



**Forest Peoples
Programme**

Le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé et la Revue des industries extractives de la Banque mondiale



Fergus MacKay

28 juin 2004

Le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé et la Revue des industries extractives de la Banque mondiale

Fergus MacKay

Coordonnateur, Programme juridique et des droits de l'homme.

(fergus@euronet.nl) L'auteur a été membre du Comité consultatif composé de personnalités éminentes, qui a apporté des conseils sur le contenu du rapport de la RIE.

Article paru dans le Volume IV, Numéro 2 de

Sustainable Development Law & Policy

Journal du Collège de droit de l'Université Américaine de Washington et du Centre pour les lois internationales de l'environnement (CIEL)



© Forest Peoples Programme, 2004

Edition anglaise : Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review

Edition espagnole : El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial

Photo de couverture : La communauté Akawaio à Isseneru en Guyane est entourée de tous côtés par des concessions minières imposées sans aucune consultation préalable.
Marcus Colchester

Table des matières

I	Introduction	1
II	La Revue des industries extractives	2
A	Recommandations de la RIE	2
B	Projet de réponse de la direction à la RIE	10
C	Réponse de la direction de juin 2004	13
III	Libre consentement préalable et éclairé	15
A	Qu'est-ce que libre consentement préalable et éclairé ?	15
B	Pourquoi le libre consentement préalable et éclairé est-il important ?	15
C	Droit international et droits des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé	19
D	Le libre consentement préalable et éclairé dans les normes de développement	27
E	« Opérationnalisation »	30
F	Composants du libre consentement préalable et éclairé	34
IV	Conclusion	39

I Introduction

Le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé prend de plus en plus d'importance dans le droit international, en particulier dans la jurisprudence des instances internationales des droits humains, ainsi qu'en vertu de la Convention sur la diversité biologique. Dans quelques domaines, tels que l'utilisation du savoir traditionnel, la réinstallation et certaines activités liées au développement qui touchent les terres traditionnelles des peuples autochtones, les lois sont claires : les peuples autochtones ont le droit de donner ou de refuser leur consentement. Le libre consentement préalable et éclairé a aussi été reconnu et accepté par plusieurs organisations intergouvernementales et instances internationales (voir encadré 1), et de plus en plus dans les lois et la jurisprudence nationales.

Le Groupe de la Banque mondiale (GBM) représente une exception notoire malgré le fait que deux revues importantes, commandées par le GBM, recommandent d'intégrer le libre consentement préalable et éclairé aux politiques et pratiques du GBM, particulièrement en ce qui concerne les peuples autochtones. La première d'entre elles a été réalisée par la Commission mondiale des barrages, qui a élaboré des recommandations détaillées concernant le libre consentement préalable et éclairé¹, lesquelles ont toutes été rejetées par le GBM.² La deuxième, la Revue des industries extractives (RIE) de la Banque mondiale, dont traite le présent article, est actuellement à l'étude par la direction du GBM avant d'être soumise au Conseil d'administration.³ Dans une réponse de la direction du GBM au rapport final de la RIE, divulguée à la suite d'une fuite en janvier 2004, le GBM a encore une fois rejeté le libre consentement préalable et éclairé. De plus, le GBM a réitéré son opposition au libre consentement préalable et éclairé à maintes reprises au cours des huit dernières années en réponse aux revendications de longue date des peuples autochtones pour que le libre consentement préalable et éclairé soit un composant fondamental des politiques de sauvegarde du GBM. Ce bref article présente une vue d'ensemble de la RIE et de ses implications pour le GBM, et examine de plus près le libre consentement préalable et éclairé, ses composants et ses fondements dans le droit international.

¹ *Dams and Development : A new framework for decision-making. The Report of the World Commission on Dams.* (Barrages et développement : un nouveau cadre pour la prise de décisions. Rapport de la Commission mondiale des barrages) Earthscan : Londres, 2000, 112 (voir également p. 267, 271, 278) – « Dans un contexte où l'autodétermination des peuples autochtones jouit d'une reconnaissance croissante, le principe du libre consentement préalable et éclairé aux plans et projets de développement qui touchent ces groupes est apparu comme la norme à appliquer pour la protection et la promotion de leurs droits dans le processus de développement. » On y dit également que « Le mode d'expression du consentement sera régi par le droit et les pratiques coutumiers des peuples autochtones et tribaux, ainsi que par les lois nationales. » *Id.*, p. 281. [*traduction non officielle*]

² Le refus du GBM de mettre en œuvre les recommandations de la CMB a été sévèrement critiqué par les ONG et autres groupes. Voir, http://www.evb.ch/index.cfm?page_id=551&yy=2001

³ *Vers un nouvel équilibre. Le groupe de la Banque mondiale et les industries extractives. Le Rapport final de la Revue des industries extractives.*, Vol. I, Décembre 2003 (ci-après « Rapport de la RIE »). Disponible à : <http://www.eireview.org/html/EIRFinalReport.html> (Version intégrale en anglais seulement. Disponible en partie en français)

II La Revue des industries extractives

La RIE a été commandée en 2001 par le président du GBM, James Wolfensohn, afin d'examiner le rôle, s'il en est, que joue le GBM dans les secteurs pétrolier, gazier et minier, connus sous le nom générique d'industries extractives (IE). Cette mesure a été prise, en grande partie, en réponse à une campagne concertée menée par des organisations non-gouvernementales, en particulier les Amis de la Terre, autour du slogan « World Bank Get Your Ass out of Oil and Gas » (Banque Mondiale, foutez le camp des secteurs pétrolier et gazier !). En juillet 2001, le président Wolfensohn a nommé le Dr. Emil Salim, ancien ministre indonésien de l'Environnement, personnalité éminente responsable de la conduite de la RIE.

La RIE a consisté en un processus de plus de deux ans, comportant des réunions des parties intéressées, des visites sur le terrain, des recherches commandées sur des thèmes particuliers, l'examen de deux évaluations internes du GBM relatives aux industries extractives⁴ et des entretiens avec le personnel de la Banque Mondiale.⁵ Le Rapport final de la RIE, présenté au GBM en janvier 2004, a été rédigé par le Dr. Salim et contient un grand nombre de recommandations pouvant avoir une portée considérable, concernant le mode de fonctionnement du GBM ainsi que la prise en compte et le respect des droits humains, y compris les droits des peuples autochtones, dans ses politiques et activités.⁶ Bien qu'elles se limitent aux IE, ces recommandations touchent un large éventail des activités du GBM dans d'autres secteurs, ainsi que des questions de politiques transsectorielles.

A Recommandations de la RIE

Réduction de la pauvreté et développement durable

Le GBM a pour mission et mandat officiels la réduction de la pauvreté à travers le développement durable.⁷ C'est dans cette optique que le RIE a évalué la participation du GBM dans le domaine des industries extractives : les projets d'extraction sont-ils compatibles avec les objectifs du GBM de développement durable et de réduction de la pauvreté ? Le Rapport final définit la pauvreté dans une perspective de droits humains, suivant les vues du Comité de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels,⁸ et axe le développement durable sur les êtres humains, les communautés et les sociétés plutôt que sur des bases purement économiques (différentes formes de capital).⁹ Il reconnaît également que, dans le cas des peuples autochtones,

⁴ *Extractive Industries and Sustainable Development. An Evaluation of World Bank Group Experience*, DEO/GEO/UEO, Banque mondiale : Washington DC, 2003 et ; *Extracting Sustainable Advantage ? A review of how sustainability issues have been dealt with in recent IFC & MIGA extractive industries projects*. Final Report. Conseiller médiateur, Banque Mondiale : Washington DC, Avril 2003.

⁵ Les rapports de ces réunions et les résultats de la recherche commandée sont contenus dans les annexes du Rapport final de la RIE. *Supra*, note 3.

⁶ Le Dr. Salim a reçu l'appui d'un Comité consultatif composé de représentants de l'industrie, des peuples autochtones, de la société civile, des gouvernements et du milieu universitaire. Les conclusions et recommandations du Rapport final ont été entièrement définies par le Dr. Salim.

⁷ *Working for a World Free of Poverty*. Banque Mondiale : Washington DC, 2003. Disponible à : <http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/wbgroupbrochure.pdf>

⁸ Rapport de la RIE, 3, citant *La pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* : 10/05/2001. Déclaration adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels le 4 mai 2001. Doc ONU. E/C.12/2001/10.

⁹ Rapport de la RIE, 3.

la réduction de la pauvreté et le développement durable peuvent comporter des interprétations et exigences additionnelles ou nuancées, et doivent inclure des garanties réelles en matière de droits territoriaux et de droit à l'autodétermination¹⁰

Constatant que les projets des IE ne contribuent pas nécessairement à la réduction de la pauvreté,¹¹ le rapport final recommande au GBM de ne pas accroître sa participation dans de tels projets sans avoir traité une série de conditions préalables.¹² Ces conditions se rapportent tant à la gouvernance industrielle et du pays emprunteur qu'aux réformes institutionnelles à l'intérieur du GBM. Les trois principales « conditions favorables » pour que les IE contribuent à la réduction de la pauvreté se définissent comme suit : « 1) une gouvernance publique et industrielle favorable aux pauvres, associée à une planification et une gestion proactives destinées à optimiser la réduction de la pauvreté grâce au développement durable ; 2) des politiques sociales et environnementales beaucoup plus efficaces ; et 3) le respect des droits de l'Homme. »¹³

Critères de gouvernance

Le Rapport final affirme que, si le GBM veut respecter son mandat de réduction de la pauvreté, les projets d'extraction doivent être soumis à des conditions strictes. L'une de ces (pré)conditions est le besoin d'évaluer et de renforcer la gouvernance. Outre les questions telles que le partage des revenus et la corruption, les critères de gouvernance énoncés comprennent (au niveau macro) : la qualité de l'état de droit ; l'absence de conflit armé ou de risque élevé d'un tel conflit ; le respect de la part du gouvernement des normes du travail et des droits humains, en vertu de la ratification et de l'adhésion aux traités internationaux relatifs aux droits humains ; et la reconnaissance des droits des peuples autochtones internationalement reconnus ou la volonté de protéger ces droits.¹⁴

Droits humains

Citant la déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme de Vienne, tenue en 1993, le Rapport final conclut que « si le développement facilite la jouissance de tous les droits de l'Homme, l'absence de développement ne peut excuser la non-reconnaissance des droits de l'Homme internationalement reconnus. »¹⁵ Il conclut également que le « GBM doit internaliser et respecter ce principe, à la fois en termes de politiques opératoires et dans ses relations avec les emprunteurs et les clients ; »¹⁶ et, soulignant les droits du travail, les droits des peuples autochtones et les droits des femmes, il affirme que « cette position doit refléter et se conformer aux obligations du GBM en tant que sujet de la loi internationale et de prise en compte des obligations qui incombent à ses emprunteurs en respect des instruments des droits de l'Homme ratifiés et du droit coutumier international. »¹⁷

¹⁰ *Id.* 4.

¹¹ *Id.* 2-3.

¹² *Id.* 53.

¹³ *Id.* 53.

¹⁴ *Id.* 54.

¹⁵ *Id.* 45-46, citant la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993. Doc ONU. A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, 1ère partie, § 10.

¹⁶ *Id.* 45.

¹⁷ *Id.* 51.

À la suite de ces conclusions, le Rapport final recommande, entre autres, que le GBM :

- développe une politique large de système qui intègre et fait circuler comme courant dominant les droits de l'Homme dans l'ensemble des politiques et pratiques du GBM et que les politiques et opérations du GBM doivent être, en conformité, au moins, avec ses obligations, en tant que sujet de la législation internationale, en relation avec la législation des droits de l'Homme.
- ne contrarie pas l'aptitude de ses pays membres à remplir loyalement leurs obligations internationales, ni ne les aide à violer lesdites obligations. ... Le GBM doit au moins évaluer les obligations des États et veiller à ce que ses opérations, dont les interventions au niveau macroéconomique telles que l'ajustement structurel, ne les enfreignent pas ;
- fasse systématiquement appel à des tiers expérimentés, indépendants et sûrs pour vérifier la situation des droits de l'Homme de tous les projets concernés ;
- mette sur pied une unité centrale des droits de l'Homme, avec des homologues régionaux, et qui doit s'accompagner d'une politique claire et d'une obligation de suivi, de vérification et d'audits annuels transparents ;
- la Société de financement international et l'Agence multilatérale de garantie des investissements doivent évaluer les rapports relatifs aux droits de l'Homme de ces compagnies, dont leurs politiques sur les droits de l'Homme et les populations autochtones, et veiller à ce que les projets financés par le GBM soient élaborés et mis en place conformément aux normes internationales en matière de droits de l'Homme.¹⁸ L'adoption de ces principes et la preuve de leur respect doivent être une condition préalable pour toute société cherchant à obtenir le soutien de la SFI et de l'AMGI dans les industries extractives ; et,
- idéalement, le GBM doit adopter une approche basée sur les droits, pour développer et garantir que son soutien des projets est dirigé vers la pleine reconnaissance des droits de l'Homme garantis et en particulier, qu'il traite les déséquilibres qui affectent le plein exercice et la jouissance des droits de l'Homme par les populations les plus vulnérables et les plus démunies.¹⁹

Ces recommandations coïncident en partie avec les conclusions auxquelles est arrivé le Conseiller-médiateur du GBM dans un rapport réalisé pour la RIE sur l'intervention de la SFI et de l'AMGI dans le domaine des IE. Constatant que ni la SFI ni l'AMGI ne tiennent systématiquement compte des droits humains et des droits du travail en lien avec les projets des IE, le rapport soutient que :

Ceci ne veut pas dire que l'existence de préoccupations plus vastes dans des pays donnés à l'égard des droits humains devrait faire obstacle à l'intervention de la SFI ou de l'AMGI (à moins que la politique du Groupe de la Banque mondiale ne le mentionne explicitement). La SFI et l'AMGI devrait plutôt considérer systématiquement les risques pour les droits humains au niveau du projet, prendre les mesures voulues pour les atténuer et donner aux

¹⁸ Une approche du développement fondée sur les droits en est une qui lie explicitement les politiques, les objectifs, les projets et les résultats aux normes internationales en matière de droits humains, exigeant, entre autres, que le développement soit orienté vers le respect des droits humains. Inversement, il s'agit d'une stratégie proactive visant à convertir les droits en buts et en normes de développement. Voir, entre autres, A. Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté* (Original en anglais, *Development as Freedom*), Knopf 1998) et ; *Le droit au développement. Rapport de l'Expert indépendant sur le droit au développement, M. Arjun Sengupta, conformément à la résolution 54/175 de l'Assemblée générale et à la résolution E/CN.4/RES/2000/5 de la Commission des droits de l'homme. Doc ONU E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1*, 11 septembre, § 19. (En anglais seulement)

¹⁹ *Id.* 70

clients des directives claires sur ces deux aspects. S'il y a lieu, ces aspects devraient faire l'objet de rapports au niveau du projet. *[traduction non officielle]*²⁰

Une autre évaluation recommande aussi de porter une attention accrue aux droits humains dans le contexte des politiques de sauvegarde et autres politiques du GBM, en particulier là où les politiques accusent un retard par rapport aux pratiques exemplaires dans l'industrie.²¹

Les droits des peuples autochtones

Le Rapport final reconnaît que les expériences des peuples autochtones avec les IE ont été pour la plupart négatives et signale que « La non-reconnaissance et le non-respect de ces droits nuit aux efforts entrepris pour réduire la pauvreté des populations autochtones et pour atteindre un développement durable. »²² Des recommandations sont faites sur plusieurs questions dont le droit au libre consentement préalable et éclairé ; le droit de ne pas être soumis au déplacement involontaire ; la reconnaissance préalable et le respect des droits des peuples autochtones de posséder et de contrôler leurs terres, territoires et ressources traditionnels ; et la révision de l'actuelle politique de sauvegarde de la Banque mondiale sur les peuples autochtones.

Libre consentement préalable et éclairé

Le Rapport final conclut que « les populations autochtones et autres parties affectées ont le droit de participer au processus de prise de décision et de donner leur consentement libre, préalable et éclairé tout au long de chaque phase du déroulement d'un projet. Ce consentement doit être considéré comme le principal déterminant de l'existence d'un permis social d'exploitation, ce qui en fait un outil essentiel dans la décision d'accorder un soutien à une opération. »²³ En conséquence, le Rapport final recommande au GBM « de veiller à ce que les emprunteurs et les clients s'engagent dans des processus de consentement avec les populations autochtones et les communautés locales directement affectées par les projets pétroliers, gaziers, et miniers, afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé. »²⁴ Il précise que le libre consentement préalable et éclairé est un droit garanti internationalement pour les peuples autochtones et qu'il s'agit « d'un point essentiel pour obtenir le permis social et l'acceptation publique avérée pour le projet » dans le cas des communautés locales (non autochtones).²⁵ Le Rapport final recommande aussi au GBM de « veiller à ce que le droit des populations autochtones de donner leur consentement libre, préalable et éclairé soit intégré et respecté dans ses Politiques de sauvegarde et les instruments liés au projet »²⁶, stipulant également que « le déplacement ne doit être permis que si la communauté autochtone a donné son consentement libre, préalable et éclairé. Les garanties d'un droit au retour doivent s'appliquer dans le cas où les raisons du déplacement ne sont plus valables et doivent être ultérieures à l'accord sur les bénéfices du déplacement. »²⁷

²⁰ *Extracting Sustainable Advantage? A review of how sustainability issues have been dealt with in recent IFC & MIGA extractive industries projects. Final Report.* Conseiller médiateur, Banque Mondiale : Washington DC, Avril 2003.

²¹ *Extractive Industries and Sustainable Development. An Evaluation of World Bank Group Experience.* OED/OEG/OEU, Banque mondiale : Washington DC, 2003, 15.

²² Rapport de la RIE, 48.

²³ *Id.* 24.

²⁴ *Id.* 58.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* 51

²⁷ *Id.* 70

En ce qui concerne la nature du libre consentement préalable et éclairé, le Rapport final affirme ce qui suit :

Le consentement libre, préalable et éclairé ne doit pas être considéré comme une exception, un simple vote « oui-non » ou un pouvoir de veto dont disposerait un individu ou un groupe, mais plutôt comme un processus par lequel les populations autochtones, les communautés locales, les gouvernements et les compagnies peuvent aboutir à des accords mutuels dans un forum qui donne aux communautés affectées assez de poids pour négocier les conditions dans lesquelles elles s'engagent et une conclusion claire pour la communauté. Les compagnies doivent proposer une offre assez intéressante pour les communautés hôtes pour que celles-ci acceptent sa réalisation, et négocier des accords sur les moyens de mettre en place le projet et, par conséquent, de donner un « permis social » à la compagnie pour opérer.

Il est évident qu'un tel processus de consentement doit prendre des formes diverses en fonction des différences culturelles. Cependant, il doit toujours être mis en œuvre de façon à intégrer le consentement libre, préalable et éclairé des populations [autochtones] affectées et des communautés locales.²⁸

Finalement, le Rapport final soutient qu'il est « nécessaire d'inclure les avenants dans les accords relatifs au projet qui s'ajoutent aux accords négociés et applicables entre plusieurs parties prenantes qui régissent les diverses activités du projet, dans le cas où les populations autochtones et les communautés locales donnent leur consentement au projet. »²⁹ Il s'agit là d'une idée intéressante qui mérite d'être prise en considération, compte tenu surtout des lacunes relevées dans la mise en œuvre par le GBM de ses politiques de sauvegarde.³⁰ L'accord de projet constitue le principal document légal relatif à un projet et devrait vraisemblablement accorder aux peuples autochtones la qualité pour contester (la poursuite de) la mise en œuvre du projet dans les cas de violation présumée.

