



Conseil économique et social

Distr. générale
26 janvier 2023
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Vingt-deuxième session

New York, 17-28 avril 2023

Point 4 de l'ordre du jour provisoire*

Débat sur les six domaines d'action de l'Instance permanente (développement économique et social, culture, environnement, éducation, santé et droits humains) en relation avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et le Programme de développement durable à l'horizon 2030

Application du principe du consentement préalable, libre et éclairé dans le contexte des peuples autochtones

Note du Secrétariat

Résumé

À sa vingt-et-unième session, l'Instance permanente sur les questions autochtones a chargé l'un de ses membres, Aleksei Tsykarev, de réaliser une étude sur l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé dans le contexte des peuples autochtones et de la lui présenter à sa vingt-deuxième session. La présente note fait le point de cette étude.

* [E/C.19/2023/1](#).



Rapport sur l'étude relative à l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé dans le contexte des peuples autochtones

I. Introduction

1. Les experts de l'ONU s'accordent généralement à estimer que le consentement préalable, libre et éclairé est un pilier de la mise en œuvre du droit des peuples autochtones à déterminer leurs priorités de développement. Bien qu'il n'existe toujours pas un consensus sur la catégorie dans laquelle le consentement préalable, libre et éclairé devrait être classé (droit, principe ou rempart), les États et les peuples autochtones sont profondément engagés à réaliser son idéal consistant à améliorer les relations et à faire respecter les droits humains.

2. Dans l'étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, intitulée « Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l'homme »¹, le consentement préalable, libre et éclairé était considéré comme une norme des droits humains et un rempart des droits collectifs des peuples autochtones. Dans le rapport intitulé « Industries extractives et peuples autochtones »², publié par James Anaya, Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, il était considéré comme un principe. Certains dirigeants et experts autochtones³ le définissent comme un droit humain faisant partie intégrante du droit à l'autodétermination, tandis que d'autres pensent qu'il devrait être un nouveau principe fondamental du droit international comme l'intégrité territoriale, l'égalité, l'autodétermination et l'obligation de coopérer.

3. Plutôt que de chercher à trancher ce débat, le présent rapport considère le consentement préalable, libre et éclairé comme un principe des droits humains et une norme en la matière, qui donne corps au droit des peuples autochtones à leurs terres et à leur droit de prendre part aux décisions.

4. Si le consentement préalable, libre et éclairé suppose un certain nombre d'éléments et de conditions, il n'existe pas de norme universelle pour l'application de ce principe. Les bonnes pratiques en matière de consentement préalable, libre et éclairé sont constamment établies par les États, les peuples autochtones et le secteur privé. Par conséquent, le consentement préalable, libre et éclairé est actuellement une somme de pratiques isolées régies par un cadre normatif international. C'est aussi la somme des efforts déployés par les peuples autochtones, les États et les entreprises industrielles. La pratique mondiale du consentement préalable, libre et éclairé évolue en même temps que l'établissement des normes globales relatives aux droits des peuples autochtones. Cette évolution peut donner lieu à une norme qui devrait encore permettre une certaine adaptabilité aux niveaux régional et national. Cette adaptabilité peut dépendre de la diversité des institutions autonomes des peuples autochtones, de leurs modèles de prise de décision et de leurs relations et accords historiques avec les États et le secteur privé.

5. Le cadre existant en matière de consentement préalable, libre et éclairé est constitué d'articles de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, de la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail, des normes de la Banque

¹ [A/HRC/39/62](#).

² [A/HRC/24/41](#).

³ Intervention de Dalee Sambo Dorrough, ex-membre de l'Instance permanente sur les questions autochtones, à la dixième session de celle-ci. Voir Rights and Resources, « UN: tenth session of the Permanent Forum on Indigenous Issues », blog, 18 mai 2011.

mondiale et de la Société financière internationale, des normes relatives à la question et des lois des pays, ainsi que des études réalisées par des organes d'experts de l'ONU.

