a de sens que si elle implique le droit fondamental à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles» (E/CN.4/Sub.2/2004/30, par. 17).

14. La reconnaissance de la souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs terres, territoires et ressources est une condition préalable à «l'autodétermination politique et économique des peuples autochtones» (ibid., par. 8).

⁵ Voir, par exemple, les conclusions du Comité sur le quatrième rapport périodique du Canada (CCPR/C/79/Add.105), par. 8.

2. Développement durable et responsabilité et droits environnementaux

15. Au niveau mondial, l'expansion des industries extractives préoccupe fondamentalement les peuples autochtones non seulement parce qu'elle les dépossède de leurs terres, territoires et ressources mais aussi parce qu'elle aboutit à un développement qui n'est pas durable et à une dégradation de l'environnement. Elle va ainsi à l'encontre des modèles traditionnels de développement des peuples autochtones, et tient au fait que les droits de l'homme des peuples autochtones ne sont pas suffisamment reconnus⁶.

16. Le lien entre les droits des peuples autochtones à la culture et à des modèles de développement durable a été souligné comme suit par le Comité des droits de l'homme en relation avec l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques:

«La culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi. L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant.»⁷.

17. L'Instance permanente sur les questions autochtones a également établi que les violations des droits culturels et conventionnels compromettaient le développement durable, en particulier les politiques et programmes qui ne tiennent pas compte de l'intégrité culturelle, des relations fondées sur les traités et des droits des peuples autochtones et qui ont donc eu un effet négatif sur leur vie et leurs moyens d'existence⁸. Elle propose, pour rendre le développement viable, plusieurs solutions susceptibles d'encadrer l'action des peuples autochtones, des États et des industries extractives. Elle préconise notamment de promouvoir l'autodétermination par le biais d'activités économiques collectives, de maintenir l'intégrité de la gouvernance autochtone, de mettre en œuvre des modèles de développement propres à améliorer la qualité de la vie, d'améliorer l'harmonie avec la Terre nourricière, de promouvoir les pratiques spirituelles et de renforcer les institutions de formation des savoirs autochtones (E/C.19/2010/14, par. 28).

⁶ On peut lire dans *La situation des peuples autochtones dans le monde* (publication des Nations Unies, numéro de vente: 09.VI.13):

Dans de nombreuses régions, «l'inadéquation des cadres juridiques a entraîné un bouleversement des régimes traditionnels de propriété foncière et d'utilisation des sols, une fragmentation et une perte des terres traditionnelles, des modifications des schémas d'établissement, la privatisation des terres communales, une dégradation des terres et des ressources, l'absence de reconnaissance des droits territoriaux, une allocation foncière insuffisante et inéquitable, l'absence de mécanisme efficace de règlement des conflits, l'inefficacité des registres cadastraux et des procédures complexes de démarcation des terres et d'établissement des titres de propriété. Ces facteurs ont provoqué des tensions au niveau local quant à l'occupation des terres et l'absence d'accès à des terres productives, ce qui a eu un impact sur la stabilité économique et socioculturelle des peuples autochtones et de leurs communautés» (p. 87).

...

Les peuples autochtones ont le sentiment que de nombreuses politiques de développement visent directement ou indirectement à affaiblir ou éliminer leurs modes traditionnels de production (p. 88).

⁷ Communication n° 1457/2006, *Poma Poma c. Pérou*, constatations adoptées le 27 mars 2009, par. 7.2.

⁸ E/C.19/2010/14, par. 23.

18. La promotion des droits et principes conventionnels conformément aux articles 3, 32 et 37 et aux alinéas 7, 8, 14 et 15 du préambule de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et à la Déclaration sur le droit au développement (E/2010/43-E/C.19/2010/15, par. 7) sert également la promotion du développement des peuples autochtones dans le respect de leur culture et de leur identité.

19. Les peuples autochtones ont adopté solennellement plusieurs déclarations intéressant le développement⁹. Toutes ces déclarations visent à l'équilibre et à l'harmonie et méritent d'être mises en œuvre avec une attention particulière. Par exemple, la Déclaration de Manille¹⁰ stipule:

«Notre diversité culturelle a aussi violemment souffert en raison de la destruction par les industries extractives de la diversité biologique et des terres, territoires et ressources sur lesquels nos cultures sont fondées. Cette érosion de notre diversité culturelle résulte également de l'imposition de systèmes coloniaux et de l'établissement de peuples non autochtones sur nos territoires. Les entreprises viennent chez nous en nous promettant le «développement» par la création d'emplois, la construction d'infrastructures et les recettes fiscales. En dépit de ces promesses, ceux qui vivent près des projets des industries extractives demeurent dans une situation de cruelle pauvreté. Cette situation alimente des conflits entre les peuples autochtones et l'État et les industries extractives, et provoque des divisions au sein des communautés autochtones elles-mêmes.»

20. Une autre préoccupation critique en matière de droits culturels tient à la nécessité de protéger les sites sacrés dans le cadre du développement des industries extractives, comme l'a noté dans son rapport le groupe d'experts internationaux sur les industries extractives, les droits des peuples autochtones et la responsabilité sociale des entreprises:

La destruction des sites sacrés et des lieux spirituellement et culturellement importants pour les peuples autochtones par les industries extractives doit cesser. Les États parties à la Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel doivent se pencher sur la nécessité urgente d'une reconnaissance réelle des droits religieux, culturels et spirituels des autochtones, notamment leurs sites sacrés dans le contexte des projets des industries extractives¹¹.

3. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en ce qu'ils concernent les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives

21. Les normes internationales sur les rôles et responsabilités respectifs des États et des entreprises en ce qui concerne l'impact de leurs activités commerciales et industrielles sur les droits de l'homme, qui sont aussi applicables aux situations auxquelles des peuples autochtones sont souvent confrontés dans le contexte des opérations des industries extractives, ont été explicitées ces dernières années. Dans sa résolution 17/4, le Conseil des droits de l'homme a adopté à l'unanimité les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «Protéger, respecter et

⁹ Voir, par exemple, le *Cochabamba Peoples' Agreement* et la Déclaration universelle des droits de la Terre nourricière, ainsi que la Déclaration de Bemidji sur la protection de la septième génération et le principe de précaution.

¹⁰ Adoptée lors de la Conférence internationale sur les industries extractives et les peuples autochtones, tenue à Manille du 23 au 25 mars 2009. Pour un exemple de la manière de respecter les pratiques culturelles et les savoirs traditionnels des peuples autochtones, voir Agence canadienne de développement international, *Local and Indigenous Traditional Knowledge: Engagement and Use for Sustainable Development* (2010).

¹¹ E/C.19/2009/CRP.8, par. 42.

réparer» des Nations Unies (A/HRC/17/31, annexe). Ainsi, les Principes directeurs sont désormais des normes qui font autorité au plan mondial s'agissant de remédier aux atteintes aux droits de l'homme pouvant résulter des activités des entreprises.

