



Assemblée générale

Distr. générale
5 juillet 2023
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Cinquante-quatrième session

11 septembre-6 octobre 2023

Point 3 de l'ordre du jour

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

Devoir de coopérer et acteurs non étatiques

Étude thématique du Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement

Résumé

Dans la présente étude, le Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement présente les meilleures pratiques quant à la façon dont les acteurs non étatiques peuvent contribuer au devoir de coopérer aux fins de la réalisation du droit au développement dans le monde entier et formule des recommandations à cet égard. L'étude porte sur les acteurs non étatiques étrangers et privés qui opèrent dans un État hôte.

L'étude a été réalisée en s'appuyant sur : a) des contributions reçues dans le cadre de consultations ; b) une analyse documentaire de cas d'arbitrage entre investisseurs et États, dans le cadre desquels des investisseurs étrangers n'ont pas réussi à faire accepter leurs activités minières prévues par les populations locales ; c) une visite au Lesotho organisée à l'invitation du Gouvernement afin d'examiner l'incidence d'investissements économiques majeurs réalisés par des acteurs non étatiques dans les domaines de l'extraction minière et de la gestion de l'eau sur la réalisation du droit au développement des populations des régions montagneuses concernées.

Dans le cadre de la présente étude, le Mécanisme d'experts s'est penché sur la mise en pratique du devoir général qu'ont les acteurs non étatiques de coopérer à la réalisation du droit au développement en décomposant ce devoir en quatre composantes plus concrètes : a) le devoir de notifier ; b) le devoir de consulter et de parvenir à un accord ; c) le devoir d'apporter une assistance ; d) le devoir de réparer les dommages.



I. Introduction

1. Dans la présente étude, le Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement présente les meilleures pratiques quant à la façon dont les acteurs non étatiques peuvent contribuer au devoir de coopérer aux fins de la réalisation du droit au développement dans le monde entier et formule des recommandations à cet égard.

A. Devoir de coopérer à la réalisation du droit au développement

2. Aux termes des Articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies, les États Membres s'engagent à agir conjointement en vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires au développement et au respect universel des droits de l'homme. En application de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres dans les divers domaines des relations internationales, afin de favoriser le progrès et la stabilité économiques internationaux et, à cette fin, de coopérer pour assurer le respect universel et la mise en œuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, ainsi que l'élimination de la discrimination raciale et de l'intolérance religieuse sous toutes leurs formes.

3. Le devoir de coopérer, en tant qu'élément essentiel de la réalisation des objectifs conventionnels, est présent dans divers domaines du droit international, notamment le droit international de la paix et de la sécurité, le droit pénal international, le droit international humanitaire et le droit international de l'environnement, ainsi que dans de nombreux traités internationaux tels que ceux qui traitent des ressources naturelles partagées ou de la délimitation des frontières territoriales. On pourrait faire valoir que le devoir de coopérer est devenu un principe général du droit international, tout au moins si l'on accepte la proposition du Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les principes généraux du droit, selon laquelle la notion de principes généraux du droit englobe les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international¹.

4. L'importance de la coopération internationale est explicitement reconnue dans le droit conventionnel international relatif aux droits de l'homme, et notamment dans la Convention relative aux droits de l'enfant (article 4) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (article 32). L'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que chaque État partie est tenu d'agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte. En vertu des Articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies, des principes confirmés du droit international et des dispositions du Pacte, la coopération internationale pour le développement et, partant, pour l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels est une obligation qui incombe à tous les États et, tout particulièrement, à ceux qui sont en mesure d'aider les autres à cet égard².

5. Le devoir de coopérer est un élément clef du droit de l'homme qu'est le droit au développement. Aux termes de l'article 3, paragraphe 3, de la Déclaration sur le droit au développement, les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres pour assurer le développement et éliminer les obstacles au développement. Ils doivent exercer leurs droits et s'acquitter de leurs devoirs de façon à promouvoir un nouvel ordre économique international fondé sur l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les États et à encourager le respect et la jouissance des droits de l'homme. L'article 4 de la Déclaration dispose que les États ont le devoir de prendre, séparément et conjointement, des mesures pour formuler des politiques internationales de développement en vue de faciliter la pleine réalisation du droit au développement et que, en complément des efforts que les pays en développement accomplissent, une assistance internationale efficace est essentielle pour donner à ces pays les moyens de soutenir un développement global. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit, à l'article 22, paragraphe 2, que les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement.

¹ A/CN.4/753, par. 18 à 33.

² Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 3 (1990) sur la nature des obligations des États parties, par. 14.

6. Les instruments juridiques susmentionnés font référence au devoir qu'ont les États de coopérer les uns avec les autres. Les acteurs non étatiques sont quant à eux tenus de veiller à ce que leurs activités ne portent pas atteinte aux droits de l'homme, y compris au droit au développement, dans les pays hôtes et à ce qu'elles ne compromettent pas la capacité de ces pays de s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme³. On pourrait arguer que, de ces obligations, découle un devoir de coopérer qui vise à assurer l'exercice intégral et un renforcement progressif du droit au développement (art. 10 de la Déclaration sur le droit au développement). Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que, dans la pratique, la coopération des acteurs non étatiques est tout aussi importante pour la réalisation du droit au développement⁴. Ces acteurs jouent un rôle notable dans la coopération internationale pour le développement et participent à des activités qui ont des effets de portée tant locale que mondiale sur le droit au développement. Il est donc essentiel de veiller à ce que leur action contribue également à la réalisation du droit au développement. C'est l'approche qui a été retenue dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030, dans lequel les États Membres ont envisagé de mettre en place, au service de la mise en œuvre du Programme, un partenariat mondial revitalisé rassemblant les gouvernements, le secteur privé, la société civile, le système des Nations Unies et les autres acteurs concernés et mobilisant toutes les ressources disponibles (par. 39)⁵. La pleine réalisation du droit au développement n'est possible qu'avec la contribution des États et des acteurs non étatiques.

7. La définition globale de la notion de partenariat mondial pour le développement est fondée sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale comme étant l'idéal commun à atteindre pour tous les organes de la société. L'article 28 de la Déclaration dispose que toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés qui sont énoncés dans la Déclaration puissent y trouver plein effet. Il est évident que les acteurs non étatiques participent à l'ordre social et international. De même, dans la Déclaration sur le droit au développement, il est reconnu que tous les êtres humains ont la responsabilité du développement individuellement et collectivement et qu'un ordre politique, social et économique propre à favoriser le développement devrait être instauré (art. 2, par. 2).

B. Objet de l'étude

8. La présente étude a pour objet d'examiner ce qu'implique la coopération nécessaire des acteurs non étatiques à la réalisation du droit au développement, le but étant de mieux comprendre les devoirs desdits acteurs à cet égard.

9. L'étude est axée sur les interventions des acteurs non étatiques étrangers, plutôt que sur les relations entre un État et des acteurs nationaux. Elle porte donc principalement sur la dimension internationale du droit au développement.

10. En outre, l'étude concerne en particulier les acteurs non étatiques étrangers privés, et notamment les acteurs privés qui participent à des interventions ayant d'importantes répercussions sur la réalisation du droit au développement dans l'État hôte, par exemple les investisseurs directs étrangers et les organisations non gouvernementales internationales qui conçoivent et mettent en œuvre des projets de développement. Ces projets tendent à avoir des effets particulièrement importants dans les régions et zones de peuplement périphériques.

11. L'étude ne traite pas de l'obligation qu'ont les États de coopérer les uns avec les autres ; elle s'inspire toutefois de traités et de normes relevant de divers domaines du droit international dans lesquels on trouve des informations sur ce qui est exigé des États lorsque ceux-ci sont liés par le devoir de coopérer les uns avec les autres. Certaines caractéristiques de la coopération qui sont décrites dans les traités portant sur les relations interétatiques peuvent également s'appliquer à la question de la coopération des acteurs non étatiques.

³ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 30 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 5 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 5.

⁴ Elena Pribytkova, « What global human rights obligations do we have? », *Chicago Journal of International Law*, vol. 20, n° 2 (2020), p. 410.

⁵ La même approche est retenue dans les plans-cadres de coopération des Nations Unies pour le développement durable et une approche similaire est adoptée dans le Pacte mondial sur les réfugiés (par. 33 à 44).

12. Le devoir de coopérer des acteurs non étatiques étrangers s'étend à leurs relations avec les États (en tant que principaux porteurs de devoirs) ainsi qu'à leurs relations avec les titulaires du droit au développement. Dans le réseau des relations créées par la coopération, les titulaires de droits et les porteurs de devoirs occupent une position particulière qui est examinée dans la dernière partie de l'étude.