6. Conformément à ces normes, les États ont la responsabilité première de l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé. En conséquence, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a indiqué clairement que les États ne « peuvent déléguer l'exécution de leurs obligations en matière de droits de l'homme à une entreprise privée ou une autre entité » et qu'ils « restent responsables en cas de lacune dans le processus »⁴.

7. Toutefois, il est communément admis que les entités privées doivent également obtenir le consentement des peuples autochtones et conclure des accords avec eux, comme prévu dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Les États et le secteur privé devraient être encouragés à le faire et à faire plus que ce qui est prévu dans la Déclaration, en faisant du consentement préalable, libre et éclairé la base des négociations dans d'autres contextes.

8. Il est intéressant de constater que tous les États se sont engagés à appliquer le principe du consentement préalable, libre et éclairé en adoptant à l'unanimité le document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones. Toutefois, la plupart des États n'ont pas encore intégré ce principe dans leur législation interne, ce qui fait qu'il est difficile de garantir qu'il sera largement appliqué dans la pratique. Dans ces circonstances, l'engagement volontaire des entreprises privées à recourir au consentement préalable, libre et éclairé lorsqu'elles entament des négociations avec les peuples autochtones peut contribuer à faire entrer de facto ce principe dans la pratique, ce qui, par voie de conséquence, fera avancer la réforme législative.

9. En outre, dans de nombreux cas, lorsqu'il existe de la bonne volonté, les entreprises privées sont plus souples que les acteurs gouvernementaux pour ce qui est de l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Alors que les États s'engagent à intégrer ce principe dans les lois internationales et internes, le secteur privé le fait au moyen d'engagements publics, de politiques se rapportant aux peuples autochtones, de normes relatives à la question et de certifications. Ces engagements sont aussi importants pour les entreprises que pour les États eux-mêmes, notamment parce que toute violation des engagements entraînerait à la fois une atteinte à la réputation et des risques et des pertes financiers.

10. Étant donné que la pratique du consentement préalable, libre et éclairé se répand et évolue rapidement, le document comprend des études de cas et des méthodologies pour son application. Le présent rapport doit donc être considéré comme complémentaire aux études de l'Instance permanente sur les questions autochtones, du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones et du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones. Le présent rapport découle d'une discussion sur le consentement préalable, libre et éclairé et d'autres principes des droits humains relatifs au devoir de précaution que l'Instance permanente a tenue lors de la réunion de son Groupe d'experts en 2021 et de la recommandation formulée à la vingt-et-unième session de l'Instance permanente consistant à établir un rapport sur les pratiques liées à l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Parmi les exemples mentionnés dans le présent rapport, il y a plusieurs qui ont été examinés lors de la manifestation parallèle tenue à la vingt-et-unième session de l'Instance permanente, dont le thème était « Application du principe du consentement préalable, libre et éclairé : renforcement des capacités des peuples autochtones et amélioration de leur expérience », et d'autres auxquels l'auteur a participé ou qu'il a eu l'occasion d'étudier.

⁴ A/HRC/39/62, par. 56.

II. Intégrité et spécificité des éléments du consentement préalable, libre et éclairé

11. Les quatre éléments du consentement préalable, libre et éclairé sont indissociables : aucun d'entre eux ne peut être appliqué isolément, étant donné leur imbrication et leur interdépendance. L'absence d'intégrité de tous les éléments dans les négociations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé pourrait jeter le doute sur les résultats positifs obtenus.

12. L'élément « libre » fait référence non seulement à la liberté d'être d'accord ou en désaccord avec un projet proposé, mais aussi à la liberté de déterminer les conditions et les justifications des décisions prises. Les peuples autochtones doivent avoir la possibilité de retirer leur consentement si les conditions convenues ne sont pas respectées. Cet élément s'applique à l'ensemble du processus de négociation : les peuples autochtones doivent pouvoir entrer librement dans les négociations, s'en retirer librement ou s'abstenir d'y prendre part. Ils devraient avoir le droit de choisir librement leurs représentants ou les organes qui participent au processus en leur nom, et de préciser leur approche des consultations relatives au consentement préalable, libre et éclairé. De manière moins évidente, les peuples autochtones devraient pouvoir avoir un débat interne ou une divergence de vues entre eux, et choisir des méthodes de résolution de ces questions internes concernant les projets proposés.