22. Le cadre de référence repose sur trois piliers principaux: a) l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, notamment des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés; b) la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, autrement dit de faire preuve de la diligence voulue pour éviter de porter atteinte aux droits d'autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part; et c) ouvrir aux victimes de violations des droits de l'homme du fait des entreprises un plus large accès à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires (A/HRC/17/31, par. 6).

23. Les Principes directeurs s'appliquent à tous les États et toutes les entreprises dans le cadre de toutes les opérations qu'ils effectuent, notamment dans des situations où leurs activités affectent des peuples autochtones. Certains États et entreprises commencent à prendre des mesures pour mettre les Principes directeurs en œuvre. Néanmoins, la définition d'orientations aux fins de cette mise en œuvre et l'évaluation de celle-ci dans des contextes spécifiques n'en sont qu'à un stade préliminaire¹².

24. Il importe que tous les États et toutes les entreprises appliquent tous les Principes directeurs spécifiquement aux peuples autochtones «de manière non discriminatoire» (A/HRC/17/31, annexe, p. 6).

25. On trouvera ci-après des réflexions initiales sur la manière dont certains aspects des Principes directeurs peuvent être en rapport avec l'exercice du droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions en ce qui concerne les industries extractives¹³. La liste d'éléments n'est pas exhaustive, et leur explicitation comme celle de questions connexes constitue un projet à long terme qui doit être mené en collaboration avec d'autres.

26. En ce qui concerne le premier pilier des Principes directeurs, l'obligation de l'État de protéger lorsque des tiers portent atteinte aux droits de l'homme, les points ci-après peuvent être particulièrement pertinents s'agissant des activités des entreprises affectant les peuples autochtones:

a) Les États peuvent violer leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme lorsque des violations commises par des acteurs privés peuvent leur être attribuées, ou lorsqu'ils ne prennent pas de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes et, lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs et les réparer. Dans l'exécution de l'obligation de protéger en ce qui concerne les activités industrielles et commerciales ayant ou pouvant avoir un impact sur la situation des peuples autochtones, les mesures prises par les États doivent être conformes aux règles de droit, normes et principes internationaux concernant les peuples autochtones, par exemple la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention n° 169 (1989) de l'Organisation internationale du Travail (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants;

b) L'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme des peuples autochtones dans le contexte des activités industrielles et commerciales s'applique aussi à l'octroi de licences et permis d'exploitation concernant les terres, territoires et ressources

¹² Dans sa résolution 17/4, le Conseil des droits de l'homme a également décidé de créer le Groupe de travail sur la question des entreprises et des droits de l'homme, qui est notamment chargé de promouvoir la diffusion et l'application efficaces et globales des Principes directeurs.

¹³ Pour une analyse complète, voir le document de séance du Mécanisme d'experts qui sera distribué lors de la cinquième session.

des peuples autochtones. Comme le prévoient les normes applicables relatives aux droits propres aux peuples autochtones, l'État doit tenir compte de la pleine participation des peuples autochtones à tous les stades de la prise de décisions dans le cadre de ces processus;

c) L'obligation de l'État de protéger implique qu'il adopte des lois obligeant les entreprises à respecter les droits de l'homme et veille à ce que les autres lois et politiques relatives aux activités industrielles et commerciales n'entravent pas le respect des droits de l'homme par les entreprises mais le facilitent, notamment s'agissant des peuples autochtones. Elle oblige également l'État à donner des indications efficaces aux entreprises, y compris aux entreprises publiques, quant à la manière de respecter les droits de l'homme dans le cadre de leurs opérations, en particulier dans les zones touchées par un conflit;

d) Dans le cadre de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme, les États sont tenus d'instituer des cadres juridiques et politiques permettant de surveiller l'application et d'assurer le respect des lois, normes et principes internationaux pertinents, y compris le droit des peuples autochtones de donner librement et en connaissance de cause leur consentement préalable. Les ministères expressément chargés des affaires autochtones devraient obligatoirement fournir des informations, une formation et un appui.

27. S'agissant du deuxième pilier des Principes directeurs, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, les points ci-après peuvent être pertinents s'agissant des activités des entreprises affectant les peuples autochtones:

a) La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent; et qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part en raison de leurs relations commerciales;

b) La responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme s'applique à toutes les entreprises, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur cadre de fonctionnement, de leur régime de propriété et de leur structure;

c) La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme concerne les droits de l'homme reconnus au plan international y compris, s'agissant des peuples autochtones, la Convention n° 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones;

d) Afin de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, les entreprises doivent avoir en place des politiques et des procédures appropriées et effectives. Ceci implique un engagement de principe de respecter les droits de l'homme: l'exercice d'une diligence raisonnable pour identifier les incidences négatives de leurs activités sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient; et des processus leur permettant de réparer les atteintes aux droits de l'homme qu'elles commettent ou auxquelles elles contribuent. S'agissant des opérations touchant les terres, territoires et ressources des peuples autochtones, l'exercice de cette diligence doit accorder une attention particulière aux risques auxquels les peuples autochtones sont exposés, en tenant compte de l'aspect sexospécifique de ces risques. L'exercice de cette diligence devrait aussi inclure une participation effective des peuples autochtones lorsque leurs droits de l'homme risquent d'être affectés. Il faut pour cela tenir compte des obstacles linguistiques et autres obstacles pouvant entraver une telle participation. Toute société qui a des activités dans des zones où vivent des peuples autochtones devrait élaborer une politique régissant ses relations avec ces peuples, de même que toute société utilisant le patrimoine culturel de ces peuples.

L'exercice d'une diligence raisonnable devrait tenir compte du droit des peuples autochtones d'exprimer librement et en connaissance de cause leur consentement préalable;

e) Pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information en externe, en particulier lorsque des préoccupations sont exprimées par les peuples autochtones ou en leur nom. Si les droits de l'homme risquent d'être affectés, elles devraient indiquer formellement comment elles entendent faire face à ces risques. Outre qu'elles devraient envisager de communiquer des informations pertinentes dans le cadre de rapports officiels, les entreprises devraient aussi tenir compte de la situation des acteurs affectés, la communication pouvant également prendre la forme de réunions et de consultations avec ceux-ci;

f) Lorsque les entreprises constatent qu'elles ont causé ou contribué à causer un préjudice aux peuples autochtones, elles devraient le réparer ou coopérer à sa réparation au moyen de processus légitimes. Des critères concernant les mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ou local ont été élaborés, dont certains sont particulièrement pertinents s'agissant des peuples autochtones, par exemple assurer l'accès, fournir une assistance adéquate à ceux qui peuvent être confrontés à des obstacles particuliers, et garantir l'équité, en faisant en sorte que les parties lésées aient accès aux sources d'information, aux conseils et aux compétences nécessaires à la mise en œuvre d'une procédure de réclamation dans des conditions équitables, avisées et conformes. Les processus permettant aux entreprises de remédier aux préjudices qu'elles causent aux peuples autochtones doivent aussi s'appuyer sur les normes internationales pertinentes, en particulier des articles 1^{er}, 27, 28, 32 et 40 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones et les articles 3, 5, 8, 9, paragraphe 2, 10, paragraphe 1, 11, 12, 13 et 15 de la Convention n° 169 de l'OIT.