Reconnaissance préalable des droits sur les terres, territoires et ressources

Le Rapport final met l'accent sur l'importance pour les peuples autochtones des droits territoriaux garantis et effectifs, et conclut que la non reconnaissance de ces droits « nuit aux efforts entrepris pour réduire la pauvreté des populations autochtones et pour atteindre un développement durable » et « compromettra le potentiel de développement et de lutte contre la pauvreté émanant du secteur extractif. »³¹ Il conclut également que « Les réformes structurelles

²⁸ *Id.* 58-59

²⁹ *Id.* 59

³⁰ La revue interne de l'intervention du GBM dans les projets d'extraction a constaté que seuls « Trois des sept projets auxquels s'applique la politique relative aux peuples autochtones ont satisfait à l'exigence relative à un Plan de développement des peuples autochtones (PDPA) » [*traduction non officielle*] *Supra* note 21, 43. La revue de la mise en œuvre de la Directive opérationnelle 4.20 sur les peuples autochtones réalisée par le Département d'évaluation des opérations de la Banque Mondiale a révélé que celle-ci n'était appliquée, en tout ou en partie, que dans 50 pour cent des projets touchant les peuples autochtones, et que seul 14 pour cent d'entre eux satisfaisait à l'exigence d'avoir un Plan de développement des peuples autochtones. Elle a également révélé que la participation des peuples autochtones à la prise de décisions dans les projets du GBM qui les touchent était « faible » et que seul 20 pour cent des projets comprenait des données de référence permettant de mesurer les répercussions sur les communautés autochtones. *Implementation of Operational Directive 4.20 on Indigenous Peoples : An independent desk review* 10 janvier, 2003, Évaluation nationale et relations régionales (OEDCR), Rapport du DEO No. 25332, Banque Mondiale : Washington, D.C. 2003. Disponible en anglais à : [http://lnweb18.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/472DE0AEA1BA73A085256CAD005CF102/\\$file/IP_evaluation.pdf](http://lnweb18.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/472DE0AEA1BA73A085256CAD005CF102/$file/IP_evaluation.pdf)

³¹ Rapport de la RIE, 48.

et les codes législatifs qui accordent automatiquement des concessions de prospection et de développement sur les terres, les territoires et les ressources indigènes sans la participation et le consentement libre, préalable et éclairé de ces populations ne font qu'exacerber le problème. »³²

À cet effet, il recommande au GBM de ne « pas soutenir de projet extractif susceptible d'affecter les populations autochtones sans qu'aient d'abord été clairement reconnus et garantis leurs droits à posséder, contrôler et gérer leurs sols, territoires et ressources » et de « promouvoir uniquement les 'réformes sectorielles' qui reconnaissent et garantissent proportionnellement les droits des populations [autochtones] en ce qui concerne la terre, les territoires et les ressources qu'elles détiennent, occupent et utilisent traditionnellement. »³³

La révision interne de la politique de sauvegarde du GBM sur les peuples autochtones effectuée par le GBM lui-même en est arrivée à la même conclusion en avril 2003 :

Il est important de tenir compte des droits coutumiers des peuples autochtones sur la terre au moment de déterminer les incidences négatives, particulièrement en l'absence de titre légal sur la terre en question. Cela est important même dans le cadre de projets d'assistance technique qui impliquent des changements d'ordre institutionnel et réglementaire visant à accroître l'investissement dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles. De tels cas peuvent nécessiter l'élaboration de [Plans de développement des peuples autochtones], qui garantissent l'existence de mesures ou de cadres réglementaires visant à protéger les intérêts légitimes des peuples autochtones, si un tel projet d'exploitation commerciale devait se concrétiser. [*traduction non officielle*]³⁴

Mesures compensatoires

Conformément à la politique de sauvegarde de la Banque mondiale sur les Habitats naturels, des mesures compensatoires sont requises dans le cas des projets qui provoquent une conversion importante de l'habitat naturel.³⁵ Si tel était le cas, les emprunteurs sont tenus de mettre en place des mesures, comme des parcs nationaux et autres aires protégées, afin de compenser la perte d'habitat. Les peuples autochtones se sont plaints que certains projets d'extraction ont une incidence négative sur eux et que la mise en place d'une mesure compensatoire aggrave les atteintes à leurs droits.³⁶ Le Rapport final recommande donc de « Veiller en permanence à garantir le respect des droits des peuples autochtones sur les terres, territoires et ressources qu'ils détiennent, occupent et utilisent traditionnellement au moment de choisir ou de concevoir une mesure compensatoire. » [*traduction non officielle*]³⁷

³² *Id.*

³³ *Id.* 70-71.

³⁴ *Implementation of Operational Directive 4.20 on Indigenous Peoples : An Evaluation of Results.* Rapport du DEO No. 25754, 10 avril 2003, Banque Mondiale : Washington DC, 2. Disponible en anglais à : http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/01/000160016_20030501182633/additional/862317580_200306204005416.pdf

³⁵ PO 4.04 2001.. Disponible en anglais à : <http://wbln0018.worldbank.org/Institutional/Manuals/OpManual.nsf/0/71432937FA0B753F8525672C007D07AA?OpenDocument>
Traduction française de l'Annexe A, Définitions, Disponible à : [http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/op404AnnexAFrench/\\$FILE/op404AnnexAFrench.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/op404AnnexAFrench/$FILE/op404AnnexAFrench.pdf)

³⁶ Nelson et Tchoumba, *Pipelines, Parks and People : Bagyeli Document Land Use near Campo Ma'an National Park*, 28(1) Cultural Survival Quarterly 47 (2004).

³⁷ Rapport de la RIE, 55.

Élimination des résidus miniers en mer et dans les cours d'eau

Le Rapport de la RIE constate que l'élimination en mer et dans les cours d'eau de résidus miniers a eu un impact défavorable, parfois grave, sur les peuples autochtones et les communautés locales. Par conséquent, il « recommande d'éviter de recourir à l'élimination en mer ou dans des cours d'eau de résidus miniers dans des endroits tels que les récifs de corail qui remplissent des fonctions écologiques fondamentales ou qui revêtent une importance culturelle, où les eaux côtières utilisées par les peuples autochtones et les communautés locales à des fins de subsistance. » [*traduction non officielle*]³⁸

Projet de politique opérationnelle 4.10 sur les peuples autochtones

Le Rapport final signale que la Directive opérationnelle 4.20 sur les populations autochtones (1991), la politique de sauvegarde actuelle du GBM, est en train d'être refondue dans une nouvelle version, connue sous le nom de projet de Politique Opérationnelle/Bonnes pratiques 4.10 sur les peuples autochtones.³⁹ Il note également que le projet actuel a été « rejeté à plusieurs reprises par les populations autochtones » et conclut que « pour être légitime et efficace aux yeux des bénéficiaires visés, une Politique de sauvegarde doit fournir des mesures d'encadrement et doit respecter leurs droits reconnus mondialement. Ce n'est actuellement pas le cas [du projet de PO 4.10]. »⁴⁰ Il propose les recommandations suivantes :

- Face à la participation significative des populations autochtones, le GBM doit réviser sa Politique de sauvegarde [sur les peuples autochtones] et veiller à sa conformité au regard des droits internationaux des populations autochtones ;
 - Le GBM doit également veiller à ce qu'un consensus se dégage parmi les populations autochtones sur le contenu de la politique ; ses bénéficiaires doivent considérer qu'elle fournit les mesures restrictives adéquates ;
- et
- le GBM doit retarder l'approbation de l'avant-projet actuel OP 4.10 jusqu'au déroulement de discussions poussées avec les populations autochtones, incluant un tour de table entre les juristes du GBM, représentants des populations autochtones, et les experts juridiques de la conformité de la politique aux droits de l'Homme garantis internationalement.⁴¹

Soulignant l'importance de prêter attention aux droits des peuples autochtones par rapport à la PO 4.10, le Dr. Salim, dans sa lettre au président Wolfensohn qui accompagnait le Rapport final en janvier 2004, déclare que « la révision de la politique de sauvegarde sur les peuples autochtones sera un indicateur fondamental de l'engagement de la Banque mondiale en matière de réduction de la pauvreté et de développement durable. » [*traduction non officielle*]⁴²

³⁸ *Id.* 57.

³⁹ DO 4.20 1991. Disponible à : ifcln1.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/pol_IndigPeoples_French/FILE/OD420_French.pdf
Projet de PO 4.10, Mars 2001. Disponible à : [http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/sdvext.nsf/3ByDocName/FrenchDraftOP410/\\$FILE/OP410-French.pdf](http://lnweb18.worldbank.org/ESSD/sdvext.nsf/3ByDocName/FrenchDraftOP410/$FILE/OP410-French.pdf). Voir l'étude approfondie de cette Politique opérationnelle dans F. MacKay, *Universal Rights or a Universe Unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples*, 17 AM. U. INT'L L. REV. 527, 568-70 (2002).

⁴⁰ Rapport de la RIE, 48-49.

⁴¹ *Id.* 71.

⁴² Lettre du Dr. Emil Salim à J. Wolfensohn, Président de la Banque mondiale, 12 janvier 2004. Disponible en anglais à : <http://www.eireview.org/doc/Letter%20to%20Wolfensohn%2012%20Jan%202004-final.doc>

« Suppression progressive » des investissements dans le pétrole et le charbon d'ici 2008

La RIE recommande au GBM de « supprimer progressivement » les investissements dans la production de pétrole, de maintenir le gel actuel du financement de nouveaux projets d'exploitation du charbon et de se concentrer sur les investissements dans les énergies renouvelables et la promotion de celles-ci.⁴³ Pour bon nombre de peuples autochtones, en particulier ceux de l'Arctique et de petits États insulaires, le changement climatique est une préoccupation urgente et très réelle.⁴⁴ Par conséquent, cette recommandation est vue comme une mesure importante visant à aider les États à atteindre les objectifs établis dans le Protocole de Kyoto, compte tenu surtout de la forte influence qu'exerce le GBM sur les initiatives d'élaboration de politiques et de réforme législative dans plusieurs de ses pays emprunteurs.⁴⁵ Il a été noté avec justesse que cette recommandation n'affectera pas certains des plus grands émetteurs de gaz à effet de serre, comme les États-Unis.

Responsabilité du GBM/Questions institutionnelles

Les questions soulevées précédemment sont toutes, d'une certaine façon, liées à des questions plus vastes concernant le rôle du GBM, particulièrement du fait de son mandat de réduction de la pauvreté à travers le développement durable, de ses normes et procédures institutionnelles ainsi que de sa responsabilité, non seulement envers ses États membres, mais aussi envers ceux qui sont touchés par ses activités. Le Rapport final accorde une attention particulière aux politiques de sauvegarde du GBM, car celles-ci sont considérées par le GBM comme offrant une protection de premier ordre aux personnes, aux communautés et aux peuples pouvant être touchés par ses opérations.

À propos des politiques de sauvegarde, le Rapport final conclut que « La réalité dans ce domaine montre que les Politiques de sauvegarde ont été inefficaces à garantir qu'*aucun mal n'était fait* en raison, à la fois, de faibles taux de mise en œuvre et des défaillances des politiques elles-mêmes. »⁴⁶ Pour en arriver à cette conclusion, il cite un rapport du Département d'évaluation des opérations de la Banque Mondiale publié en 2002, selon lequel « la performance dans le domaine des politiques de sauvegarde se révèle en partie seulement satisfaisante. Une réforme fondamentale de la mise en œuvre et de la responsabilisation des processus est cruciale. ... Le système actuel ne fournit pas la structure de responsabilisation adéquate pour atteindre les engagements du GBM visant à intégrer une durabilité environnementale dans ses principaux objectifs et faire de l'environnement le fil conducteur de ses opérations. »⁴⁷

⁴³ Rapport de la RIE, 76.

⁴⁴ Sheila Watt-Cloutier, présidente de la Conférence circumpolaire inuit (CCI) a livré le message qui suit à la Conférence des parties de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : « Les droits humains des Inuits sont menacés en raison des changements climatiques anthropiques. La CCI va défendre les droits fondamentaux des Inuits. Nous oeuvrons actuellement à trouver la meilleure façon de le faire, probablement par le biais du système interaméricain, en invoquant la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme. » Communiqué de presse, Climate Change in the Arctic : Human Rights of Inuit Interconnected with the World (10 décembre 2003) [*traduction non officielle*]. Voir également Deuxième Forum international des peuples autochtones sur les changements climatiques, *Déclaration des peuples autochtones sur les changements climatiques*, La Haye, 11-12 novembre 2000. Disponible à : http://www.docip.org/francais/update_fr/up_fr_37.html

⁴⁵ Rapport de la RIE, 11. La RIE a constaté que la participation du GBM dans le domaine des IE a incité quelque 100 pays à procéder à la « refonte » de leurs codes miniers et de leurs régimes d'investissement.

⁴⁶ *Id.* 43.

⁴⁷ *Id.*, citant A. Liebenthal, *Promoting Environmental Sustainability in Development : An Evaluation of World Bank Group Experience*. Washington DC : Banque mondiale, 2002, 24.

Concernant les politiques de sauvegarde et les droits humains, le Rapport final recommande au GBM de « rendre explicite le fondement des droits de l'Homme sur lequel s'appuie chaque Politique de sauvegarde ; lorsqu'une politique sort des cadres de la loi internationale des droits de l'Homme, elle doit être révisée en fonction des courants de pensée et des normes actuels. Les Politiques de sauvegarde doivent devenir un outil explicite de garantie du respect du GBM par rapport aux droits de l'Homme, et l'équipe des industries extractives doit recevoir une formation adéquate afin de pouvoir mettre en place efficacement les dimensions des droits de l'Homme de ces politiques. »⁴⁸ Il ajoute que « Les taux de conformité aux Politiques de sauvegarde sont souvent nettement inférieurs à ceux admis, et dans certains cas, la substance des politiques ne répond pas aux conditions des droits reconnus internationalement. Une plus grande attention doit être accordée à la garantie de conformité aux Politiques de sauvegarde et à la cohérence de ces politiques avec les droits de l'Homme. »⁴⁹

Concernant les questions institutionnelles en général, le Rapport final conclut que « surtout, le GBM semble ne pas avoir été créé pour effectivement faciliter et promouvoir la réduction de la pauvreté par le biais du développement durable ; »⁵⁰ et que « l'institution elle-même doit instaurer plusieurs réformes majeures, comme la modification de la composition de son portefeuille, l'amélioration et le renforcement de ses politiques de sauvegarde, une coordination accrue parmi les antennes du GBM et la modification des mesures incitatives qu'elle propose à ses effectifs. »⁵¹

B Projet de réponse de la direction à la RIE

Selon les termes de référence de la RIE, la direction du GBM s'est engagée de répondre aux recommandations élaborées par le Dr. Salim avant de soumettre le Rapport final à son Conseil d'administration. Un projet de Réponse de la direction a été divulgué à la suite d'une « fuite » en janvier 2004.⁵² Ce projet de réponse n'est pas encourageant pour ceux qui croient que le respect des droits humains, y compris les droits des peuples autochtones, est fondamental pour la réduction de la pauvreté et le développement durable et requiert une attention beaucoup plus grande de la part du GBM. Dans l'ensemble, il n'y a pas de réponse substantielle aux recommandations de la RIE concernant les droits humains et les droits des peuples autochtones ; le projet de Réponse répète à plusieurs reprises que ceux-ci font l'objet d'un examen dans le cadre d'autres revues internes en cours et qu'une réponse ou une position formelle dépend de l'issue de ces revues. Une réponse est toutefois fournie concernant certaines questions spécifiques. Par exemple, le projet de Réponse rejette le libre consentement libre et éclairé, soutenant que « Les gouvernements et l'industrie n'appuie pas le libre consentement préalable et éclairé là où cela représenterait un frein au développement. »⁵³ Au lieu de cela, « Le GBM continuera de viser à obtenir l'adhésion large des communautés aux actions de développement qui les touchent... »⁵⁴ et ; « Des discussions doivent avoir lieu avec les

⁴⁸ *Id.* 71

⁴⁹ *Id.* 74

⁵⁰ *Id.* 51

⁵¹ *Id.* 53

⁵² *Projet de réponse de la direction, Rapport de la RIE, Revue des DEO/GEO/UEO et du CAO, 26 janvier 2004.* Disponible en anglais à : http://www.bankwatch.org/issues/wb-imf/eir/downloads/response_wbg_eir_draft_01-04.pdf

⁵³ *Projet de réponse de la direction*, § 41.

⁵⁴ *Id.*

communautés dans le contexte de la législation locale, qui peut accorder ou non le droit au consentement préalable éclairé... » [traduction non officielle]⁵⁵

Aucun de ces trois arguments n'est défendable. D'abord, certains gouvernements et certains groupes industriels appuient en fait le libre consentement préalable et éclairé. Plusieurs gouvernements ont intégré ce droit à leur législation nationale et l'ont appuyé dans des espaces internationaux.⁵⁶ Des groupes industriels, tels que l'Association internationale de l'industrie pétrolière pour la sauvegarde de l'environnement (International Petroleum Industry Environmental Conservation Association) et l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz (International Association of Oil & Gas Producers) ont affirmé, tel que cité dans le Rapport final, qu'il « est important que les communautés puissent donner leur consentement libre et éclairé » [traduction non officielle].⁵⁷ Alors qu'un certain nombre de gouvernements et d'entreprises extractives s'opposent farouchement au libre consentement préalable et éclairé, il y aurait lieu de demander au GBM si les entreprises extractives et les gouvernements devraient être autorisés à refuser aux peuples autochtones l'exercice de leurs droits fondamentaux.