13. La procédure de consentement préalable, libre et éclairé doit être menée bien en amont de tout projet, ce qui donne suffisamment de temps pour l'obtention et l'analyse des premières informations, le choix des représentants autorisés à participer aux consultations et aux négociations, l'engagement des consultations et la possibilité de faire des commentaires à tous les stades du processus. Les entreprises doivent informer à l'avance les participants qui prennent part aux différentes phases des réunions, des manifestations importantes ou des changements, en se servant de tous les moyens de communication disponibles.

14. L'élément « préalable » fait clairement référence à un point précédant le point de départ d'un projet visant les peuples autochtones. Cependant, la question de la notification préalable pose l'une des questions les plus difficiles : que faut-il considérer comme le point de départ d'un projet ? Si l'on admet que l'obtention de revenus est un facteur important pour toute entreprise, le point de départ le plus logique est l'investissement. Une fois les investissements réalisés, les entreprises privées les protégeront même au détriment des droits des peuples autochtones. Par conséquent, le processus d'obtention du consentement préalable, libre et éclairé doit commencer dès les phases de conceptualisation et de conception de l'activité proposée, avant tout investissement, afin de donner aux peuples autochtones le temps nécessaire pour entamer leur propre prise de décisions. Les peuples autochtones doivent ensuite être tenus informés en permanence des principales étapes du processus, notamment la demande de permis ou de licence, l'élaboration d'un plan de projet et la prospection géologique (dans le cas des industries extractives).

15. Les investissements liés à la planification et aux procédures de diligence raisonnable sont essentiels pour l'entame des négociations et la communication d'informations sur les risques et les effets potentiels sur l'environnement, la culture, les activités, le mode de vie traditionnel et les droits humains des peuples autochtones. Les plans du projet et les résultats obtenus dans le cadre de la diligence raisonnable doivent être communiqués aux peuples autochtones concernés. Dans la pratique, cependant, certaines entreprises ont tendance à tenir les plans des projets complètement cachés, en les qualifiant de secrets commerciaux ou de secrets d'affaires. En 2021, lors d'un dialogue régional virtuel sur l'Europe de l'Est, la Fédération de Russie, l'Asie centrale et la Transcaucasie, l'Instance permanente a été

informée d'un cas de ce type en république de Carélie (Fédération de Russie), dans lequel une société forestière privée a refusé de divulguer un plan d'abattage, en invoquant les importants investissements réalisés par l'entreprise pour élaborer ce plan. Lors de nouvelles négociations avec les Vepses, la société a toutefois accepté de leur montrer le plan.

16. Il est déjà bien compris que les peuples autochtones doivent recevoir des informations complètes et fiables sur un projet, toutes les étapes de celui-ci et les autres options proposées, y compris les effets sur la terre et les ressources, la durée, les mesures d'atténuation et les avantages financiers et sociaux. L'élément « éclairé » signifie que les peuples autochtones doivent prendre connaissance des propositions des entreprises relatives aux méthodes et aux règles des négociations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé, aux griefs et aux mesures de suivi. Les peuples autochtones doivent être informés de leurs droits et des lois, instruments internationaux et normes applicables. Toutes les informations doivent leur être communiquées, de manière à leur permettre de les étudier à l'avance. Si nécessaire, les documents ou une partie de ceux-ci doivent être traduits dans les langues autochtones, et un interprète qualifié doit être présent lors des réunions et des consultations tout au long de la procédure de consentement préalable, libre et éclairé. Les peuples autochtones doivent avoir la possibilité de poser des questions oralement et par écrit, de commenter les supports et les documents fournis et de faire leurs propres suggestions.