II. Consultation des parties prenantes

13. Au cours des consultations, les États et les autres parties prenantes ont soulevé un certain nombre de questions utiles pour définir la portée de l'étude.

14. Certaines des contributions reçues dans le cadre des consultations portaient sur l'influence des institutions financières internationales sur la réalisation du droit au développement. Dans ces contributions, les institutions financières internationales et, partant, les autres organisations intergouvernementales étaient assimilées à des acteurs non étatiques.

15. Le terme « acteur non étatique » peut s'entendre de tous les acteurs qui ne sont pas des États. Toutefois, en droit international public, les organisations intergouvernementales et les acteurs privés sont deux catégories distinctes. Les premières sont essentiellement composées d'États et constituent donc une forme institutionnalisée de coopération interétatique. À ce titre, elles peuvent être considérées comme une émanation du devoir qu'ont les États de coopérer les uns avec les autres.

16. En outre, il est généralement admis que les organisations intergouvernementales sont des sujets autonomes du droit international et qu'elles ont donc la capacité d'avoir des droits et des devoirs en vertu du droit international, qui dépendent de leurs buts et de leurs fonctions tels qu'énoncés ou impliqués par leur acte constitutif et développés dans la pratique. Étant donné que les organisations intergouvernementales tirent leur existence du droit international, on peut soutenir que les principes généraux du droit international leur sont applicables.

17. Si les acteurs privés ont, eux aussi, des droits et des devoirs en droit international, leur conduite reste principalement régie par le droit interne de l'État hôte et de l'État d'origine.

18. Dans les contributions traitant des institutions financières internationales, il était souligné que les banques intergouvernementales de développement avaient une grande influence sur les titulaires du droit au développement, influence décrite comme transcendant souvent la souveraineté de l'État⁶. Il est donc important d'approfondir les connaissances sur la capacité des mécanismes non judiciaires d'établissement des responsabilités établis par les banques intergouvernementales de développement d'agir comme des instruments de coopération au service de la réalisation du droit au développement des populations touchées, en particulier dans les contextes où l'État confie des interventions économiques de grande envergure à des entreprises.

19. Dans une autre contribution, on a déploré l'absence, dans les Statuts du Fonds monétaire international (FMI), de toute disposition constructive concernant une véritable coopération, sur un pied d'égalité, avec l'État membre concerné. Il a été avancé que les institutions financières internationales étaient tenues de coopérer avec les États lorsqu'elles prenaient des mesures ayant une incidence sur le droit des populations locales de participer et de contribuer au développement ainsi que de jouir de son plein exercice⁷.

20. Les auteurs d'une autre contribution ont salué le rôle joué par le Fonds fiduciaire d'assistance et de riposte aux catastrophes du FMI s'agissant d'aider les pays les moins avancés à progresser vers la réalisation de leur droit au développement⁸.

⁶ Contribution conjointe de la Clinique juridique de la faculté de droit de l'Université Torcuato Di Tella et du Bank Information Center.

⁷ Contribution de l'Institute for Justice and Democracy in Haiti.

⁸ Contribution de la Maat for Peace, Development and Human Rights Association.

21. Plusieurs contributions soumises par des États portaient sur le rôle des États eux-mêmes s'agissant de coopérer avec les acteurs privés ou de faire en sorte que ceux-ci participent à la réalisation du droit au développement. Bien que la présente étude ne porte pas sur les États, la question des interactions entre ces derniers et les acteurs non étatiques est de toute évidence pertinente, étant donné que c'est aux États qu'incombe au premier chef la responsabilité de créer, sur les plans national et international, des conditions favorables à la réalisation du droit au développement⁹.

22. On a fait valoir que le devoir qu'avaient les États de coopérer ne se limitait pas à la conduite de l'État lui-même, mais s'étendait à celle des acteurs qui relevaient de sa juridiction, étaient sous son contrôle ou agissaient sur ses instructions. Il a été dit que les États devaient veiller, dans chacune de ces situations, à ce que les personnes morales ou physiques ne commettent pas d'actes ayant pour effet d'entraver la coopération internationale ou la réalisation des droits de l'homme dans d'autres pays¹⁰.

23. Dans leurs contributions, un certain nombre d'États ont énoncé les pratiques exemplaires suivies dans le domaine de la coopération avec les organisations de la société civile ou les acteurs privés en général, notamment dans le contexte de la lutte contre la discrimination et la pauvreté. Le rôle des mécanismes de médiation en tant qu'instruments de coopération entre le gouvernement et la société civile a été souligné. Un État a mentionné, à titre d'exemple, un programme d'émancipation économique des communautés urbaines mis en place pour faciliter la coopération entre le Ministère du logement et des collectivités locales et 25 organisations non gouvernementales en vue d'améliorer les compétences entrepreneuriales de la population et d'aider les citoyens et citoyennes à sortir de la pauvreté¹¹. Dans une autre contribution, il était expliqué que des consultations ad hoc étaient régulièrement tenues avec des acteurs non étatiques lorsqu'une nouvelle loi ou politique était élaborée, qu'un fonds d'aide sociale avait été créé en vue de promouvoir directement le développement des communautés locales de pêcheurs et qu'un fonds national pour l'inclusion sociale avait été mis en place pour jouer un rôle de premier plan dans la promotion de l'inclusion sociale, de l'équité et du développement durable, notamment en tirant parti des partenariats stratégiques et durables conclus avec des organisations non gouvernementales, des institutions publiques et le secteur privé¹².

III. Enseignements tirés de cas d'arbitrage entre investisseurs et États concernant des investissements étrangers dans le secteur minier

24. L'extraction de ressources minérales par des investisseurs étrangers est un domaine dans lequel l'examen de ce qu'implique le devoir de coopérer se révèle particulièrement pertinent. On s'efforce de plus en plus d'évaluer les activités minières sous l'angle de la durabilité¹³. Une importance croissante est attachée aux conséquences environnementales et sociales de ces activités, et des acteurs autres que les sociétés minières ont commencé à participer aux débats sociétaux sur ce secteur.

25. Les investissements étrangers dans le secteur minier sont généralement soumis à l'octroi par une institution publique d'un permis d'exploitation, c'est-à-dire d'une autorisation d'exploiter les ressources naturelles sur une partie du territoire. Les investisseurs étrangers sont particulièrement actifs dans les secteurs tels que les industries extractives, où ils apportent des capitaux, des technologies et des connaissances. Le droit international coutumier prévoit une norme minimale de traitement que l'État hôte doit accorder à l'investisseur étranger, à qui les traités d'investissement internationaux et bilatéraux

⁹ Déclaration sur le droit au développement, art. 3 (par. 1).

¹⁰ Contribution de la République arabe syrienne.

¹¹ Contribution de la Malaisie.

¹² Contribution de Maurice.

¹³ Voir, par exemple, Stefanie Schacherer, *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s* (Winnipeg, Canada, International Institute for Sustainable Development, 2018) ; Taida Begić Šarkinović, « Human rights issues in investment arbitration cases: a new perspective? », *Pravni Zapisi*, vol. XI, n° 2 (2020), p. 532 à 553.

applicables offrent une protection supplémentaire. De plus, ces traités tendent à favoriser le règlement des différends devant des tribunaux d'arbitrage internationaux, tels que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (l'un des cinq organismes qui composent le Groupe de la Banque mondiale), plutôt que devant des juridictions nationales. De très nombreux États ont ratifié des traités d'investissement.

26. Il est désormais largement admis que les sociétés qui opèrent dans le secteur minier ont besoin non seulement d'une licence légale d'opérer, octroyée par l'État hôte, mais aussi d'une licence sociale d'opérer, accordée par les populations locales, afin d'éviter des conflits potentiellement coûteux et de limiter l'exposition aux risques sociaux¹⁴.

27. L'idée selon laquelle les investisseurs étrangers doivent s'entendre avec les populations touchées est en cohérence avec le droit des droits de l'homme et le droit au développement. Dans le contexte de la Déclaration sur le droit au développement, les populations locales sont considérées comme des titulaires de droits, soit en tant que peuple, soit en tant que groupe d'êtres humains, en fonction de circonstances factuelles¹⁵.

28. L'article 2, paragraphe 3, de la Déclaration sur le droit au développement dispose que les États doivent garantir la participation active, libre et utile de tous les individus et de l'ensemble de la population (donc, nécessairement, des populations locales) à l'élaboration des politiques nationales de développement. Les États sont également tenus de consulter les peuples autochtones et de coopérer avec eux de bonne foi, en vue d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, au sujet des questions susceptibles d'influer sur la jouissance de leur propre développement¹⁶. Pour satisfaire à ces exigences, l'État peut avoir besoin de s'assurer que l'investisseur bénéficie de l'acceptation des personnes touchées par son activité¹⁷.

