



Assemblée générale

Distr. générale
15 juillet 2010
Français
Original: espagnol

Conseil des droits de l'homme

Quinzième session

Point 3 de l'ordre du jour

Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement

Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. James Anaya

Résumé

Il s'agit ici du troisième des rapports que le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. James Anaya, présente tous les ans au Conseil des droits de l'homme comme le prévoit la résolution 6/12 de celui-ci. Il présente en résumé les activités menées pendant la deuxième année du mandat du Rapporteur spécial, dont la coopération avec d'autres mécanismes internationaux et régionaux sur la question des droits des populations autochtones, ainsi que les activités menées dans ses quatre principaux domaines de compétence: promotion des meilleures pratiques, études thématiques, rapports de pays et communications relatives à des violations des droits de l'homme.

La deuxième partie du rapport est consacrée à la responsabilité des entreprises en ce qui concerne les droits des populations autochtones, au regard des souhaits formulés par la communauté internationale.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1 – 3	3
II. Résumé des activités	4 – 25	3
A. Coordination avec d’autres instances et mécanismes mondiaux et régionaux	4 – 9	3
B. Domaines de compétence	10 – 25	4
III. Responsabilité des entreprises et droits des populations autochtones.....	26–80	7
A. La responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme.....	33–38	8
B. Le devoir de respecter les droits des populations autochtones imposé à l’entreprise par les normes internationales.....	39–45	10
C. L’obligation de diligence des entreprises en matière de droits des autochtones.....	46–80	12
IV. Conclusions et recommandations.....	81–91	19

I. Introduction

1. Le présent rapport est soumis au Conseil des droits de l'homme par le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones conformément à la résolution 6/12 du Conseil.

2. En premier lieu, le rapport présente en résumé les activités menées par le Rapporteur spécial dans le cadre de son mandat. La deuxième partie est consacrée à l'analyse de la responsabilité que les entreprises ont de respecter les droits de l'homme des populations autochtones en vertu des règles internationales en vigueur. Enfin, plusieurs additifs au présent rapport rendent compte des activités et des évaluations menées par le Rapporteur spécial dans ses domaines de compétence (voir par. 10 à 25).

3. Le Rapporteur spécial tient à remercier le personnel du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme de son appui. Il remercie aussi le personnel et les chercheurs du programme d'appui au Rapporteur spécial de l'Université d'Arizona, qui l'ont constamment soutenu dans tous les aspects de son travail. Enfin, il tient à remercier les populations autochtones, les gouvernements, les organes et les mécanismes des Nations Unies, les organisations non gouvernementales (ONG) et les entités et les particuliers qui ont coopéré en grand nombre avec lui pendant l'année écoulée. Il aimerait enfin remercier les ONG Kreddha et UNESCO-Catalunya de leur appui lors de l'élaboration du présent rapport.

II. Résumé des activités

A. Coordination avec d'autres instances et mécanismes mondiaux et régionaux

4. Au cours de la période correspondant à la deuxième année de son mandat, le Rapporteur spécial a poursuivi sa coopération avec d'autres mécanismes du système des Nations Unies s'occupant de la question des populations autochtones, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, conformément au mandat énoncé par le Conseil des droits de l'homme¹.

5. Dans le cadre de la coordination et de la coopération avec ces mécanismes, le Rapporteur spécial a participé à une réunion avec leurs représentants en janvier 2010 à New York. Ils ont échangé des informations sur leurs programmes de travail respectifs et étudié les moyens de coordonner leurs activités et de les rendre plus efficaces.

6. À titre de contribution aux activités du Mécanisme d'experts, le Rapporteur spécial a participé en janvier 2010 à une consultation régionale organisée en Thaïlande par l'ONG Asia Indigenous Peoples Pact, à laquelle étaient conviés des membres du Mécanisme d'experts. Le Rapporteur spécial y a présenté sa contribution à l'étude menée actuellement par le Mécanisme d'experts sur le droit des populations autochtones à la participation.

7. Pendant l'année écoulée, le Rapporteur spécial a aussi cherché à coordonner ses efforts avec d'autres mécanismes du système des Nations Unies s'occupant des droits de l'homme. Il a pris part à ce titre à des réunions organisées par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme à la Trinité-et-Tobago en décembre 2009, et par le

¹ Résolution 6/12 du Conseil des droits de l'homme, par. 1, al. e.

Programme des Nations Unies pour le développement et le Haut-Commissariat en Thaïlande, en janvier 2010.

8. Ce travail de coordination a eu pour autre résultat les réunions tenues en parallèle avec les représentants des populations et des associations autochtones pendant les sessions de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts, qui donnent aux autochtones la possibilité d'expliquer leur situation particulière dans leur propre pays. De telles réunions ont été organisées à la neuvième session de l'Instance permanente, en avril 2010, et à la troisième session du Mécanisme d'experts, en juillet 2010. Au cours de ces sessions, le Rapporteur spécial a aussi eu l'occasion de rencontrer des représentants d'un certain nombre d'États et d'organismes des Nations Unies et d'aborder avec eux les questions relevant de son mandat.

9. Au plan régional, le Rapporteur spécial a rencontré en 2010 des membres de la Commission interaméricaine des droits de l'homme afin d'examiner diverses formes de coordination et de collaboration sur les questions relevant de son mandat. Il a aussi participé en juin 2010 à un séminaire organisé par le secrétariat de la Commission interaméricaine, qui avait pour objet la formation de responsables autochtones d'Amérique du Nord aux mécanismes du régime international et interaméricain des droits de l'homme.

B. Domaines de compétence

10. En coordination avec d'autres mécanismes internationaux, le Rapporteur spécial a continué de développer ses méthodes de travail dans quatre domaines principaux: la promotion des meilleures pratiques, les études thématiques, les rapports sur les pays, et les communications relatives aux violations des droits de l'homme.

1. Promotion des meilleures pratiques

11. Conformément au mandat que lui a confié le Conseil des droits de l'homme – «identifier ... et promouvoir les meilleures pratiques»² – le Rapporteur spécial a continué d'inciter les pays à procéder à des réformes juridiques, administratives et programmatiques pour donner effet sur le plan interne aux normes consacrées dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et les autres instruments internationaux pertinents.

12. Dans certains cas, le Rapporteur spécial a réalisé ces activités de promotion à la demande de pays qui avaient sollicité ses conseils techniques sur la réforme de leur système juridique. Le Gouvernement équatorien l'a ainsi invité à se rendre dans le pays en décembre 2009, afin qu'il lui prêle son concours pour la mise au point d'une nouvelle législation articulant le droit autochtone sur le droit ordinaire. Ce séjour a aussi été l'occasion de faire le point sur la visite effectuée dans le pays l'année précédente par le Rapporteur spécial, à l'issue de laquelle il avait présenté une série d'observations dans le contexte du processus de réforme constitutionnelle que le pays avait entrepris³. Sur la base de ces activités de suivi, le Rapporteur spécial a établi un rapport dans lequel il formule des observations et des recommandations supplémentaires à l'intention du Gouvernement équatorien⁴.

13. Parmi les activités du Rapporteur spécial visant à promouvoir les meilleures pratiques, il convient de mentionner le rapprochement avec les gouvernements d'États qui, en 2007, n'avaient pas voté en faveur de l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur

² Ibid., par. 1, al. a.

³ A/HRC/9/9/Add.1, annexe 1.

⁴ A/HRC/15/37/Add.7.

les droits des populations autochtones par l'Assemblée générale. À cet égard, le Rapporteur spécial note avec satisfaction que le Gouvernement néo-zélandais a exprimé officiellement son appui à la Déclaration à la dernière session de l'Instance permanente.