17. L'objectif principal de l'élément « éclairé » est que l'information soit non seulement accessible mais aussi comprise et analysée par les représentants des peuples autochtones. Il peut y avoir des malentendus liés aux connotations que la terminologie peut avoir dans différentes langues. Par exemple, sur le plan juridique, le mot « éclairé » dans le consentement préalable, libre et éclairé est traduit en russe par « conscient », ce qui a un sens plus large qu'« éclairé ». Selon ce concept, les peuples autochtones recevraient non seulement les informations nécessaires mais auraient également la possibilité d'en discuter collectivement, en tenant compte de leur système traditionnel de prise de décision et de leur processus interne, et de prendre une décision en connaissance de cause. En d'autres termes, les informations ne sont pas seulement reçues mais aussi comprises. Les traductions dans les langues autochtones pourraient apporter une compréhension des concepts propres aux peuples autochtones et permettre de mieux comprendre la manière dont le processus devrait être organisé. Dans la version olonetsienne de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, le mot « éclairé » est traduit par les trois mots « *sellitetty da ellendetty* » (littéralement, « expliqué et compris »). Toutefois, dans la langue finnoise apparentée, la traduction « *tietoon perustuva* » (« basé sur des informations »), est plus proche de l'anglais. En tout état de cause, le fait de simplement communiquer des informations sans donner aux peuples autochtones la possibilité et les moyens de les assimiler est souvent source de malentendus et d'obstacles à la conclusion d'accords.

18. Les consultations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé doivent impliquer tous les membres de la communauté. Les entreprises doivent informer les populations autochtones autant que possible, recenser tous les groupes vulnérables et tenir compte de leurs opinions. Ces groupes peuvent être composés de personnes âgées, de jeunes, de femmes, d'enfants et de personnes handicapées. Outre le recensement des membres de la communauté et des organes de décision, les entreprises doivent recenser et informer les parties prenantes, telles que les organisations non gouvernementales, les structures faïtières, les médiateurs, les conseils de représentants autorisés et les conseils des sages.

19. Les conditions générales du consentement doivent être stipulées dans un accord écrit de consentement préalable, libre et éclairé conclu entre l'entreprise et les peuples, tribus, zones de peuplement, villages, communautés ou sous-groupes sociaux autochtones concernés.

III. Renforcement de l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé dans la pratique

20. Dans l'étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones sur les traités, accords et autres arrangements constructifs, y compris les accords de paix et les initiatives de réconciliation, et leur reconnaissance dans les textes constitutionnels⁵, il a été indiqué que dans un certain nombre de régions socioculturelles, les peuples autochtones et les entreprises ont tendance à conclure des accords directs entre eux, avec ou sans la participation de l'État. Il a également été indiqué la nécessité de fournir des moyens et des ressources aux peuples autochtones pour qu'ils puissent participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des accords et des traités.

21. Comme indiqué lors de la réunion du Groupe d'experts, au Canada et en Fédération de Russie, certaines entreprises privées collaborent avec les peuples autochtones sur la base du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Comme on l'a également indiqué à la réunion, « même s'ils n'étaient pas parties à ces accords, les États devraient superviser leur mise en œuvre conformément à leur obligation d'obtenir un consentement préalable, libre et éclairé »⁶. Ces pratiques du secteur privé constituent une base de données d'exemples de réussite, d'erreurs classiques et de retours d'expérience qui, par la suite, se transforment en une théorie et une pratique du consentement préalable, libre et éclairé. La communauté internationale devrait encourager l'institution évolutive de la pratique par une documentation abondante et l'échange de données d'expérience.

22. Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé, et la documentation y relative sont requises, on peut citer les investissements et les opérations qui ont une incidence sur le mode de vie traditionnel et les terres occupées, la propriété traditionnelle ou l'usage coutumier, notamment le développement industriel du sous-sol (minéraux, gaz, etc.), de la surface naturelle (eau, bois d'œuvre, poisson, renne, etc.) et des ressources culturelles (objets fabriqués, artisanat et connaissances traditionnelles autochtones) ; l'acquisition de terres pour la construction d'infrastructures physiques, y compris les installations auxiliaires (sous-stations électrique et lignes de transport d'électricité, gazoducs, chantiers navals, aires de poser d'hélicoptère, etc.) et les structures associées (réseaux routiers, ports, etc.) ; la réinstallation physique de familles déplacées de leurs zones d'installation et villages ; la démolition et le déplacement de sites sacrés (cimetières, etc.) ; les voies de transport, les lieux et les méthodes de stockage, et le déversement de produits chimiques et de matières dangereuses.