29. Nous allons porter notre attention sur deux cas d'arbitrage entre des investisseurs et des États, dans le cadre desquels les investisseurs étrangers n'ont pas réussi à faire accepter les activités minières prévues par les populations locales. Dans les deux cas, les conflits sociaux qui ont éclaté – de part et d'autre de la frontière entre l'État plurinational de Bolivie et le Pérou – étaient largement similaires : l'État a autorisé un investisseur étranger à mener des opérations dans une zone reculée du territoire ; dès le départ, les communautés autochtones locales se sont opposées aux activités de l'investisseur, au motif que celles-ci auraient des incidences négatives sur les plans social et environnemental et sur le plan des droits de l'homme ; les relations entre l'investisseur et les communautés se sont progressivement détériorées et les manifestations se sont intensifiées ; des incidents violents ont eu lieu. Par conséquent, le Gouvernement est revenu sur sa décision d'autoriser les activités de la société minière. L'investisseur étranger a alors fait appel à un mécanisme d'arbitrage international en vue d'obtenir une indemnisation équitable de la part de l'État hôte.

¹⁴ Jason Prno et D. Scott Slocombe, « Exploring the origins of “social license to operate” in the mining sector: perspectives from governance and sustainability theories », *Resources Policy*, vol. 37, n° 3 (2012), p. 346.

¹⁵ Si la notion de « peuple » n'est pas définie en droit international, des orientations sont formulées dans le rapport final et les recommandations de la réunion internationale d'experts de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture sur l'approfondissement de la réflexion sur le concept de droits des peuples, dans lesquels un peuple est décrit comme un groupe d'êtres humains qui ont en commun plusieurs ou la totalité des caractéristiques suivantes : une tradition historique commune ; une identité raciale ou ethnique ; une homogénéité culturelle ; une unité linguistique ; des affinités religieuses ou idéologiques ; des liens territoriaux ; une vie économique commune. Le souhait d'être identifié comme un peuple ou le fait d'avoir conscience d'être un peuple constitue une caractéristique tout aussi importante (document SHS-89/CONF.602/7, p. 8).

¹⁶ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 19 et 20.

¹⁷ On trouvera des arguments en faveur de l'implication d'un large éventail de parties prenantes, locales ou non, en vue de créer, à long terme, des espaces de délibération active et utile et de cogénération de connaissances dans Marieke Meesters *et al.*, « The social licence to operate and the legitimacy of resource extraction », *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 49 (2021), p. 7 à 11.

30. Dans l'affaire *South American Silver Limited v. the Plurinational State of Bolivia*, la Cour permanente d'arbitrage s'est rangée à l'avis de l'État plurinational de Bolivie, selon lequel l'annulation des concessions minières qui avaient été octroyées à l'investisseur étranger (le demandeur) avait été prononcée dans l'intérêt de la société, conformément au traité bilatéral d'investissement applicable :

Il est établi que les communautés autochtones sont opposées au projet et que la gestion des programmes de relations avec les populations locales comporte des lacunes importantes qui ont été reconnues par les conseillers du Demandeur eux-mêmes [...] Il est également établi que le conflit avec les communautés et les *ayllus* a entraîné des actes de violence, y compris des décès [...] En d'autres termes, les motifs de l'annulation énoncés dans le décret d'annulation sont avérés et incluent notamment la nécessité de défendre les droits de l'homme – à savoir le droit à la vie et le droit à la paix, tous deux expressément mentionnés dans le décret d'annulation – et de protéger les communautés et les *ayllus* contre les difficultés résultant du projet.¹⁸

31. Par ailleurs, la Cour permanente d'arbitrage a considéré que l'annulation résultait en partie de la mauvaise gestion par l'investisseur des relations avec les populations locales :

En l'espèce, le Demandeur savait, ou aurait dû savoir, que CMMK menait ses opérations dans une région où vivaient des communautés autochtones, dans des conditions politiques, sociales, culturelles et économiques particulières. Comme le Tribunal l'a déjà mentionné, les conseillers de CMMK eux-mêmes ont mis en garde contre cette situation et recommandé que certaines mesures soient prises dans le cadre de l'élaboration du projet. Cela signifie d'une part que SAS, par l'intermédiaire de CMMK, devait élaborer le projet en tenant compte des caractéristiques particulières du lieu où étaient menées les opérations. Cela suppose d'autre part que la Bolivie avait un devoir accru de protection et de surveillance à l'égard des populations vivant dans la zone visée par le projet.¹⁹

32. La Cour permanente d'arbitrage a octroyé à l'investisseur une indemnisation correspondant au coût de l'investissement mais ne couvrant pas les profits futurs, au motif que l'état d'avancement du projet faisait peser d'importants doutes quant à sa viabilité économique²⁰.

33. Dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*²¹, l'État a fait valoir que, si une communauté ou des parties prenantes importantes n'acceptaient pas qu'un projet d'extraction minière soit mené sur leurs terres, ce projet ne pouvait pas leur être imposé contre leur volonté (par. 263). Il a en outre soutenu qu'aucune indemnisation ne devrait être accordée si le tribunal concluait que l'investisseur n'avait pas obtenu la licence sociale d'opérer (par. 264). Le Canada, État d'origine de l'investisseur, intervenant en tant que partie non contestante, a reconnu qu'un État n'était pas tenu de verser d'indemnisation en cas de perte subie du fait de l'imposition de mesures réglementaires non discriminatoires conçues et appliquées en vue d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public (par. 338).

34. Les arbitres ont noté qu'il n'existait pas, en droit international, de définition claire de la licence sociale d'opérer, mais que tous les instruments internationaux pertinents faisaient obligation d'organiser des consultations avec les communautés autochtones dans le but d'obtenir le consentement de toutes celles qui étaient concernées par le projet (par. 406). Ils ont pour la majorité estimé que l'investisseur aurait certes pu approfondir ses activités d'information (par. 408), mais que l'État était au courant du mécontentement de la communauté et du programme d'information mis en place par l'investisseur depuis suffisamment longtemps et n'avait pas pour autant soulevé d'objections ; par conséquent, on ne pouvait pas considérer que l'investisseur n'en avait pas assez fait (par. 412). Dans son avis

¹⁸ Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2013-15, décision du 22 novembre 2018, par. 559 et 561.

¹⁹ Ibid., par. 655.

²⁰ Ibid., par. 823. Les frais d'arbitrage devaient être pris en charge à 65 % par l'investisseur et à 35 % par l'État plurinational de Bolivie (par. 936).

²¹ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB/14/21, décision du 30 novembre 2017. Voir aussi Victor Saco, « Foreign investment in the mining sector in southern Peru: the case of the Tintaya Antapaccay mine project », mai 2022.

partiellement dissident, l'un des arbitres a estimé que les activités de l'investisseur avaient contribué de manière non négligeable aux troubles sociaux. Selon lui, l'investisseur n'était pas aussi bien préparé qu'il aurait dû l'être à réaliser un investissement sur des terres appartenant à des communautés autochtones et, faute d'avoir pris les mesures voulues, n'avait pas su gagner la confiance de toutes les communautés concernées²².

35. Une indemnisation correspondant aux investissements déjà réalisés mais ne couvrant pas les profits futurs a été accordée à l'investisseur, l'avenir du projet ayant été jugé trop incertain. Selon l'arbitre dissident, l'indemnisation aurait dû être réduite de moitié, au motif que la faute de l'investisseur entraînait le partage de la responsabilité.

36. Dans sa soumission, l'État a déclaré que son rôle consistait à veiller à ce que les communautés touchées soient effectivement consultées par les entreprises privées et à ce que ces consultations soient réalisées conformément à la législation. D'après le Gouvernement, l'État joue un rôle neutre de facilitateur indépendant²³. Toutefois, les États sont tenus de faire en sorte que les acteurs qu'ils sont en mesure de réglementer, tels que les investisseurs étrangers opérant sur leur territoire, ne portent pas atteinte à la jouissance du droit au développement²⁴. Or, cette obligation requiert des mesures qui vont au-delà de celles prises par un facilitateur neutre.

37. Dans les affaires *South American Silver Limited v. the Plurinational State of Bolivia* et *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, les efforts conjoints de l'État et de l'investisseur n'ont pas débouché sur l'acceptation des opérations de l'investisseur par les communautés autochtones. En ont résulté des conflits sociaux et l'échec des projets d'investissement étranger. Les différends ont été réglés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international à laquelle les communautés autochtones, en tant que titulaires du droit au développement, n'ont pas eu accès et qui a exclusivement porté sur le montant de l'indemnisation à accorder par le gouvernement aux investisseurs.