28. En ce qui concerne le troisième pilier des Principes directeurs, l'accès à des recours, les points ci-après peuvent être particulièrement pertinents s'agissant des peuples autochtones:

a) Dans le cadre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises, les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent, les parties touchées ont accès à des recours;

b) Il convient, pour déterminer si les peuples autochtones ont un accès approprié à des recours, de tenir compte des articles 27, 28, 32 et 40 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones;

c) Le fait que les autochtones n'aient pas accès à des mécanismes judiciaires effectifs est un obstacle critique en la matière. Pour le surmonter, une attention particulière doit être accordée aux droits et besoins des peuples autochtones à chaque étape du processus: accès, procédures et résultats;

d) Les mécanismes de recours peuvent être fondés sur la médiation, et ils doivent être culturellement adaptés et reposer sur les droits. Lorsque les peuples autochtones concernés le demandent, il convient de tenir compte, lors de la mise en place des mécanismes de recours, des mécanismes autochtones traditionnels, tels que les cercles de justice et les modèles de justice réparatrice faisant intervenir les anciens et autres dépositaires des savoirs traditionnels;

e) Des mesures particulières devraient être prises pour éliminer les obstacles à l'accès des peuples autochtones aux mécanismes de recours, y compris les obstacles tenant à l'ignorance de l'existence de ces mécanismes, à la langue, à l'analphabétisme, au coût, à la localisation géographique et à la peur des représailles.

B. Politique

1. Fondement

29. L'importance de la participation des peuples autochtones à la prise des décisions en ce qui concerne les activités d'extraction ne procède pas seulement des droits de l'homme et du pragmatisme. Elle découle également d'une compréhension historique de l'oppression et de la colonisation dont ont été victimes les peuples autochtones, y compris, dans de nombreux cas, une assimilation forcée, la confiscation de leurs terres, territoires et ressources, une profonde discrimination et un assujettissement politique illégitime, souvent par la force. Le risque que les activités extractives continuent d'aggraver ces désavantages historiques est bien réel étant donné le déséquilibre des pouvoirs, souvent très importants, par exemple en matière de ressources financières, comme l'a montré l'expérience parfois négative des peuples autochtones face aux activités extractives. Les risques associés à ces activités lorsqu'elles sont menées en territoire autochtone ou à proximité sont aggravés par la marginalisation continue des peuples autochtones dans de nombreux États.

30. La nécessité d'éliminer les obstacles au droit des peuples autochtones de participer pleinement au développement des industries extractives sur leurs terres, territoires et ressources demeure pressante, comme souligné dans l'avis n° 2 (A/HRC/18/42, annexe).

a) *Urgence et importance des problèmes*

31. Comme l'a noté le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, sur la base des communications qu'il a reçues et des visites de pays qu'il a effectuées, les industries extractives qui opèrent en territoire autochtone ou à proximité peuvent avoir un impact négatif, «voire catastrophique» sur les droits des peuples autochtones¹⁴. Il a aussi noté que «l'exécution de projets d'extraction de ressources naturelles et autres projets de développement en territoire autochtone ou à proximité était désormais au premier rang des préoccupations des peuples autochtones de par le monde et était peut-être aussi la cause la plus fréquente d'obstacles à la pleine réalisation de leurs droits» (A/HRC/18/35, par. 57).

b) *Certitude nécessaire quant à la propriété des ressources naturelles*

32. Souvent, les États et les entreprises privées signalent une absence de certitude dans les politiques et la législation quant aux droits des peuples autochtones dans le contexte des industries extractives. La question de la propriété des ressources naturelles est au cœur de cette incertitude; souvent, les États affirment que ces ressources «appartiennent à l'État» sans tenir compte des droits des peuples autochtones, ce qui les amène à déposséder ceux-ci de leurs terres, territoires et ressources¹⁵.

33. Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a «relevé d'importantes lacunes dans la législation et les politiques et une absence de cohérence dans les normes relatives aux industries extractives dans les pays de toutes les régions»¹⁶. De plus, de nombreuses entreprises privées qui ont répondu au questionnaire qu'il leur a adressé dans le cadre de son étude des industries extractives se sont déclarées préoccupées par «les importantes incertitudes entourant les procédures de consultation. Un examen des réponses des entreprises donne à penser que des questions demeurent concernant la portée et les implications des consultations, ainsi que les circonstances spécifiques pouvant entraîner

¹⁴ Voir la déclaration du Rapporteur spécial devant la Troisième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale (17 octobre 2011). Disponible à l'adresse <http://unsr.jamesanaya.org/statements/statement-of-special-rapporteur-to-un-general-assembly-2011>.

¹⁵ Voir E/CN.4/Sub.2/2004/30 et E/C.19/2009/CRP.8.

¹⁶ Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, déclaration (note 14 ci-dessus).

l'obligation de procéder à des consultations. Pour les gouvernements et les entreprises, des incertitudes demeurent également quant à l'identification des communautés avec lesquelles il était nécessaire d'engager des consultations, en particulier dans les cas de communautés autochtones dont les terres n'ont pas été clairement délimitées par l'État ou au sein desquelles cohabitent des autochtones et des non-autochtones» (A/HRC/18/35, par. 45). En outre, l'incertitude de la réglementation peut être coûteuse (ibid., par. 48).

34. Le Rapporteur spécial a aussi noté que divers acteurs étaient aussi dans l'incertitude quant au contenu et à la portée du droit de participer à la prise des décisions et au contenu précis du principe du consentement préalable, exprimé librement et en connaissance de cause. Il déclare que «des vues mal définies ou divergentes persistent quant à la portée et à la teneur des droits des peuples autochtones, ainsi que quant au degré et à la nature de la responsabilité de l'État de veiller à la protection de ces droits dans le contexte des activités minières» (ibid., par. 60).

35. Outre l'absence de clarté, le non-respect du droit des peuples autochtones de participer à la prise des décisions semble tenir autant à une absence de volonté politique qu'à une incertitude quant aux mesures concrètes à prendre pour assurer le respect des droits des peuples autochtones.

c) *Droits procéduraux et droits substantiels*

36. On a fait valoir que les droits procéduraux des peuples autochtones ne devraient pas primer leurs droits substantiels (E/C.19/2011/5, par. 18 et 36) s'agissant de leur droit de participer à la prise des décisions. Ce droit, en ce qui concerne les industries extractives qui les affectent, ne doit pas être entendu comme se substituant à leurs droits substantiels sur leurs terres, territoires et ressources ni comme assimilables à ceux-ci. Les droits procéduraux (par exemple en matière de consultation) ont en effet pour objet de promouvoir les droits substantiels (par exemple le droit à l'autodétermination et les droits relatifs aux terres, territoires et ressources). À cet égard, on a relevé que trop d'attention avait été accordée à l'aspect procédural (A/HRC/18/43, par. 31).

d) *Les femmes et les filles autochtones et le droit de participer à la prise des décisions dans le contexte des industries extractives*