14. Le Rapporteur spécial prend note également avec satisfaction de la déclaration faite à la même session de l'Instance permanente par le représentant des États-Unis, qui a annoncé que son Gouvernement réexaminait sa position concernant la Déclaration au regard des lois et des politiques internes américaines. Il note que, le 3 mars 2010, la Gouverneure générale du Canada a déclaré – lors du discours du Trône – que son pays «prendra des mesures en vue d'appuyer» la Déclaration «dans le respect intégral de la Constitution et des lois du Canada». Si ces initiatives se confirment, les États-Unis et le Canada rejoindront la grande majorité des États Membres de l'ONU qui soutiennent la Déclaration, l'opposition à celle-ci devenant du même coup un problème du passé.

15. En mai 2010, le Rapporteur spécial a participé à un séminaire sur la question de la dimension interculturelle et de l'industrie du pétrole et du gaz en Amérique latine et dans les Caraïbes, organisé à Cartagena (Colombie) par l'Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural en Latinoamérica y el Caribe (ARPEL). À cette occasion, il a expliqué aux représentants et dirigeants de sociétés pétrolières et gazières de la région la responsabilité qui incombe aux entreprises privées de connaître et de respecter les normes internationales concernant les droits des populations autochtones.

16. En juillet 2010, le Rapporteur spécial a prêté son concours à l'élaboration du projet de loi sur la consultation des populations autochtones qui est en cours en Colombie. Cette mission s'inscrivait dans le cadre d'une initiative du Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme de Colombie, qui, à la demande du Groupe de travail sur l'obligation de consultation préalable du Ministère colombien de l'intérieur et de la justice, anime un processus participatif visant à réglementer l'obligation qui incombe à l'État de consulter les populations autochtones et afro-colombiennes.

2. Études thématiques

17. Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones jouant un rôle central dans l'élaboration des études thématiques, le Rapporteur spécial a continué de le seconder dans ses travaux (*supra*, par. 6). Il a en outre, comme les années précédentes, poursuivi ses propres recherches sur des questions qui reviennent de manière récurrente dans les différentes activités qu'il mène dans le cadre de son mandat, et qui correspondent à des tendances générales ou à des problèmes courants auxquels les populations autochtones doivent faire face dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. Pendant l'année écoulée, le Rapporteur spécial a consacré une attention particulière à l'analyse de l'action des entreprises sous l'angle des droits autochtones; cette question est traitée en détail dans la deuxième partie du présent rapport (*infra*, par. 26 à 91).

18. Dans le cadre de ces recherches, et sur la recommandation de l'Instance permanente, le Rapporteur spécial a proposé une réunion d'experts, à laquelle il a participé. Cette réunion a été organisée à Sitges (Espagne) en octobre 2009 par les ONG Kredha et UNESCO-Catalunya; les participants ont examiné les causes des différends liés aux activités des entreprises minières sur le territoire de populations autochtones, et étudié les mécanismes susceptibles de prévenir et résoudre ces litiges. Les débats ont été une source très importante pour la rédaction du présent rapport.

19. Les autres questions que le Rapporteur spécial étudie actuellement, ou qu'il va étudier sont notamment le pluralisme juridique et le droit coutumier autochtone; la situation des populations autochtones vivant volontairement isolées; les groupes et des personnes d'origine autochtone et l'habitat urbain.

3. Rapports de pays

20. Pendant la période considérée, le Rapporteur spécial a poursuivi son travail de recherche et d'élaboration de rapports sur la situation des droits de l'homme des populations autochtones dans certains pays, lorsqu'il y était invité par leur gouvernement.

21. Depuis la présentation de son dernier rapport au Conseil des droits de l'homme, le Rapporteur spécial a terminé des rapports sur la situation des populations autochtones au Botswana, en Colombie et en Australie⁵, et s'est rendu en Fédération de Russie⁶, dans la région Sápmi (qui correspond au territoire traditionnel de la population sâme des pays nordiques)⁷ et en Nouvelle-Zélande⁸, en vue de rendre compte de la situation générale des populations autochtones vivant dans ces pays. Pendant l'année, il a reçu des signes encourageants des Gouvernements de la République du Congo et d'El Salvador quant à un éventuel séjour dans ces deux pays.

4. Plaintes faisant état de violations des droits de l'homme

22. Le Rapporteur spécial a continué de s'acquitter de son mandat consistant à recueillir, solliciter, recevoir et échanger «des renseignements et des communications émanant de toutes les sources pertinentes, notamment des gouvernements, des populations autochtones elles-mêmes et de leurs communautés et organisations, sur les violations présumées des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont elles sont victimes»⁹. Pour ce faire, il a continué, comme à son habitude, de formuler des stratégies à long terme dans le cadre d'un «dialogue constructif continu avec toutes les parties prenantes»¹⁰.

23. Dans plusieurs des cas examinés, le Rapporteur spécial a formulé une série d'observations et de recommandations détaillées sur les mesures que, les États et, le cas échéant, d'autres parties concernées, devraient prendre à son avis pour remédier aux situations examinées, selon les normes internationales. Ces observations sont reproduites soit dans son rapport sur les communications (Add. 1), où figure également le résumé des communications adressées aux gouvernements et des réponses reçues, soit dans des documents à part. Ce procédé permet au Rapporteur spécial de cerner les problématiques de fond de telle ou telle situation, le but étant de susciter un esprit de coopération entre les États et les populations autochtones dans la recherche de solutions constructives.

24. Dans le même ordre d'idée, lors du séjour qu'il a fait en Australie en août 2009, le Rapporteur spécial a accordé une attention particulière au suivi de communications antérieures qui avaient trait aux effets de la politique du Gouvernement australien dénommée «Action d'urgence dans le Territoire du Nord» (*Northern Territory Emergency Response*) sur les droits des populations autochtones. Il a rédigé un document distinct contenant ses observations sur la question, qui est joint à son rapport sur la situation des populations autochtones en Australie¹¹.

25. Toujours dans le cadre du suivi des plaintes, le Rapporteur spécial s'est rendu au Guatemala en juin 2010 pour y enquêter sur la situation des autochtones touchés par la mine Marlin dans les municipalités de Sipacapa et de San Miguel Ixtahuacán. Lors de cette visite, le Rapporteur spécial a aussi examiné des questions de caractère général relatives à

⁵ A/HRC/15/37/Add.2, 3 et 4, respectivement.

⁶ A/HRC/15/37/Add.5.

⁷ A/HRC/15/37/Add.6.

⁸ A/HRC/15/37/Add.9.

⁹ Résolution 6/12 du Conseil des droits de l'homme, par. 1, al. b.

¹⁰ Ibid., par. 1, al. f.

¹¹ A/HRC/15/37/Add.4, appendice B.

l'application du principe de consultation des autochtones, en ce qui concerne notamment les industries minières¹².

III. Responsabilité des entreprises et droits des populations autochtones

26. L'une des questions qui reviennent le plus souvent dans les activités relevant du mandat du Rapporteur spécial est celle de l'impact des activités des entreprises, notamment transnationales, sur les droits des autochtones. Après avoir analysé plusieurs situations dans plusieurs régions, il a jugé nécessaire d'axer sur cette question ses recherches thématiques de l'année en vue de préciser le contenu de la responsabilité qui, selon les normes internationales, incombe aux entreprises dans ce domaine particulier.

27. La question des entreprises et des droits de l'homme est un sujet complexe auquel la communauté internationale porte un intérêt croissant. Cet intérêt s'est concrétisé notamment par la création du mandat du Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, institué par la Commission des droits de l'homme et reconduit par la suite par le Conseil¹³. Le Représentant spécial s'est intéressé tout particulièrement au rôle des entreprises du point de vue des droits de l'homme des populations autochtones¹⁴. Le Rapporteur spécial et l'équipe du Représentant spécial ont commencé de coopérer sur cette question, comme en témoigne le travail effectué à la réunion d'experts de Sitges sur les mécanismes de la prévention et de règlement des différends relatifs aux activités minières (voir *supra*, par. 18).