Deuxièmement, le GBM ne peut espérer « l'adhésion large des communautés » si on dit d'entrée de jeu aux peuples et communautés autochtones que leur accord n'entre pas en ligne de compte. Comme le conclut le Rapport final, le libre consentement préalable et éclairé devrait être considéré comme le principal déterminant de l'adhésion des communautés ou, en termes industriels, de l'existence d'un permis social d'exploitation, ce qui en fait un outil essentiel dans la décision d'accorder un soutien à une opération. Ceci est d'autant plus important que les évaluations internes du comportement du GBM ont révélé que la participation des peuples autochtones aux projets du GBM est généralement faible,⁵⁸ et que seuls 38 pour cent d'un échantillon de projets qui appliquaient la politique de sauvegarde sur les peuples autochtones ont atténué les incidences négatives de façon satisfaisante et assuré des bénéfices aux peuples autochtones.⁵⁹ De plus, une revue a révélé que « Les résultats des projets n'étaient pas aussi satisfaisants pour les peuples autochtones dans les secteurs de l'énergie et des mines, du transport et de l'environnement, lesquels représentent 65 pour cent des engagements de la banque évalués pour cette deuxième phase et comprennent des projets qui posent des risques

⁵⁵ *Id.*, § 1m

⁵⁶ Voir, par exemple, la Constitution de l'Équateur de 2000 et le *Code minier 1995*, sec. 16, et la *Loi sur les droits des peuples autochtones*, sec. 59, des Philippines. Voir un exemple de décision judiciaire selon laquelle le libre consentement préalable et éclairé est requis dans le cas de concessions pétrolières sur les terres autochtones en Colombie dans, Cour constitutionnelle, Sentence SU-039/97, Magistrat proposant : Antonio Barrera Carbonel. Dans cette cause, portée par le peuple U'wa, la Cour a signalé que :

... l'information ou la notification qui a été donnée à la communauté autochtone en lien avec un projet de prospection ou d'exploitation des ressources naturelles n'a pas valeur de consultation. Il est nécessaire ... que des formules d'action ou d'accord concerté avec la communauté soient mises de l'avant et, finalement, que la communauté manifeste, par l'intermédiaire de ses représentants autorisés, soit son consentement ou son insatisfaction par rapport au projet, ainsi que la manière dont son identité ethnique, culturelle, sociale et économique est touchée. *Id.* Traduction non officielle de la traduction en anglais, tirée de : R. Roldán, *Indigenous Peoples of Colombia and the Law. A Critical Approach to the Study of Past and Present Situations*. Fondation Gaia/COAMA/OIT : Colombie, 2000, 104.

⁵⁷ IPIECA/OGP, *Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects*. Report No. 2.85/332, 2002. Voir également IPIECA et OGP, *The Oil and Gas Industry : From Rio to Johannesburg and Beyond, Contributing to Sustainable Development*. Oxford : Words and Publications, 2002.

⁵⁸ *Implementation of Operational Directive 4.20 on Indigenous Peoples : An independent desk review* 10 janvier 2003, supra note 30.

⁵⁹ *Implementation of Operational Directive 4.20 on Indigenous Peoples : An Evaluation of Results*, supra note 34, 2.

importants pour les peuples autochtones. La plupart de ces projets n'ont ni atténué les incidences négatives sur les [peuples autochtones] ni fait en sorte qu'ils obtiennent une part équitable des bénéfices. » [*traduction non officielle*]⁶⁰ La durabilité des résultats pour les peuples autochtones dans tous les types de projets se situait aussi, en général, bien en deçà des indicateurs généraux de durabilité des projets.⁶¹

Pour ce qui est du troisième argument, il est ironique que la direction du GBM justifie le rejet du libre consentement préalable et éclairé en se basant sur le respect des lois. Comme nous le verrons plus loin, le libre consentement préalable et éclairé est un droit garanti internationalement pour les peuples autochtones, c'est-à-dire une source d'obligations pour la vaste majorité des emprunteurs de la Banque, obligations que la Banque est tenue par le droit international de ne pas miner.⁶² Le droit international protège les droits des peuples autochtones sur les terres qu'ils occupent et utilisent traditionnellement. Ces droits comprennent le droit au libre consentement préalable et éclairé, indépendamment de la reconnaissance de ces droits dans la législation nationale d'un État. De plus, des politiques actuelles de la Banque exigent, à juste titre, que les emprunteurs respectent certaines conditions qui ne sont pas établies par les lois nationales. Par exemple, le droit de participation des peuples autochtones n'est pas reconnu par les lois d'un certain nombre de pays, et pourtant la politique actuelle du GBM exige leur participation aux opérations financées par le GBM. De plus, le GBM a comme politique de ne pas soutenir un projet qui a recours au travail forcé ou au travail des enfants, que les lois nationales interdisent ou non de telles pratiques.

Finalement, il convient, dans ce contexte, de mentionner que la Politique Opérationnelle 4.01 de la Banque en matière d'évaluation environnementale stipule clairement que la Banque « tient compte ... des obligations incombant au pays en rapport avec les activités du projet, en vertu des traités et accords internationaux sur l'environnement pertinents. La Banque ne finance pas des activités de projet qui iraient à l'encontre des obligations du pays telles qu'identifiées durant l'ÉE. »⁶³ De même, la PO 4.36 sur les forêts stipule que « La Banque ne finance pas les projets qui enfreignent les conventions environnementales internationales applicables. »⁶⁴ Si cela est possible en ce qui concerne les obligations environnementales, existe-t-il une raison impérieuse pour ne pas appliquer les mêmes conditions aux obligations à l'égard des droits humains ?

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* 36.

⁶² Voir *infra*, Sec. III(c).

⁶³ PO 4.10 Évaluation environnementale 1999, § 3.

Disponible à :

[http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP401_French/\\$FILE/OP401_French.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP401_French/$FILE/OP401_French.pdf) Voir également, C. Di Leva, *International Environmental Law and Development*, 10 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 501 1998 ; I. Shihata, *Implementation, Enforcement and Compliance with International Environmental Agreements - Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience*, 9 *Geo. Int'l Envtl L. Rev.* 1996 ; et M.A. Bekhechi, *Some Observations Regarding Environmental Covenants and Conditionalities in World Bank Lending Activities*, in, *Max Planck Yearbook on United Nations Law*, Vol. 3, (J.A. Frowstein & R. Wolfrum (dir.), Kluwer Law International 1999).

⁶⁴ PO 4.36 Foresterie 2002, § 6. Disponible à : [http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/op436French/\\$FILE/OP436French.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/op436French/$FILE/OP436French.pdf) Voir également, La nouvelle Politique forestière de la Banque mondiale : *Guide à l'intention des ONG*. Forest Peoples Programme, avril 2003. Disponible à : http://forestpeoples.gn.apc.org/Briefings/World%20Bank/wb_forest_policy_ngo_guide_apro3_fr.htm

C Réponse de la direction de juin 2004

Le 17 juin 2004, la direction du GBM a rendu publique sa réponse officielle à la RIE, accompagnée d'un avis mentionnant que son Conseil d'administration avait reporté l'examen du Rapport final et de la Réponse de la direction jusqu'au terme d'une période de consultation publique de 30 jours.⁶⁵ Bien que la Réponse de la direction dans son ensemble mérite réflexion, surtout du fait qu'elle ne répond pas, en grande partie, aux recommandations de la RIE, je me concentrerai ici sur la façon dont le libre consentement préalable et éclairé y est traité.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la RIE recommande clairement à la Banque de ne pas financer de projet à moins d'avoir obtenu le libre consentement préalable et éclairé des peuples autochtones. Cependant, la norme proposée dans la Réponse peut se réduire à : une consultation libre préalable et éclairée qui entraîne une participation éclairée menant à la « large acceptation du projet par la communauté concernée ». La Réponse stipule aussi que « Le groupe de la Banque mondiale ne soutiendra que les projets des industries extractives bénéficiant d'une large approbation des communautés affectées (y compris les communautés de Populations autochtones). Cela ne signifie pas que des personnes appartenant à l'un ou l'autre groupe disposent d'un pouvoir de veto, mais que le groupe de la Banque mondiale doit disposer d'un processus de consultation libre, préalable et informée des communautés affectées menant à la large acceptation du projet par la communauté concernée. »⁶⁶ Ce point se répète dans l'Annexe, où il est dit que « Les discussions avec les communautés doivent fournir une consultation significative et entraîner une participation éclairée. (b) Le groupe de la Banque mondiale ne soutiendra que les projets extractifs qui sont largement soutenus par les communautés affectées. ... Notre politique sur les Populations autochtones est en cours de révision et sera bientôt discutée par le Conseil d'administration. »⁶⁷

Le seul langage du projet de Politique sur les peuples autochtones (PO) pouvant être interprété dans le même sens que les énoncés de la Réponse de la direction cités ci-avant se trouve au paragraphe 15 ('Disclosure and Bank Review') Le paragraphe 15 se lit comme suit : « Tout au long de cet examen, la Banque prête une attention particulière au compte rendu et aux résultats des consultations auprès des peuples autochtones concernés, ainsi qu'à l'évaluation sociale pour fonder sa décision de poursuivre le traitement d'un projet. Au moment de prendre cette décision, la Banque tient aussi particulièrement compte du degré de soutien des peuples autochtones au projet. » [*traduction non officielle*]⁶⁸

En outre, en ce qui concerne l'exploitation commerciale des ressources naturelles – définies dans la PO comme « les minéraux, les ressources en hydrocarbures, les forêts, les cours d'eau et les territoires de chasse et de pêche » – sur les territoires des peuples autochtones, le paragraphe 18 exige simplement que « les emprunteurs s'assurent que, dans le cadre de ce processus de consultation, ces peuples autochtones soient informés de (a) leurs droits sur ces ressources en vertu du droit législatif et du droit coutumier ; (b) l'étendue et la nature de

⁶⁵ *Vers un nouvel équilibre – Le groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : Le rapport final de la revue des industries extractives*. Projet de réponse de la direction du groupe de la Banque mondiale, 4 juin 2004. Disponible à : <http://www.worldbank.org/ogmc/files/eirmrfrench.pdf>. On retrouve également sur cette page les réponses de la direction du GBM aux rapports des DEO/GEO/UEO et du Conseiller médiateur (en anglais seulement) sur la participation du GBM dans le domaine des industries extractives, supra note 4.

⁶⁶ *Id.*, § 34. Voir également § 24.

⁶⁷ *Id.* Annexe, 1^{ère} partie, § 13.

⁶⁸ *Politique opérationnelle 4.10 peuples autochtones*, 17 mai 2004, Ébauche révisée du document de consultation. Disponible en anglais à : www.bicusa.org

l'exploitation commerciale et des parties impliquées ou intéressées ; et (c) les effets potentiels de ce projet sur leurs moyens d'existence, leurs environnements et l'utilisation des ressources naturelles. » Les peuples autochtones devraient aussi obtenir une part équitable des bénéfices d'une manière adaptée à leurs cultures et « les bénéfices, compensations et le droit à un traitement équitable sont pour le moins équivalents à ceux qui reviennent à tout propriétaire foncier en cas d'exploitation commerciale de leur terre. » [*traduction non officielle*]

La façon dont ce langage (« large acceptation » ou « large soutien ») s'opérationnalisera dans la PO elle-même et l'utilisation ou non d'une formulation négative – « ne soutiendra que » ou « ne soutiendra pas » – déterminera si cela peut équivaloir au libre consentement préalable et éclairé. Il convient de voir également si l'expression « large acceptation » est interprétée comme englobant les décisions prises selon les procédures coutumières des peuples autochtones et si l'acceptation ou le soutien avéré est le facteur déterminant pour décider si un projet ira de l'avant. Dans sa rédaction actuelle, la PO ne peut prêter à une telle interprétation dans la mesure où elle demande seulement que la Banque tienne « aussi particulièrement compte du degré de soutien des peuples autochtones au projet », laissant ainsi entendre que leur acceptation n'est que l'un de plusieurs facteurs qui seront pris en considération. La formulation concernant le déplacement involontaire, qui signale que « Le GBM s'engagera à prendre en considération les opinions de la communauté sur le projet pour décider de poursuivre ou non le traitement du projet »⁶⁹ indique également que telle semble être la position adoptée dans la Réponse de la direction.

Bien que la Réponse puisse être considérée comme une amélioration par rapport au rejet catégorique du libre consentement préalable et éclairé dans le Projet de réponse, particulièrement là où celui-ci renvoie au droit interne, les peuples autochtones vont sans aucun doute condamner le cynisme apparent avec lequel le GBM détourne et manipule le concept de libre consentement pour le remplacer par une consultation libre préalable et éclairée. Des inquiétudes seront soulevées quant au fait que l'application du principe (encore à définir) de « large acceptation par les communautés » fait obstacle au droit des peuples autochtones garanti internationalement de consentir aux activités qui les touchent et met les peuples autochtones et leurs droits sur le même plan que ceux de toute communauté locale. En effet, cela revient à nier le statut et les droits des peuples autochtones à l'autodétermination, les confinant à un simple sous-ensemble de communautés locales, expression sans grande signification assortie de peu de droits dans les lois internationales. Comme nous le verrons plus loin, cela va également à l'encontre d'une importante jurisprudence et des pratiques internationales, selon lesquelles le libre consentement préalable et éclairé est la norme qui s'applique aux activités touchant les peuples autochtones et leurs territoires, particulièrement dans le contexte des industries extractives.

⁶⁹ *Supra* note 65, Annexe, 2ème partie, § 8.

III Libre consentement préalable et éclairé

A Qu'est-ce que libre consentement préalable et éclairé ?

Le libre consentement préalable et éclairé se définit comme le consensus/consentement des peuples autochtones, établi en fonction de leurs lois et pratiques coutumières. Cela ne signifie pas nécessairement que tous et chacun des membres doivent donner leur accord, mais bien que le consensus est établi conformément au droit et aux pratiques coutumiers. Dans certains cas, les peuples autochtones peuvent choisir d'exprimer leur consentement par le biais de procédures et institutions qui ne sont pas officiellement ou entièrement fondées sur le droit et les pratiques coutumiers, tels que les conseils statutaires et les gouvernements tribaux. Quelle que soit la nature de la procédure, les peuples autochtones concernés conservent le droit de refuser ou de différer leur consentement jusqu'à ce que certaines conditions soient satisfaites. Le consentement doit être obtenu sans coercition, avant le début des activités, et après que les promoteurs du projet aient fourni des renseignements complets sur le but et la portée de l'activité, en utilisant un langage et une procédure pouvant être compris par les peuples et communautés autochtones concernés.

Procéduralement, le libre consentement préalable et éclairé est une procédure administrative permettant tant aux peuples autochtones concernés qu'aux promoteurs du projet d'exprimer toutes leurs inquiétudes et d'identifier des solutions aux problèmes avant que les peuples concernés ne décident d'accorder ou non leur consentement. Il peut être exigé à différentes étapes d'un projet, notamment, l'évaluation des options, l'évaluation de l'impact social, culturel et environnemental, la prospection, l'exploitation ou la fermeture.⁷⁰

B Pourquoi le libre consentement préalable et éclairé est-il important ?

Les projets liés à l'exploitation de ressources, qu'ils soient gérés par l'État ou par une entreprise, font peser des menaces particulièrement graves sur les droits et le bien-être des peuples autochtones. Bon nombre de ces projets et opérations ont eu et continuent d'avoir des effets dévastateurs sur les peuples autochtones, entravant leur capacité à assurer leur propre développement physique, spirituel et culturel.⁷¹ De nombreux rapports confirment que cette expérience avec les industries extractives ne se limite pas au passé et que « c'est là l'un des

⁷⁰ Voir Septième Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, Décision VII/16F, Annexe : *Lignes directrices facultatives Akwé : Kon pour la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales.*

⁷¹ Entre autres, T. Downing, *Indigenous Peoples and Mining Encounters : Strategies and Tactics*, Projet Mines, minéraux et développement durable : Institut international de l'environnement et du développement et Conseil mondial des affaires : Londres 2002 (il conclut que les expériences des peuples autochtones avec l'industrie minière se sont soldées, dans une large mesure, par la perte de souveraineté pour les détenteurs de terres traditionnelles ; la création de nouvelles formes de pauvreté en raison de l'absence de mesures visant à éviter ou à atténuer les risques d'appauvrissement qui accompagnent le développement minier ; une perte de terres ; des risques pour la santé à court et à long terme ; une perte de l'accès aux ressources communes ; l'augmentation du nombre de sans-abri ; une perte de revenus ; la désarticulation sociale ; l'insécurité alimentaire ; la perte de droits civils et humains ; et l'incertitude spirituelle. *Id.* 3.

grands problèmes des droits de l'homme auxquels ces peuples se heurtent depuis plusieurs dizaines d'années. »⁷²

Le GBM a également reconnu que les peuples autochtones « ont souvent été les perdants dans le processus de développement » et que ce sont d'autres qui jouissent de la majeure partie des bénéfices du développement. [traduction non officielle]⁷³ En effet, la première politique du GBM concernant les peuples autochtones – *Operational Manual Statement 2.34 Tribal People in Bank-Financed Project (Directive du Manuel opérationnel 2.34 – Populations tribales dans les projets financés par la Banque)* – a été adoptée en réponse à « la condamnation, de l'intérieur et de l'extérieur, des expériences des groupes autochtones au sein de projets financés par la Banque en Amazonie. » [traduction non officielle]⁷⁴ En ce qui concerne spécifiquement les projets extractifs, une revue interne du GBM constate que les projets miniers et énergétiques « mettent en péril les vies, les biens et les moyens d'existence des [peuples autochtones]. De plus, la technologie moderne permet d'intervenir dans des régions jusqu'ici isolées, entraînant des déplacements importants et des dommages irréparables sur les terres et les biens des peuples autochtones. Dans ce contexte, les peuples autochtones vivant sur ces terres isolées et riches en ressources sont particulièrement vulnérables, du fait que leur capacité de négociation est plus faible et que leurs droits coutumiers ne sont pas reconnus dans plusieurs pays. » [traduction non officielle]⁷⁵

En sa qualité de Rapporteur spécial sur les droits fonciers autochtones, Daes écrit :

C'est sans doute dans le domaine de l'expropriation des terres, des territoires et des ressources autochtones au service de l'intérêt économique et du développement nationaux que le legs du colonialisme est le plus marquant. Dans toutes les régions de la planète, on empêche des peuples autochtones d'évoluer dans le sens d'un développement qui leur soit propre et qui soit compatible avec les valeurs, les perspectives et les intérêts qui sont les leurs.

Le développement économique et industriel à grande échelle s'est fait dans une large mesure sans que soient reconnus ni respectés les droits des peuples autochtones sur les terres, les territoires et les ressources. Le développement économique a souvent été imposé de l'extérieur, au mépris complet du droit des peuples autochtones de participer au contrôle et à la mise en oeuvre du développement ainsi qu'aux avantages qui en découlent.⁷⁶

Les droits de propriété collective garantis et effectifs sont fondamentaux pour le développement social et économique, l'intégrité physique et culturelle, ainsi que pour les moyens d'existence et la subsistance des peuples autochtones. La garantie de leurs droits sur leurs terres et leurs ressources est également essentielle au maintien de leur vision du monde et de leur spiritualité, bref, à leur survie même en tant que collectivités territoriales viables et

⁷² *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2001/57 de la Commission. Doc ONU E/CN.4/2002/97, § 56.*

⁷³ *The World Bank Participation Source Book. Banque Mondiale : Washington DC 1996, 251.*

⁷⁴ B. Kingsbury, 'Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process : The World Bank and Indigenous Peoples', dans, *The Reality of International Law : Essays in Honour of Ian Brownlie* 324 (G.S. Goodwin-Gill & S. Talmon (dir.), Clarendon Press 1999).

⁷⁵ *Supra* note 34, 26.