23. Dans les cas où les peuples autochtones et les entreprises ont déjà conclu un accord mutuel prévoyant une coopération continue ou lorsque les entreprises répondent à une demande collective directe et ponctuelle des peuples autochtones, il peut ne pas être nécessaire ou souhaitable de lancer un nouveau processus de consentement préalable, libre et éclairé. Par exemple, dans la péninsule de Taïmyr (Russie), des entreprises industrielles investissent dans la construction de nouvelles

⁵ A/HRC/51/50.

⁶ E/C.19/2022/6, par. 35.

maisons et d'ateliers de transformation de la viande dans les villages autochtones⁷. Dans la région de Mourmansk, les représentants du peuple autochtone des Sâmes ont demandé aux entreprises industrielles d'investir dans la revitalisation de l'élevage de rennes⁸. Dans ces cas, les peuples autochtones ont déjà défini leurs objectifs ou négocié leurs droits.

24. Dans d'autres cas, notamment en ce qui concerne les droits fonciers et la réinstallation, le consentement préalable, libre et éclairé est strictement requis par les normes internationales. L'exemple récent de la péninsule de Taïmyr⁹ constitue une étude de cas importante. Le village de Toukhard est une zone de peuplement qui a été construite à côté d'une usine d'approvisionnement en gaz dans les années 1970 sur les terres du peuple nomade des Nénètes. Au fil des ans, les représentants des autochtones ont commencé à s'installer dans les bâtiments temporaires des travailleurs en rotation ou ont construit leurs propres bâtiments avec les matériaux disponibles. En vertu de la loi fédérale récemment modifiée, le logement dans une zone industrielle est interdit pour des raisons de sécurité et de santé. Même si la loi n'exige pas le consentement préalable, libre et éclairé, le groupe Norilsk Nickel (propriétaire de l'entreprise d'approvisionnement en gaz opérant dans le village) a décidé de mener la négociation de réinstallation en appliquant ce principe. L'entreprise a engagé des experts indépendants, pris les dispositions qui s'imposaient, mené une vaste campagne de sensibilisation auprès des villageois et des parties prenantes, recensé les groupes vulnérables, organisé trois séries de consultations avant de conclure un accord et documenté le processus.

25. Parmi les complications rencontrées dans le cas de Toukhard, plusieurs méritent d'être mentionnées : a) les villageois ne disposaient pas d'un organe de décision avant d'entamer les consultations ; b) la communication avec les éleveurs de rennes était limitée en raison de leur mode de vie nomade et les problèmes liés à l'accessibilité géographique du village en fonction des saisons ; c) un manque de confiance due à l'expérience passée ; d) les éleveurs de rennes vivent dans la toundra, mais ont des liens culturels et familiaux étroits avec le village. Afin de surmonter ces difficultés, l'entreprise a proposé les solutions suivantes : e) une organisation autochtone a été invitée à jouer le rôle de facilitateur ; f) les peuples autochtones ont bénéficié de temps et reçu une assistance juridique afin de mettre en place un organe de décision consacré au processus de consentement préalable, libre et éclairé, de manière indépendante et selon leurs propres procédures ; g) l'entreprise a entamé le dialogue avec des organisations faîtières autochtones régionales et fédérales, des parlementaires autochtones et le médiateur ; h) les éleveurs de rennes n'étaient pas visés par la réinstallation, et leurs droits et besoins étaient au centre des consultations ; i) l'entreprise a mis en place un mécanisme de réparation des griefs ; j) avant d'entamer les consultations proprement dites, l'entreprise a obtenu le consentement des peuples autochtones pour l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé.