28. Malgré le nombre d'aspects communs qu'elle présente partout, la question du rôle des entreprises et des droits des autochtones présente aussi un certain nombre de particularités qu'ont fait apparaître les initiatives conduites par l'ancien Groupe de travail sur les populations autochtones, l'Instance permanente sur les questions autochtones¹⁵ et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme¹⁶. Les conséquences des « mégaprojets » pour les populations autochtones ont aussi été analysées dans un rapport thématique du précédent Rapporteur spécial¹⁷. Les différentes initiatives internationales menées à ce jour ont montré comment la méconnaissance de ces droits produit

¹² A/HRC/15/37/Add.8.

¹³ Résolution 8/7 du Conseil des droits de l'homme.

¹⁴ Voir le rapport de synthèse sur les consultations organisées par le Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (Bogota, 18 et 19 janvier 2007) à l'adresse: www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/Ruggie-Latin-America-Consultation-18-19-Jan-2007.pdf.

¹⁵ Voir le rapport de l'atelier international sur les perspectives concernant les relations entre les populations autochtones et les entreprises industrielles (Salekhard (Fédération de Russie), 1^{er}-4 juillet 2007) à l'adresse www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_PRIPIC_Report.pdf; voir aussi le rapport de la réunion du groupe international d'experts sur les industries extractives, les droits des populations autochtones et la responsabilité sociale des entreprises (Manille, 27-29 mars 2009) (E/C.19/2009/CRP.8).

¹⁶ Voir le rapport du séminaire sur les populations autochtones, les entreprises privées se consacrant à l'exploitation des ressources naturelles, énergétiques et minières, et les droits de l'homme (Genève, 5-7 décembre 2001) (E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3). Voir aussi rapport du séminaire international sur les entreprises exploitant des ressources naturelles, les populations autochtones et les droits de l'homme et la mise en place d'un cadre de concertation, de partage des avantages et de règlement des différends (Moscou, 3 et 4 décembre 2008) (A/HRC/EMRIP/2009/5).

¹⁷ Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen, présenté conformément à la résolution 2002/65 de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2003/90).

régulièrement de graves situations de spoliation, de pollution du milieu, d'évictions et de dommages irréversibles causés à la culture, aux traditions spirituelles et aux savoirs traditionnels des autochtones.

29. Comme on l'a étudié à la réunion d'experts de Sitges, les activités des entreprises dans des territoires autochtones sont de plus en plus souvent à l'origine de graves conflits sociaux qui engendrent eux-mêmes des cycles de violence dans lesquels de nouvelles violations des droits de l'homme sont commises. Le Rapporteur spécial rappelle, ce qu'il a déjà eu l'occasion de souligner, à savoir que dans tous les cas, ce ne sont pas seulement les autochtones qui sont lésés: les conflits sociaux provoqués par les entreprises dans les territoires autochtones finissent par porter atteinte aux intérêts économiques et à l'image des entreprises elles-mêmes, et sont aussi contraires à l'intérêt des gouvernements concernés¹⁸.

30. Le Rapporteur spécial a pu observer que ces situations sont souvent liées à la méconnaissance par les entreprises de leurs responsabilités en matière de droits autochtones et du contenu de ces droits¹⁹. Très souvent, elles font valoir qu'elles ne sont tenues que de respecter la légalité dans les pays où elles opèrent, mais cet argument tourne évidemment court, et n'offre pas de solutions quand les règles en vigueur, quand il y en a, sont insuffisantes au regard des normes internationales ou quand, tout bonnement, les populations autochtones ne sont pas reconnues officiellement comme telles.

31. Devant le déni persistant de leurs droits dans le contexte des activités des entreprises sur leur territoire, les populations autochtones sont nombreuses à manifester leur opposition voire à rejeter purement et simplement ces activités. Le Rapporteur spécial tient cependant à souligner que la plupart des populations et des communautés autochtones, comme elles l'ont exprimé à maintes reprises dans des instances nationales ou internationales, ne sont pas opposées aux activités des entreprises en tant que telles ni aux avantages qu'elles peuvent en tirer pour leur propre développement économique et social. Les études comparatives montrent en effet que les entreprises peuvent devenir un facteur de développement essentiel pour les populations autochtones, pour autant que celles-ci puissent encadrer ces activités en vertu de leurs droits à l'autonomie ou à l'auto-administration. Ce à quoi s'opposent les autochtones, de façon compréhensible, c'est les activités menées au mépris de leurs droits fondamentaux, dont ils n'ont que les effets négatifs et qui ne sont d'aucun bénéfice appréciable pour eux.

32. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial considère qu'il est absolument nécessaire de parvenir à s'entendre sur une conception minimale des responsabilités des entreprises concernant les droits des populations autochtones. Cette réflexion doit partir des mêmes bases que le débat international et multilatéral actuel sur la responsabilité générale des entreprises face aux droits de l'homme.

A. La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme

33. Même s'il n'y a pas à l'heure actuelle d'encadrement juridique international clair de la responsabilité qui incombe aux entreprises en matière de droits de l'homme, il existe au

¹⁸ A/HRC/6/12, par. 56.

¹⁹ Cet aspect a été souligné par le Rapporteur spécial, par exemple en 2009, à propos de l'affaire de la construction de la centrale hydroélectrique Chan 75 au Panama. Voir le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, James Anaya – Additif: Observations sur la situation de la communauté Charco la Pava et d'autres communautés touchées par le projet hydroélectrique Chan 75 (Panama) (A/HRC/12/34/Add.5), par. 54 à 59.

moins un certain consensus politique dans la communauté internationale sur l'existence d'une certaine forme de responsabilité. Ce consensus s'exprime par les nombreux cadres réglementaires ou auto-imposés qui existent en matière de responsabilité des entreprises et que l'on a vu apparaître ces dernières décennies, ainsi que par le débat dont toutes ces questions font l'objet actuellement²⁰.

34. Indépendamment de leur statut juridique, les différents instruments et mécanismes existants attestent clairement que la société attend des entreprises ce qu'elle considère comme leur obligation, c'est-à-dire un comportement responsable en matière de droits de l'homme. Le débat international actuel tend à souligner que les entreprises ont des responsabilités en matière de droits de l'homme qui, bien qu'elles leur soient apparentées, sont fondamentalement distinctes de celles qui reviennent aux États²¹. Dans ce domaine, le cadre théorique élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général distingue trois types d'obligations: l'obligation incombant à l'État de protéger, l'obligation de respecter incombant aux entreprises, et l'obligation commune de réparer²².

35. L'État a l'obligation de protéger les droits de l'homme contre d'éventuelles atteintes commises par les entreprises, y compris les sociétés transnationales; il est aussi tenu d'enquêter sur ces atteintes et de les sanctionner²³.

36. De leur côté, les entreprises ont l'obligation générale de respecter les normes internationales des droits de l'homme, au titre du «devoir de diligence» qui s'impose à leurs activités²⁴. Comme l'a indiqué le Représentant spécial du Secrétaire général, ce devoir a trois aspects.

37. Il y a en premier lieu le contexte du pays où l'entreprise exerce ses activités commerciales, dans lequel apparaissent les problèmes qui se posent éventuellement en matière de droits de l'homme en raison de certains éléments de ce contexte national. Ensuite, il y a les incidences que ses activités – production, fourniture de services, recrutement ou cohabitation avec le voisinage – peuvent avoir sur les droits de l'homme dans ce contexte. Enfin, il y a la question de savoir si elle ne risque pas de contribuer à des atteintes aux droits de l'homme par le biais de ses relations d'affaires, par exemple avec ses partenaires commerciaux, ses fournisseurs, les organismes publics et d'autres acteurs non étatiques²⁵.