⁷⁶ *Les peuples autochtones et leur relation à la terre. Document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/2001/21, § 66-67.*

culturellement distinctes.⁷⁷ Ce fait a été reconnu en 2001 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui déclare que :

les liens étroits que les peuples autochtones entretiennent avec la terre doivent être reconnus et compris comme étant le fondement même de leurs cultures, leur vie spirituelle, leur intégrité et leur survie économique. Pour les communautés autochtones, les rapports à la terre ne se ramènent pas simplement à une question de possession et de production, mais représentent plutôt un élément spirituel dont elles doivent jouir pleinement, même pour préserver leur héritage culturel et le transmettre aux générations futures. [*traduction non officielle*]⁷⁸

Dans son allocution comme membre du Collège de réflexion du président (Presidential Fellow) à la Banque Mondiale en décembre 2001, Mary Robinson a souligné la nature multidimensionnelle du rapport des peuples autochtones à la terre, ainsi que la relation entre le développement et les droits territoriaux. Elle soutient que, pour les peuples autochtones :

les améliorations économiques ne peuvent être envisagées sans la protection des droits sur la terre et les ressources. Les droits à la terre doivent inclure la reconnaissance de la relation spirituelle que les peuples autochtones ont avec leurs territoires ancestraux. La base économique fournie par la terre doit être accompagnée d'une reconnaissance des institutions politiques et légales, des traditions culturelles et des organisations sociales propres aux peuples autochtones. La terre et la culture, le développement, les valeurs spirituelles et les connaissances ne font qu'un. Omettre d'en reconnaître un revient à n'en reconnaître aucun. [*traduction non officielle*]⁷⁹

En résumé, en l'absence de droits garantis et exécutoires sur les terres, les territoires et les ressources, incluant le droit de contrôler les activités qui les touchent, une menace permanente pèse sur les moyens de subsistance, l'identité et la survie, ainsi que sur l'intégrité socioculturelle et la sécurité économique des peuples autochtones. Il existe donc un ensemble de droits humains interdépendants qui convergent tous et sont inhérents aux différentes relations que les

⁷⁷ *Supra* note 34, 26. 39 -- « Depuis des temps immémoriaux, les peuples autochtones ont une relation spéciale avec la terre, qui est leur source de subsistance et le fondement même de leur existence en tant que communautés territoriales distinctes. » – et « les terres, les territoires et les ressources sont une question du domaine des droits de l'homme qui a une importance capitale pour la survie des peuples autochtones... », 57. Selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits fonciers peuples autochtones : « i) il existe une relation intime entre les peuples autochtones et leurs terres, leurs territoires et leurs ressources ; ii) cette relation a des implications et des fonctions sociales, culturelles, spirituelles, économiques et politiques ; iii) cette relation revêt une dimension collective importante ; iv) l'aspect intergénérationnel de cette relation est essentiel à l'identité, à la survie et à la viabilité culturelle des peuples autochtones. » *Supra* note 76, para 20.

⁷⁸ *Affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Série Cour IDH, No. 79, § 149 (31 août 2001) (Disponible en anglais et en espagnol). Voir également, *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Équateur*, CIDH. 114-115, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1 (1997) (En anglais et en espagnol). « Pour plusieurs cultures autochtones, l'utilisation continue de leurs systèmes collectifs traditionnels pour le contrôle et l'usage de leur territoire est essentielle à leur survie, ainsi qu'à leur bien-être individuel et collectif. » [*traduction non officielle*] ; *Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc 59 rev., (2000), Ch. X, § 16 – « Pour les peuples autochtones, la terre est une condition de sécurité individuelle et de liaison avec le groupe. La récupération, la reconnaissance, la démarcation et l'enregistrement des terres représentent des droits essentiels à la survie culturelle et au maintien de l'intégrité de la communauté. » [*traduction non officielle*] Voir également, dans le même ordre d'idées, *Troisième rapport sur la situation des droits humains au Paraguay*, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.110 Doc.52 (2001), Ch. IX, § 47 (Disponible en anglais et en espagnol).

⁷⁹ *Bridging the Gap Between Human Rights and Development : From Normative Principles to Operational Relevance*. Allocution de Mary Robison, Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Banque mondiale, Washington D.C., Preston Auditorium, 3 décembre 2001.

peuples autochtones entretiennent avec leurs terres et territoires traditionnels – terres et territoires qui constituent « le fondement même de leurs cultures, leur vie spirituelle, leur intégrité et leur survie économique »⁸⁰ – ainsi qu'à leur statut en tant qu'entités autonomes, qui requiert une norme de protection positive des plus rigoureuses.⁸¹ Cette norme est le libre consentement préalable et éclairé, qui est d'autant plus nécessaire dans le cas des IE, qui se sont avérées pour la plupart extrêmement préjudiciables aux droits et au bien-être des peuples autochtones.

En plus du respect des garanties des droits humains, il existe également plusieurs raisons pratiques pour lesquelles le libre consentement préalable et éclairé est nécessaire aux peuples autochtones, et qui sont clairement liées aux droits humains et aux motifs justifiant leur protection. Par exemple, les décisions quant à la pertinence et la manière d'exploiter les ressources naturelles sont normalement justifiées comme étant dans l'intérêt national, généralement interprété comme l'intérêt de la majorité. Il s'ensuit que les droits et les intérêts de groupes non représentés, dont les peuples autochtones et autres, sont souvent subordonnés à l'intérêt de la majorité, ce qui donne fréquemment lieu à des conflits, parfois violents.⁸² Le libre consentement préalable et éclairé garantit (du moins en théorie) que les droits et intérêts des peuples autochtones seront pris en compte et respectés, et réduit au minimum le risque de conflit. De plus, il fournit une base permettant de garantir que les peuples autochtones tireront profit de tout projet d'extraction exécuté sur leurs terres et que des mesures adéquates seront prises pour évaluer, prévenir et atténuer les impacts négatifs.

Finalement, on peut affirmer que le libre consentement préalable et éclairé présente des avantages économiques, étant donné les frais souvent encourus pour obliger les peuples autochtones (et autres) à accepter les projets d'extraction (par exemple, dépenses relatives aux services policiers et militaires) et ceux liés aux litiges. Selon certaines estimations, le

⁸⁰ *Mesures provisoires demandées par les représentants des victimes concernant la République du Nicaragua*, CIDH, § 7 (6 septembre 2002). Disponible en anglais et en espagnol.

⁸¹ Entre autres, Rapport No. 96/03, *Communautés autochtones maya et leurs membres (Affaire 12.053, Belize)*, 24 octobre 2003, § 111-19, 141n (Disponible en anglais et en espagnol). G. Handl, *Indigenous Peoples' Subsistence Lifestyle as an Environmental Valuation Problem*, dans *Environmental Damage in International and Comparative Law. Problems of Definition and Valuation* 85-110, 95 (notes en bas de page omises) (M. Bowman et A. Boyle (dir.), OUP 2002) (L'auteur soutient qu'il « ne fait aucun doute qu'il existe aujourd'hui un consensus général parmi les États sur le fait que l'identité culturelle des peuples autochtones et communautés locales traditionnels justifie l'adoption par les États de mesures de protection, et que ces mesures s'étendent à tous les éléments de l'environnement naturel dont la conservation ou la protection est essentielle à la survie des groupes en tant que peuples et communautés culturellement distincts »). [traduction non officielle] Voir également Sentence SU-039/97 [Cour constitutionnelle colombienne] Le magistrat proposant, Antonio Barrera Carbonel, affirme que :

Aux yeux de la Cour, la participation des communautés autochtones aux décisions qui les concernent en matière d'exploitation des ressources naturelles a pour particularité qu'elle prend, à travers le mécanisme de consultation, une connotation de droit fondamental, car elle s'érige en un instrument essentiel pour préserver l'intégrité ethnique, sociale, économique et culturelle des communautés autochtones, et donc pour assurer leur survie en tant que groupe social. Par conséquent, la participation ne se limite pas à une simple intervention dans une procédure administrative visant à assurer le droit de défense des personnes qui seront touchées par l'octroi d'un permis environnemental... Elle revêt, en fait, une importance beaucoup plus grande en raison des intérêts supérieurs qu'elle vise à protéger, notamment ceux liés à la définition du sort et de l'assurance de la survie des communautés concernées. *Id.* Traduction non officielle de l'original en espagnol. Traduit en anglais dans : R. Roldán, *Indigenous Peoples of Colombia and the Law. A Critical Approach to the Study of Past and Present Situations*. Fondation Gaia/COAMA/OIT : Colombie, 2000, 103.

⁸² Un exemple extrême est donné dans A. Regan, *Causes and Course of the Bouganville Conflict*, 33 *Journal of Pacific History* 269 (1998).

redémarrage de la mine de cuivre Panguna, sur l'île de Bougainville, « où les pratiques de l'entreprise ont contribué directement au déclenchement d'une guerre civile, aurait coûté 3 milliards de dollars à [la compagnie minière,] Rio Tinto. » [*traduction non officielle*]⁸³ Des études du GBM, ainsi que d'autres études, ont reconnu les coûts économiques de la discrimination à l'égard des peuples autochtones.⁸⁴ Les entreprises attribuent souvent une valeur économique à leur réputation, i.e. le capital réputationnel, qui peut être sérieusement entachée par les conflits avec les peuples autochtones. Les analyses coûts-bénéfices des investissements du GBM dans les IE ne tiennent aucunement compte de ces coûts.

C Droit international et droits des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé

La législation internationale relative aux droits humains impose aux États des obligations claires et substantielles en ce qui concerne l'exploitation de ressources sur les terres et territoires autochtones. Conformément à la déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne,⁸⁵ le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a déclaré que la liberté des États d'encourager le développement économique est limitée par les obligations qu'ils ont assumées en vertu de la législation internationale des droits humains.⁸⁶ La Commission interaméricaine des droits de l'homme a signalé que les politiques et pratiques gouvernementales ne peuvent pas se réaliser dans un vide, où l'on ne respecte pas les obligations en matière de droits humains,⁸⁷ à l'instar de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁸⁸ et d'autres instances intergouvernementales des droits humains.⁸⁹

⁸³ J. Sherman, *Private Sector Actors in Zones of Conflict : Research Challenges and Policy Responses*, 2001. Disponible à : http://www.stanford.edu/~dusan/IPA_Fafo.doc Pour en savoir plus sur l'histoire du conflit de Bougainville, voir *Id.*

⁸⁴ H.A. Patrinos, *The Costs of Discrimination in Latin America*. Human Capital Development and Operations Policy, HCO Discussion Papers. Washington DC : Banque Mondiale. Voir également, G. Psacharopoulos & H.A. Patrinos (dir.), *Indigenous People and Poverty in Latin America : An Empirical Analysis*. Washington DC : Banque mondiale, 1994.

⁸⁵ Déclaration et Programme d'action de Vienne, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993. 1ère partie, § 10. Doc ONU. A/CONF.157/23, (1993).

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Équateur*. OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1 1997, 89 (disponible en anglais et en espagnol). Voir également, Rapport No. 96/03, *Communautés autochtones maya et leurs membres* (Affaire 12.053, Belize), 24 octobre 2003, § 149 - « les activités de développement doivent s'accompagner de mesures appropriées et effectives pour faire en sorte qu'elles ne se réalisent pas aux dépens des droits fondamentaux des personnes qui risquent d'être particulièrement ou négativement touchées, y compris les communautés autochtones et l'environnement dont elles dépendent pour assurer leur bien-être physique, culturel et spirituel. » [*traduction non officielle*]

⁸⁸ The Social and Economic Rights Action Center (Centre d'action des droits sociaux et économiques) et le Center for Economic and Social Rights (Centre des droits économiques et sociaux) / Nigeria, (Communication No. 155/96), § 58 et 69 (on y affirme que « L'intervention des sociétés multinationales pourrait être une force potentiellement positive pour le développement à condition que l'État et les gens concernés soient toujours soucieux du bien commun et des droits sacrés des personnes et des communautés. ») [*traduction non officielle*]

⁸⁹ Voir, entre autres, Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale No XXIII concernant les droits des populations autochtones*. Adoptée à la 1235ème réunion du Comité, le 18 août 1997. Doc ONU. CERD/C/51/Misc.13/Rev.4. ; et, Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale No. 7, Le droit à un logement suffisant (art. 11 1) du Pacte) : expulsions forcées (1997). Dans *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*. Doc ONU. HRI/GEN/1/Rev.5, 26 April 2001, p. 49-54, § 18 ; et *Journée de*

Dans le droit international contemporain, les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions et de donner ou de refuser de donner leur consentement aux activités touchant leurs terres, territoires et ressources traditionnels. Le consentement doit être donné librement, avant l'autorisation finale et la mise en œuvre des activités et se fonder sur une compréhension de l'ensemble des enjeux de l'activité ou de la décision en question : d'où la formulation libre consentement préalable et éclairé ou consentement préalable éclairé.

Expressions textuelles

Très peu d'instruments internationaux énoncent en détail, explicitement ou implicitement, le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé. Bien qu'il ne soit pas stipulé par écrit, le libre consentement préalable et éclairé est nécessairement requis conformément au droit à l'autodétermination, tel que prescrit à l'article 1 des Pactes internationaux relatifs aux droits humains, comme faisant partie du droit des peuples autochtones à déterminer librement leur statut politique, à assurer librement leur développement économique, social et culturel et à disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles.

Bien que le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui réaffirme le droit à l'autodétermination et précise que ce droit appartient également aux peuples autochtones, doit encore être approuvé, tant le Comité des droits de l'homme que le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU ont appliqué ce droit aux peuples autochtones, en insistant particulièrement sur les droits sur ressources. Les deux ont constaté, par exemple, que l'extinction *unilatérale* des droits des peuples autochtones sur les terres et les ressources contrevient à l'article 1(2).⁹⁰ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également constaté une violation de ce droit, stipulé à l'Article 21 de la Charte africaine, dans le cas du peuple Ogoni en 2002.⁹¹ Dans sa jurisprudence fondée sur des plaintes, le Comité des droits de l'homme a également établi un lien entre le droit à l'autodétermination et le droit des peuples autochtones (minorités) à avoir leur propre vie culturelle en vertu de l'article 27 du PIDCP.⁹²

La Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, actuellement le seul instrument contraignant consacré exclusivement aux droits des peuples autochtones, a recours à différentes normes, qui vont de la consultation à la participation, en passant, dans le cas du déplacement, par le consentement éclairé. L'article 6(2) exige que les consultations soient menées « de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées. » Le consentement n'est pas exigé au départ, mais il doit être l'objectif des consultations. Cet aspect souvent oublié, même par l'OIT lors de l'examen de plaintes déposées par les peuples autochtones⁹³, représente

discussion générale sur les droits des enfants autochtones. Recommandations. Comité des droits de l'enfant, 34ème session, 15 sept. – 3 oct., 2003, § 4.

⁹⁰ Entre autres, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*. 07/04/99, § 8. Doc ONU. CCPR/C/79/Add.105. (Observations finales/Commentaires) (1999) et *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada*. 10/12/98. E/C.12/1/Add.31, § 18.

⁹¹ *Supra* note 88, § 58. Les Ogoni s'identifient comme autochtones et participent activement aux réunions et événements des peuples autochtones.

⁹² *Apirana Mahuika et autres c.. Nouvelle-Zélande* (Communication No. 547/1993, 15/11/2000), Doc. ONU CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), § 9.2.

⁹³ Voir par exemple, *Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Bolivie de la Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Centrale des travailleurs de Bolivie (COB)*. Doc. GB.272/8/1 ; GB.274/16/7.

cependant une exigence importante de la Convention, qui établit, à tout le moins, une obligation morale de rechercher et d'obtenir le consentement.⁹⁴ Cette disposition doit être lue en rapport avec l'article 7(1), qui stipule que « Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. »

L'article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique exige que l'utilisation des connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones ne se fasse qu'avec leur accord, ce qui a été interprété par la suite comme étant leur consentement préalable éclairé ou leur libre consentement préalable et éclairé.⁹⁵ On retrouve également ce principe dans le travail réalisé actuellement par la CDB sur l'accès et le partage des bénéfices,⁹⁶ dans les lignes directrices de la CDB relatives à l'évaluation de l'impact social et environnemental,⁹⁷ ainsi que dans les normes régionales concernant l'accès et le partage des bénéfices adoptées par l'Union africaine⁹⁸ et par la Communauté andine.⁹⁹ La Convention sur la lutte contre la désertification va également dans ce sens.¹⁰⁰

Jurisprudence

Les références au libre consentement préalable et éclairé sont beaucoup plus nombreuses dans la jurisprudence que dans les textes des instruments internationaux. Par exemple, constatant que les peuples autochtones ont « perdu leurs terres et leurs ressources aux mains des colons, des sociétés commerciales et des entreprises d'État »¹⁰¹ le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale a prié les États parties de « veiller à ce que les membres des populations autochtones jouissent de droits égaux en ce qui concerne la participation effective à la vie publique et qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement informé. »¹⁰² Il établit un lien entre le consentement éclairé et le

⁹⁴ Voir, par exemple, le *Rapport de la Commission d'experts chargée d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Équateur de la Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération équatorienne des syndicats libres (CEOSL)*. Doc. GB.277/18/4, GB.282/14/2, soumis en 2000, § 38 – « Le Comité estime que la consultation des peuples indigènes qui pourraient être affectés par la prospection ou l'exploitation de leurs ressources naturelles suppose l'établissement d'un véritable dialogue fondé sur la communication, la compréhension, le respect mutuel, la bonne foi et le désir sincère de parvenir à un accord. »

⁹⁵ Rapport de la deuxième réunion du Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique. UNEP/CBD/WG8J/2/6/Add.1, 27 novembre 2001, 11.

⁹⁶ Voir Conférence des parties à la CDB Décision V/26A, § 11

⁹⁷ *Supra*, note 70.

⁹⁸ Organisation de l'Unité africaine / Commission scientifique, technique et de la recherche, *Déclaration et Projet de législation sur les droits communautaires et l'accès aux ressources biologiques* (Addis Abeba, Éthiopie, 1998).

⁹⁹ Communauté andine, Décision 391, Régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques, de la Commission de l'Accord de Carthagène, Juillet 1996

¹⁰⁰ *Convention sur la lutte contre la désertification, en particulier en Afrique, 1994, Article 16(g)*.

¹⁰¹ *Recommandation générale No XXIII (51) concernant les droits des populations autochtones* Adoptée à la 1235^{ème} réunion du Comité, le 18 août 1997. Doc ONU. CERD/C/51/Misc.13/Rev.4, § 3.

¹⁰² *Id.*, § 4(d).

droit de participation mentionné à l'article 5(c) de la Convention et a utilisé souvent ce même langage dans ses décisions et ses observations finales.¹⁰³

En 2001, le Comité de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels a constaté « avec regret que les terres traditionnelles des communautés autochtones ont été réduites ou occupées sans leur consentement par des sociétés forestières, minières et pétrolières, au détriment de la pratique de la culture de ces communautés et de l'équilibre de l'écosystème. »¹⁰⁴ Il recommande ensuite aux États de « faire en sorte que les communautés autochtones participent à la prise des décisions qui les touchent. Il demande, en particulier, instamment à l'État partie de consulter les communautés autochtones et d'obtenir leur consentement... »¹⁰⁵

La Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a développé une jurisprudence importante concernant le libre consentement préalable et éclairé. En 1996, constatant que le Nicaragua avait violé, entre autres, le droit à la propriété en octroyant des concessions forestières sur les terres autochtones au Nicaragua, la Commission a statué que l'État « est directement responsable des violations du droit à la propriété ... en ayant octroyé une concession ... sans le consentement de la communauté autochtone Awas Tingni. » [*traduction non officielle*]¹⁰⁶

Dans l'affaire Mary et Carrie Dann de 2002, la CIDH a noté que la législation interaméricaine relative aux droits humains requiert « des mesures spéciales visant à assurer la reconnaissance des intérêts particuliers et collectifs des peuples autochtones en lien avec l'occupation et l'exploitation de leurs terres et ressources traditionnelles, et de leur droit de ne pas être privés de cet intérêt, à moins d'obtenir leur consentement pleinement éclairé, dans des conditions égalitaires et en leur accordant une indemnisation juste. » [*traduction non officielle*]¹⁰⁷ Dans cette affaire, la CIDH a également signalé l'existence d'un certain nombre de « principes juridiques généraux d'ordre international applicables en matière de droits fondamentaux des peuples autochtones, » y compris :

lorsque les droits de propriété et d'utilisation des peuples autochtones découlent de droits antérieurs à l'existence d'un État, cet État doit reconnaître que les titres des peuples autochtones en question sont permanents et inaliénables et qu'ils ne peuvent être modifiés que d'un commun accord entre l'État et les peuples autochtones concernés lorsque la nature et les particularités de ladite propriété sont parfaitement connues et comprises. [*traduction non officielle*]¹⁰⁸

¹⁰³ Voir, par exemple, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Botswana*. 23 août 2002, et *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : États-Unis d'Amérique*. 14/08/2001.