38. Les opérations minières se poursuivent de part et d'autre de la frontière entre l'État plurinational de Bolivie et le Pérou et les problèmes traités dans les décisions restent d'actualité. Il est évident que les différentes parties prenantes doivent coopérer pour que les opérations minières des investisseurs étrangers soient conçues et exécutées de telle manière qu'elles contribuent au droit au développement des communautés autochtones touchées. Parmi ces parties prenantes, figurent sans aucun doute les acteurs les plus directement concernés, à savoir l'investisseur étranger, les organisations de la société civile actives dans la région, l'État hôte et les communautés autochtones. En outre, l'État d'origine de l'investisseur et les organisations intergouvernementales qui défendent les droits de l'homme ou facilitent les investissements étrangers peuvent apporter des contributions utiles afin de garantir que l'effort de coopération aboutisse à un investissement respectueux des droits de l'homme. À la lumière de la décision rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *South American Silver Limited v. the Plurinational State of Bolivia*, un tel effort de coopération constructive devrait permettre à l'investisseur étranger de mettre au point son projet en pleine connaissance des caractéristiques particulières du lieu où il opère et à l'État hôte de s'acquitter de son devoir accru de protection à l'égard des titulaires du droit au développement.

IV. Visite d'étude au Lesotho

39. Une visite d'étude a été menée au Lesotho du 22 au 27 janvier 2023 par un membre du Mécanisme d'experts, à l'invitation du Gouvernement du Lesotho. L'objectif de la visite était d'étudier l'incidence des activités menées par des acteurs non étatiques dans le cadre d'investissements économiques majeurs sur la réalisation du droit au développement des

²² CIRDI, affaire n° ARB/14/21, décision du 30 novembre 2017, avis partiellement dissident, par. 19.

²³ CIRDI, affaire n° ARB/14/21, décision du 30 novembre 2017, par. 262.

²⁴ On peut soutenir que, dans le même temps, l'investisseur étranger a l'obligation générale, en vertu du droit international, de s'abstenir de participer à la violation du droit au développement, comme suggéré par l'article 7 du deuxième texte révisé du projet de convention sur le droit au développement (A/HRC/WG.2/24/2).

populations des régions montagneuses. Deux investissements de grande ampleur réalisés dans les hauts plateaux du Lesotho ont été retenus aux fins de cette étude, à savoir : a) des opérations d'extraction minière réalisées par des investisseurs étrangers, l'attention étant portée en particulier sur la mine de diamants de Letseng ; b) la phase II du Lesotho Highlands Water Project, qui est un projet de mise en valeur des ressources en eau.

40. La mine de diamants de Letseng²⁵ est la propriété de Gem Diamonds, qui a son siège au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, avec une participation minoritaire du Gouvernement du Lesotho. Le Lesotho Highlands Water Project²⁶ est un vaste projet d'infrastructure entre le Lesotho et l'Afrique du Sud qui prévoit la construction de barrages et de tunnels afin de transférer des ressources en eau depuis les montagnes du Lesotho jusqu'en Afrique du Sud (en vue, en particulier, d'alimenter la région de Johannesburg en eau potable). La phase actuelle du projet porte sur la construction du barrage de Polihali et d'un tunnel de transfert ; à l'issue de ces travaux, 52 kilomètres carrés de terres se retrouveront submergées du côté de la frontière situé au Lesotho. L'encadré ci-après contient des informations concernant le réseau des acteurs concernés par le projet.

Lesotho Highlands Water Project : réseau des acteurs concernés

- a) Gouvernement du Lesotho ;
- b) Gouvernement sud-africain ;
- c) Lesotho Highlands Water Commission, organisme binational représentant les Gouvernements du Lesotho et de l'Afrique du Sud. La Commission est responsable du projet, dont elle doit rendre compte ;
- d) Lesotho Highlands Development Authority, organisme semi-public lesothan chargé de gérer la partie du projet exécutée sur le territoire du Lesotho ;
- e) Entreprises de construction (Afrique du Sud, Chine, France et Lesotho) auxquelles la Lesotho Highlands Development Authority a attribué des contrats ;
- f) Banque mondiale (phase I) et Banque africaine de développement (phase II)^a, banques internationales de développement contribuant au projet ;
- g) Nombreuses organisations de développement local et de la société civile (dont le Transformation Resource Centre) surveillant les incidences du projet de mise en valeur des ressources en eau et des activités d'extraction minière sur les communautés touchées ;
- h) Organisations non gouvernementales, dont le Seinoli Legal Centre et le Maluti Community Development Forum. La législation nationale exige l'enregistrement des organisations non gouvernementales, mais celles-ci peuvent mener leurs activités assez librement.

^a Voir <https://projectsportal.afdb.org/dataportal/VProject/show/P-ZA-EA0-004>.

41. La visite a été facilitée par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et l'équipe de pays des Nations Unies au Lesotho. Des entretiens avec des responsables gouvernementaux ont eu lieu à la Haute Commission de l'Afrique du Sud. Des réunions ont aussi été tenues avec la Coordinatrice résidente des Nations Unies, un spécialiste de la gestion des ressources en eau du Lesotho de la Banque mondiale, des représentants de la Lesotho Highlands Development Authority et de la Lesotho Highlands Water Commission, des employés des entreprises exploitant les mines de Letseng et de Mothae ainsi que des représentants d'organisations de la société civile et du milieu universitaire²⁷. En outre, deux réunions publiques ont été organisées dans les villages de Masakong (près du barrage de Polihali) et de Maloraneng (près des mines de Letseng et de

²⁵ Voir <https://www.letsengdiamonds.co.ls>.

²⁶ Voir <https://www.lhda.org.ls/lhdaweb>.

²⁷ Il n'existe actuellement pas d'institution nationale des droits de l'homme au Lesotho.

Mothae), réunions auxquelles ont participé les populations touchées des monts Maluti. À la fin de la visite, le membre du Mécanisme d'experts a pu formuler des suggestions sur la façon dont l'équipe de pays des Nations Unies pouvait faciliter la coopération multipartite aux fins de la réalisation du droit au développement dans le contexte du projet de plan-cadre de coopération des Nations Unies pour le développement durable.

42. Un échange de vues sincère et libre a eu lieu avec toutes les parties prenantes, notamment sur des questions ayant trait aux droits de l'homme et au développement pouvant être jugées sensibles. Les responsables gouvernementaux ont manifesté un vif intérêt pour la visite et accueilli favorablement les recommandations du Mécanisme d'experts. Au cours de deux réunions approfondies, les employés des sociétés minières ont examiné de façon constructive les observations critiques formulées dans le cadre des réunions publiques. Les représentants de la Lesotho Highlands Development Authority se sont montrés tout aussi ouverts lors des discussions sur les répercussions de leurs activités sur les droits de l'homme organisées sur le terrain et au siège de l'organisme. Les organisations de la société civile se sont félicitées de la visite et ont offert toute l'assistance possible. Lors des réunions organisées dans les villages, des hommes, des femmes et des jeunes se sont exprimés ouvertement et sans crainte, fidèles à la réputation qu'a le Lesotho d'être une nation de paix.

43. Il est évident que les activités de la Lesotho Highlands Development Authority et des sociétés minières ont des répercussions qui s'étendent au-delà des communautés directement touchées. Ces activités constituent une source importante de revenus étrangers pour le Lesotho et impliquent la création de nouvelles infrastructures (notamment de routes) pouvant être utilisées par un grand nombre. En outre, selon une source sud-africaine, le projet de mise en valeur des ressources en eau est essentiel pour la croissance économique et revêt une grande importance pour l'Afrique du Sud. Les acteurs tant publics que privés sont néanmoins parfaitement conscients des retombées qu'ont ces activités sur les populations des monts Maluti, qui vivent dans la région depuis des générations et qui ne les ont jamais invités sur leurs terres. Ils ont donc mis en place des programmes d'indemnisation, de responsabilité sociale des entreprises et d'investissement, des mécanismes de plainte et de réclamation²⁸ et d'autres voies directes de communication, notamment par l'intermédiaire des chefs de secteur ou de village²⁹. Les initiatives de ce type, très appréciables, ne sont pas toujours mises en place lorsque de tels projets sont menés ailleurs dans le monde.

44. Par ailleurs, la plupart des parties prenantes sont plutôt disposées à coopérer les unes avec les autres et à tenir compte des différents points de vue. Les relations entre la Lesotho Highlands Development Authority et les sociétés minières, d'une part, et les organisations de la société civile, de l'autre, sont plus ou moins bonnes en fonction des personnalités, mais les échanges bilatéraux peuvent être fructueux. L'équipe de pays des Nations Unies a récemment organisé un atelier sur les entreprises et les droits de l'homme (tenu à Maseru les 22 et 23 novembre 2022), auquel de nombreux acteurs ont participé afin d'examiner les moyens de garantir le bon respect des droits de l'homme par les entreprises dans le cadre de leurs activités.