26. Bien que l'obligation de créer une zone de protection sanitaire imposée par la loi exige la réinstallation des habitants, lors des négociations avec l'entreprise, les peuples autochtones de Toukhard ont eu le droit de dire « oui », « non » et « oui sous conditions » au programme de réinstallation proposé. S'ils avaient dit « non », la responsabilité de négocier avec les peuples autochtones aurait incombé à l'administration locale. L'État n'a toutefois pas participé aux négociations, mais les

⁷ Cette construction s'inscrit dans le cadre d'un programme quinquennal d'aide au développement des peuples autochtones composés d'un petit nombre d'individus dans la péninsule de Taïmyr.

Voir Nornickel, « Nornickel builds new housing in Ust-Avam », 13 juillet 2022.

⁸ Consultations entre Nornickel et les peuples autochtones de la région de Mourmansk.

⁹ Voir <https://fpic.kmnsoyuz.ru/?lang=en>.

autorités municipales et les parlementaires autochtones de la circonscription y étaient présents. L'administration locale s'est engagée à surveiller et à garantir la mise en œuvre légale de l'accord obtenu. Les réunions consultatives entre l'entreprise et les peuples autochtones ont été menées selon les propres règles et traditions de ceux-ci et ont été présidées par une personne choisie parmi leurs représentants. Tous les observateurs et autres parties impliquées n'avaient pas pris part au processus de prise de décisions proprement dit, auquel ont participé les peuples autochtones.

27. Durant le processus de négociation, il y avait des décisions collectives prises par l'ensemble de la communauté et des décisions individuelles prises par les ménages. Bien entendu, aucune personne ne peut prendre individuellement des décisions au nom de la collectivité ou en ce qui concerne les droits de celle-ci. Collectivement, la population de Toukhard a décidé de dire « oui » au programme de réinstallation, a choisi le lieu de réinstallation et a discuté des conditions du consentement. Par l'intermédiaire de leur organe de décision, les peuples autochtones ont suivi le recensement visant à répertorier les personnes pouvant prétendre à de nouvelles maisons, examiné le cahier des charges du concours d'architecture et donné des conseils sur les matériaux de construction et les caractéristiques visuelles du nouveau village. Ils ont également fait prévaloir les droits culturels, sociaux et économiques des éleveurs de rennes et ont conservé d'autres types de liens avec le village. Ils ont fait le nécessaire pour que le nouveau village soit construit sur le territoire d'implantation traditionnelle près de l'ancien village de Toukhard, dans ses limites actuelles, et pour qu'il offre des possibilités de développement à toutes les personnes ayant un lien avec Toukhard. Certes l'entreprise s'efforçait de contribuer à la préservation du mode de vie traditionnel de la communauté, mais les ménages avaient la possibilité de se réinstaller dans une ville ou un autre village. Par conséquent, après le consentement collectif, les ménages pouvaient décider individuellement de se réinstaller dans le nouveau village ou de se déplacer vers une autre zone d'installation existante. Le plan de réinstallation étant prévu pour 2026, les consultations ont été organisées bien à l'avance et l'élément « préalable » du consentement préalable, libre et éclairé a été garanti.

28. Il est intéressant de noter que dans l'exemple de Toukhard, plusieurs représentants autochtones ont critiqué l'entreprise au sujet de l'institution du consentement libre, préalable et éclairé, car ils pensaient que l'entreprise essayait de retarder la construction effective des nouvelles maisons, voire de dissimuler son inaction derrière un discours sur les droits de humains et les normes internationales. La construction des nouvelles maisons étant un projet attendu depuis longtemps, l'entreprise a dû convaincre les peuples autochtones qu'un processus fondé sur le consentement préalable, libre et éclairé était important pour l'étoffement de l'accord et l'autonomisation de la communauté.

29. Bien que l'exemple de Toukhard ne puisse pas être considéré comme un cas classique de « consentement préalable, libre et éclairé aux fins de la réinstallation », en raison des exigences législatives liées à la réinstallation du village, il répond aux critères et offre une méthodologie efficace pour les négociations fondées sur le principe du consentement préalable, libre et éclairé. Finalement, le fait que l'entreprise a appliqué ce principe et le fait que les villageois l'ont accepté ont renforcé la position des peuples autochtones, rendu l'accord plus fiable et sa mise en œuvre future plus transparente, et rendu l'entreprise plus responsable. La procédure d'obtention du consentement préalable, libre et éclairé a contribué à l'établissement de relations fondées sur la confiance et le respect mutuel, qui ont contribué à l'exécution efficace et juste de toutes les conditions stipulées dans l'accord.