38. L'obligation qu'ont les entreprises de respecter les droits de l'homme et le principe de l'obligation de vigilance dans ce domaine sont consacrés dans le Pacte mondial de l'ONU, qui est à ce jour l'initiative internationale la plus importante visant à faire assumer leur responsabilité sociale par les entreprises. Les principes 1 et 2 du Pacte affirment que les entreprises doivent «promouvoir et respecter le droit international des droits de l'homme dans leur sphère d'influence», et veiller à ne pas se rendre «complices de violations» de ces droits²⁶.

²⁰ On trouvera un état détaillé de la question dans les rapports du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales. Voir en particulier les documents E/CN.4/2006/97, A/HRC/4/35 et A/HRC/8/5, parus en 2006, 2007 et 2008, respectivement.

²¹ E/CN.4/2006/97, par. 56 à 69.

²² A/HRC/8/5.

²³ Voir A/HRC/4/35, par. 10 à 18, et A/HRC/8/16, par. 27 à 50 et 82 à 103.

²⁴ A/HRC/8/16, par. 51 à 81.

²⁵ A/HRC/4/35, par. 19.

²⁶ www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

B. Le devoir de respecter les droits des populations autochtones imposé à l'entreprise par les normes internationales

39. Les instruments internationaux existants qui traitent des droits des populations autochtones, à l'instar des instruments relatifs aux droits de l'homme de caractère général, régissent principalement des obligations qui incombent aux États. C'est le cas notamment de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et de la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants. Il reste que, parallèlement aux obligations qu'ils font aux États, ces instruments énumèrent des droits que les entreprises et d'autres acteurs privés doivent respecter aussi bien.

40. Dans sa Recommandation générale n° 23 sur les droits des populations autochtones, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale insiste particulièrement sur le problème de la perte de terres et de ressources autochtones au profit, notamment, de «sociétés commerciales», et sur la menace que cette perte représente pour les autochtones du point de vue de la «préservation de leur culture et leur identité historique»²⁷. Cette préoccupation a été réaffirmée dans la pratique du Comité et dans celle d'autres organes conventionnels comme le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui, comme l'a montré le Représentant spécial, insistent sur la nécessité pour les États d'adopter des mesures pour réglementer et encadrer les activités des sociétés minières et, le cas échéant, sanctionner ces sociétés en cas de violations des droits des autochtones²⁸.

41. Les cadres réglementaires ou auto-imposés qui organisent la responsabilité des entreprises à l'égard des populations autochtones sont plus développés que dans d'autres domaines des droits de l'homme²⁹. Plusieurs institutions financières internationales, notamment la Banque mondiale, y compris la Société financière internationale, ont mis au point des politiques ou des critères de comportement particuliers pour inciter les entreprises publiques et privées à respecter un minimum de normes internationales relatives aux droits des populations autochtones, sous des aspects centraux comme l'obligation de consultation ou les droits territoriaux³⁰.

42. Un certain nombre d'initiatives émanant de la société civile ou du secteur des entreprises en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE), de caractère aussi bien individuel que sectoriel, prévoient des normes spécifiques pour les droits des autochtones. Par exemple, les principes et les critères de gestion forestière du Forest Stewardship Council (FSC), utilisés pour la certification des forêts, ont pour fondement le respect des droits coutumiers des populations autochtones sur leurs terres et leurs territoires³¹. L'Initiative mondiale sur les rapports de performance (Global Reporting Initiative - GRI), qui a un caractère multisectoriel, tient également compte des droits des populations autochtones dans ses lignes directrices pour la présentation volontaire de

²⁷ A/52/18, annexe V, par. 3.

²⁸ A/HRC/4/35/Add.1, par. 17.

²⁹ *Loc. cit.* (*supra* note 14).

³⁰ Banque mondiale, politique opérationnelle OP 4.10, procédure de la Banque BP 4.10 (2005); critère de performance 7 de la SFI; Banque asiatique de développement, norme de responsabilité sociale SR-2 (1998, en cours de révision); Banque interaméricaine de développement, politique opérationnelle OP-765 (2006); Banque européenne pour la reconstruction et le développement, critère de performance PR-7 (2008).

³¹ Principes et critères du FSC pour la gestion des forêts, 2002; disponible à l'adresse: www.fscus.org/standards_criteria/.

rapports de durabilité³², notamment dans le secteur des mines et des métaux³³. Pour sa part, le Conseil international des mines et métaux (ICMM), qui regroupe les grandes entreprises de la branche dans le monde, a adopté une note de position sur les populations autochtones et les activités d'extraction³⁴.

43. D'après les informations recueillies par le Représentant spécial du Secrétaire général sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales, la politique de diverses entreprises privées, en particulier du secteur minier, en matière de responsabilité sociale, inclut des engagements plus étendus à l'égard des collectivités autochtones qu'envers d'autres groupes sociaux. Ces engagements vont du respect des cultures et des populations locales au relèvement de la situation économique de celles-ci, et s'étendent dans certains cas au consentement préalable donné librement et en connaissance de cause³⁵.

44. En outre, le Rapporteur spécial constate avec un intérêt particulier l'apparition d'une série de grandes initiatives nationales visant à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises à l'égard des autochtones, que ce soit dans leur propre pays ou à l'étranger. C'est ainsi que la Commission australienne des droits de l'homme a soutenu activement des négociations entre entreprises et autochtones au titre de cette responsabilité³⁶. Le système d'évaluation du respect des droits de l'homme mis en place par l'Institut danois des droits de l'homme prévoit également un certain nombre de critères relatifs aux droits des populations autochtones, définis sur la base de la Convention n° 169 de l'OIT³⁷. En outre, certaines politiques de coopération bilatérale avec les populations autochtones, comme celles de l'Agence danoise de développement international (DANIDA)³⁸, ou de l'Agence espagnole pour la coopération internationale et le développement (AECID)³⁹, témoignent aussi d'une volonté de promouvoir la responsabilité des entreprises, multinationales comprises.

45. L'intérêt croissant des différents acteurs pour la mise en place de cadres réglementaires ou auto-imposés sur le respect des droits des populations autochtones est le signe d'une prise de conscience des effets néfastes de certains types de pratiques économiques sur ces populations, ainsi que du principe, de plus en plus partagé, selon lequel les entreprises ont un certain nombre de responsabilités quant au respect des droits de ces populations tels que garantis par les normes internationales en vigueur. La communauté internationale attend notamment des entreprises, au titre de la diligence à laquelle elles sont tenues en matière de droits de l'homme, qu'elles assument un rôle actif consistant à rechercher les droits qu'ont les autochtones des régions où elles opèrent et à déterminer les incidences que leur activité aura pour eux. Elle s'attend aussi clairement à ce

³² Disponible à l'adresse: www.globalreporting.org/ReportingFramework/SectorSupplements/MiningAndMetals/.

³³ Disponible à l'adresse: www.globalreporting.org/NR/rdonlyres/54851C1D-A980-4910-82F1-0BDE4BFA6608/2729/G3_SP_RG_Final_with_cover.pdf.

³⁴ ICMM, note de position sur l'activité minière et les populations autochtones (2009), disponible à l'adresse: www.icmm.com/document/293.

³⁵ A/HRC/4/35/Add.3, par. 60 à 62.

³⁶ Voir www.hreoc.gov.au/social_justice/publications/corporateresponsibility/index.html.

³⁷ Voir <https://hrca.humanrightsbusiness.org/>.

³⁸ DANIDA, stratégie pour l'appui du Danemark aux populations autochtones (2004): www.um.dk/Publikationer/Danida/English/DanishDevelopmentCooperation/StrategyforDanishSupport/strategyforDanishSupport.pdf, p. 16.