45. Ni la Lesotho Highlands Development Authority ni les sociétés minières n'organisent avec les communautés locales de consultations fondées sur le principe de consentement préalable, libre et éclairé. Les réunions visent à informer à l'avance les communautés des activités prévues (qui incluent régulièrement des opérations d'achat de terrains et de réinstallation) et des mesures susceptibles d'en atténuer les conséquences négatives. Compte tenu de l'ampleur des opérations en cours et prévues et des intérêts économiques qui les sous-tendent, les communautés n'ont que peu, voire pas, de possibilités de contester le projet en lui-même. Les doléances formulées lors des réunions tenues dans les villages ont donc principalement porté sur les indemnisations collectives ou individuelles accordées, la nécessité de préserver l'accès à la terre (notamment aux pâturages) aux fins de l'économie de subsistance pratiquée par les communautés et l'adéquation des initiatives de responsabilité

²⁸ Les responsables de la Lesotho Highlands Development Authority ont reconnu que des contraintes juridiques limitaient la possibilité de faire jouer la responsabilité de leurs sous-traitants.

²⁹ Il s'agit soit de représentants des pouvoirs publics, soit de chefs traditionnels ayant hérité de leur titre. Leur rôle est donc quelque peu ambivalent, tout comme la mesure dans laquelle ils représentent les points de vue des communautés.

sociale des entreprises. Les mesures d'atténuation reposent sur des accords ad hoc conclus à titre volontaire qui sont proposés par la Lesotho Highlands Development Authority et par les sociétés minières. Ces accords portent par exemple sur la date d'une expropriation, la norme d'évaluation, la durée des accords d'indemnisation, la procédure de négociation et de conclusion des accords d'indemnisation individuels et collectifs ainsi que la conservation des archives et l'accessibilité des accords conclus. Cette situation engendre inévitablement un niveau élevé d'incertitude parmi les populations touchées, qui n'ont d'autre choix que de s'en remettre à la bonne volonté des représentants de l'État et des sociétés minières.

46. La nervosité est palpable, en particulier lorsqu'il y a litige sur l'adéquation de l'indemnisation. Pour autant, le défi à long terme consiste à faire en sorte que les communautés locales puissent conserver leurs moyens d'existence, y compris pour les générations futures, compte tenu des nouvelles circonstances créées par ces interventions économiques. Les représentants de la Lesotho Highlands Water Commission ont fait valoir que le projet de barrage de Polihali devait être considéré comme une occasion de favoriser le développement industriel et de créer des emplois et qu'il permettrait de tirer parti des avantages résultant des avancées technologiques, par exemple de produire de l'énergie grâce à des panneaux solaires flottants qui seraient installés sur le futur lac artificiel. Il a été dit que ces mesures pourraient être combinées à des initiatives participatives émanant des communautés elles-mêmes. Reste à déterminer si une telle stratégie hybride, combinant des modes de vie fondés sur une économie de subsistance et le développement industriel, peut fonctionner. À un niveau beaucoup plus micro, un représentant de la Lesotho Highlands Development Authority a reconnu que les hôtels dont la construction avait débuté près du futur lac ne bénéficieraient pas aux communautés, étant donné que celles-ci ne souhaitaient pas y exposer leurs objets d'artisanat.

47. L'enjeu réside peut-être davantage dans l'opposition de deux conceptions de l'utilisation de la nature, l'une reposant sur une activité humaine très intrusive et l'autre sur une intervention minimale de l'humain dans l'environnement naturel. Il se pourrait que les populations de ces montagnes ne puissent jamais accorder leur licence sociale à l'exploitation industrielle des ressources naturelles, et ce malgré l'octroi d'une indemnisation ou la mise en place d'un programme de responsabilité sociale des entreprises. À un niveau plus fondamental, on pourrait d'ailleurs arguer qu'il convient de reconnaître la valeur de non-usage des ressources naturelles, en ce que « lorsque nous ne les utilisons pas, les ressources naturelles rendent des services et jouent des rôles essentiels à la bonne santé de la planète »³⁰. Les représentants de la Lesotho Highlands Water Commission ont évoqué à cet égard le projet de restauration du fleuve Klamath (États-Unis d'Amérique), mené dans le cadre d'un effort de coopération multipartite, qui consiste à démolir quatre barrages hydroélectriques afin de rétablir la santé du fleuve et des communautés qui en sont tributaires³¹.

48. La question des relations entre les sociétés minières étrangères et l'État a également été soulevée. Interrogés au sujet des doléances formulées par les habitants de Maloraneng, qui déplorent que l'établissement de santé du village ne soit ouvert qu'une fois par mois, les responsables de la mine de Letseng ont expliqué que, dans le cadre de son programme de responsabilité sociale, l'entreprise devait fournir le matériel médical, mais qu'il incombait au Gouvernement de fournir le personnel de santé. Il n'était pas possible de mettre sur pied une véritable clinique, ainsi que le demandaient les villageois (l'hôpital le plus proche se trouvant à deux ou trois heures de marche du village), dans la limite des ressources financières du programme de responsabilité sociale. Les responsables de l'entreprise ont fait observer qu'aucune loi n'exigeait qu'un plan social soit élaboré pour la région et que le Gouvernement tirait par ailleurs d'importantes redevances des activités minières, qui pouvaient être utilisées à des fins de développement³².

³⁰ Jan G. Laitos, *The Right of Nonuse* (New York, Oxford University Press, 2012), p. 5.

³¹ Voir <https://klamathrenewal.org/the-project/>.

³² L'article 2, paragraphe 3, de la Déclaration sur le droit au développement dispose que les États ont le droit et le devoir de formuler des politiques de développement national appropriées ayant pour but l'amélioration constante du bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, fondée

49. La pollution du cours d'eau par les résidus d'extraction minière constitue une préoccupation majeure des communautés et des organisations de la société civile³³. Les sociétés minières contestent la validité scientifique des rapports établis par ces dernières et affirment qu'elles surveillent la pollution et en rendent compte au Gouvernement, « en appliquant les normes sud-africaines »³⁴. Un représentant du Département de l'environnement a reconnu que le Département avait une capacité limitée en matière de surveillance de la pollution et s'appuyait parfois sur les résultats des analyses présentées par les entreprises. Selon un représentant du Département des mines, le fait que les mines soient gérées par des sociétés cotées en bourse est une chance, car celles-ci appliquent des normes plus strictes que les sociétés nationales.

50. Il est évident que le Gouvernement aurait tout intérêt à ne pas laisser à des investisseurs, étrangers ou nationaux, la responsabilité de suivre et d'assurer le bien-être des communautés touchées. La coopération devrait reposer sur un cadre réglementaire plus strict et sur le renforcement de la capacité qu'ont les institutions publiques de veiller à ce que les avantages découlant de l'utilisation des ressources naturelles soient partagés équitablement avec les populations touchées.

51. Pour que les efforts puissent aboutir à des résultats positifs, tous les acteurs doivent veiller à tenir véritablement compte des questions de genre. Jusqu'à récemment, le droit coutumier ne permettait pas aux femmes d'hériter ; ces dernières n'avaient donc pas leur mot à dire au sujet des questions foncières et n'étaient pas indemnisées en cas d'expropriation. Le secteur de la construction est considéré comme une activité masculine et les possibilités d'emploi pour les femmes y sont rares (et principalement limitées aux emplois de nettoyage). Aussi, les filles font face à des risques d'atteintes sexuelles ainsi que de grossesses et de mariages précoces. Selon le Haut-Commissaire de l'Afrique du Sud au Lesotho, « notre développement est essentiellement masculin ».

52. Lorsque les efforts de coopération échouent, les procédures de règlement des différends sont longues et coûteuses. Des familles du village de Patising ont saisi le Tribunal afin que celui-ci ordonne à l'entreprise responsable de la mine de diamants de Letseng de procéder à leur réinstallation dans le village voisin de Maloraneng. Elles craignent en effet la rupture d'un bassin de retenue des résidus miniers situé au-dessus du village ; en cas de rupture, le village serait inondé. L'entreprise a équipé le village d'alarmes et de talkies-walkies à utiliser en cas d'urgence, mais n'a pas accepté de prendre en charge le coût de la réinstallation. L'affaire étant toujours en instance, les représentants de l'entreprise ont préféré ne pas évoquer la question³⁵.