¹⁰⁴ *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Colombie*. 06/12/2001. E/C.12/Add. 74, § 12

¹⁰⁵ *Id.*, § 33.

¹⁰⁶ Cour IDH, Rapport No. 27/98 (Nicaragua), § 142, cité dans, L'affaire de la de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Jugement sur les exceptions préliminaires du 1^{er} février 2000 ; Cour IDH. *Ser. C, No. 66* (2000). Voir également *Affaire 11.577 Cour IDH (Communauté autochtone Awas Tingni - Nicaragua), Rapport annuel de la CIDH OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.6 rev., (Vol. II), 1067, § 108* (16 avril 1999).

¹⁰⁷ Cour IDH, Rapport No 75/02, Affaire N° 11.140, Mary et Carrie Dann (États-Unis), 27 déc. 2002 OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 46, § 131.

¹⁰⁸ *Id.*, § 130. (notes en bas de page omises). Les principes généraux de droit international font référence aux « règles de droit coutumier, aux principes généraux de droit visé à l'article 38(1)(c) [du Statut de la Cour internationale de justice], ou à des propositions logiques résultant d'un raisonnement juridique

Plus récemment, la CIDH a déclaré que :

Les articles XVIII et XXIII de la Déclaration américaine impose à un État membre l'obligation particulière de s'assurer que la mesure dans laquelle les requérants autochtones conservent des intérêts sur les terres dont ils ont traditionnellement été les détenteurs, et qu'ils ont occupées et utilisées, soit déterminée sur la base d'une procédure visant à obtenir le consentement pleinement éclairé de la communauté autochtone dans son ensemble.^[109] Cela exige, à tout le moins, que tous les membres de la communauté disposent d'une information complète et exacte sur la nature et les conséquences du processus et qu'ils aient la possibilité effective de participer individuellement ou en tant que collectifs. La Commission est d'avis que ces exigences sont également applicables aux décisions prises par l'État qui auront un impact sur les terres et communautés autochtones, comme l'octroi de concessions d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires autochtones. *[traduction non officielle]*¹¹⁰

Le droit des peuples autochtones au consentement libre et éclairé est également contenu dans les projets de déclarations sur les droits des peuples autochtones en préparation à l'ONU et à l'OEA. Bien qu'elles en soient encore à un stade préliminaire, ces déclarations sont de plus en plus citées comme exprimant les principes du droit coutumier international. L'article 30 du projet de Déclaration de l'ONU stipule que :

Les peuples autochtones ont le droit de définir des priorités et d'élaborer des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres, territoires et autres ressources. Ils ont notamment le droit d'exiger que les États obtiennent leur consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant une incidence sur leurs terres, territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, des ressources en eau ou de toutes autres ressources.

Bien que la législation internationale en matière de droits humains ait été traditionnellement centrée sur les obligations incombant aux États, il ne fait aucun doute, dans le droit contemporain, que les obligations de respecter les droits humains peuvent s'appliquer aux acteurs non gouvernementaux, dont les sociétés multinationales.¹¹¹ Cette question est des plus pertinente en ce qui a trait aux filiales du GBM chargées de la promotion du secteur privé, la SFI et l'AMGI. Elle est aussi très pertinente pour les peuples autochtones puisque la plupart

fondé sur des instruments internationaux existants et sur des cas analogues à l'échelle municipale. » *[traduction non officielle]* I. Brownlie, *Principles of Public International Law* 19 (4^{ème} éd. 1990)

¹⁰⁹ À ce sujet, *Id.* § 140.

¹¹⁰ *Rapport No. 96/03, Communautés autochtones maya et leurs membres (Affaire 12.053, Belize)*, 24 octobre 2003, § 141 (notes en bas de page omises).

¹¹¹ La Déclaration universelle des droits de l'homme, par exemple, mentionne les obligations des individus et de « tous les organes de la société » et l'article 30 stipule que « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés. » Voir également, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement social et programme d'action du Sommet mondial pour le développement social*, Doc ONU. A/CONF. 151/26 (Vol. 1), 1992 ; *Déclaration de Copenhague sur le développement social*, Doc ONU. A/CONF. 166/9, 1995 ; M. Addo (dir.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. La Haye : Kluwer Law International (1999) ; J.R. Paul, Holding Multinational Corporations Responsible Under International Law 24 *Hastings Int'l. & Comp. Law Rev.* 285 (2001) ; Patrick Macklem, Indigenous Rights and Multinational Corporations at International Law, 24 *Hastings Int'l. and Comp. Law Rev.* 475 (2001) ; and, B. Frey, The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protections of International Human Rights, 6 *Minn. J. Global Trade* 153 (1996)

des projets d'extraction qui les touchent sont menés par des sociétés privées autorisées par l'État.

L'approche adoptée par chacun des instruments mentionnés est conforme aux observations faites par le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales dans une série de rapports qui examinent les investissements et les activités des sociétés transnationales en territoire autochtone.¹¹² Le rapport final a conclu que le comportement des entreprises multinationales « était déterminé principalement par l'ampleur et la qualité de la participation des peuples autochtones à la prise de décisions » et par « la mesure dans laquelle les lois du pays hôte accordent aux peuples autochtones le droit de refuser de donner leur consentement au développement... » [*traduction non officielle*]¹¹³

<p>Cette conclusion à été réitérée et développée lors d'un atelier des NU sur les peuples autochtones et les ressources naturelles, réalisé en 2001, où il a été déclaré dans les conclusions que les participants, qui comprenaient des représentants des industries :</p> <p>ont reconnu le lien entre l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination et des droits sur leurs terres et ressources et leur capacité d'établir des relations équitables avec le secteur privé. Il a été signalé que les peuples autochtones dont les droits sur les terres et ressources sont reconnus et les peuples autochtones ayant conclu des traités, accords ou autres arrangements constructifs avec les États étaient davantage en mesure d'entretenir des relations fructueuses avec des entreprises privées du secteur des ressources naturelles sur la base d'un consentement libre préalable et éclairé que les peuples qui sont privés de ces droits. (<i>traduction non officielle</i>)¹¹⁴</p> <p>Les récentes <i>Normes sur les corporations transnationales</i> de la Sous-commission de la promotion et la protection des droits de l'homme de l'ONU sont plus explicites :</p> <p>Les sociétés transnationales et autres entreprises respectent les droits des communautés locales touchées par leurs activités et les droits des peuples et communautés autochtones conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme... Elles respectent également</p>	<p>L'acceptation au niveau international du droit des Peuples Autochtones au CLPI¹¹⁹</p> <p>Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale</p> <p>Comité des Nations Unies sur les droits économiques, culturels et sociaux</p> <p>Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme</p> <p>Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones</p> <p>Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones</p> <p>Programme des Nations Unies pour le développement</p> <p>Centre des Nations Unies pour les Corporations transnationales</p> <p>Convention sur la diversité biologique</p> <p>Convention pour combattre la désertification, particulièrement en Afrique</p>
--	---

¹¹² Le CNUST a présenté quatre rapports au groupe de travail : une proposition de méthodologie et un projet de questionnaire à distribuer aux peuples autochtones (Doc ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1990/6) ; un rapport préliminaire (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1991/49) ; un rapport centré sur les Amériques (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1992/54) et ; un rapport centré sur l'Asie et l'Afrique, incluant un résumé des conclusions de tous les rapports et des recommandations « pour atténuer les incidences négatives des sociétés transnationales sur les peuples autochtones et augmenter la participation des peuples autochtones dans les prises de décisions pertinentes des gouvernements et des sociétés transnationales. » Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/1994/40)

¹¹³ *Rapport de la Commission sur les sociétés transnationales au Groupe de travail sur les populations autochtones*. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/1994/40, § 20. (Disponible en anglais et en espagnol seulement)

¹¹⁴ *Rapport de l'atelier sur les peuples autochtones, les sociétés privées travaillant dans les secteurs des ressources naturelles, de l'énergie et de l'extraction minière, et les droits de l'homme*. Genève, 5-7 décembre 2001, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, 3 (2002).

<p>le principe du libre consentement préalable et éclairé des peuples et communautés autochtones devant être touchés par leurs projets de développement.¹¹⁵</p> <p>Des déclarations similaires concernant le libre consentement préalable et éclairé ont été faites par les Rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur les droits fonciers des peuples autochtones, dans les traités conclus entre les États et les peuples autochtones, ainsi que par le Rapporteur spécial sur la situation des droits et libertés fondamentales des peuples autochtones de la Commission des droits de l'homme.¹¹⁶ Conformément à son mandat en matière d'adoption de normes, le Groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones a entrepris la rédaction d'un commentaire juridique relatif au libre consentement préalable et éclairé concernant des aménagements touchant les terres et les ressources naturelles des peuples autochtones.¹¹⁷ Un document de travail sera présenté par l'un des membres et soumis à la discussion lors de la 22ème session en juillet 2004. L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones a également accordé son appui à ce droit et a proposé qu'un Groupe de travail soit créé afin d'orienter sa mise en œuvre.¹¹⁸</p>	<p>Commission des Nations Unies sur les droits de l'homme, Rapporteur spécial sur la situation des droits et libertés fondamentales des peuples autochtones</p> <p>Commission interaméricaine sur les droits de l'homme</p> <p>Banque interaméricaine pour le développement</p> <p>Conseil des ministres européen</p> <p>Organisation pour l'unité africaine de la Commission européenne</p> <p>Commission mondiale sur les barrages</p> <p>Révision des industries extractives de la Banque mondiale</p> <p>Vème Congrès mondial sur les aires protégées de l'UICN</p> <p>World Wildlife Fund</p> <p>Association internationale de conservation de l'industrie pétrolière et l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz.</p>
--	--

¹¹⁵ *Commentaire relatif aux Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*, Doc ONU E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, § 10(c) (2003).

¹¹⁶ Voir *Les peuples autochtones et leur relation à la terre. Document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irène A. Daes*. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/2001/21 ; *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones. Rapport final de M. Miquel Alfonso Martínez, Rapporteur spécial*. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1998/CRP.1 (1998) ; *Étude sur la protection de la propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, préparée par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la Prévention de la discrimination et de la protection des minorités et présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, Mme Erica-Irene Daes*, Doc ONU E/CN.4/Sub.2/1993/28 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2001/57 de la Commission*. Doc ONU E/CN.4/2002/97.

¹¹⁷ *Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingt et unième session* Président-Rapporteur : M. Miguel Alfonso Martínez Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/22, § 111 (2003).

¹¹⁸ *Instance permanente sur les questions autochtones – Rapport de la deuxième session* Doc ONU. E/2003/43, E/C.19/2003/22, § 36.

¹¹⁹ « Acceptation » n'implique pas ici que ces organisations ont accepté le droit de manière générale, mais plutôt que le droit a été reconnu dans au moins un instrument ou politique officiel, d'ordre général ou sectoriel. La Banque interaméricaine de développement, par exemple, a accepté le droit dans ses 'Stratégies et procédures sur les questions socioculturelles relatives à l'environnement' et dans sa politique relative à la réinstallation involontaire, mais encore nulle part ailleurs. Elle a également intégré le libre consentement préalable et éclairé dans son étude de profil d'une Politique opérationnelle relative aux peuples autochtones, voir *infra*, note 128.

Finalement, tant le droit général que le droit international conventionnel exigent le libre consentement préalable et éclairé des peuples autochtones dans les cas de réinstallation.¹²⁰ Déjà en 1984, la CIDH constatait que « La doctrine prépondérante » veut que le principe de consentement s'applique à l'ensemble des cas impliquant un déplacement.¹²¹ La politique du GBM n'interdit toutefois pas la relocalisation involontaire des peuples autochtones. La PO 4.12 relative à la Réinstallation involontaire stipule que le GBM financera des activités impliquant la réinstallation des peuples autochtones, même si elle peuvent avoir des « impacts négatifs significatifs sur leur identité et survie culturelle », s'il considère que l'Emprunteur a étudié toutes les alternatives réalisables dans la conception du projet.¹²²

D'après ce qui précède, on peut voir que le libre consentement préalable et éclairé s'est imposé dans les normes internationales en matière de droits humains et dans les activités de normalisation relatives aux peuples autochtones. Les opposants au libre consentement préalable et éclairé soutiennent qu'il va à l'encontre du droit d'expropriation (domaine éminent) des États et qu'il est de ce fait inacceptable. Cependant, le domaine éminent est assujéti à la législation en matière de droits humains, comme l'est toute prérogative gouvernementale, et ne devrait donc pas jouir d'un statut ou d'une exemption particuliers pour justifier, dans le cas qui nous intéresse, le refus du droit au libre consentement préalable et éclairé.¹²³ Il en va de même pour l'argument selon lequel le libre consentement préalable et éclairé porte atteinte à la souveraineté de l'État en général, y compris la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles. Comme le soutient le Juge Weeramantry de la Cour internationale de Justice, « Dans son développement continu, le concept de droits de l'homme a dépassé de loin le stade où il n'était que d'intérêt étroit entre souverain et sujet. ... Il n'existe même pas le semblant d'une suggestion dans le droit international contemporain que de telles obligations correspondent à une dérogation de la souveraineté. » [*traduction non officielle*]¹²⁴

¹²⁰ Entre autres, Convention 107 de l'OIT, art. 12, Convention 169 de l'OIT, art. 16(2), projet de Déclaration de l'ONU, art. 10, Projet de Déclaration américaine, art. XVIII(6), et Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale No XXIII.

¹²¹ Rapport sur la situation des droits de l'homme d'une partie de la population nicaraguayenne d'origine Miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 26. (1984), 120.

¹²² PO 4.12 Réinstallation involontaire des personnes 2001, § 9. Disponible à : [http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwebsite.nsf/BillboardPictures/OP412FrenchReviewed2/\\$FILE/OP412FrenchReviewed2.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwebsite.nsf/BillboardPictures/OP412FrenchReviewed2/$FILE/OP412FrenchReviewed2.pdf)

¹²³ Voir, *supra*, notes 85-89 et notes explicatives.

¹²⁴ *Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie) (Serbie et Montenegro), Opinion individuelle du juge Weeramantry § 2* (1996), <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyframe.htm> (en anglais seulement). Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a conclu récemment que « les objectifs de développement ne peuvent être invoqués pour justifier une atteinte aux droits de l'homme, et que le droit d'exploiter les ressources naturelles s'accompagne d'obligations précises envers les populations locales... » *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Surinam*. CERD/C/64/CO/09/Rev.2, § 15 (2004). Le Comité a également déclaré que « Prenant note du principe énoncé à l'article 41 de la Constitution, selon lequel les ressources naturelles sont la propriété de la Nation et doivent être utilisées pour promouvoir le développement économique, social, et culturel, le Comité rappelle que ce principe doit s'harmoniser avec les droits des populations autochtones et tribales. » *Id.*, § 11.

D Le libre consentement préalable et éclairé dans les normes de développement

Plusieurs organisations intergouvernementales de développement et institutions financières internationales ont intégré le concept du libre consentement préalable et éclairé à leurs politiques et programmes concernant les peuples autochtones. Je les ai inclus ici car ils témoignent de la pratique des États.

La politique officielle sur les peuples autochtones du Programme des Nations Unies pour le développement stipule sans équivoque que « le PNUD encourage et soutient le droit des peuples autochtones à donner librement un consentement préalable informé concernant la planification et la programmation du développement quand ils risquent d'en être affectés. »¹²⁵ Dans la politique, l'appui du PNUD au libre consentement préalable et éclairé est fondé sur la législation internationale en matière de droits humains. Les *Stratégies et procédures sur les questions socioculturelles relatives à l'environnement (Strategies and Procedures on Socio-Cultural Issues as Related to the Environment)* publiées par la Banque interaméricaine de développement en 1990 stipulent que « De façon générale... la BID ne financera pas ... les projets ayant une incidence sur les terres tribales, à moins que la société tribale ne soit d'accord... ». [traduction non officielle]¹²⁶ Le BID élabore actuellement une politique opérationnelle contraignante concernant les peuples autochtones. Des documents stratégiques préliminaires sur cette politique incluent le libre consentement préalable et éclairé.¹²⁷ Le libre consentement préalable et éclairé est déjà intégré à la politique du BID concernant la Réinstallation involontaire.¹²⁸

La résolution adoptée en 1998 par le Conseil des ministres de l'Union européenne, intitulée *Les populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté et des États membres* stipule que « les populations autochtones ont le droit de choisir leurs propres voies vers le développement, ce qui inclut le droit de s'opposer à certains projets, notamment dans leurs territoires traditionnels. »¹²⁹ Cette formulation est interprétée par l'UE comme étant l'équivalent du libre consentement préalable et éclairé.¹³⁰ De plus, en octobre 2003, le Conseil européen et la Commission européenne ont approuvé la formulation

¹²⁵ *Le PNUD et les Peuples Autochtones : Une Politique d'Engagement*, § 26-30 (2001).

¹²⁶ Banque interaméricaine de développement, *IDB Resource Book On Participation*, Annex, 'Strategies and Procedures on Socio-Cultural Issues as Related to the Environment'. (1990)

¹²⁷ Banque interaméricaine de développement, Profil : politique opérationnelle sur les peuples autochtones, 13 février 2004. Disponible à : www.iadb.org/sds/doc/IND-GN2296F.pdf Le profil stipule ce qui suit : « *Des consultations significatives et une participation des intervenants autochtones* ». La politique stipulerait que les peuples autochtones devraient participer de façon significative à la prise de décisions pertinentes qui les affectent au cours du cycle du projet et ne devraient pas intentionnellement ou par inadvertance être exclus de projets qui ont le potentiel de leur être bénéfiques. La politique aborderait également la question des exigences adéquates en matière de consultation et de participation, de création de consensus et de mécanismes de résolution de conflits, et elle examinerait le principe du consentement libre, préalable et informé des intervenants autochtones, d'une façon compatible avec les accords internationaux en la matière.

¹²⁸ Banque interaméricaine de développement, Politique opérationnelle 710 sur la Réinstallation involontaire (1998), Section IV, § 4

¹²⁹ Union européenne, Conseil des ministres, *Les populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté et des États membres* (1998).