37. Ainsi que l'a relevé un groupe d'experts internationaux qui s'est réuni récemment sur le thème de la violence envers les femmes et les filles autochtones: article 22 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la question des femmes autochtones et du droit de participer à la prise des décisions dans le domaine des industries extractives soulève plusieurs questions particulières. Les participants à la réunion ont fait observer que la violence exercée contre les femmes et les filles autochtones par des acteurs gouvernementaux ou non gouvernementaux ainsi que par des entreprises du domaine public englobe «la militarisation et les activités que mènent les multinationales et les industries d'extraction en toute impunité sur les territoires des peuples autochtones. Ces acteurs et leurs activités font du tort aux femmes et aux filles autochtones, les exposant à des agressions sexuelles, à l'exploitation sexuelle, à la prostitution, à la servitude pour dette, à l'exploitation des travailleuses migrantes sous contrat à l'étranger, au déplacement à l'intérieur de leur propre pays, et à la violence environnementale» (E/C.19/2012/6, par. 21). De plus, le développement sauvage des industries extractives peut avoir des conséquences écologiques, économiques et spirituelles pour les femmes autochtones, traditionnellement chargées d'assurer la préservation de l'environnement (ibid., par. 27). Ces conséquences et formes de violence dont sont victimes les femmes et les filles autochtones doivent être éliminées par la compréhension du caractère structurel de la violence contre les femmes autochtones, en assurant la pleine participation de ces femmes à tous les aspects de la prise des décisions et par la prise en considération de ce problème par

les communautés autochtones comme faisant partie intégrante de l'autodétermination (E/C.19/2012/6, par. 46 et 50).

2. Exemples actuels

Partenariat

38. Les industries extractives opérant en territoire autochtone ou à proximité auraient tout avantage à gagner la confiance des peuples autochtones et à travailler en partenariat avec eux.

39. Lorsque des États ou des entreprises ont consulté les peuples autochtones, les résultats des consultations doivent être pris en considération¹⁷.

40. Les domaines ci-après sont parmi ceux dans lesquels le droit de participer doit être appliqué: a) pétrole et gaz; b) sylviculture; c) mise en valeur des ressources hydrauliques; d) activités minières; e) autres formes de développement énergétique (par exemple huile de palme et plantations de soja); f) bitume (pétrole lourd); et g) pose d'oléoducs. Par exemple, s'agissant du pétrole et du gaz, doivent être en priorité examinées les questions de la participation des peuples autochtones à l'élaboration de la législation; la participation aux études et levés sismiques, du début jusqu'à la fin; une rémunération adéquate au titre des permis, licences, droits d'exploration et d'exploitation, dont la forme optimale peut parfois être celle d'accords coûts/bénéfices. Cette rémunération peut prendre la forme de redevances ou d'actions dans la société ou autres formes de participation à son capital. S'agissant de la pose d'oléoducs, l'examen portera sur le droit des peuples autochtones de participer à tous les stades du processus (octroi des droits de passage, autorisations d'accès, construction, accords d'utilisation, mesures de sûreté et mise en valeur des terres). À tous les stades, les obligations touchant le développement durable, la protection de l'environnement et le consentement préalable des peuples autochtones exprimé librement et en pleine connaissance de cause, doivent être respectées.

41. Un examen plus poussé des obligations à respecter en ce qui concerne la sylviculture, l'exploitation de ressources hydrauliques, les activités minières et d'autres activités¹⁸ est nécessaire. Certaines organisations peuvent être consultées s'agissant des directives et normes pouvant exister en la matière¹⁹.

42. Comme l'a souligné le groupe d'experts internationaux dans le rapport de sa réunion sur les peuples autochtones et les forêts, les forêts couvrent 30 % de la superficie terrestre et constituent les territoires traditionnels de nombreux peuples autochtones. De plus, «on

¹⁷ Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, déclaration (note 14 ci-dessus).

¹⁸ Les activités liées au développement autres que les industries extractives comprennent le tourisme, qui peut avoir un effet préjudiciable sur le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et leurs droits à leurs terres, territoires et ressources. Dans ce contexte, les Principes directeurs sur les entreprises et les droits de l'homme sont applicables, le but étant de faire en sorte que le développement du tourisme ne porte pas atteinte aux droits des peuples autochtones.

¹⁹ Au Canada, ces organisations comprennent l'Association nationale de foresterie autochtone, l'Association minière du Canada et l'Association James Bay Cree (dans le domaine de l'exploitation des ressources hydrauliques) ainsi que le Centre d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises récemment créé. En Asie, on peut citer la Banque asiatique de développement s'agissant des projets de développement en général. En Malaisie, le Malaysian Forest Dialogue réunit des entreprises, des peuples autochtones et le Gouvernement pour tenter d'instituer des normes acceptables dans le domaine de la foresterie. Les travaux de l'Instance permanente sur les questions autochtones, y compris la réunion du groupe d'experts internationaux sur le thème «Les peuples autochtones et les forêts» et l'atelier d'experts internationaux sur le thème «Les droits des peuples autochtones, la responsabilité des entreprises et les industries extractives» peuvent aussi fournir des références.

considère les forêts comme relevant du domaine public et on ignore qu'elles sont aussi le lieu de vie des peuples autochtones» (E/C.19/2011/5, par. 9). Les experts ont souligné que «les activités d'extraction minière doivent être menées dans le respect des droits des peuples autochtones, sachant qu'on ne peut entrer dans un territoire appartenant à un peuple autochtone qu'aux termes d'un accord négocié de bonne foi avec lui sur la base des normes internationales relatives aux droits de l'homme» (ibid., par. 47).

43. Il est nécessaire de consulter les peuples autochtones et d'obtenir leur consentement préalable, informé et librement exprimé en ce qui concerne les accords de partage des bénéfices, lesquels doivent être conformes à la conception qu'ont les peuples autochtones de ces bénéfices²⁰. Si la Société financière internationale estime que sa Norme de performance 7 relative aux peuples autochtones pourrait être renforcée, elle souligne à juste titre que «les possibilités mises en évidence doivent viser à répondre aux objectifs et préférences des populations autochtones, notamment en améliorant leur niveau de vie et leurs moyens de subsistance de manière appropriée au plan culturel» (par. 20).

III. Conclusion

44. **Le droit des peuples autochtones de participer à la prise des décisions dans le domaine des industries extractives dépend de la reconnaissance de leurs droits à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs terres, territoires et ressources. La garantie de ces droits sera bénéfique pour tous du point de vue de la promotion du développement durable et de la protection de l'environnement, comme l'a relevé la Rapporteuse spéciale sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles:**

En fait, l'intensification des activités extractives portant sur les terres et territoires traditionnels des peuples autochtones, et leurs ressources, lorsqu'elle n'est pas assortie de garanties pour les droits de ces peuples, contribue souvent à troubler l'ordre public en même temps qu'elle engendre des problèmes sanitaires, une instabilité politique et sociale et des incertitudes sur le plan juridique.

...

L'analyse du droit international pertinent fait ressortir une évolution importante du droit international et de la pratique des États quant aux droits des peuples autochtones de posséder, d'utiliser, de contrôler et de gérer leurs terres, territoires et ressources... Dans la plupart des cas, cette évolution va dans le sens d'une plus grande reconnaissance de l'autorité des peuples autochtones sur leurs terres, territoires et ressources et de leur pouvoir de décision propre quant à leur utilisation et leur mise en valeur²¹.