³⁹ AECID, Stratégie sectorielle de la coopération espagnole avec les populations autochtones (2007), disponible à l'adresse: <http://194.140.3.20/export/sites/default/web/galerias/programas/Indigena/descargas/ecepi.pdf>, p. 67.

que leurs activités respectent les droits autochtones, et à ce que, loin de faire obstacle à l'obligation qu'a l'État de les protéger, elles en favorisent le respect.

C. L'obligation de diligence des entreprises en matière de droits des autochtones

46. Dans le contexte des questions autochtones, 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 activités.

47. Comme l'a souligné le Représentant spécial du Secrétaire général, cette obligation de vigilance ne s'arrête pas au respect de l'ordre juridique interne des États dans lesquels les entreprises opèrent, celui-ci étant bien souvent lacunaire; elle doit aussi répondre aux normes internationales que doivent respecter ces États, tout comme l'ensemble de la communauté internationale⁴⁰. Par conséquent, les entreprises qui aspirent à mener leurs activités en respectant cette délégation particulière à l'égard des droits des autochtones devraient inscrire leurs activités dans les limites des droits consacrés par ces normes, notamment dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention n° 169 de l'OIT, même si elles opèrent dans des pays qui n'ont pas accepté officiellement ou n'ont pas ratifié ces normes.

48. Pour être quittes de cette obligation, les entreprises doivent également s'abstenir de contribuer au non-respect par les États de leurs obligations internationales dans ce domaine et ne pas chercher à se substituer à eux dans leurs responsabilités. Cette considération s'applique particulièrement à l'obligation qu'a l'État de consulter les peuples autochtones, liée au devoir de protection des droits importants qui leur sont reconnus (*infra*, par. 60 à 70).

1. La reconnaissance des peuples autochtones

49. L'une des difficultés fondamentales auxquelles font face les entreprises qui opèrent sur des territoires où vivent des autochtones ou dont les activités concernent ces territoires, est le fait que les populations en question ne sont pas reconnues officiellement par les États où elles vivent ou que seulement certains groupes le sont. Néanmoins, en droit international des droits de l'homme, il est généralement admis que l'existence de groupes se distinguant par des caractéristiques ethniques, linguistiques ou religieuses propres, dont les peuples autochtones, est établie à l'aide de critères objectifs et qu'elle ne doit pas être tributaire d'une décision unilatérale de l'État⁴¹.

⁴⁰ A/HRC/8/5, par. 54.

⁴¹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 23: «Droit des minorités (art. 27)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), par. 5.2.

50. La non-reconnaissance explicite ou la reconnaissance partielle des populations autochtones par les États où les entreprises opèrent ne peut constituer une excuse qui permettrait à celles-ci de ne pas appliquer les normes internationales minimales concernant les droits de ces populations, même si les États s'opposent à cette application. Par conséquent, l'obligation de diligence impose aux entreprises de vérifier préalablement à toute activité si des autochtones risquent d'être touchés par leurs travaux et de déterminer dans quelle mesure.

51. Cette responsabilité a été incorporée explicitement dans les politiques de la Banque mondiale et de la Société financière internationale en faveur des peuples autochtones. La Banque mondiale souligne notamment que la notion «de peuple autochtone» comprend la référence générique aux «groupes vulnérables possédant une identité sociale et culturelle distincte» aux caractéristiques propres, et prend note du fait que ces peuples peuvent être identifiés sous diverses dénominations, selon le contexte⁴². Ces deux institutions exigent des prestataires qu'ils réalisent des études techniques avant de commencer toute activité, lorsque cela est nécessaire⁴³.

52. En l'absence d'une définition universellement admise, les entreprises pourraient utiliser celle que donne la Convention n° 169 de l'OIT, également utilisée par des États qui n'ont pas transposé la Convention dans leur législation ni dans les mesures prises en faveur des autochtones, ainsi que par de nombreuses organisations internationales et quelques entreprises. Pour savoir quelles sont les populations autochtones risquant d'être affectées par leurs projets, y compris celles qui ne sont pas reconnues officiellement, les entreprises disposent également des critères retenus dans les politiques adoptées par la Banque mondiale et la Société financière internationale⁴⁴.

2. Les droits sur les terres, les territoires et les richesses naturelles

53. La vigilance dont l'entreprise doit faire preuve lorsque ses activités risquent d'avoir un impact sur les autochtones présente un autre aspect: l'identification des formes autochtones de propriété foncière et d'utilisation des terres, des territoires et des richesses naturelles, qui est d'une importance fondamentale pour l'exercice effectif des droits de l'homme par les populations autochtones.

54. Selon les normes et la pratique internationales, les populations autochtones ont un droit *sui generis* de propriété collective «sur les terres, territoires et ressources naturelles qu'ils occupent ou utilisent traditionnellement», c'est-à-dire conformément à leur modèle culturel distinct d'occupation et d'exploitation (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 24 à 29; Convention n° 169, art. 13 à 17). Ces modèles comprennent un vaste éventail d'activités qui ne se limitent pas nécessairement à l'économie de subsistance mais comprennent également l'investissement culturel et spirituel du territoire et les ressources nécessaires au développement économique et social de ces populations. En droit international, le droit des autochtones sur les terres, les territoires et les richesses naturelles découle de leur droit coutumier propre, de leurs valeurs ainsi que de leurs traditions et coutumes; il ne dépend donc pas de la reconnaissance de l'État, sanctionnée par un titre officiel de propriété, et lui est préalable.

55. Les entreprises soucieuses d'agir avec la diligence voulue à l'égard des droits des autochtones ne peuvent faire valoir qu'il n'y a pas de reconnaissance officielle de la propriété collective autochtone, soit que cette propriété n'ait pas été consacrée par des démarcations, des titularisations foncières ou quelque autre mécanisme juridique, soit qu'il

⁴² Banque mondiale, OP 4.10, par. 3 et 4.

⁴³ Ibid., par. 4 et PS-7, par. 6.

⁴⁴ OP 4.10, par. 4; PS-7, par. 5.

y ait un vide juridique dans ce domaine; l'argument ne peut non plus excuser leur comportement. Par conséquent, le devoir de diligence de l'entreprise comprend la responsabilité d'établir une évaluation indépendante des droits que les autochtones peuvent exercer en suivant les critères établis dans les normes internationales, et ce d'autant plus si la législation interne n'est pas pleinement conforme aux critères en question.

56. C'est dans cette logique que s'inscrivent les «politiques en faveur des peuples autochtones» adoptées par la Banque mondiale et la Société financière internationale, qui appliquent une série de critères spéciaux lorsque les projets des prestataires ont une incidence quelconque sur les territoires ou les richesses naturelles exploités traditionnellement par les autochtones. Ainsi, en ce qui concerne les projets qui dépendent de la reconnaissance des droits de propriété collective autochtone ou qui impliquent l'acquisition de terres, ces politiques exigent la production d'expertises préalables des régimes autochtones d'exploitation et d'occupation foncières. Il faut également appliquer à la propriété traditionnelle autochtone un traitement égal à celui qui serait appliqué à des propriétaires possédant des titres fonciers légaux⁴⁵.

57. Étant donné que le régime coutumier d'occupation des terres est l'un des traits qui caractérisent la plupart des autochtones partout dans le monde et qu'il est également un élément fondamental de la reconnaissance internationale des droits de ces populations, l'existence même de ces groupes dans les zones géographiques où les entreprises prévoient d'opérer devrait amener ces dernières à conclure qu'il y a une forte présomption que les peuples en question possèdent un certain droit sur les terres et les ressources qu'ils occupent ou utilisent de quelque autre manière. Elles ne peuvent inversement conclure que les droits de propriété collective des autochtones n'existent pas parce qu'ils ne sont pas officiellement reconnus.