¹³⁰ T. Griffiths, 'Pas de comptes à rendre ! Les peuples autochtones, les droits de l'homme, et les normes des agences de développement : un outil de référence et étude comparative'. Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh 2003, 35, 36, 54, 73. Disponible à : <http://www.forestpeoples.org/>

suiuante dans le cadre du *Deuxième plan d'action pour la dimension septentrionale* : « Tous les pays partenaires de la dimension septentrionale devront prêter une attention accrue aux activités économiques, et en particulier aux industries extractives, afin de protéger les droits héréditaires à l'autodétermination, les droits fonciers et les droits culturels des peuples autochtones de la région. » [traduction non officielle]¹³¹ Comme nous l'avons mentionné plus haut, le libre consentement préalable et éclairé est implicite et essentiel au droit à l'autodétermination.

L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (l'IPQA), mise en place en 2001, a le mandat de coordonner l'action de l'ensemble des institutions des Nations Unies sur les questions relatives aux peuples autochtones. Elle a porté un grand intérêt au libre consentement préalable et éclairé, dont elle affirme qu'il « est devenu la norme à respecter pour protéger et promouvoir leurs droits [des peuples autochtones] dans le domaine du développement. »¹³² L'IPQA s'est aussi intéressée aux politiques du GBM relatives aux peuples autochtones, recommandant en 2003, et à nouveau mot pour mot en 2004, que le GBM :

Continue de traiter les questions qui sont toujours d'actualité et notamment respecte le droit coutumier international et les règles en la matière, en particulier les instruments relatifs aux droits de l'homme, reconnaisse pleinement les droits coutumiers des peuples autochtones applicables aux terres et aux ressources, le droit des populations autochtones de donner librement leur consentement en toute connaissance de cause concernant les projets de développement qui les touchent, et interdise la réinstallation forcée de populations autochtones.¹³³

La RIE a proposé en particulier au GBM de collaborer avec l'IPQA afin d'opérationnaliser et intégrer le libre consentement préalable et éclairé à ses politiques et pratiques.¹³⁴

En préparation de sa 3^{ème} session, l'IPQA a distribué un questionnaire à tous les services responsables des questions autochtones au sein du système des Nations Unies afin de recueillir l'information sur « la conception que ses organismes, fonds et programmes se font de ce principe et sur la façon dont ils l'appliquent. »¹³⁵ Dix (10) des 18 organismes qui ont reçu le questionnaire y ont répondu. Le GBM brillait par son absence, fait étrange puisqu'il fait partie du Groupe de soutien interinstitutions de l'IPQA.¹³⁶ Bien qu'aucun des organismes ayant répondu n'avait une définition ad hoc officielle du libre consentement préalable et éclairé, huit d'entre eux ont reconnu qu'il faisait partie intégrante des droits humains et la plupart ont affirmé que, bien que cela comporte des défis, le libre consentement préalable et éclairé « était dans une large mesure appliqué de façon ponctuelle conformément aux directives générales,

¹³¹ Union européenne, *Le deuxième plan d'action pour la dimension septentrionale, 2004-2006*, 21. Disponible en anglais à : http://europa.eu.int/comm/external_relations/north_dim/ndap/ap2.htm

¹³² Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *Groupe d'appui interorganisations sur les questions liées aux populations autochtones : rapport sur le consentement préalable, libre et éclairé* Version avancée*, 3^{ème} session, 2004. E/C.19/2004/11, § 1. Disponible à : <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No4/270/93/PDF/No427093.pdf?OpenElement>

¹³³ *Instance permanente sur les questions autochtones – Rapport de la deuxième session (12-23 mai 2003)* Doc ONU. E/2003/43), E/C.19/2003/22, § 33.

¹³⁴ Rapport de la RIE, 50.

¹³⁵ *Supra* note 132, § 3.

¹³⁶ Les organisations suivantes ont répondu au questionnaire de manière substantielle (deux autres ont répondu que le libre consentement préalable et éclairé ne s'appliquait pas à leurs opérations) : PNUD, FNUAP, FAO, OIT, UNITAR, FIDA, HCDH, OMS.

instruments juridiques et principes sur lesquels reposent leurs activités. »¹³⁷ Cependant, une lecture en diagonale de certaines des réponses montre que quelques-uns des organismes confondent le libre consentement préalable et éclairé avec la consultation et la participation.

Conclusions

La précédente analyse du libre consentement préalable et éclairé devrait être lue en tenant compte du fait que la plupart des États ne reconnaissent pas les droits des peuples autochtones sur les gisements et autres ressources se trouvant sur leurs terres et territoires, en particulier du fait que certains voient le libre consentement préalable et éclairé comme un mécanisme qui permet d'éviter des discussions beaucoup plus sensibles et politiques concernant le droit de propriété des autochtones sur les ressources du sous-sol. Comme nous le verrons plus loin, les instances internationales des droits humains ont toujours soutenu que les droits collectifs des peuples autochtones sur leurs terres et ressources traditionnelles devaient être reconnus et protégés. Ces droits, qui existent même sans être reconnus officiellement par l'État, sont déterminés dans une large mesure par les lois, us et coutumes des peuples autochtones, et l'extinction unilatérale a été adoptée pour violer, entre autres, le droit à l'autodétermination et la prohibition de la discrimination raciale.¹³⁸ Ces normes ont été élaborées en partie pour corriger les injustices du passé, qui remontent aux premiers temps du colonialisme.

Dans les textes des différents instruments et jurisprudences internationaux, on emploie le mot « ressources » sans le définir ou l'expliquer. Sans preuve du contraire, – voir, par exemple l'article 15(2) de la Convention 169 de l'OIT, qui traite des « cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol » – le mot « ressources » devrait être interprété, par présomption, comme incluant les ressources du sous-sol, étant donné surtout que ces ressources ont été expropriées unilatéralement par les autorités coloniales et leurs successeurs, de la même manière qu'on considérait, pendant l'époque coloniale, que le souverain était investi des droits de superficie.¹³⁹ Le droit international a rejeté cette expropriation unilatérale en ce qui a trait aux droits de superficie ; il faudrait appliquer la même logique aux droits sur le sous-sol. La Cour constitutionnelle sud-africaine, entre autres, en est arrivée à cette conclusion en 2003, décrétant que, conformément au droit autochtone et en vertu de l'occupation et de l'utilisation traditionnelles, les peuples autochtones pouvaient aussi être investis du droit de propriété collective sur les gisements.¹⁴⁰

En l'absence d'arrangements légaux ou autres qui en disposent autrement, la reconnaissance des droits des autochtones sur les gisements exclut tout droit de l'État d'octroyer des concessions sur les terres autochtones et rend inutile le libre consentement préalable et

¹³⁷ *Supra* note 132, 7.

¹³⁸ Voir entre autres, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, *supra* note 85 et ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Décision (2) 54 sur l'Australie*, Doc. ONU A/54/18, § 21 (1999).

¹³⁹ Un éminent spécialiste de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles conclut que les « droits des peuples autochtones sur les ressources naturelles de leurs terres sont, au premier abord, similaires à ceux des États (et doivent) découler du principe de souveraineté permanente... Cependant, la différence fondamentale est que les peuples autochtones sont encore un objet plutôt qu'un sujet du droit international ; ils peuvent au mieux être identifiés comme un sujet émergent du droit international. » [traduction non officielle] N. Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources : Balancing Rights and Duties*. Cambridge Studies in International Law. Cambridge : Cambridge University Press (1997), 318.

¹⁴⁰ *Alexkor Ltd et la République d'Afrique du Sud c. La Communauté Richtersveld et autres*. CCT 19/03, § 64 (2003). (En anglais seulement).

éclairé à cet égard.¹⁴¹ Au lieu de cela, les peuples autochtones seraient, s'ils en décidaient ainsi, libres de consentir à des arrangements avec des tiers, y compris l'État, concernant l'exploitation de leurs ressources, par le biais d'accords mutuellement satisfaisants. Des études et analyses d'exemples de tels accords aux États-Unis, au Canada et ailleurs permettraient d'avoir une compréhension approfondie de la nature et du fonctionnement habituels du libre consentement préalable et éclairé.

E « Opérationnalisation »

Bien qu'il soit nécessaire de veiller à renforcer la place du libre consentement préalable et éclairé dans la législation en matière de droits humains et de s'assurer en même temps que la législation en matière de droits humains soit mieux intégrée à d'autres sphères du droit international, en particulier au droit commercial, il est tout aussi nécessaire d'élaborer des normes internationales pour sa mise en oeuvre ou « opérationnalisation ». Il a parfois été avancé que le Groupe de la Banque mondiale ne peut intégrer le libre consentement préalable et éclairé à ses politiques et projets puisque celui-ci ne peut s'opérationnaliser. C'est là une affirmation au mieux douteuse compte tenu des nombreux exemples de cas où le droit a été opérationnalisé par les organisations internationales et dans les lois nationales.¹⁴² La BID, par exemple, exige le consentement des peuples autochtones à la réinstallation, tout comme, entre autres, les lois nationales de la plupart des États qui ont ratifié la Convention 169 de l'OIT. En ce qui concerne l'accès et le partage des bénéfices, ainsi que la protection du savoir autochtone, le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique a rapporté qu'au mois de décembre 2000, le libre consentement préalable et éclairé avait été intégré à la législation, soit dans les projets de loi ou dans les lois promulguées, et à la pratique de 62 pays.¹⁴³

Aux Philippines, la loi exige le libre consentement préalable et éclairé des peuples autochtones pour les activités suivantes : la prospection, la mise en valeur et l'exploitation des ressources naturelles ; la recherche-bioprospection ; le déplacement et la relocalisation ; les fouilles archéologiques ; les politiques touchant les peuples autochtones ; et le déploiement d'effectifs militaires.¹⁴⁴ Le libre consentement préalable et éclairé est défini dans la Loi sur les

¹⁴¹ Voir, par exemple, le plan adopté par les États-Unis en vertu du *Indian Mineral Leasing Act 1938*, selon lequel les tribus avaient peu de contrôle sur l'exploitation minière en dépit de la reconnaissance de leurs droits de propriété sur les minéraux se trouvant sur les réserves. Au sujet des droits de propriété, voir, entre autres, *United States v. Shoshone Tribe of Indians* 304 US 111 (1938). Comparez cette loi avec le *Indian Mineral Development Act 1982*, qui dispose que les tribus peuvent, sous réserve d'une approbation ministérielle, « conclure tout accord de coentreprise, d'exploitation, de partage de la production, de services, de gestion, de location ou autre » relatif aux activités minières. [*traduction non officielle*]

¹⁴² Au sujet des lois nationales, voir, entre autres, *infra*, notes 144-157 et notes explicatives. Voir également, Aotearoa-Nouvelle-Zélande, *Crown Minerals Act 1991* (N.Z.), qui fournit une protection particulière aux terres maories, tel que défini dans le *Te Ture Whenua Maori Act 1993* : 1) si les terres maories sont considérées comme des *waahi tapu* (zones sacrées) par la tribu ou sous-tribu concernée, l'accès à ces terres même pour les activités ayant un impact minimal ne pouvait être obtenu qu'avec le consentement des propriétaires fonciers maories (sec. 51) et ; dans le cas d'activités autres que celles ayant un impact minimal, les propriétaires maories ont également le droit au consentement (sections 53-4) même s'il existe des raisons d'ordre public justifiant le recours à l'arbitrage dans le cas de propriétaires fonciers non maories.

¹⁴³ *Compilation et panorama des instruments existant déjà, directives, codes déontologiques et autres activités applicables au programme de travail sur l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes. Note du Secrétaire exécutif. UNEP/CBD/WG8J/2/INF/1, § 11. (2001, § 11). (En anglais seulement).*

¹⁴⁴ Entre autres, la Loi sur les droits des peuples autochtones (*Indigenous Peoples Rights Act*) de 1997, sec. 59 (Phil.) et le Code Minier (*Mining Code*) de 1995, sec. 16. (Phil.). Voir également, Commission nationale

droits des peuples autochtones (IPRA) de 1997 comme étant « le consensus de tous les membres des [Communautés culturelles autochtones/peuples autochtones] devant être déterminé selon leur lois et pratiques coutumières, à l'abri de toute manipulation externe, ingérence ou coercition, et obtenu après divulgation complète de l'information concernant l'objet et la portée de l'activité, dans une langue et suivant une procédure pouvant être comprises par la communauté. » [traduction non officielle]¹⁴⁵

Les dispositions de l'IPRA relatives au consentement sont opérationnalisées dans ses règles et règlements d'application (*Implementing Rules and Regulations 1998*).¹⁴⁶ La procédure visant à obtenir le libre consentement préalable et éclairé comprend, à tout le moins, les « éléments de base » suivants : diffusion de l'information à tous les membres des peuples autochtones concernés ; évaluation de leurs préoccupations ou des enjeux en fonction de leurs coutumes et traditions ; décision initiale du conseil des aînés reconnu ; et confirmation de la décision des aînés par les membres de la communauté.¹⁴⁷

des peuples autochtones (NCIP), Ordonnance administrative No 01-98. *Rules and Regulations Implementing Republic Act No. 8371, Otherwise Known as "The Indigenous Peoples' Rights Act of 1997"* (Règlement d'application de la loi de la république No 8371, appelée « Loi sur les droits des peuples autochtones 1997 »), Règle III, 2ème partie, sec. 2(b)(2) – « Les droits des communautés/peuples autochtones au développement de leurs territoires, y compris de toutes les ressources naturelles qui s'y trouvent, comprend également, sans s'y limiter : (2) Le droit des communautés/peuples autochtones, par l'intermédiaire de leur Conseil des Aînés/des Chefs, conformément au principe de libre consentement préalable et éclairé prévu par ces Règles et règlements, à conclure des ententes avec toute entité juridique concernant l'utilisation, l'extraction ou la mise en valeur de ressources naturelles, pour une durée maximale de 25 ans, renouvelables pour une période supplémentaire de 25 ans à la demande des communautés/peuples autochtones, ainsi qu'aux pouvoirs de visite et de surveillance des communautés/peuples autochtones et de la NCIP visant à s'assurer que les droits des communautés/peuples autochtones sont adéquatement sauvegardés et protégés. » [traduction non officielle]

¹⁴⁵ IPRA, *id.* sec. 3(g).

¹⁴⁶ Commission nationale des peuples autochtones, Ordonnance administrative No 01-98. *Rules and Regulations Implementing Republic Act No. 8371, Otherwise Known as "The Indigenous Peoples' Rights Act of 1997"* (Règlement d'application de la loi de la république No 8371, appelée « Loi sur les droits des peuples autochtones 1997 ») Règle IV, 3ème partie, sections 1-9 (Phil.)

¹⁴⁷ *id.* sec. 5. La section 5 stipule également que :

Les exigences minimales suivantes devront être rigoureusement respectées :

a) Pour chaque réunion, des avis rédigés en anglais ou en Filipino et dans la langue autochtone, et autorisés par les aînés/chefs de la communauté, devront être émis et affichés dans des endroits bien en vue ou annoncés dans la région où se tiendra la réunion au moins deux (2) semaines avant ladite réunion.

b) Toutes les réunions et délibérations où le promoteur présentera et expliquera tous les détails relatifs à la politique, au programme, au projet ou au plan proposé devront se dérouler selon une procédure et dans une langue qui soit parlée et comprise par les communautés/peuples autochtones concernés ;

a) Les comptes rendus des réunions ou délibérations devront être rédigés en anglais ou en filipino et dans la langue des communautés/peuples autochtones concernés et validés par les personnes ayant assisté à la réunion ou à l'assemblée avant d'être finalisés et distribués.

d) Les communautés/peuples autochtones indiqueront son consentement ou refus en apposant leurs signatures ou empreintes de pouce sur un document écrit dans leur langue ou dialecte, accompagné de la traduction correspondante en anglais ou en filipino. Les signatures ou empreintes de pouce ne seront valides que si elles ont été apposées sur toutes et chacune des pages du document indiquant le consentement ou le refus. En cas de refus, les communautés/peuples autochtones devront indiquer dans le document s'ils considéreront ou non d'autres propositions de même nature ; et

e) Toute autre proposition devra être soumise au libre consentement préalable et éclairé des communautés/peuples autochtones conformément aux procédures et exigences susdites.
[traduction non officielle]

Si le consentement est accordé, un protocole d'entente écrit, signé par le promoteur du projet, le ou les peuple(s)/communauté(s) autochtone(s) concernés et la Commission nationale des peuples autochtones (NCIP), est exigé. Cette entente doit être rédigée dans la ou les langues des peuples autochtones concernés et stipuler, entre autres : (1) les bénéfices revenant au peuple/à la communauté autochtone concernée ; (2) les mesures envisagées pour protéger les systèmes de droits et de valeurs des peuples autochtones ;¹⁴⁸ (3) les responsabilités du promoteur, du peuple ou de la communauté autochtone et de la NCIP ; (4) que l'entente s'applique *mutatis mutandis* à toute nouvelle partie résultant d'un partenariat, d'une coentreprise, d'une fusion, d'un transfert de droits, etc. ; et (5) sanctions en cas de non-respect et/ou de violation de l'entente.¹⁴⁹

Le libre consentement préalable et éclairé a également fait partie, pendant près de 30 ans, d'une loi s'appliquant à l'industrie minière dans le Territoire du Nord de l'Australie¹⁵⁰ et apparaît dans la législation applicable en Nouvelle-Galles du Sud,¹⁵¹ au Queensland¹⁵² et dans d'autres États d'Australie.¹⁵³ En vertu de la Loi sur les droits fonciers des aborigènes du Territoire du Nord (*Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act - ALRA*) de 1976, le consentement est obtenu par le biais de Conseils territoriaux statutaires contrôlés par les autochtones, qui peuvent refuser de donner leur consentement à l'octroi d'un permis d'exploitation minière à moins qu'ils soient persuadés que les propriétaires autochtones traditionnels de la terre en question comprennent la nature de l'activité, ainsi que l'ensemble des termes et conditions. En tant que groupe, ils doivent accorder leur consentement lorsqu'ils ont la conviction que les termes et conditions sont raisonnables et qu'ils ont convenu de ces termes et conditions avec l'exploitant minier.¹⁵⁴ En ce qui a trait aux propriétaires fonciers traditionnels, on considère que le consentement a été obtenu si :

¹⁴⁸ Les systèmes de droits et de valeurs dont il est question au point 2 se définissent comme suit : « a) Terres/domaines ancestraux en tant que source de vie fondamentale des communautés/peuples autochtones ; b) Système traditionnel de soutien fondé sur la parenté, les amis, les réseaux de voisins, les relations tribales et intertribales de coopération, de partage et d'empathie ; c) Cycles agricoles durables et traditionnels, vie communautaire, économie de village, activités de subsistance, telles que la culture sur abattis-brûlis, les forêts communales, les territoires de chasse, les bassins hydrographiques, les systèmes d'irrigation et autres systèmes et pratiques de gestion autochtones ; et d) Maisons, propriétés, terres sacrées et cimetières. » [traduction non officielle] *Id. sec. 3.*

¹⁴⁹ *Id. sec. 8.*

¹⁵⁰ *Aboriginal Lands Rights (Northern Territory) Act 1976* (Loi sur les droits fonciers des aborigènes - Territoire du Nord 1976), Partie IV (Australie). Avant 1987, la Loi prévoyait que les propriétaires fonciers aborigènes traditionnels, ainsi que les Conseils territoriaux statutaires devait accorder leur libre consentement préalable et éclairé pour les permis tant de prospection que d'exploitation minière. En 1987, la Loi a été amendée pour retirer l'exigence du libre consentement préalable et éclairé des propriétaires fonciers autochtones traditionnels dans le cas des permis d'exploitation ; le consentement du propriétaire foncier aborigène pour les permis de prospection minière a été maintenu et l'accord du Conseil territorial concerné est toujours exigé pour la phase d'exploitation.