45. **Il en résulte une reconnaissance accrue du droit des peuples autochtones de donner leur consentement préalable, exprimé librement et en connaissance de cause.**

²⁰ Le Rapporteur spécial a noté que le partage des bénéfices n'était pas une priorité pour certains peuples autochtones, qui préféraient, par exemple, un environnement non pollué au développement économique (A/HRC/18/35, par. 55).

²¹ E/CN.4/Sub.2/2004/30, par. 34 et 38. La Rapporteuse spéciale note également qu'il faut étudier plus avant d'éventuelles mesures propres à prémunir efficacement contre des transactions oppressives et injustes concernant les ressources naturelles des peuples autochtones, sans porter atteinte aux droits de ces peuples d'utiliser et d'administrer leurs terres, territoires et ressources (ibid., par. 66).

Annexe

Avis n° 4 (2012): Les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives

A. Généralités

1. Le présent avis complète l'avis n° 2¹, et est fondé sur le droit et les principes relatifs, notamment, à la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles, au développement durable et aux responsabilités et droits environnementaux, sur une analyse des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (A/HRC/17/31, annexe) ainsi que sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et d'autres règles juridiques, normes et principes internationaux.

2. Une tendance qui se fait jour dans le cadre des activités extractives menées sur les terres et territoires autochtones est la pratique consistant pour des petites entreprises à demander des licences ou permis puis à les revendre à de grosses sociétés avant ou pendant l'exploitation. Dans certains cas, plus la société est importante, plus les risques pour les droits de l'homme sont grands, étant donné la disparité des pouvoirs. On peut parfois y remédier en veillant à ce que les accords relatifs à la protection des droits de l'homme adoptés par les petites entreprises soient incorporés dans les contrats par lesquels elles cèdent leurs licences ou permis d'exploitation à de grandes entreprises. L'obligation de respecter les droits de l'homme s'applique pleinement et également à toutes les entreprises, y compris celles qui appartiennent aux peuples ou sociétés autochtones ou sont administrées par eux.

3. Le présent avis est nécessairement formulé en termes généraux; il doit être interprété avec souplesse compte tenu du contexte spécifique dans lequel l'activité extractive se déroule ou est envisagée, et compte tenu de son objectif².

B. Le droit

1. Portée du droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions

4. Le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions en relation avec les industries extractives est lié au droit à l'autodétermination, au droit à l'autonomie, au droit d'être consulté et à l'obligation des États de s'efforcer d'obtenir le consentement préalable, informé et librement exprimé des peuples autochtones, tel que défini par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones (voir A/HRC/18/42).

2. Les États devraient assurer la clarté en ce qui concerne les consultations et l'obtention du consentement

5. Les États sont tenus d'indiquer clairement aux entreprises et aux peuples autochtones comment le droit de ces derniers de participer à la prise des décisions peut être

¹ Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions (A/HRC/18/42, annexe).

² Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales des populations autochtones (A/HRC/12/34), par. 37 et 43.

réalisé³. Ces indications doivent être fournies en vue d'assurer le respect par les entreprises du droit international des droits de l'homme applicable aux peuples autochtones.

3. Le droit de participer n'est pas limité aux droits juridiques reconnus sur les terres, territoires et ressources

6. Le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions en relation avec les activités extractives ne se limite pas aux situations dans lesquelles les peuples autochtones ont, sur les terres, territoires et ressources devant faire l'objet de ces activités ou à proximité desquels elles doivent se dérouler, un titre de propriété reconnu par l'État⁴. Il s'étend aux situations dans lesquelles des activités extractives se déroulent ou sont envisagées sur des terres ou territoires ou en ce qui concerne des ressources que des peuples autochtones possèdent, utilisent, mettent en valeur et contrôlent en vertu de leurs propres lois⁵.

7. Certains peuples autochtones sont nomades. Ils ont le droit de participer à la prise des décisions concernant les projets miniers exécutés sur des territoires qui sont importants pour eux ou à proximité, y compris lorsqu'ils n'ont pas, traditionnellement ou actuellement, la possession permanente de ces terres, territoires et ressources.

4. Obligations (des consultations à l'obtention du consentement)

a) Consultations

i) Obligations de l'État et/ou de l'entreprise minière

8. Les États doivent assumer pleinement la responsabilité qui leur incombe de veiller à ce que des consultations adéquates soient organisées pour obtenir le consentement. L'État ne peut déléguer sa responsabilité, même lorsqu'il fait appel à des tiers pour l'aider dans le processus de consultations (A/HRC/18/35, par. 63). Les consultations sont souvent le point de départ de l'obtention du consentement préalable, exprimé librement et en connaissance de cause, des peuples autochtones. Si l'impact potentiel de l'activité envisagée est mineur, il peut n'être pas obligatoire de solliciter ce consentement. Néanmoins, comme indiqué dans l'avis n° 2, «l'objectif des consultations doit être de parvenir à un accord ou à un consensus» (A/HRC/18/42, annexe, par. 9).

9. Si, en vertu du droit international, c'est à l'État qu'incombe les responsabilités principales en matière de droits de l'homme, les entreprises sont aussi tenues de respecter ces droits. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquels elles ont une part⁶.

10. C'est pourquoi les entreprises, notamment minières, doivent prendre des mesures pour éviter d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et remédier à ces incidences lorsqu'elles se produisent, et s'efforcer

³ Voir Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe 3.

⁴ A/HRC/12/34, par. 44. On notera également l'observation du comité tripartite du Conseil d'administration de l'OIT, citée par le Rapporteur spécial, selon laquelle, en application de la Convention n° 169 (1989) de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, «cette consultation s'applique en ce qui concerne les ressources appartenant à l'État qui se trouvent sur les terres que les peuples intéressés occupent ou utilisent d'une autre manière, qu'ils détiennent un titre de propriété sur ces terres ou non» (ibid.).

⁵ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones – Sociétés minières opérant en territoire autochtone ou à proximité (A/HRC/18/35).

⁶ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe 11.

de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme des activités auxquelles elles participent dans le cadre de leurs relations commerciales, y compris avec des entités étatiques. Lorsque leurs opérations concernent les terres, territoires et ressources des peuples autochtones, elles devraient accorder une attention particulière aux risques d'atteintes aux droits des peuples autochtones, afin de prévenir et d'atténuer ces risques et de remédier efficacement aux atteintes lorsqu'elles se produisent. En particulier, si les entreprises minières ne sont pas capables de prévenir ou d'atténuer ces risques ou de remédier à ces atteintes, y compris les atteintes au droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions lorsque leurs opérations concernent les terres, territoires et ressources de ces peuples, les activités ne devraient pas se poursuivre. Ainsi, les entreprises doivent, dans leurs évaluations et dans le cadre de leurs propres processus participatifs, veiller à ce que les peuples autochtones aient participé à la prise des décisions relatives aux activités extractives en cours ou envisagées dans le respect des droits de ces peuples, définis ci-après.

ii) Fondement jurisprudentiel du droit des peuples autochtones à être consultés

11. Les organes conventionnels des droits de l'homme ont en de nombreuses occasions réaffirmé les droits des peuples autochtones à être consultés s'agissant des activités des entreprises minières⁷.

iii) Moment où naît l'obligation de consulter les peuples autochtones

12. Comme l'a noté le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, il n'est peut-être pas strictement nécessaire de consulter les peuples autochtones à chaque fois que l'État prend une décision susceptible de les affecter, mais il y a obligation de consulter «chaque fois qu'une décision d'État peut affecter les autochtones de telle façon que les autres membres de la société ne sont pas touchés ... même si [la décision] a des effets plus larges» (A/HRC/12/34, par. 43). Le moment auquel cette nécessité doit être évaluée dépend, comme indiqué dans l'avis n° 2, de l'opinion qu'ont les peuples autochtones de ces effets plus larges.