58. Il est également important que, dans le cadre de leurs activités, les entreprises prévoient des garanties spéciales d'indemnisation pour les populations et communautés autochtones amenées à quitter leurs terres, notamment dans le cas des travaux qui supposent l'acquisition de terres autochtones appartenant officiellement à des particuliers. Dans de tels cas, les normes internationales prescrivent d'une part la recherche de solutions de rechange évitant ou limitant les évictions, et d'autre part l'indemnisation prioritaire sous forme de terres de rechange (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 10; Convention n° 169 de l'OIT, art. 16). De même, selon la Déclaration des Nations Unies, l'État est tenu d'obtenir le consentement des autochtones avant d'autoriser leur déplacement collectif (art. 10).

59. En ce qui concerne les terres, les territoires et les richesses naturelles autochtones, le devoir de diligence impose aux entreprises de se livrer à un exercice de compréhension interculturelle dépassant le cadre strictement juridique. Les normes internationales ont mis en évidence l'importance spéciale que revêt pour les autochtones le rapport à leurs territoires traditionnels, fondement de leur identité et de leur singularité culturelle. Les entreprises doivent comprendre qu'indépendamment des droits qu'elles peuvent avoir sur leurs terres ou ressources selon le droit interne ou international, ces populations entretiennent avec leurs territoires traditionnels, parce qu'elles participent d'une certaine façon à leur contrôle et à leur gestion, un lien qu'elles souhaitent conserver. Ce lien a un caractère collectif qui va au-delà des droits de chacun des individus qui les composent.

⁴⁵ OP 4.10, par. 17; PS-7, par. 13.

3. Le devoir de consultation de l'État et les responsabilités qui en découlent pour les entreprises

60. Le Rapporteur spécial avait déjà expliqué dans son rapport précédent qu'il avait constaté que lorsque les États ne respectent pas leur obligation de consulter les populations autochtones avant d'autoriser des activités les affectant et, en particulier, des projets susceptibles d'avoir des répercussions à leur niveau, il se produisait immanquablement des «situations conflictuelles, dans lesquelles les autochtones expriment leur colère et leur méfiance et qui dans certains cas dégénèrent en violences»⁴⁶.

61. Le Rapporteur spécial estime important de signaler, comme il l'a déjà fait dans son rapport précédent, qu'en vertu de principes de droit international bien établis, le devoir de consulter les peuples autochtones incombe principalement aux États, comme toute autre obligation dérivée des droits de l'homme⁴⁷. Pourtant, dans la pratique, il est fréquent que les États délèguent, officiellement ou non, aux entreprises la réalisation des consultations prévues. Comme l'a signalé le Rapporteur spécial, le fait de confier ainsi à une entité privée une obligation incombant à l'État en matière de droits de l'homme n'exonère pas celui-ci de sa responsabilité première, mais n'est sans doute pas non plus souhaitable et peut même être problématique parce que les intérêts privés, qui ont en général un but lucratif, ne peuvent jamais se concilier totalement avec l'intérêt public ou les intérêts des peuples autochtones en cause⁴⁸. De plus, dans la plupart des cas, même lorsqu'elles agissent de bonne foi, les entreprises ne connaissent pas toujours les normes internationales pertinentes ni ne possèdent de code de conduite interne consacrant les principes relatifs aux droits de l'homme⁴⁹.

62. L'enchaînement de l'obligation de consulter qu'a l'État aux consultations réalisées par les entreprises privées peut se décrire de la manière suivante. Premièrement, selon les normes internationales, les États doivent consulter les populations autochtones avant d'approuver aucune mesure pouvant avoir des incidences directes sur leurs droits surtout quand il s'agit d'activités menées sur les territoires autochtones traditionnels (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 19 et par. 2 de l'article 32; Convention n° 169 de l'OIT, art. 6 et 15). Ces consultations doivent être menées dans les conditions fixées par les normes internationales, qui ont été analysées par le Rapporteur spécial dans son rapport précédent et qui, dans certains cas, comprennent le consentement des populations autochtones affectées⁵⁰.

63. Lorsque l'État accorde une concession à une entreprise, quel que soit le régime juridique applicable (concession proprement dite, accord de coproduction ou encore accord de prestation de services), il est tenu de consulter les autochtones concernés dès les premières phases du projet, idéalement durant la phase de l'inventaire et, en tous cas, avant l'ouverture du marché public et l'adjudication de la concession. La condition de la consultation préalable est encore plus stricte lorsqu'il s'agit d'activités menées par des entreprises publiques.

64. La consultation ne peut être conçue comme un acte unique, elle est plutôt un processus de dialogue ou de négociation variant en fonction des circonstances. Bien souvent, en particulier lorsqu'il s'agit de réalisations comme la construction de barrages ou de grands ouvrages, ou encore d'exploitation de ressources minières ou d'hydrocarbures, les projets dépendent de diverses décisions administratives, par exemple la délivrance d'un

⁴⁶ A/HRC/12/34, par. 36.

⁴⁷ Ibid., par. 55.

⁴⁸ Ibid., par. 54.

⁴⁹ Ibid., par. 55 à 57.

⁵⁰ Ibid., par. 47.

visa écologique. Dans la mesure où ces décisions sont prises par des organismes publics et entraînent une modification, si modeste soit-elle, du projet initial qui avait fait l'objet des consultations avec les intéressés, l'État a l'obligation d'informer et de consulter de nouveau ces derniers.

65. Au titre de cette obligation de diligence à l'égard des droits des autochtones, les entreprises doivent veiller à ce que leur comportement ne concoure à aucune action ou omission de l'État qui pourrait entraîner des atteintes à ces droits. Ainsi, elles ne devraient pas accepter de concession ni entreprendre de travaux si l'État n'a pas procédé aux consultations préalables voulues avec les communautés autochtones affectées⁵¹; elles ne peuvent pas non plus se contenter de supposer que ces consultations ont eu lieu avant d'obtenir leur concession. Elles ne doivent pas chercher à se substituer à l'État en organisant des consultations qui incombent à celui-ci en vertu de son obligation de consulter les autochtones sur les activités qui les affectent.

66. Par conséquent, une entreprise «raisonnablement diligentes» du point de vue des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme, ne doit pas entreprendre d'activité dans un pays où les autochtones ne sont pas dûment consultés en général – ni en particulier en ce qui concerne la réalisation qui fait l'objet de la concession – selon les conditions fixées par les normes internationales.

67. Indépendamment de la responsabilité primordiale qui incombe à l'État de consulter les populations autochtones avant de prendre aucune mesure les affectant et en dehors des cas où il serait seul à endosser cette responsabilité, les entreprises sont aussi tenues de respecter le droit des autochtones de participer à la prise de décisions concernant la mesure envisagée, notamment en consultant des représentants informés de ces populations. Ces consultations sont particulièrement nécessaires lorsqu'il s'agit de réaliser des études d'impact et d'adopter des mesures d'indemnisation et de partage des avantages tirés du projet (*infra*, par. 71 à 80). Dans la mesure où il s'agit au premier chef d'une responsabilité de l'État, les consultations tenues par les entreprises devraient être supervisées par l'État⁵².

68. La consultation et le dialogue permanents avec les communautés intéressées constituent de plus un moyen d'encourager la transparence par la diffusion d'informations et de susciter la confiance nécessaire pour obtenir éventuellement l'adhésion au projet et écarter les risques de conflit. Ainsi, la consultation des autochtones peut être un mécanisme d'alerte faisant apparaître précocement les effets néfastes des projets envisagés ou permettant de tenir compte des griefs qu'ils font naître et de prendre des mesures pour éviter que des problèmes similaires ne se reproduisent.

69. 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, comme l'a recommandé le Rapporteur spécial à propos des conflits provoqués par des activités projetées en territoire autochtone⁵³. Ces instances pourraient aussi être associées à des mécanismes informels qui traiteraient les griefs soulevés par les communautés affectées.