¹⁵¹ *Aboriginal Lands Rights Act 1983 (NSW)* (Loi sur les droits fonciers des aborigènes 1983 (N-G du S.), sec. 45(5) (Australie)

¹⁵² *Aboriginal Land Act 1991 (Qld)* (Loi sur les terres aborigènes 1991 - Queensland), sec. 42 (Australie), et *Torres Strait Islander Land Act 1991 (Qld)* (Loi sur les terres des insulaires du détroit de Torres 1991 - Queensland), sec. 80 (Australie). Voir également, *Mineral Resources Act 1989 (Qld)* (Loi sur les ressources minérales 1989 - Queensland), sec. 54 (Australie).

¹⁵³ Voir *Mineral Resources Development Act 1995 (Tas)* (Loi sur la mise en valeur des ressources minérales 1995 - Tasmanie), Pt.7, et ; *Aboriginal Land (Jervis Bay Territory) Act 1986 (Cth)* (Loi sur les terres aborigènes (Territoire de Jervis Bay) 1986 (Commonwealth), sec. 43, 52A(1), (2) (Australie)

¹⁵⁴ *Aboriginal Lands Rights (Northern Territory) Act 1976* (Loi sur les droits fonciers des aborigènes - Territoire du Nord 1976), sec. 42(6) (Australie)

(a) dans le cas où il existe une procédure particulière de prise de décisions qui, selon la tradition autochtone desdits propriétaires autochtones traditionnels ou du groupe auquel ils appartiennent, doit être respectée dans le cas de décisions de cette nature – la décision a été prise conformément à cette procédure ; ou

(b) dans le cas où il n'existe pas de procédure de prise de décisions – la décision a été prise conformément à une procédure qui a été convenue et adoptée par lesdits propriétaires autochtones pour la prise de cette décision ou de décisions de cette nature. [*traduction non officielle*]¹⁵⁵

La procédure qui s'applique en vertu de l'ALRA se déroule à peu près comme suit : une demande de permis de prospection est déposée auprès du *Department of Business, Industry and Resource Development* (Ministère du commerce, de l'industrie et du développement des ressources – DBIRD) ; le ministre du DBIRD permet au requérant d'entamer des négociations avec un Conseil territorial ; le Conseil territorial a 12 mois pour s'acquitter de ses responsabilités en vertu de l'ALRA (entre autres, consultation auprès des propriétaires fonciers autochtones traditionnels concernés) ; et finalement, si les propriétaires traditionnels sont d'accord, une entente est négociée concernant le permis de prospection.¹⁵⁶

Ces procédures ont été révisées en 1999 par le National Institute of Economic and Industry Research (Institut national de recherche économique et industrielle)¹⁵⁷, qui, selon la Commission des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres, a constaté que l'ALRA « a réussi à sauvegarder le contrôle des aborigènes sur les terres aborigènes... [et] a établi une procédure de négociation grâce à laquelle une part croissante des terres aborigènes du Territoire a été ouverte à la prospection minière. » [*traduction non officielle*]¹⁵⁸ Les terres aborigènes n'ont pas seulement été ouvertes à la prospection ; en 1991, il y avait sur les terres autochtones du Territoire du Nord 12 mines en exploitation, qui ont produit au total plus de 1 milliard \$A en minéraux, soit 80% de la valeur totale de la production minière du Territoire du Nord.¹⁵⁹

Finalement, il convient de mentionner que la Procédure d'analyse environnementale et sociale (« *Micro-Finance Exclusion List* ») de la SFI contient déjà l'exigence du consentement en ce qui a trait aux peuples autochtones, stipulant que les fonds de la SFI ne peuvent être utilisés pour financer « La production ou les activités qui empiètent sur les terres possédées ou revendiquées en vertu d'une décision arbitrale par les peuples autochtones, sans le consentement plein et consigné par écrit de ces peuples. » [*traduction non officielle*]¹⁶⁰ Il ne semble donc y avoir aucune raison valable pour que le libre consentement préalable et éclairé ne puisse s'opérationnaliser dans d'autres espaces et projets du Groupe de la Banque mondiale.

¹⁵⁵ *Id. sec. 77A.*

¹⁵⁶ Voir le traitement détaillé des travaux de la Loi sur les droits fonciers des aborigènes (ALRA), y compris les questions minières, dans *Northern Territory Land Councils and the Aboriginal Benefits Account. Performance Audit, Audit Report No. 28, 2002-03* (Australie) Disponible à : <http://www.anao.gov.au/WebSite.nsf/Publications/6F305A0E51814A79CA256CC2000CAB4E>

¹⁵⁷ *The National Competition Policy Review of Part IV (the mining provisions) of the Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976.* NIEIR, 1999 (Austl).

¹⁵⁸ *Aboriginal and Torres Strait Islander Commission*, Rapport annuel 1998-99, 149.

¹⁵⁹ P. Boyle, *Behind the Mining Companies Hysteria about Mabo* 1993. Disponible à : <http://www.greenleft.org.au/back/1993/111/111p3.htm>

¹⁶⁰ *Procédure d'analyse environnementale et sociale des projets.* Société de financement international, décembre 1998, p. 36. Disponible en anglais à : [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/e11ffa331b366c54ca2569210006982f/ESRP/\\$FILE/Env&SocReviewProc.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/e11ffa331b366c54ca2569210006982f/ESRP/$FILE/Env&SocReviewProc.pdf)

F Composants du libre consentement préalable et éclairé

Le libre consentement préalable et éclairé comporte un certain nombre d'éléments dont il faut tenir compte pour son opérationnalisation : 1) libre ; 2) consentement ; 3) préalable ; 4) éclairé. J'ajouterais à cette liste explicite un cinquième composant : une reconnaissance adéquate des droits des peuples autochtones sur les terres, territoires et ressources qu'ils détiennent, occupent et utilisent traditionnellement. Voici quelques exemples de ce que chaque composant peut requérir.

1) Libre

Le fait que le consentement n'est pas valable s'il est obtenu par coercition ou par manipulation est un principe général du droit. Bien qu'aucune mesure législative ou réglementaire ne soit infaillible, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes permettant de vérifier que le consentement a été donné librement. Aux Philippines, par exemple, la Commission nationale des peuples autochtones est chargée d'attester du consentement des peuples/communautés autochtones. Cependant, des études démontrent qu'aux Philippines, le consentement des peuples autochtones est souvent obtenu par manipulation et coercition.¹⁶¹ Des plaintes du même ordre ont également été soulevées en Australie.¹⁶²

Goldzimer suggère qu'une façon de s'assurer que le consentement préalable et éclairé est donné librement est de faire en sorte que le promoteur du projet ne soit pas l'entité responsable d'obtenir le consentement.¹⁶³ La responsabilité devrait plutôt incomber à des instances indépendantes (politiquement et financièrement) reconnues constitutionnellement, centralisées ou régionalisées, qui soient élues par les peuples autochtones. De plus, les peuples autochtones doivent avoir accès à des voies de recours judiciaires efficaces afin de mieux se protéger contre d'éventuels écarts dans le processus d'obtention du libre consentement préalable et éclairé.¹⁶⁴

C'est en grande partie dans cette optique que travaillent les Conseils territoriaux établis dans le Territoire du Nord et ailleurs en Australie. Malgré quelques problèmes initiaux – et des allégations de cooptation, sans compter qu'une partie de leurs revenus provient des redevances

¹⁶¹ Voir, entre autres, *Implementation of the Indigenous Peoples Rights Act (IPRA) in the Philippines : Challenges and Opportunities*. Document de travail préparé par Mme Ruth Sidchogan-Batani, Coordinatrice de la recherche, Tebtebba (Centre international des peuples autochtones pour la recherche politique et l'éducation). Séminaire d'experts sur les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Organisé par le Haut Commissariat aux droits de l'homme, 15-17 décembre 2003. Doc ONU HR/GENEVA/TSIP/SEM/2003/BP.4 (En anglais seulement) ; et, Rovillos, Ramo and Corpuz, *When the 'Isles of Gold' turn into Isles of Dissent : A Case Study on the Philippine Mining Act of 1995*. Étude de cas sur la loi minière Philippine de 1995 présentée à la Personnalité éminente et aux participants de la RIE lors du séminaire sur *Les peuples autochtones, les industries extractives et la Banque mondiale*, Oxford, Royaume-uni, 15 avril 2003. Disponible en anglais à : http://forestpeoples.gn.apc.org/Briefings/Private%20sector/eir_internat_wshop_philippine_case_eng.pdf

¹⁶² Voir également, G. Triggs, *The Rights of Indigenous Peoples to Participate in Resource Development : An International Legal Perspective*. Dans, *Human Rights in Natural Resource Development. Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*. (Zillman, Lucas and Pring (dir.) 2002) ; et, A. Goldzimer, *Prior Informed Consent of Project Affected Indigenous Peoples*, 1 Kennedy School Review 2000. Disponible à : http://www.ksg.harvard.edu/ksr/article_AG.htm

¹⁶³ *Id.* « Aux Philippines, les promoteurs de projets sont responsables d'obtenir le consentement préalable et éclairé des communautés concernées, qui est ensuite attesté par la NCIP. La longue histoire de tromperies, de manipulations et d'abus liés aux accords entre les peuples autochtones et les parties intéressées – aux Philippines et ailleurs – donne à croire que cette approche est vouée à l'échec. » [traduction non officielle]

¹⁶⁴ *Id.*

minières et qu'ils sont financés par le gouvernement – ces Conseils semblent avoir bien fonctionné, du moins pour ce qui est de fournir un mécanisme de recherche du libre consentement préalable et éclairé et de réduire au minimum les possibilités de coercition ou de manipulation. Les peuples autochtones de la Guyane – dont le droit au libre consentement préalable et éclairé est contenu dans une politique minière plutôt que dans la législation – ont également proposé que leur Conseil National des Toshias (instance représentant l'ensemble des chefs de village élus) participent au processus d'attestation ou d'obtention du libre consentement préalable et éclairé, en raison d'allégations selon lesquelles les entreprises auraient manipulé ou « acheté » les membres des Conseils de village, instances actuellement désignées pour accorder le consentement.¹⁶⁵

Il est cependant difficile de dire si un tel système fonctionnerait partout. De plus, cela pose des défis particuliers aux pays et régions où l'état de droit est faible, où prévaut la corruption et où les institutions et organisations des peuples autochtones sont faibles ou réprimées. En outre, il faut veiller de très près, à moins qu'il n'en soit décidé autrement, à ce que les institutions traditionnelles et le droit coutumier des peuples autochtones soient pleinement respectés et qu'ils ne soient pas supplantés dans un tel système. La possibilité que cela se produise a été mentionnée dans une évaluation interne des politiques du GBM sur les peuples autochtones, qui conclut que « La participation à la plupart des projets s'est réalisée à travers des structures gouvernementales modernes, telles que les comités de santé et d'éducation des villages ; les évaluations sur le terrain indiquent que ces structures de projet ont créé de nouvelles relations de pouvoir, affaiblissant ainsi les communautés autochtones traditionnelles. » [*traduction non officielle*]¹⁶⁶

2) **Consentement**

Le processus menant à une décision concernant le consentement implique la consultation et une participation effective à tous les aspects de l'évaluation, la planification, la mise en œuvre, le suivi et la fermeture d'un projet. À ce titre, la consultation et la participation sont également des éléments fondamentaux d'un processus de consentement. Celui-ci peut également comporter des négociations en vue d'en arriver à un accord sur le projet dans son ensemble, sur certains éléments de celui-ci ou sur les conditions pouvant être rattachées à l'obtention du libre consentement préalable et éclairé. Les peuples autochtones ont le droit, en tout temps, de participer par l'intermédiaire de représentants librement choisis et d'identifier les personnes, les communautés ou autres entités pouvant nécessiter des mesures particulières en ce qui concerne la consultation et la participation. Ils ont aussi le droit de s'assurer et d'utiliser les services de tout conseiller dont ils peuvent avoir besoin, y compris d'un avocat de leur choix.

Les peuples autochtones doivent préciser quelle sera l'entité qui exprimera le consentement en leur nom. Ceci peut varier en fonction de l'activité. Par exemple, les autorités traditionnelles d'une communauté donnée peuvent, en vertu du droit coutumier, être l'entité autorisée à donner ou à refuser de donner le consentement. Dans d'autre cas, ce peut être le ou les peuple(s) autochtones dans leur ensemble ou plusieurs entités. Il peut aussi s'agir, comme dans le cas des

¹⁶⁵ *Government's Policy for Exploration and Development of Minerals and Petroleum of Guyana.* (Politique gouvernementale sur la prospection et la mise en valeur de ressources minières et pétrolières de Guyane) Georgetown : Gouvernement de Guyane, 12 (1997). « Les accords conclus par la [Guyana Geology and Mines Commission (GGMC)] pour la prospection minière et autres projets de développement sur les terres amérindiennes, sans mention des Amérindiens qui y vivent, ont fait l'objet de critiques. Le gouvernement a décidé qu'aucun accord ne serait conclu en lien avec le relèvement, la prospection ou l'exploitation minière sur les terres amérindiennes reconnues à moins la GGMC n'obtienne l'accord écrit du Capitaine et du Conseil concernant la proposition. » [*traduction non officielle*]

¹⁶⁶ *Supra* note 34, 34.

Conseils territoriaux en Australie, d'une institution extérieure à la communauté/au peuple. Les Règles et règlements d'application de la Loi sur les droits des peuples autochtones des Philippines contiennent des règles précises en la matière :

L'étendue de la participation des communautés/peuples autochtones dont le libre consentement préalable et éclairé est sollicité dépendra de la zone d'influence de la politique, du programme, des projets et des plans proposés. Ainsi :

a) Lorsque la politique, le programme, le projet ou le plan ne touche qu'une communauté à l'intérieur d'un domaine ancestral, seule cette communauté donnera son libre consentement préalable et éclairé.

b) Lorsque la politique, le programme, le projet ou le plan touche l'ensemble du domaine ancestral, il faudra obtenir le consentement des communautés/peuples autochtones concernés.

c) Lorsque la politique, le programme, le projet ou le plan touche plusieurs territoires regroupant deux domaines ancestraux ou plus, il faudra obtenir le consentement de l'ensemble des communautés/peuples autochtones concernés.¹⁶⁷

Le libre consentement préalable et éclairé devra être consigné dans des accords juridiquement contraignants et exécutoires qui contiennent les termes et conditions afférents ainsi que les mécanismes d'application et de réparation prévus pour corriger les violations. Finalement, le libre consentement préalable et éclairé doit concerner spécifiquement les activités pour lesquelles il a été accordé. Bien qu'un consentement puisse être accordé au départ pour un ensemble d'activités, une nouvelle demande de consentement doit être faite s'il survient un changement d'activités.

3) Préalable

Pour être significatif, le consentement doit être recherché assez longtemps avant que l'État ou un tiers ne donne l'autorisation finale, ou qu'une entreprise qui a une incidence négative sur les peuples autochtones, ainsi que sur leurs terres, territoires et ressources ne débutent ses opérations. Le processus de consentement devrait également être assorti de délais de façon à s'assurer que le(s) peuple(s)/communautés touchés disposent du temps nécessaire pour comprendre l'information reçue, demander des informations ou éclaircissements supplémentaires, chercher conseil et déterminer ou négocier les conditions, et pour faire en sorte également que la procédure ne constitue pas une entrave excessive pour le promoteur qui sollicite le consentement. En Australie, par exemple, la loi prévoit une période de 12 mois. La durée du temps nécessaire peut cependant varier en fonction, entre autres, du nombre de personnes, communautés ou peuples touchés, du degré de complexité de l'activité proposée et de la quantité d'information fournie ou demandée. Quelle que soit la durée du temps nécessaire, il est important de définir, au préalable, un délai qui soit clairement compris.

4) Éclairé

Une procédure de libre consentement préalable et éclairé doit comporter la consultation et la participation des peuples autochtones, ce qui inclut la divulgation complète et conforme aux exigences de la loi de toute information concernant les projets proposés d'une manière qui leur soit accessible et intelligible. Les droits à la consultation, à la participation et à l'accès à l'information sont clairement établis dans la législation internationale en matière de droits humains¹⁶⁸ et dans le droit environnemental international.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Id.* Règle IV, Pt. III, sec. 4.

¹⁶⁸ Entre autres, *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Équateur*. OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1 1997, 92-5. (Disponible en anglais et en espagnol). D'après la CIDH, ces droits sont garantis en vertu des articles suivants de la Convention américaine : accès à l'information, article 13 (droit à la liberté de

Un rapport réalisé par le Groupe de travail spécial intersessions de la Convention sur la diversité biologique chargé d'examiner l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes inclut la liste suivante des renseignements devant être divulgués dans le cadre d'un processus d'obtention du libre consentement préalable et éclairé :

- la nature, la taille et la portée/champ d'application de l'aménagement proposé ;
- la durée du projet d'aménagement (y compris la phase de construction) ;
- les localités qui en seraient affectées ;
- une évaluation préliminaire de l'impact éventuel de l'aménagement ;
- les motifs/objectifs du projet d'aménagement ;
- le personnel qui interviendra dans les phases de construction et d'exploitation (y compris les populations locales, instituts de recherche, sponsors, intérêts commerciaux et partenaires – au titre de tierces parties ou bénéficiaires) du projet d'aménagement ;
- les procédures particulières que l'aménagement entraînerait ;
- risques potentiels (ex. : accès à des sites sacrés, destruction partielle d'un site important, perturbation d'une aire de reproduction)
- toutes les implications prévisibles (ex. : commerciales, économiques, environnementales, culturelles) ;
- conditions d'association de tiers.¹⁷⁰

Les Règles et règlements d'application de la Loi sur les droits des peuples autochtones (*IPRA Implementing Rules and Regulations*), adoptés aux Philippines en 1998, exigent des promoteurs de projets qu'ils :

- soumettent à la communauté autochtone un engagement écrit dans une langue parlée et comprise par la communauté concernée, stipulant qu'il s'engage à divulguer tous les documents et renseignements concernant la politique, le programme, le projet ou l'activité, et à permettre un plein accès aux dossiers, documents, renseignements importants et installations qui s'y rapportent ;
- soumettent à la communauté autochtone et à la Commission nationale des peuples autochtones un énoncé des incidences environnementales et socioculturelles, rédigé dans une langue comprise par la communauté concernée, décrivant en détail toutes les incidences que pourraient avoir la politique, le programme, le projet ou l'activité sur les aspects écologiques, économiques, sociaux et culturels de la communauté dans son ensemble. Ce document devra indiquer clairement toute mesure envisageable pour éviter ou atténuer les incidences négatives ;
- soumettent un engagement par écrit de répondre des dommages pouvant être causés aux communautés/peuples autochtones par la politique, le programme, le projet, le plan ou l'activité et déposer auprès de la Commission nationale des peuples autochtones, sur

pensée et d'expression), article 23 (droit de participer à la direction des affaires publiques) et article 25 (droit au recours judiciaire) et les obligations génériques prévues aux articles 1 et 2 (application sans aucune discrimination et mesures législatives effectives en cas de violation des droits reconnus par la Convention). Voir également, *Commentaire général No. 23 (50) (art. 27), adopté par le Comité des droits de l'homme lors de sa 1314^{ème} réunion (cinquantième session), 6 avril 1994, Doc ONU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, § 3 ; OIT 169, articles 4(1), 7 et 15 ; et Affaire Ogoni, § 67.*

¹⁶⁹ Entre autres, Pring et Noe, *The Emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy and Resources Development*. Dans, Zillman, Lucas and Pring (dir.), *Human Rights in Natural Resource Development. Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*. Oxford : OUP, 2002.