53. Au cours de la visite, sur un chemin de montagne entre Patising et Maloraneng, le membre du Mécanisme d'experts a rencontré une villageoise, qui s'est réjouie qu'une visite d'étude ait été organisée. En effet, cette femme défendait sa communauté depuis longtemps, mais avait l'impression de n'avoir jamais pu obtenir le moindre résultat. Le chef de Maloraneng s'est fait l'écho de ce sentiment, affirmant : « Vous nous l'aviez promis, et vous avez tenu votre promesse ».

sur leur participation active, libre et utile au développement et à la répartition équitable des avantages qui en résultent.

³³ Voir Maluti Community Development Forum, « Large-scale diamond mining in Lesotho: unpacking its impact on adjacent communities » (Kimberley Process Civil Society Coalition, 2021) ; Pascalinah Kabi, « Lesotho's dangerous water gamble », MNN Centre for Investigative Journalism, 13 octobre 2022.

³⁴ La question de la qualité de l'eau du fleuve est importante pour l'Afrique du Sud, étant donné que le projet vise à approvisionner la région de Johannesburg en eau potable.

³⁵ La rupture d'un bassin qui n'était plus utilisé à Jagersfontein (État Libre, Afrique du Sud), le 11 septembre 2022, a exacerbé les craintes. Après la rupture d'un bassin de stockage des résidus miniers au Brésil, le Conseil international des mines et des métaux, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le secrétariat des Principes pour l'investissement responsable ont adopté la Norme industrielle mondiale pour la gestion des résidus miniers (août 2020). Conformément au premier principe énoncé dans cette norme, il convient de respecter les droits des personnes touchées par le projet et de veiller à ce que celles-ci soient véritablement associées à toutes les étapes du cycle de vie du parc à résidus miniers, y compris la fermeture.

54. Néanmoins, ce n'est pas la visite d'un mécanisme d'experts du Conseil des droits de l'homme qui peut apporter une solution ou remédier aux nombreux problèmes soulevés. La priorité, en fin de compte, doit être de trouver des moyens de renforcer la capacité des populations des monts Maluti, en tant que titulaires du droit au développement, de faire entendre leur voix dans les débats sur le développement sans avoir à dépendre d'autres acteurs qui s'exprimeraient à leur place. Pour cela, le soutien d'une institution publique qui serait indépendante de la Lesotho Highlands Development Authority ou des sociétés minières est nécessaire. Les populations devraient déterminer elles-mêmes les modalités de ce soutien, ce qui pourrait être fait en facilitant l'organisation de réunions ou en finançant les services d'un consultant issu de la communauté. Ce n'est qu'à cette condition qu'elles pourront défendre leur position et faire en sorte que les parties prenantes – nationales ou étrangères, publiques ou privées – coopèrent pour garantir l'exercice de leur droit au développement.

V. Recommandations relatives à l'exécution effective du devoir de coopérer qu'ont les acteurs non étatiques

55. Dans la présente section, le Mécanisme d'experts se penche sur la façon dont le devoir général qu'ont les acteurs non étatiques de coopérer à la réalisation du droit au développement se traduit en le décomposant en quatre éléments, l'objectif étant de clarifier ce que ce devoir pourrait impliquer dans la pratique.

56. Dans un réseau de relations, les acteurs non étatiques peuvent jouer différents rôles. Ils peuvent être le principal responsable d'une intervention contestée du point de vue du droit au développement, financer une telle intervention ou encore la faciliter d'une autre manière. Lorsque des acteurs non étatiques assument ce rôle, un certain nombre de questions se posent généralement quant à leur responsabilité et à la façon dont une coopération renforcée avec les autres acteurs et avec les titulaires de droits peut conduire à des améliorations.

57. Il se peut que d'autres acteurs non étatiques ne participent pas aux opérations, mais se fassent les défenseurs de telle ou telle cause (par exemple de la protection des droits de l'homme ou de l'environnement) ou affirment agir en tant que représentants des titulaires de droits. Bien que, dans ce cas, l'acteur non étatique en question ne soit pas le principal acteur, ses interventions influencent néanmoins la possibilité de parvenir à une solution respectueuse des droits de l'homme.

58. Notons qu'il est peu probable qu'un acteur non étatique participe à des efforts de coopération compatibles avec les droits de l'homme si, en interne, sa culture d'entreprise et ses pratiques de recrutement (en ce qui concerne la diversité du personnel) ne sont pas conformes aux droits de l'homme.

59. Le devoir de coopérer des acteurs non étatiques s'étend à la coopération avec les États (principalement, mais pas seulement, avec l'État hôte, en tant qu'acteur à qui incombe au premier chef la responsabilité de réaliser le droit au développement au niveau national), avec les autres acteurs non étatiques (comme les investisseurs étrangers et les organisations de la société civile) et avec les titulaires du droit au développement (principalement, mais pas seulement, les titulaires de droits directement touchés par une activité contestée).

60. La mesure dans laquelle un acteur non étatique doit s'acquitter des différentes tâches énoncées dans la sous-section A ci-après dépend de la nature des activités dudit acteur et des circonstances factuelles entourant l'intervention contestée. Lorsqu'une intervention a des incidences importantes sur le plan social, l'environnement ou les droits de l'homme, les critères retenus pour déterminer si les efforts de coopération sont suffisants sont plus stricts.

61. En plus du devoir de coopérer, s'appliquent aussi les exigences légales régissant la conduite des acteurs non étatiques. Celles-ci sont énoncées dans le droit interne (à savoir la législation de l'État hôte ou de l'État d'origine) et, de plus en plus, dans le droit international.

A. Devoir de notification préalable

62. Dans une approche concertée du développement, la première étape consiste à prévenir les autres parties prenantes qu'une activité est prévue pour que celles-ci puissent en évaluer l'incidence sur le plan social, sur l'environnement et sur les droits de l'homme, en vue d'éviter qu'un différend ne survienne par la suite. Les informations fournies doivent être suffisamment précises pour permettre d'évaluer correctement cette incidence. Il peut aussi être nécessaire de communiquer les résultats d'une analyse scientifiquement valide des risques et des effets effectifs ou potentiels de l'activité envisagée.

63. La notification préalable marque le début d'un processus de dialogue. Elle doit donc intervenir suffisamment tôt à l'étape de la planification pour permettre aux autres parties concernées de l'examiner et d'y répondre.

64. Lorsque des investisseurs étrangers se lancent dans des secteurs tels que les industries extractives, le secteur de l'habillement ou l'agriculture à grande échelle, il est particulièrement important d'informer à l'avance les parties concernées des activités prévues afin d'obtenir la licence sociale d'opérer en plus de l'accord de l'État hôte. Toutefois, la notification préalable peut aussi être nécessaire dans d'autres secteurs qui, à première vue, semblent présenter un risque moindre. Par exemple, certaines données indiquent que les services de santé fournis en zone rurale par des organisations non gouvernementales étrangères peuvent entraîner un déplacement des services publics de santé (le personnel passant de l'un à l'autre en raison des écarts de salaire) et, partant, une réduction de l'offre globale. La notification rapide par ces organisations non gouvernementales de leur intention de déployer de tels services leur permettrait de se coordonner avec le gouvernement et les autres parties prenantes³⁶.

B. Devoir de consulter et de parvenir à un accord

65. Dans le contexte du droit au développement, les processus de participation doivent être actifs, libres et utiles. Lorsque des peuples autochtones sont concernés, il est nécessaire d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé avant d'adopter toute mesure de développement qui les toucherait.

66. Les mêmes normes s'appliquent aux consultations organisées par des acteurs non étatiques qui se lancent dans des activités ayant des répercussions sur le droit au développement.

67. En tant qu'élément constitutif du devoir de coopérer, le processus de consultation devrait être axé sur les autres (« other-regarding »)³⁷ et reposer sur des échanges constructifs entre les parties. Il convient de tenir dûment compte des intérêts des autres parties prenantes, le but des consultations devant être de trouver un accord qui permette d'atteindre l'objectif commun consistant à contribuer dans toute la mesure du possible à la réalisation du droit au développement des titulaires de droits concernés. Or, cet objectif ne peut être atteint que si tous les acteurs travaillent ensemble ou, au minimum, s'abstiennent de faire obstruction.

68. Comme l'a affirmé la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, une participation utile peut contribuer au règlement des différends, améliorer la compréhension et favoriser une attitude bienveillante si les deux parties sont disposées à participer au processus³⁸. La Cour a également déclaré – et ce rappel n'était pas inutile – qu'un tel processus « devrait de préférence être géré par des personnes attentives et sensibles »³⁹. Les efforts visant à parvenir à

³⁶ Voir Erika Deserranno, Aisha Nansamba et Nancy Qian, « Aid crowd-out: the effect of NGOs on government-provided public services », Working Paper N° 26928 (Cambridge, Massachusetts, États-Unis, National Bureau of Economic Research, 2020).