⁵¹ Ibid., par. 57.

⁵² Ibid.

⁵³ Voir, par exemple, la note préliminaire du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, relative à l'application du principe de la consultation des peuples autochtones au Guatemala et au cas de la mine Marlin (A/HRC/15/37/Add.8, par. 38).

70. Les entreprises doivent assumer le fait que la consultation des autochtones fait partie du respect des droits de l'homme. Cela implique nécessairement un changement de perspective, un dépassement de la vision traditionnelle de la participation locale, celle qui permet d'obtenir son permis social d'exploitation. À cet égard, le Rapporteur spécial soulignera que les entreprises doivent tout mettre en œuvre pour organiser des consultations sérieuses, transparentes et effectives, correspondant réellement à l'objectif de l'accord ou du consensus avec les autochtones, conformément aux instruments internationaux. Pour les mener à bien, elles devraient s'employer à incorporer les critères minimaux définis dans ces instruments, particulièrement lorsque le droit interne ne propose pas de réglementation expresse ou n'en propose qu'une trop peu développée.

4. Études d'impact et mesures d'indemnisation

71. L'étude des conséquences des projets et les mesures d'indemnisation à appliquer en cas d'effets dommageables vont nécessairement de pair avec la consultation. Comme le lien spécial qui unit les autochtones à leur habitat naturel est reconnu dans les textes internationaux, le droit des peuples autochtones à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources l'est aussi largement (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 29, par. 1), et des mesures spéciales pour protéger ce milieu sont exigibles (Convention n° 169 de l'OIT, art. 4, par. 1). Le droit en question s'ajoute aux droits sociaux et culturels qui peuvent être affectés par l'activité des entreprises.

72. Comme, donc, le droit des autochtones à la préservation et à la protection du milieu est solidement établi, les normes et la pratique internationales veulent que soient réalisées les études d'impact social et environnemental qui donneront des garanties spécifiques de protection de ces droits, notamment quand les projets d'investissement, de développement, d'exploration ou d'extraction des ressources naturelles les menacent. Il convient de mentionner à ce sujet le paragraphe 3 de l'article 7 de la Convention n° 169 de l'OIT, qui fixe l'obligation incombant aux États de faire en sorte que «des études soient effectuées en coopération avec les peuples intéressés, afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle et culturelle et sur l'environnement que les activités de développement prévues pourraient avoir sur eux», ces études devant être considérées comme un «critère fondamental» pour la mise en œuvre de ces activités. Dans son arrêt *Pueblo Saramaka v. Suriname*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que la réalisation d'études d'impact social et environnemental était une garantie du droit de propriété collective des autochtones contre les projets entrepris sur leur territoire; elle a précisé que les études en question devaient être réalisées par des «acteurs indépendants et qualifiés techniquement, sous la supervision de l'État»⁵⁴. Ces études sont également exigées expressément dans les politiques établies par diverses institutions financières internationales.

73. Comme l'a signalé le Représentant spécial du Secrétaire général au sujet des sociétés multinationales, il faut changer le modèle traditionnel des études d'impact pour y incorporer pleinement le souci des droits de l'homme. Selon cette nouvelle voie d'approche, lorsqu'elles fixent les spécifications des études d'impact sur les droits des autochtones, les entreprises devraient «répertorier les critères pertinents en matière de droits de l'homme, y compris ceux qui sont établis dans les conventions internationales que le pays d'origine et le pays d'accueil ont signées (en signalant peut-être aussi les conventions relatives aux droits de l'homme que ces pays n'ont pas ratifiées)» et d'autres critères fondamentaux, dont les «traditions et règles coutumières autochtones (par exemple, celles

⁵⁴ *Pueblo Saramaka v. Suriname*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 172 (2008), par. 129.

qui régissent la répartition et la propriété de la terre)»⁵⁵. Tel est par exemple le point de vue adopté pour les Directives Akwé Kon par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, normes qui devraient faciliter l'évaluation des conséquences culturelles, environnementales et sociales des projets réalisés ou ayant des incidences en territoire autochtone.

74. Ces études d'impact n'ont d'autre finalité que l'adoption de toutes les mesures nécessaires pour prévenir les risques d'effets néfastes des activités prévues sur l'environnement et la vie sociale, économique, culturelle et spirituelle des autochtones. L'obligation imposée aux entreprises de respecter leurs droits suppose que tout est fait pour trouver des solutions de rechange techniquement viables qui tempèrent ou limitent ces effets (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 32, par. 3). Lorsqu'il n'est pas possible d'éviter les préjudices pour des raisons fondamentales, les autochtones doivent être indemnisés selon un régime de réparation juste et équitable de tout dommage causé par l'entreprise, comme il ressort clairement des dispositions des instruments internationaux pertinents (Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 20, par. 2, 32, par. 2; Convention n° 169 de l'OIT, art. 15, par. 2).

75. Il ressort en effet clairement des normes internationales que l'indemnisation doit réparer toutes les conséquences dommageables que peut avoir l'activité de l'entreprise pour la vie quotidienne des autochtones, que ces conséquences atteignent le milieu ou la capacité de production des intéressés ou qu'elles soient préjudiciables aux divers aspects de leur vie sociale, culturelle et spirituelle. À cet égard, la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme offre une série d'exemples d'une grande utilité sur les modes d'indemnisation et de réparation en cas de préjudice causé aux pratiques sociales et culturelles des autochtones⁵⁶.

5. Participation aux avantages

76. De cette question d'indemnisation se distingue celle du droit qu'ont les autochtones de participer aux avantages découlant des projets qui sont réalisés sur leur territoire traditionnel, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'exploitation de leurs richesses naturelles. Le devoir d'établir des mécanismes permettant cette participation aux populations affectées par les travaux est régi expressément par le paragraphe 2 de l'article 15 de la Convention n° 169 de l'OIT, tel que corroboré notamment par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁵⁷ et celle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁵⁸.

77. Ce droit d'avoir part aux avantages que comportent les projets qui affectent les territoires traditionnels des autochtones découle de la large reconnaissance par la communauté internationale du droit de propriété collective, qui s'étend à certains autres droits en matière d'exploitation, de gestion et de protection des ressources naturelles, que celles-ci aient un statut de propriété privée ou de bien commun⁵⁹. Le Rapporteur spécial précédent a également affirmé qu'un «partage des avantages acceptable par toutes les parties» constitue une forme de garantie des droits de l'homme des peuples autochtones

⁵⁵ E/CN.4/2006/97, par. 23.

⁵⁶ Voir en particulier, *Masacre de Paz de Sánchez v. Guatemala*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 116 (2004).

⁵⁷ *Loc. cit.* (*supra*, note 54).

⁵⁸ CERD/C/EQU/CO/19, par. 16.

⁵⁹ Voir la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 25, par. 1, et art. 26, par. 1. Voir également la Convention n° 169 de l'OIT, art. 15, par. 1.

«s'agissant des grands projets de développement»⁶⁰. Pour sa part, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que la participation aux avantages constituait une des garanties nécessaires dans toutes les situations entraînant une limitation des droits de propriété collective autochtones, cette participation devant être comprise comme l'équivalent du droit à l'indemnisation équitable de la réduction ou de la dépossession de la propriété qui prévoient les instruments internationaux.

78. Les normes internationales ne donnent pas la formule qui garantirait précisément le partage des avantages en faveur des autochtones, sinon que la répartition doit en être «juste et équitable»⁶¹. Sur ce plan, la législation des États présente encore de sérieuses lacunes. Rares sont celles qui garantissent la participation aux avantages tirés de l'exploitation des richesses naturelles et lorsque la loi l'établit, elle ne fait guère la distinction entre les avantages qui reviennent à la population locale et ceux qui reviennent aux autochtones en tant que tels. Ceux qui sont partagés sont en général minimes par rapport aux bénéfices que font les entreprises et, en général également, il n'y a pas de règle de répartition claire et transparente.