¹⁷⁰ Rapport de la deuxième réunion du Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique. UNEP/CBD/WG8J/2/6/Add.1, 27 § 14-5 (2001).

demande de la communauté, une garantie en espèces ou un cautionnement équivalant à un pourcentage donné des investissements, sujet à une augmentation graduelle en fonction de l'impact du projet. Le montant de ladite garantie sera déterminé par la Commission de concert avec les communautés/peuples autochtones concernés ; et

- assument toutes les dépenses afférentes au processus d'obtention du libre consentement préalable et éclairé des communautés/peuples autochtones.¹⁷¹

Dans tous les cas, toute communication d'information fautive ou trompeuse peut entraîner une sanction ou le refus de consentement à la réalisation du projet proposé ou la révocation du consentement si l'activité a déjà démarré.

5) Reconnaissance et régulations des droits sur les terres, territoires et ressources

Le libre consentement préalable et éclairé dépend de la reconnaissance claire et de la protection des droits des peuples autochtones, en particulier sur les terres, territoires et ressources qu'ils détiennent, occupent et utilisent traditionnellement. Sans la reconnaissance pleine et entière des droits territoriaux des peuples autochtones, le libre consentement préalable et éclairé ne pourra pas fournir toute la protection qu'il est censé fournir. À cet égard, il est important de mentionner que, en vertu du droit international, les droits territoriaux des peuples autochtones découlent des coutumes et pratiques autochtones, sont fondés sur celles-ci et existent indépendamment de leur reconnaissance officielle par les États.¹⁷² Les États sont tenus de délimiter, de démarquer et d'attribuer des titres sur les terres et territoires autochtones en fonction de leurs lois et valeurs coutumières.

Bien que cela puisse sembler évident, il n'est pas rare que les États n'appliquent le principe du libre consentement préalable et éclairé qu'aux terres qui sont reconnues légalement par leurs propres systèmes juridiques, plutôt qu'aux terres et territoires appartenant traditionnellement aux peuples autochtones. Il existe, dans plusieurs cas, une grande disparité entre les deux catégories et le fait de limiter le libre consentement préalable et éclairé à la première d'entre elles peut faire en sorte que de grandes étendues de terres autochtones soient exemptées de l'exigence du consentement. En Guyane, par exemple, le libre consentement préalable et éclairé ne s'applique qu'aux terres 'reconnues' ou titrées. Selon ce procédé, environ les trois-quarts des terres appartenant traditionnellement aux peuples autochtones et qu'ils revendiquent présentement sont exclues. Il en va de même dans le cas du Territoire du Nord, où le libre consentement préalable et éclairé s'applique aux terres aborigènes reconnues par la Loi sur les droits fonciers des aborigènes, mais pas aux terres qu'ils peuvent détenir en vertu du Native Title Act (Cth) (*Loi sur les droits fonciers autochtones*) de 1993, telle qu'amendée en 1998. En vertu de cette dernière loi, ce n'est pas le libre consentement préalable et éclairé qui s'applique, mais bien un « droit de négocier », pouvant être soumis à l'arbitrage si aucun accord ne peut être conclu.¹⁷³

¹⁷¹ *Supra* note 146, Règle IV, Pt. III, sec. 6.

¹⁷² Entre autres, Cour IDH, Rapport No 96/03, Affaire 12.053, *Communautés autochtones maya et leurs membres* (Belize), § 116 (2003).

¹⁷³ *Native Title Act (Cth)* (Loi sur les droits fonciers autochtones) 1993, sec. 25-44. Le droit de négocier à été considérablement réduit par la Native Title Amendment Act (Cth) 1998 (*Loi portant amendement de la Loi sur les droits fonciers autochtones*), qui supprimait le droit de négocier pour des catégories entières de terres et, dans certaines situations, autorisait les États et les territoires à le substituer par des droits procéduraux limités. Voir, G Nettheim, *The Search for Certainty and the Native Title Amendment Act 1998 (Cth)*, 22 U. of New South Wales L. J. 564 (1999). Au sujet de la conclusion de la CEDR, selon laquelle les amendements de 1998 contreviennent aux obligations de l'Australie en vertu de la Convention, en raison, entre autres, des « restrictions concernant le droit des titulaires de droits fonciers aborigènes de négocier l'exploitation de leurs terres par des non aborigènes. » voir, 40/Rev 2 (1 1999) et, CERD/C/56/Misc.42/Rev 3 (2000).

IV Conclusion

La RIE est la revue du GBM la plus récente qui soulève des questions fondamentales sur le rôle, les opérations et l'impact de l'institution. Sa conclusion selon laquelle le GBM « semble ne pas avoir été créé pour effectivement faciliter et promouvoir la réduction de la pauvreté par le biais du développement durable » donne à réfléchir si l'on tient compte du mandat officiel du GBM et indique que des changements institutionnels majeurs sont de mise.¹⁷⁴ Bien que les questions soulevées par la RIE tournent autour de la participation du GBM dans le domaine des industries extractives, elles pourraient tout aussi bien s'appliquer à d'autres secteurs, puisque plusieurs des principales recommandations du RIE, le respect des droits humains par exemple, sont transversales et touchent la plupart, sinon la totalité, des sphères d'activité du GBM.

La RIE soulève également de sérieux doutes au sujet des affirmations des industries minière et pétrolière, selon lesquelles leurs opérations sont durables et contribuent à réduire la pauvreté, plutôt que d'assurer principalement le bien-être des actionnaires des entreprises, qui résident souvent très loin des sites d'extraction et font partie de l'élite urbaine dans le pays d'origine.¹⁷⁵ Comme le conclut la RIE en ce qui concerne le GBM, et cela s'applique également à l'industrie, les industries extractives peuvent contribuer à la réduction de la pauvreté par le biais du développement durable, mais seulement si certaines conditions sont remplies, rigoureusement respectées et appliquées. Ces conditions incluent le respect des droits humains en général et des droits des peuples autochtones en particulier.

La RIE est également la deuxième revue importante du GBM réalisée au cours des dernières années qui souligne que la Banque Mondiale devrait respecter le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé, et l'intégrer à ses politiques, programmes et projets. Cela s'inscrit dans le cadre tant d'un besoin général de prendre en compte les droits humains – ce que le GBM s'est refusé à faire à ce jour, prétextant que ses statuts interdisent toute ingérence dans les affaires politiques – et d'une reconnaissance spécifique de la nécessité de s'assurer que les droits des peuples autochtones sur les terres, territoires et ressources soient garantis et respectés, non seulement dans les projets spécifiques du GBM, mais également en ce qui a trait aux programmes de prêts d'assistance technique et d'ajustement structurel.¹⁷⁶ On peut soutenir que ces derniers sont plus importants que la conditionnalité des projets, compte tenu du rôle du GBM dans la promotion et le soutien de la libéralisation des lois sur les mines, sur l'investissement et autres lois partout dans le monde.

Le libre consentement préalable et éclairé est à la fois un droit des peuples autochtones reconnu internationalement et un mécanisme visant à s'assurer que leurs autres droits et

¹⁷⁴ Rapport de la RIE, 51.

¹⁷⁵ L'analyse des IE réalisée par le GBM, par exemple, signale que les pays dépendants des industries extractives ont moins de chances que d'autres pays en développement d'atteindre la quasi-totalité des Objectifs de développement du millénaire. *Extractive Industries and Sustainable Development. An Evaluation of World Bank Group Experience*. DEO/GEO/UEO, Banque mondiale : Washington DC, 2003, 86.

¹⁷⁶ Banque mondiale, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Statuts*, art. IV, sec. 10. Disponible à : http://www.admin.ch/ch/f/rs/o_979_2/index.html. Voir également, *Développement et droits de l'homme : le rôle de la Banque mondiale*. Banque Mondiale : Washington D.C., (1998), contribution de la Banque mondiale à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne de 1993, *La Banque mondiale et la promotion des droits de l'homme*. Doc ONU. A/CONF.157/PC/61/Add.19 (1993), I. Shihata, *Human Rights, Development and International Financial Institutions*, 8, *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 27, 28 (1992) et I. Shihata, *The World Bank and Human Rights : An Analysis of the Legal Issues and the Record*, 17 *Denver J Int'l Law & Policy* 39 (1988).

intérêts seront respectés. C'est une garantie indispensable pour les peuples autochtones par rapport aux IE, compte tenu des effets dévastateurs que la plupart des opérations d'extraction ont eu et, dans certains cas, continuent d'avoir sur leur bien-être, leurs territoires et leur survie culturelle. Il est aussi de plus en plus intégré dans les politiques et les normes relatives au développement, et devrait être considéré comme un élément fondamental de l'efficacité du développement tout comme le sont la consultation et la participation. La Réponse de la direction du GBM semble admettre ce fait, lorsqu'elle affirme que « Les projets acceptés par les communautés seront plus efficaces pour les communautés et les promoteurs. »¹⁷⁷ Les exemples de l'Australie, des Philippines et d'ailleurs démontrent que le libre consentement préalable et éclairé peut s'opérationnaliser et fonctionner dans la pratique. Ceci ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu et qu'il n'y aura pas de problèmes dans la mise en œuvre de processus de libre consentement préalable et éclairé. Cependant, la même chose s'applique à la consultation et à la participation en général et cela ne devrait pas empêcher de respecter et d'appliquer ce droit.

Comme le signale l'auteur du Rapport sur le développement humain 2004 dans une lettre écrite en réponse à la critique des recommandations de la RIE faite par un éminent représentant de l'industrie,¹⁷⁸ le libre consentement préalable et éclairé est à la fois « pratique et nécessaire ». ¹⁷⁹ Elle ajoute que :

On retrouve des exemples de réussite en Alaska, en Australie et au Canada, où les communautés locales ont été intégrées aux processus de prise de décisions – elles ont pu conserver leur mode de vie même en partageant les profits des projets miniers. Pourquoi ne pourrait-on pas adopter de telles mesures dans les pays en voie de développement ?

Comme le démontrera le Rapport sur le développement humain 2004 (à paraître en juillet 2004), il était peut-être possible, au cours des décennies passées, d'ignorer les demandes des peuples autochtones, mais cela n'est plus le cas dans les réalités politiques actuelles. L'exclusion des communautés locales entraînerait des coûts élevés. On estime qu'une grande partie des investissements futurs dans les industries extractives se feront sur les territoires des peuples autochtones. Des investissements qui les privent de la source de revenus leur permettant d'assurer leur subsistance menacent leur existence même. Les opérations de la mine d'or de Lihir en Papouasie-Nouvelle-Guinée ont entraîné la destruction de sites sacrés et la dégradation de l'environnement. Il n'est pas étonnant que plusieurs communautés s'opposent de plus en plus à toute nouvelle activité sur leurs territoires en raison de leur expérience passée, marquée par la désinformation et l'insuffisance des indemnités. ...

Dans l'intérêt de la durabilité et de la rentabilité à long terme des investissements, la responsabilisation des communautés passe par la reconnaissance explicite de leurs droits, leur contribution à la conception des projets et la mise en œuvre de mesures d'incitation

¹⁷⁷ *Supra*, note 65.

¹⁷⁸ Mark Moody-Stuart, « *A warning for the World Bank* », *The Financial Times*, 3 mai 2004. Moody-Stuart, président de la compagnie minière Anglo-American et membre du comité consultatif du Dr. Salim sur la RIE, soutient que :

Une autre proposition pouvant faire plus de mal que de bien est celle selon laquelle les projets d'extraction devraient nécessiter le « libre consentement préalable et éclairé » des communautés locales. Il ne fait aucun doute que les droits des communautés locales et autochtones doivent être rigoureusement respectés. Mais demander que tous les éléments d'une communauté soient avantagés, c'est élever le degré d'exigence de telle sorte que, si l'on regarde du côté des pays en développement, il pourrait ne jamais y avoir de projets de construction de routes ou autres projets de développement d'envergure. Cela pourrait empêcher des gouvernements tout à fait responsables d'entreprendre des projets fondamentaux pour leur développement national. [*traduction non officielle*]

¹⁷⁹ Sakiko Fukuda-Parr, « Prior consent of indigenous communities vital if developing nation projects are to succeed », *The Financial Times*, 7 mai 2004.

visant à accroître les bénéfices mutuels. C'est là une question de respect des droits humains en même temps qu'une nécessité pratique. [traduction non officielle]¹⁸⁰

Sur ce dernier point, la Déclaration du millénaire des Nations Unies, qui a jeté les bases des Objectifs de développement du millénaire, l'une des principales références à l'heure actuelle en ce qui concerne les efforts et les objectifs de développement, proclame que les chefs d'État et de gouvernement n'épargneront « aucun effort pour promouvoir la démocratie et renforcer l'état de droit, ainsi que le respect de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus sur le plan international, y compris le droit au développement. »¹⁸¹ Ils peuvent le faire, entre autres, en étant actionnaires et membres du conseil d'administration du GBM.

Finalement, le Rapport de la RIE soulève la question importante à savoir si la Banque mondiale, en tant que sujet du droit international, a des obligations juridiques internationales en ce qui concerne la promotion et le respect des droits humains, plutôt que simplement des obligations morales et fondées sur les politiques. Cette question a fait l'objet d'une abondante littérature au cours des dernières années et plusieurs spécialistes ont conclu que le GBM a effectivement des obligations juridiques au regard des droits humains.¹⁸² Par exemple, Bowett, dans *The Law of International Institutions*, affirme que : « On a avancé, par exemple, que la Banque mondiale n'est pas assujettie aux normes internationales générales en matière de protection des droits humains fondamentaux. À notre avis, cette conclusion n'a aucun fondement, juridique ou de principe... » [traduction non officielle]¹⁸³

Plusieurs études réalisées par l'ONU se sont également penchées sur cette question et ont conclu que le GBM a des obligations en ce qui concerne les droits humains et qu'il ne leur a pas accordé une attention suffisante.¹⁸⁴ L'une de ces études a conclu, en parlant du GBM que

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *A/RES/55/2, Déclaration du Millénaire 2000, ONU*, § 24. Voir également, *Id.*, § 8 « Nous réaffirmons notre volonté de tout faire pour assurer l'égalité souveraine de tous les États, le respect de leur intégrité territoriale et de leur indépendance politique, le règlement des différends par des voies pacifiques et conformément aux principes de la justice et du droit international, le droit à l'autodétermination des peuples qui sont encore sous domination coloniale ou sous occupation étrangère, la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de l'égalité des droits de tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion et une coopération internationale en vue du règlement des problèmes internationaux à caractère économique, social, culturel ou humanitaire. »

¹⁸² Entre autres, C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (1996) ; H.G. Schermers and N.M. Blokker, *International Institutional Law : Unity within Diversity* (3^{ème} éd. révisée) Martinus Nijhoff : La Haye (1995) ; S. Skogly, *The Human Rights Obligations of the World Bank and IMF 84-87(2001)*, P. Sands & P. Klein (dir.), *Bowett's Law of International Institutions* (5^{ème} éd.), Londres : Sweet & Maxwell (2001), 458-59 ; et, M. Darrow, *Between Light and Shadow. The World Bank, The International Monetary Fund and International Human Rights Law* (2003).

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Entre autres, *Les droits de l'homme, objectif premier de la politique et de la pratique internationales commerciales, financières et en matière d'investissement. Document de travail présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, conformément à la résolution 1998/12 de la Sous-Commission*. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/1999/11, § 37 ; *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme. Rapport préliminaire présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, conformément à la résolution 1999/8 de la Sous-Commission* Doc ONU. E/CN.4/sub.2/2000/13 et ; *L'initiative en faveur des pays pauvres très endettés (PPTE) : évaluation des cadres stratégiques de lutte contre la pauvreté (CLSP) dans l'optique des droits de l'homme. Rapport de M. Fantu Cheru, expert indépendant sur les effets des politiques d'ajustement structurel et de la dette extérieure sur la jouissance effective de tous les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels*. Doc ONU. E/CN.4/2001/56.

« Aucune entité prétendant avoir une personnalité juridique internationale ne peut s'estimer exemptée de la nécessité de respecter ses dispositions [relatives aux droits humains]. ... Cette affirmation, si elle était jugée légitime, porterait gravement atteinte à la primauté du droit dans les relations internationales. »¹⁸⁵

Indépendamment de la manière dont le GBM répondra finalement aux conclusions et recommandations faites par le Dr. Salim dans la RIE, la question des obligations du GBM en matière de droits humains et ses implications pour ses opérations et politiques, méritent indéniablement une attention plus poussée. Cela ne veut pas dire que les pratiques du GBM ne peuvent ou ne devraient pas aller au-delà des obligations qu'il peut avoir en vertu du droit international. De toute évidence, il existe d'excellentes raisons, de principe et autres, pour lesquelles les droits humains devraient être pris en compte, notamment l'amélioration de l'efficacité du développement et des efforts de réduction de la pauvreté. Comme l'a décidé l'Assemblée générale des Nations Unies en 1997 : « La démocratie, le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, y compris le droit au développement, la transparence et la responsabilité dans l'administration de tous les secteurs de la société, et la participation effective de la société civile comptent ... parmi les facteurs sans lesquels on ne saurait aboutir à un développement durable prenant en compte les préoccupations sociales et axé sur la personne humaine. »¹⁸⁶

¹⁸⁵ *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme*. Rapport final présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, conformément à la résolution 2000/105* de la Sous-Commission. Doc ONU. E/CN.4/Sub.2/2003/14, § 37.

¹⁸⁶ *Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21*, A/RES/S-19/2, § 23 (28 juin 1997).

Le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé a été reconnu et accepté par plusieurs organisations intergouvernementales et instances internationales. Le Groupe de la Banque mondiale (GBM) représente une exception notoire malgré le fait que deux revues importantes recommandent d'intégrer ce droit aux politiques et pratiques du GBM, particulièrement en ce qui concerne les peuples autochtones.

Ce bref article présente une vue d'ensemble de la la Revue des industries extractives de la Banque mondiale et de ses implications pour le GBM, et examine de plus près le libre consentement préalable et éclairé, ses composants et ses fondements dans le droit international.

Forest Peoples Programme
1c Fosseway Centre, Stratford Road
Moreton-in-Marsh, GL56 9NQ, Royaume Uni
Tél. : +44 (0)1608 652893, Téléc. : +44 (0)1608 652878

courriel : info@forestpeoples.org
<http://www.forestpeoples.org>