³⁷ Notion empruntée à Neil Craik, « The duty to cooperate in international environmental law: constraining State discretion through due respect », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 30, n° 1 (2019), p. 22 et 23.

³⁸ *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and Others*, Case N° CCT 24/07, arrêt du 19 février 2008, par. 15.

³⁹ Ibid.

un accord doivent être menés de bonne foi, c'est-à-dire que les propositions soumises et les éventuelles modifications doivent tenir compte des positions de l'autre partie⁴⁰. L'Organisation de coopération et de développement économiques a ainsi suggéré que, dans le cadre de leur devoir de diligence raisonnable, les entreprises devraient envisager de conclure des accords directement avec les syndicats afin de faciliter la participation des travailleurs à la conception et à la mise en œuvre des modalités de diligence raisonnable, l'application des normes relatives à leurs droits et l'expression des doléances⁴¹.

69. Compte tenu de l'inégalité des rapports de force dans le cadre des négociations, il convient d'accorder une attention particulière à la façon dont sont conçus les processus de consultation visant à appliquer le droit qu'ont les communautés touchées de participer. Il ne suffit pas de veiller à ce que ces consultations se déroulent sous une forme et dans une langue qui soient compréhensibles et accessibles pour les groupes concernés. Bien souvent, les acteurs qui organisent des « consultations » au sujet de leurs interventions se contentent de communiquer des informations sur des décisions qu'ils ont déjà prises sans tenir compte des points de vue des populations locales. L'exemple ci-après, tiré de l'examen, par le Panel d'inspection de la Banque mondiale, de consultations organisées dans le cadre d'un projet de construction routière illustre parfaitement ces propos : dans son rapport, le Panel d'inspection a constaté que les craintes exprimées par les résidents lors de réunions publiques concernant le risque que des terres de faible élévation soient inondées comme suite au projet de construction n'avaient pas été prises au sérieux. Les techniciens responsables du projet avaient ignoré les préoccupations des résidents, qu'ils considéraient comme des profanes et ne jugeaient donc pas suffisamment compétents pour débattre de questions hydrologiques complexes, balayant ainsi – comme l'a noté le Panel – leurs nombreuses années d'expérience de terrain⁴². En effet, il est rarement tenu compte du vécu des populations lors des processus de consultation.

70. Il est souhaitable qu'un processus de consultation débouche sur un accord écrit qui soit accessible au public et ait force exécutoire. En effet, la conclusion d'un accord contribue au principe d'égalité des armes et au nivellement des rapports de force entre les parties. Elle contribue aussi à la transparence des engagements pris et incite toutes les parties à coopérer, car le non-respect des engagements donne lieu à réparation de la part de la partie fautive.

C. Devoir d'apporter une assistance

71. Le devoir d'aider les autres parties à atteindre l'objectif escompté, c'est-à-dire à faire en sorte que l'accord contribue à la réalisation du droit au développement, fait partie intégrante d'une relation de coopération. Il se peut que les parties n'aient pas toutes la même capacité de contribuer à l'accord ou d'en influencer le résultat ; elles peuvent alors souhaiter demander ou offrir aux autres un soutien dans le but d'instaurer une relation de confiance réciproque, tout en préservant leurs propres intérêts et en maintenant leurs positions. Les projets de responsabilité sociale des entreprises mis en place par les investisseurs étrangers constituent l'une de ces formes d'assistance. Si, en général, ces projets ne touchent pas à l'essence même des opérations d'un investisseur, ils peuvent toutefois contribuer à créer des relations fructueuses avec les titulaires de droits et les autres parties prenantes dès lors qu'ils tiennent compte des priorités de ces groupes. En revanche, il est évident que ces mesures ne suffisent pas, à elles seules, à ce que la licence sociale d'opérer soit accordée à un investisseur qui n'aurait pas organisé de consultations appropriées.

⁴⁰ On peut considérer qu'il s'agit d'une exigence similaire à celle qui est faite aux États de négocier de bonne foi. À cet égard, voir Olivier De Schutter, « A duty to negotiate in good faith as part of the duty to cooperate to establish "an international legal order in which human rights can be fully realized": the new frontier of the right to development », *The Struggle for Human Rights: Essays in Honour of Philip Alston, Nehal Bhuta et al.*, éd., (Oxford, Oxford University Press, 2021), p. 140.

⁴¹ *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises* (2018), p. 56.

⁴² *Investigation Report, Argentina: Santa Fe Road Infrastructure Project*, rapport n° 49110-AR, 2 juillet 2009, par. 129.

72. Les organisations intergouvernementales peuvent faciliter l'instauration d'une relation de coopération entre les entreprises et les acteurs de la société civile et les aider à contribuer à la réalisation du droit au développement. De plus, elles sont à même de renforcer la capacité des titulaires de droits ou des autres parties prenantes qui en ont besoin de défendre leur position dans le contexte d'un projet de coopération. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a pour mission, entre autres, de promouvoir et de protéger la réalisation du droit au développement et, à cet effet, obtenir un soutien accru des organismes compétents des Nations Unies⁴³. Ce mandat pourrait être mis à profit dans le cadre d'une coopération multipartite.

D. Devoir de réparer les dommages

73. Dans l'idéal, il faut faire en sorte qu'une intervention ayant des incidences sur le droit au développement ne provoque aucun dommage. Toutefois, lorsqu'un dommage est signalé ou avéré pendant une opération, l'acteur concerné doit en informer les autres parties prenantes. Lorsque la conduite d'un acteur non étatique porte atteinte au droit au développement, les personnes touchées doivent avoir accès à un recours utile permettant d'obtenir réparation.

74. La réparation diffère de l'assistance (notamment de celle fournie dans le cadre d'une politique de responsabilité sociale des entreprises), telle que décrite dans la sous-section C ci-dessus. Les efforts de réparation ne visent que les titulaires de droits qui ont subi un préjudice en raison d'une intervention. La réparation diffère également du partage des avantages tel que requis à l'article 2, paragraphe 3, de la Déclaration sur le droit au développement. Comme l'a expliqué la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, le partage des avantages consiste à faire en sorte qu'une part raisonnable des avantages tirés d'une intervention revienne à la communauté qui est touchée par cette intervention⁴⁴.

75. En droit des droits de l'homme, les États sont tenus de protéger les titulaires de droits contre toute conduite non conforme aux droits de l'homme d'un acteur privé qu'ils sont en mesure de régler.

76. En outre, dans les situations complexes qui ne peuvent pas être résolues par un seul acteur et qui nécessitent la coopération de plusieurs parties, ces dernières ont tout intérêt à mettre en place un mécanisme de réclamation multipartite indépendant⁴⁵ compatible avec les droits de l'homme⁴⁶. Si la plupart des mécanismes de réclamation multipartites qui existent tendent à se focaliser sur la responsabilité des entreprises, il n'y a aucune raison, dans le contexte du droit au développement, pour que des mécanismes d'établissement des responsabilités à plusieurs niveaux ne s'attachent pas à remédier aux préjudices causés par d'autres acteurs non étatiques ou par l'absence de coopération entre différents acteurs.

77. Les mécanismes de réclamation multipartites doivent permettre aux titulaires de droits touchés de signaler d'éventuels préjudices. Ils devraient être composés de façon à garantir une prise en compte crédible des opinions et des points de vue de tous les acteurs concernés. Selon le contexte, ils pourront donc comprendre des représentants des entreprises et des organismes de la société civile concernés, du gouvernement hôte, d'un organisme d'aide publique au développement d'un État tiers ou encore d'une institution financière internationale. Les études sur les mécanismes en place ont montré que l'accès des personnes touchées aux mécanismes de plainte n'était pas toujours garanti, que les parties prenantes n'étaient pas toujours toutes représentées et que, lorsqu'elles l'étaient, ce n'était pas forcément sur un pied d'égalité⁴⁷. Pour réussir à apaiser la méfiance entre les populations

⁴³ Résolution 48/141 de l'Assemblée générale, par. 4 c).

⁴⁴ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, décision n° 276/2003 du 4 février 2010, par. 295 et 296.

⁴⁵ Sur la question de l'indépendance, voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Non-State-based grievance mechanisms », document de travail, 19 novembre 2019, p. 14 et 15.

⁴⁶ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principes et 31 et commentaires. Le principe 31 comprend des critères visant à déterminer l'efficacité des mécanismes de réclamation non judiciaires.