13. Pour s'acquitter de cette obligation, les États seraient bien avisés de créer des mécanismes permanents chargés de déterminer quand et comment les peuples autochtones doivent être consultés conformément aux normes internationales.

iv) Conception des procédures de consultation des peuples autochtones

14. Les peuples autochtones devraient participer à tous les stades de la conception des mécanismes de consultation appropriés⁸. Les consultations des peuples autochtones au sujet des activités extractives envisagées devraient commencer dès le début de la planification du projet, y compris lors de sa conception⁹.

⁷ Voir notamment les conclusions du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: CERD/C/304/Add.76, par. 16; CERD/C/ECU/CO/19, par. 16; CERD/C/COD/CO/15, par. 18; CERD/C/USA/CO/6, par. 19 et 29; CERD/C/NIC/CO/14, par. 21; CERD/C/NGA/CO/18, par. 19; CERD/C/GTM/CO/12-13, par. 11; et décision 1 (68) (États-Unis d'Amérique); les conclusions du Comité des droits de l'homme CCPR/CO/80/COL, par. 20; communication n° 1457/2006, *Poma Poma c. Pérou*, constatations adoptées le 24 avril 2009. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, conclusions E/C.12/1/Add.74, par. 33; E/C.12/CO/MEX/4, par. 28; et E/C.12/IND/CO/5, par. 31. La question de la consultation des peuples autochtones a aussi été examinée lors de l'Examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme (A/HRC/16/6, par. 69.32).

⁸ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe 18.

⁹ Société financière internationale (SFI), Norme de performance 7: Populations autochtones (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012), par. 11. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que les

v) Qui consulter: représentation des peuples autochtones

15. Les États, les sociétés minières et les autres parties prenantes doivent être conscients que les peuples autochtones ont le droit de choisir eux-mêmes leurs représentants conformément à leurs propres procédures, ainsi que de maintenir et de développer leurs institutions autochtones de prise des décisions. De plus, il devrait être tenu compte des changements pouvant intervenir dans les structures traditionnelles d'autorité des peuples autochtones du fait d'influences extérieures.

16. Les peuples autochtones devraient indiquer clairement avec qui les gouvernements et les sociétés minières doivent engager des consultations et de qui ils doivent solliciter le consentement¹⁰. En cas de divergence d'opinions quant aux représentants ou instances représentatives légitimes d'un peuple autochtone, le groupe devrait établir ses propres procédures pour déterminer avec qui les gouvernements et sociétés minières doivent engager des consultations et de qui ils doivent solliciter le consentement. Si cela est nécessaire et souhaitable, les peuples autochtones peuvent solliciter une aide extérieure indépendante, notamment financière, pour trancher les différends.

17. Lorsqu'il existe, au sein des peuples autochtones, des divergences quant aux activités extractives envisagées ou en cours, ces peuples devraient œuvrer de concert pour arrêter une réponse commune.

b) *Consentement préalable, exprimé librement et en connaissance de cause*

18. Selon les processus de prise de décisions des peuples autochtones concernés et la nature de l'activité en cause, le consentement peut ne pas toujours exiger que les peuples autochtones aboutissent à un accord de consensus pour que l'activité extractive puisse être menée¹¹. D'autre part, et là encore en fonction des processus de prise de décisions particuliers des peuples autochtones concernés, l'appui de la majorité peut aussi n'être pas suffisant. Des mécanismes traditionnels peuvent énoncer d'autres exigences.

19. Au début du processus de consultation, les peuples autochtones devraient indiquer clairement, après s'être mis d'accord, comment ils prendront une décision collective au sujet de l'activité extractive, y compris le seuil qui doit être atteint pour qu'il y ait consentement.

i) Obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones

20. Dans certains cas, l'obligation d'obtenir le consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones est contraignante. L'article 10 de la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones stipule que les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires, y compris en relation avec des activités extractives envisagées ou en cours. Il dispose qu'«aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une

consultations ne sont pas seulement nécessaires «lorsqu'il faut obtenir l'approbation de la communauté». Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Saramaka People v. Suriname*, arrêt du 28 novembre 2007, par. 133.

¹⁰ Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones souligne que «les autochtones peuvent aussi avoir à développer ou réformer leurs propres institutions, selon leurs propres structures de décision, pour définir les instances représentatives qui faciliteront les consultations» (A/HRC/18/35, par. 52).

¹¹ La Norme de performance 7 de la SFI indique que «le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ne nécessite pas nécessairement l'unanimité et peut se réaliser même lorsque des individus ou groupes au sein de la communauté manifestent explicitement leur désaccord» (par. 12).

indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour». De même, le paragraphe 2 de l'article 29 du même texte dispose que «les États prennent des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause».

ii) Obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones liée au contexte

21. Dans d'autres cas, l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones dépendra du contexte, y compris, notamment, s'agissant de l'approbation de projets touchant les terres, territoires et autres ressources de ces peuples. L'article 32 dispose que «les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres».

22. Dans son rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, le Mécanisme d'experts explicite cette obligation:

«La Déclaration sur les peuples autochtones exige que le consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones soit obtenu pour les questions qui sont d'une importance fondamentale pour leurs droits, leur survie, leur dignité et leur bien-être. Afin d'évaluer si une question est importante pour les peuples autochtones concernés, les facteurs pertinents incluent le point de vue et les priorités de ces peuples, la nature de la question ou de l'activité proposée et ses répercussions potentielles sur les peuples autochtones concernés, compte tenu, notamment, des effets cumulatifs d'atteintes ou d'activités précédentes et des injustices historiques auxquelles ces peuples sont confrontés.»¹².

23. L'impact potentiel des activités proposées est aussi pertinent s'agissant de déterminer quand le consentement des peuples autochtones est nécessaire. Le Rapporteur spécial sur la situation des peuples autochtones a souligné que «si les effets sur la vie ou les terres des autochtones sont directs et sensibles, on est presque certain que la décision ne doit pas être prise sans le consentement des intéressés» (A/HRC/12/34, par. 47).

24. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que pour déterminer s'il est nécessaire d'obtenir le consentement des peuples autochtones, il faut tenir compte de l'impact des activités envisagées sur leurs territoires. Elle a jugé qu'«en ce qui concerne les projets de développement ou d'investissement à long terme qui auront un impact majeur à l'intérieur du territoire saramaka, l'État a l'obligation non seulement de consulter les Saramakas mais également d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, conformément à leurs coutumes et traditions»¹³.

25. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné à de nombreuses reprises que les États avaient l'obligation de consulter les peuples autochtones et d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, en

¹² A/HRC/18/42, par. 22.

¹³ *Saramaka People v. Suriname* (note 9 ci-dessus), par. 134. Cette position est aussi celle prise par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council v. Kenya* (affaire 276/2003), par. 227.

ce qui concerne les activités de développement et en particulier les activités extractives¹⁴. Sa jurisprudence est extrêmement instructive, en ce qu'elle définit les circonstances de fait dans lesquelles il a jugé que le consentement des peuples autochtones était nécessaire.

26. Dans sa Norme de performance 7 (par. 13 à 17), la SFI décrit un certain nombre de situations dans lesquelles il est nécessaire d'obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, des peuples autochtones, notamment les suivantes:

- a) Impacts sur des terres et ressources naturelles détenues traditionnellement ou exploitées selon le régime coutumier (y compris lorsque les peuples autochtones ne détiennent pas de titre juridique sur ces terres et ressources);
- b) Réinstallation de peuples autochtones obligés de quitter des terres où se trouvent des ressources naturelles détenues traditionnellement ou exploitées suivant le régime coutumier;
- c) Impact sur le patrimoine culturel, par exemple les sites sacrés.

27. En bref, les facteurs à prendre en considération pour déterminer si le consentement des peuples autochtones doit être obtenu en ce qui concerne des activités extractives envisagées ou en cours sont notamment les suivants:

- a) Questions qui sont d'une importance fondamentale pour les droits, la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones compte tenu du point de vue et des priorités de ceux-ci, en tenant compte notamment des effets cumulatifs d'atteintes ou d'activités précédentes et des injustices historiques auxquelles ces peuples sont confrontés;
- b) Impact sur la vie et les territoires des peuples autochtones. S'il est probable qu'il sera majeur, important ou direct, le consentement des peuples autochtones est nécessaire;
- c) Nature de la mesure.

iii) Consentement mutuel prévu dans des traités

28. Comme relevé dans de nombreuses études de l'Organisation des Nations Unies, l'exigence fondamentale du consentement mutuel est au cœur des traités entre peuples autochtones et États. C'est ce qu'a confirmé l'article 37 de la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones ainsi que les alinéas 14 et 24 du préambule du même texte, qui soulignent qu'il importe de constituer des partenariats entre peuples autochtones et États.

29. Dans son avis n° 2, le Mécanisme d'experts a relevé que «dans plusieurs traités entre États et peuples autochtones, il est affirmé que le principe du consentement de ces derniers est fondamental dans la relation conventionnelle ainsi créée entre les uns et les autres» (par. 12).

¹⁴ Voir, par exemple, les conclusions du Comité CERD/C/IND/CO/19, par. 19; CERD/C/ARG/CO/19-20, par. 26; CERD/C/PHL/CO/20, par. 22 et 26; CERD/C/CHL/CO/15-18, par. 22; CERD/C/PER/CO/14-17, par. 14; CERD/C/CMR/CO/15-18, par. 18; CERD/C/GTM/CO/11, par. 19. Voir également les activités du Comité dans le cadre de la procédure d'action urgente (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cehd/early-warning.htm>) en ce qui concerne l'Inde (communications datées du 15 août 2008 et du 12 mars 2010); le Pérou (communications datées du 3 septembre 2007 et du 7 mars 2008); le Canada (communication datée du 13 mars 2009); et le Suriname (décision 1 (69), adoptée le 18 août 2006). Voir également la jurisprudence d'autres organes conventionnels des droits de l'homme de l'ONU, notamment le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, conclusions E/C.12/NIC/CO/4, par. 11 et E/C.12/COL/CO/5, par. 9; et le Comité des droits de l'homme, conclusions CCPR/C/PAN/CO/3, par. 21.

C. Politique

1. Les États devraient, sur la base des normes juridiques recensées ci-dessus, adopter une position claire en ce qui concerne les consultations et le consentement

a) Objectif des consultations

30. Si le consentement des peuples autochtones n'est pas strictement nécessaire sauf si, comme indiqué ci-après, l'obligation d'obtenir ce consentement prend naissance, il devrait toujours être l'objectif des consultations, comme indiqué dans l'avis n° 2 (par. 9).

b) Comment consulter, collaborer et instituer des partenariats

i) Clarté de l'information

31. L'information concernant l'impact potentiel des activités extractives devrait être présentée de manière à pouvoir être comprise par les peuples autochtones (A/HRC/12/34). En fonction des circonstances, cette information pourra devoir être présentée aux peuples autochtones oralement avec interprétation en langue autochtone.

ii) Communication de l'information

32. Comme l'a jugé la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁵:

a) L'information doit être communiquée et également acceptée;

b) Les peuples autochtones doivent être informés des risques éventuels, «y compris les risques environnementaux et sanitaires, afin que le projet de développement ou d'investissement envisagé soit accepté en connaissance de cause et volontairement».

iii) Communication permanente

33. L'obligation de consulter les peuples autochtones «implique une communication permanente entre les parties»¹⁶.

iv) Procédures adaptées au plan culturel

34. Les procédures de consultation devraient être adaptées à la culture des peuples autochtones concernés¹⁷; le partage de l'information est obligatoire durant la planification du processus de consultation. De plus, les consultations doivent tenir compte des méthodes traditionnelles de prise de décisions des peuples autochtones¹⁸.

v) Bonne foi

35. Les consultations doivent être menées de bonne foi¹⁹.

2. Nécessité d'une évaluation indépendante de la portée et de l'impact potentiels des activités extractives pour les peuples autochtones, leur vie et leurs territoires

36. Les intérêts des peuples autochtones et ceux de l'État et des entreprises dans le cadre des activités extractives peuvent n'être pas les mêmes, ce qui rend plus complexe la

¹⁵ *Saramaka People v. Suriname* (note 9 ci-dessus), par. 133.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid. Voir également A/HRC/12/34.

capacité de l'État et des entreprises d'apprécier et d'évaluer l'impact de ces activités sur les peuples autochtones. Ainsi, il est souhaitable qu'il soit procédé à des évaluations indépendantes de la portée et de l'impact potentiels des activités extractives pour les peuples autochtones, leur vie et leurs terres, territoires et ressources²⁰.

3. Limitations des droits des peuples autochtones relatifs à leurs terres, territoires et ressources

37. Pour évaluer dans quelle mesure les États peuvent limiter les droits des peuples autochtones en relation avec leurs terres, territoires et ressources, la participation de ces peuples s'impose.