79. Lorsque l'ordre juridique interne offre une réponse partielle au problème, ou n'en offre carrément aucune, la diligence dont les entreprises doivent faire preuve à l'égard des droits des autochtones peut se concrétiser par la création expresse de mécanismes de partage des avantages, inspirés des normes internationales. Le Rapporteur spécial doit souligner ici qu'une philosophie d'entreprise soucieuse des droits autochtones conçoit nécessairement le partage des avantages comme une manière de respecter un droit et non comme une concession gracieuse ou un geste philanthropique visant à susciter l'adhésion sociale à l'activité dont il s'agit ou à réduire sensiblement les risques de conflit⁶².

80. Dans la perspective des droits des peuples autochtones, le partage des avantages doit dépasser les approches uniquement pécuniaires qui, dans certains cas, ne sont pas adaptées aux particularités des communautés bénéficiaires⁶³. Comme l'ont souligné les participants au séminaire international organisé par l'Instance permanente à Manille en 2009, «les paiements aux communautés autochtones ont souvent des effets néfastes et sont des facteurs de division», et peuvent facilement entraîner des pratiques de «contrainte, voire de corruption»⁶⁴. Il faut s'interroger sur les mécanismes de participation aux avantages qui renforceraient réellement la capacité des peuples autochtones de décider des urgences de leur propre développement, de s'y tenir et de mettre en œuvre leurs propres mécanismes de décision et leurs propres institutions.

IV. Conclusions et recommandations

81. L'imprécision qui règne à propos de la responsabilité des entreprises, en particulier des entreprises transnationales, en ce qui concerne les droits des populations autochtones est à l'origine de nombreuses violations que ces droits subissent partout dans le monde. Les activités que mènent les entreprises sans tenir compte de ces droits, tels qu'ils sont définis par les normes internationales, ont des effets gravement nocifs pour l'habitat et la vie économique, sociale, culturelle et spirituelle des autochtones. L'irresponsabilité des entreprises, facilitée dans certains

⁶⁰ E/CN.4/2003/90, par. 66.

⁶¹ *Loc. cit.* (*supra*, note 54), par. 133, 134 et 140.

⁶² A/HRC/12/34/Add.5, par. 40.

⁶³ E/C.19/2009/CRP.8, par. 16.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 17 (traduction non officielle).

cas par la connivence ou l'incurie des autorités publiques, reste la source de graves conflits sociaux dans les régions où vivent les autochtones.

82. Ces conflits, qui s'amplifient à mesure que l'exploitation des ressources naturelles et les grands travaux gagnent de nouvelles régions, ont conduit à des situations réellement ingouvernables où se trouve en échec la capacité des États et même des entreprises de réaliser des projets s'ils ne tiennent pas compte des droits des population en cause.

83. Instruite de l'expérience de ce genre de situation, la communauté internationale tient pour acquis, comme le pensent de plus en plus souvent les acteurs directement concernés, y compris les intéressées elles-mêmes, que les entreprises ont une série de responsabilités en matière de droits des peuples autochtones. Dans le cadre théorique établi par le Représentant spécial du Secrétaire général sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises (protéger, respecter, réparer), il leur incombe, au minimum de respecter les normes internationales relatives aux droits fondamentaux des populations autochtones.

84. Puisqu'il leur incombe de respecter les droits des autochtones, les entreprises ont une obligation de «diligence raisonnable» telle qu'elles doivent déterminer les circonstances juridiques, institutionnelles ou autres qui influent sur l'exercice effectif de leurs droits pour les autochtones dans les pays où elles opèrent, évaluer correctement les éventuels effets néfastes que peut avoir leur activité sur ces droits et éviter que celle-ci ne concoure à des actions ou à des omissions de l'État et d'autres acteurs qui y feraient infraction.

85. Le devoir de diligence quant aux droits des autochtones oblige en premier lieu les entreprises à chercher s'il y a des populations autochtones que menacent leurs activités, même si l'État ne reconnaît pas que ces populations existent à l'intérieur de ses frontières ou ne le reconnaît que partiellement. Pour ce faire, les entreprises doivent se fonder sur les critères internationaux qui définissent la qualité de population autochtone et sont le fondement d'une série de droits particuliers.

86. Ce même devoir oblige en deuxième lieu les entreprises à tenir compte des normes internationales qui régissent la reconnaissance des droits des populations autochtones, en particulier ceux qui visent leurs terres, leurs territoires et leurs richesses ressources naturelles, notamment lorsque la législation nationale en diffère considérablement. Par conséquent, les entreprises doivent reconnaître pleinement les droits territoriaux que les autochtones tirent de leur régime coutumier d'occupation des terres, que l'État les reconnaisse officiellement ou non.

87. L'obligation de diligence implique en troisième lieu que les entreprises reconnaissent l'obligation qu'ont les États de consulter les autochtones (et, le cas échéant, d'obtenir leur consentement), avant de prendre des mesures susceptibles de les toucher directement, en particulier quand il s'agit de travaux affectant leur territoire traditionnel. Elles ne doivent pas chercher à se substituer aux pouvoirs publics, que les normes internationales font directement responsables des consultations; au contraire, elles doivent faire pleinement assumer cette responsabilité par les gouvernements.

88. Enfin, les entreprises ne respecteraient pas leur obligation de diligence quant aux droits de l'homme si elles décidaient d'entreprendre telle ou telle réalisation ou d'opérer dans tel ou tel pays alors que le gouvernement ne garantit pas que les autochtones sont dûment consultés.

89. Même si c'est aux États qu'il appartient au premier chef de consulter les autochtones, les entreprises doivent respecter le droit renforcé de ces peuples de participer aux décisions qui les affectent en recourant à des dispositifs adéquats de concertation et de dialogue. La consultation doit alors avoir pour objet la recherche du consensus autour de questions aussi essentielles que la détermination des éventuels effets néfastes des travaux, les mesures d'atténuation de ces effets, l'indemnisation éventuelle et le mécanisme de partage des avantages à attendre de l'activité. Là encore, pour prétendre agir avec la «diligence raisonnable» qu'on attend d'elles, les entreprises doivent faire que les consultations qu'elles organisent soient conformes aux critères du droit international, particulièrement lorsque les réglementations sont lacunaires, voire inexistantes, dans l'ordre juridique interne des États où elles opèrent.

90. Un processus de consultation adéquat signifie qu'une information complète est donnée sur le projet que l'entreprise se propose de réaliser; il faut donc commencer par procéder à des études d'impact. Dans la perspective des droits de l'homme, ces études, réalisées sous la supervision de l'État par des entités indépendantes et d'une fiabilité technique éprouvée, doivent porter sur tous les effets néfastes potentiels concernant les droits des autochtones affectés. Elles doivent également présenter les solutions qui permettraient de limiter ces effets. Lorsque ces solutions n'existent pas ou qu'elles sont techniquement irréalisables, les entreprises doivent prévoir d'indemniser les autochtones pour les préjudices subis.

91. Indépendamment de l'indemnisation éventuelle, l'obligation qu'ont les entreprises de respecter les droits des autochtones leur impose notamment de mettre en place des mécanismes permettant aux intéressés de recevoir leur part des avantages que comportent les projets. Cette participation répond en partie au principe de l'indemnisation équitable lorsque les populations concernées sont totalement ou partiellement privées de leurs droits, en particulier de leur droit à la propriété collective sur les terres, les territoires et les richesses naturelles. Les entreprises doivent veiller à ce que les formules de participation aux avantages répondent véritablement à cette finalité et soient adaptées à la situation particulière des populations dont il s'agit.