⁴⁷ Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity et Duke Human Rights Center (Kenan Institute for Ethics), « The new regulators? Assessing the landscape of multi-stakeholder initiatives » (2017), p. 9.

touchées et les autres parties prenantes, il est essentiel de niveler les rapports de force, lorsque ceux-ci sont inégaux, de se concentrer sur la démarche autant que sur les résultats, d'engager un dialogue facilité par un médiateur et de mettre en place des mécanismes qui soient réellement indépendants et crédibles⁴⁸.

78. Si les mécanismes de réclamation multipartites sont un moyen intéressant de s'acquitter du devoir de coopérer au profit des titulaires du droit au développement, il s'agit néanmoins d'institutions complexes dont le fonctionnement exige du temps et des efforts pour parvenir aux résultats escomptés, à savoir mettre fin aux préjudices et apporter une réparation⁴⁹. Une étude empirique récente portant sur six mécanismes de réclamation multipartites a révélé que les limites de ces mécanismes étaient liées à plusieurs facteurs, notamment la publicité dont ils bénéficiaient, le pays dans lequel ils opéraient et les types de plaintes traitées⁵⁰.

VI. Incidences pour les États et les titulaires de droits

79. Les États ont le droit et le devoir de formuler des politiques de développement national appropriées ayant pour but la réalisation du droit au développement. Ils ont aussi le droit de réglementer, dans le cadre des obligations que leur impose le droit international, y compris les droits de l'homme, ce qui inclut le droit de légiférer sur la conduite des acteurs non étatiques étrangers. L'obligation que le droit des droits de l'homme fait aux États de protéger les titulaires de droits contre les atteintes commises par des tierces parties implique un devoir de superviser la conduite des acteurs non étatiques et d'agir si nécessaire, y compris en légiférant ou au moyen d'une autre forme d'action normative.

80. Il est fortement recommandé que les États prennent en main et dirigent les efforts tendant à définir, au niveau national, le devoir qu'ont les acteurs non étatiques de coopérer à la réalisation du droit au développement, moyennant un processus participatif inclusif qui tienne compte des réalités du pays. Il ressort de la pratique qu'il n'est pas aisé de s'acquitter de cette obligation en raison du déséquilibre des rapports de force entre les parties prenantes et des conflits d'intérêt potentiels. L'instauration d'un cadre réglementaire au niveau national permet de définir clairement ce que l'on attend des acteurs non étatiques s'agissant de coopérer à la réalisation du droit au développement et des autres droits de l'homme. En l'absence d'un tel cadre, les acteurs non étatiques peuvent faire valoir qu'ils respectent le droit national, mais, tant que le devoir de coopérer n'est pas défini dans le détail, cette coopération reste à leur discrétion, c'est-à-dire qu'ils en décident les modalités en fonction de leurs propres intérêts. En outre, comme expliqué ci-dessus, le devoir de coopérer des acteurs non étatiques s'étend à la coopération avec l'État ; il est donc utile de définir le rôle de l'État lui-même dans le contexte de la coopération avec les acteurs non étatiques. Le risque que l'État néglige sa propre responsabilité ou s'y dérobe lorsque des acteurs non étatiques fournissent des services qui contribuent à la réalisation du droit au développement, en particulier dans des régions ou des zones de peuplement périphériques, s'en trouve ainsi diminué.

81. Au titre d'un tel cadre réglementaire, les États pourraient confier à une entité indépendante, comme une institution nationale des droits de l'homme, le mandat d'évaluer les efforts déployés par les acteurs non étatiques pour s'acquitter de leur devoir de coopérer et d'en rendre compte publiquement. Les acteurs non étatiques pourraient être invités à informer régulièrement l'entité en question de leurs efforts de coopération. L'existence d'une

⁴⁸ Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'homme et Global Business Initiative on Human Rights, « Access to remedy through multi-stakeholder engagement: insights from cases in Myanmar and South Africa » (2018), p. 11.

⁴⁹ Pour des exemples de difficultés susceptibles de limiter l'efficacité d'un mécanisme de réclamation multipartite, voir Panel d'inspection de la Banque mondiale, *Rapport n° 124033-ZR, République démocratique du Congo : Deuxième financement additionnel pour le Projet de réouverture et d'entretien des routes hautement prioritaires*, 27 avril 2018, par. 102 à 116. Disponible à l'adresse suivante : [https://www.inspectionpanel.org/sites/www.inspectionpanel.org/files/cases/documents/120-Rapport%20d%27enqu%C3%AAte%20du%20Panel%20d%27inspection\(French\)-27%20April%202018.pdf](https://www.inspectionpanel.org/sites/www.inspectionpanel.org/files/cases/documents/120-Rapport%20d%27enqu%C3%AAte%20du%20Panel%20d%27inspection(French)-27%20April%202018.pdf).

⁵⁰ James Harrison et Mark Wielga, « Grievance mechanisms in multi-stakeholder initiatives: providing effective remedy for human rights violations? », *Business and Human Rights Journal*, vol. 8, n° 1 (2023), p. 65.

institution dotée d'un tel mandat contribuerait à établir les responsabilités mutuelles des parties prenantes participant à l'effort de coopération ainsi que leurs responsabilités conjointes à l'égard des titulaires de droits.

82. La communauté internationale a un rôle à jouer pour ce qui est de renforcer la capacité des États de veiller à ce que les acteurs non étatiques s'acquittent bien de leur devoir de coopérer au service de la réalisation du droit au développement. Ainsi, il serait possible d'explicitier les différentes composantes du devoir de coopérer dans une norme internationale. Il pourrait aussi être utile que les organisations intergouvernementales et les États (notamment les États d'origine des acteurs non étatiques concernés) s'attachent à améliorer la capacité qu'ont les États hôtes, en particulier les pays les moins avancés, de faire en sorte, en s'appuyant sur leurs lois, leurs politiques et leurs pratiques, d'obtenir la pleine coopération des acteurs non étatiques en ce qui concerne la réalisation du droit au développement. L'appui d'organisations intergouvernementales et d'États tiers contribuerait à l'instauration, au plan international, de conditions propices à la réalisation du droit au développement.

83. Enfin, l'objectif du devoir de coopérer est d'aider les titulaires du droit au développement. Toutes les formes de coopération ne contribuant pas à cet objectif, il est nécessaire d'évaluer les efforts de coopération entre les différentes parties prenantes de manière critique afin de déterminer s'ils profitent ou non aux titulaires de droits.

84. Dans le contexte du devoir de coopérer, on peut aussi s'attendre à ce que les titulaires de droits fassent un réel effort de dialogue et de coopération, sans pour autant renoncer aux autres moyens qu'ils ont de défendre leurs droits. Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de la Déclaration sur le droit au développement, tous les êtres humains ont la responsabilité du développement individuellement et collectivement, compte tenu des exigences du plein respect de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales et eu égard à leurs devoirs envers la communauté.

VII. Observations finales

85. Conformément à la résolution 42/23 du Conseil des droits de l'homme, le Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement dote le Conseil d'une compétence thématique en matière de droit au développement en vue de rechercher, de recenser et de mettre en commun les meilleures pratiques avec les États Membres et de promouvoir la mise en œuvre du droit au développement dans le monde entier. Au cours de la première année de son premier cycle triennal, le Mécanisme d'experts s'est fixé deux grands objectifs : a) recentrer la question du droit au développement, lui donner un nouveau souffle, et donner effet à ce droit ; b) accroître la capacité des associations locales de se prévaloir du droit au développement. De l'avis général de ses membres, il importait d'aller au-delà des grands discours afin de recenser les obstacles à la concrétisation du droit au développement et de formuler des recommandations stratégiques concrètes sur la manière de les surmonter⁵¹.

86. Aller au-delà des discours sous-entend qu'il faut aussi aller au-delà des lois et des politiques officielles et donner aux titulaires de droits la possibilité de s'exprimer au sujet des obstacles auxquels ils se heurtent dans la réalisation du droit au développement. Cela implique également d'associer toutes les parties prenantes susceptibles de contribuer efficacement – au moyen notamment de la coopération – à l'élimination de ces obstacles. En ce qui concerne la recherche, il est essentiel d'aller sur le terrain, de s'entretenir directement avec les acteurs concernés et collecter de nouvelles données (y compris à l'échelle modeste de la présente étude) afin de mieux appréhender les problèmes qui se posent lorsqu'on tente de mettre en pratique le devoir de coopérer au service de la réalisation du droit au développement. Le Mécanisme d'experts remercie de nouveau le Lesotho de lui avoir donné la possibilité de mener une étude de terrain et espère que, à l'avenir, d'autres États Membres faciliteront l'organisation de visites d'étude.

⁵¹ A/HRC/45/29, par. 19.