38. Selon la décision rendue par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Saramaka People v. Suriname*²¹, des limitations des droits des peuples autochtones sur leurs ressources ne sont autorisées que si l'État:

a) Veille à ce que des autochtones participent effectivement, conformément à leurs coutumes et traditions, à tout projet de développement, d'investissement, d'exploration ou d'extraction²²;

b) Garantit que les peuples autochtones bénéficieront raisonnablement de l'exécution d'un tel projet sur leurs territoires;

c) Veille à ce qu'aucune concession ne soit accordée sur les territoires des peuples autochtones tant que des entités indépendantes et techniquement compétentes n'ont pas, sous sa supervision, mené au préalable une étude d'impact environnemental et social.

D. Conclusion

1. Conseils pratiques à l'intention des États quant à la manière de s'acquitter de leurs obligations de consulter les peuples autochtones et de solliciter leur consentement dans le contexte des industries extractives

39. Le Mécanisme d'experts conseille aux États de créer, avec les peuples autochtones, des mécanismes (permanents)²³ permettant de consulter les peuples autochtones afin d'obtenir des indications sur les points suivants:

a) Quand le contexte exige que les peuples autochtones soient consultés conformément au présent avis;

²⁰ La SFI considère de même que, lorsque le consentement préalable donné librement et en connaissance de cause est nécessaire, «le client engagera des experts extérieurs pour contribuer à la mise en évidence des risques et des impacts du projet» (Norme de performance 7, par. 11).

²¹ Note 9 ci-dessus, par. 129.

²² Ceci est conforme à la décision prise par le Comité des droits de l'homme sur la communication n° 547/1993, *Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande* (constatations adoptées le 27 octobre 2000), dans laquelle le Comité a déclaré que «l'acceptabilité des mesures qui affectent ou entravent les activités économiques culturellement importantes d'une minorité dépend de la question de savoir si les membres de la minorité concernée ont eu la possibilité de participer au processus de prise de décisions qui a abouti à l'adoption de ces mesures et s'ils continueront de bénéficier de leurs activités économiques traditionnelles» (par. 9.5).

²³ Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a déclaré ce qui suit: «Pour s'assurer que les entreprises respectent le droit des autochtones de participer aux décisions qui les affectent, il est utile de créer des instances officielles telles que des tables rondes de concertation et de dialogue, où sont dûment représentées les populations et les communautés affectées, les entreprises et les autorités locales.» (A/HRC/15/37, par. 69).

- b) Comment atteindre les peuples autochtones;
- c) Comment identifier les représentants avec lesquels les consultations doivent être menées;
- d) Comment assurer une évaluation indépendante des pratiques de consultation;
- e) Comment mener les études d'impact environnemental et social requises en ce qui concerne les activités extractives envisagées ou en cours;
- f) Fourniture de services de traduction, afin que puisse être fournie aux peuples autochtones, de manière qu'ils la comprennent, l'information qui leur est nécessaire pour prendre leurs décisions et défendre leurs intérêts;
- g) Mettre les peuples autochtones en mesure d'obtenir des évaluations d'experts indépendantes et techniques quant à l'impact que peuvent avoir des activités extractives en ce qui les concerne, notamment sur leur vie et leurs terres et territoires;
- h) Comment faire en sorte que l'opinion des peuples autochtones sur l'activité extractive soit prise en compte, notamment en ce qui concerne le partage selon eux optimal des avantages qui en découlent;
- i) Comment faire en sorte que les peuples autochtones soient représentés aux conseils d'administration des entreprises publiques et participent effectivement à leurs travaux, ce qui obligera également ces entreprises à rendre compte de la manière dont elles respectent les droits de l'homme.

2. Conseils pratiques à l'intention des industries extractives quant à la manière de s'acquitter de l'obligation de respecter le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions dans le contexte de leurs activités

40. C'est aux États qu'il incombe au premier chef de veiller à ce que le droit de participation des peuples autochtones soit respecté; toutefois, pour s'acquitter de leur propre obligation de respecter les droits de l'homme, les sociétés minières devraient veiller au respect du droit des peuples autochtones de participer à la prise des décisions et procéder à leur propre évaluation à cet égard. De fait, des expériences positives montrent que les sociétés minières devraient travailler en partenariat avec les États et les peuples autochtones à tous les stades de la planification et de l'exécution des activités minières susceptibles d'avoir un impact sur les intérêts des peuples autochtones.

41. Les sociétés minières devraient évaluer les risques et les impacts effectifs de leurs activités et relations commerciales en ce qui concerne les droits des peuples autochtones. Leur volonté de respecter ces droits devrait être reflétée dans leurs politiques et processus; elles devraient mettre de tels politiques et processus en place afin de s'acquitter de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme. Il est conseillé aux entreprises d'évaluer dans quelle mesure elles respectent le droit des peuples autochtones et de définir une politique interne quant à la meilleure manière de s'acquitter de leur obligation de respecter les droits de l'homme, avec la participation des peuples autochtones affectés par leurs activités lorsque cela est possible. Lorsque des activités risquent d'affecter des peuples autochtones, l'entreprise concernée doit prendre les mesures voulues pour assurer une participation effective et digne de ce nom des peuples autochtones. Pour s'acquitter de leur responsabilité, les entreprises qui mènent des activités extractives doivent veiller à ce que leurs employés connaissent les droits des peuples autochtones, y compris leur droit de participer à la prise des décisions.

42. Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones souligne que:

l'obligation qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme comprend le devoir de diligence, dite «diligence raisonnable», dont elles doivent faire preuve lorsqu'elles dressent la liste des questions particulières que posent les droits fondamentaux des autochtones, et l'attention qu'elles sont tenues de prêter à ces questions dans leurs activités. À cet effet, elles doivent commencer par reconnaître que ces populations existent et qu'elles sont dotées de structures politiques et sociales propres, qu'elles ont leur propre régime d'occupation et d'utilisation des terres, des territoires et des richesses naturelles, que les États sont tenus de les consulter dans les affaires qui les concernent et qu'il en découle des responsabilités pour les entreprises elles-mêmes; elles doivent aussi réaliser des études d'impact et prendre des mesures d'atténuation et, enfin, compter les autochtones parmi les bénéficiaires des avantages tirés de leurs activités²⁴.

43. Les industries extractives sont encouragées à soutenir, notamment financièrement, des mécanismes propres à assurer que le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions est respecté. Elles peuvent à cet effet:

- a) Consacrer des ressources financières et humaines à des mécanismes de consultation appropriés;
- b) Établir des partenariats avec les peuples autochtones;
- c) Veiller à ce que les peuples autochtones soient représentés dans les conseils d'administration ou les conseils de surveillance des sociétés minières et participent effectivement à leurs activités afin de promouvoir la responsabilité en matière de droits de l'homme au niveau de l'entreprise.

3. Conseils pratiques à l'intention des peuples autochtones sur la manière de s'acquitter de leurs obligations et de protéger leurs droits de l'homme en relation avec les industries extractives

44. Les peuples autochtones peuvent continuer à jouer un rôle positif dans le développement durable en défendant leurs droits de l'homme internationalement reconnus relativement aux industries extractives, en mettant l'accent sur la constitution de partenariats sur un pied d'égalité avec les États et les entreprises pour promouvoir le développement durable lorsque des protections environnementales adéquates sont en place.

²⁴ A/HRC/15/37, par. 46.