30. Dans le district autonome de Iamalo-Nénétsie (Fédération de Russie), le projet de production de gaz naturel liquéfié à Yamal, dans le cadre duquel était prévue la

construction de la plus grande usine arctique de production de gaz liquéfié au monde, et la première du genre, avait une incidence sur le mode de vie traditionnel du peuple nomade des Nénètes et l'élevage de rennes pratiqué par celui-ci. Un groupe d'entreprises concernées a lancé les premières activités de diligence raisonnable en 2010, quatre ans avant l'obtention d'une licence et sept ans avant le démarrage des activités de l'usine. Les porteurs du projet ont mené des recherches ethnologiques, historiques, culturelles et archéologiques, organisé une campagne d'information et proposé un plan pour l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé. En 2013 et 2014, trois cycles de négociations entre eux et les peuples autochtones ont abouti à la déclaration écrite de consentement préalable, libre et éclairé. Comme dans l'exemple précédent, les peuples autochtones concernés ont créé un organe de décision, à savoir un conseil de représentants. La déclaration de consentement préalable, libre et éclairé faisait référence au plan négocié avec les peuples autochtones (un plan d'aide au développement), qui prévoyait des mesures de réduction et d'atténuation des impacts, un programme d'emploi et d'éducation au niveau local, des activités de renforcement des capacités des populations et des ménages, ainsi que des mécanismes de partage des avantages, tels que la construction de logements et d'infrastructures sociales, d'usines de transformation des produits des métiers et de l'artisanat traditionnels, d'infrastructures de transport, la fourniture d'un soutien aux organisations dirigées par des autochtones, et des projets dans les domaines de la science, des sports, de la culture et des langues. En ce qui concerne le dialogue après le consentement préalable, libre et éclairé, il s'agissait notamment de consultations avec les peuples autochtones, du suivi par ceux-ci de la mise en œuvre du plan négocié avec eux, d'études sociologiques, d'un mécanisme de réparation des griefs et la restauration des écosystèmes grâce aux connaissances traditionnelles des peuples concernés¹⁰.

31. Un autre exemple qui a retenu l'attention de l'Instance permanente en Fédération de Russie concerne le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones de Sakhaline à un plan quinquennal de développement les concernant, mis en œuvre conjointement par la société Sakhalin Energy, l'administration de la région de Sakhaline et le conseil régional des représentants autorisés des peuples autochtones composés d'un petit nombre d'individus dans la région de Sakhaline. Le projet de plan tripartite a fait l'objet d'une discussion lors de réunions consultatives et a été adopté lors d'une conférence par les délégués des sept municipalités de Sakhaline, selon le principe du consentement préalable, libre et éclairé. Les résultats de la consultation ont été évalués par un expert indépendant. Le programme a pour objectif d'éviter et de limiter au minimum les impacts du projet, appelé Sakhaline-2, sur les peuples autochtones, tout en améliorant leur qualité de vie et en favorisant leur développement durable. Les peuples autochtones sont directement impliqués dans la gestion du plan, y compris dans la distribution des fonds, par le canal de son conseil d'administration et du conseil du fonds pour le développement durable. Le consentement collectif au dernier plan de développement pour 2021-2025 a été donné lors d'une conférence en 2021. Cet exemple permet d'affirmer que, même si les normes internationales n'exigent pas expressément le consentement préalable, libre et éclairé pour les mécanismes de partage des avantages, ce principe est applicable et contribue à l'amélioration des négociations.

32. En l'absence d'obligation législative concernant le consentement préalable, libre et éclairé aux États-Unis d'Amérique, certaines entreprises engagent des processus consultatifs en appliquant les éléments de ce principe (processus comparables au consentement préalable, libre et éclairé). Le projet « Ruby Pipeline »,

¹⁰ Yana Dordina, présentation au Forum international sur le partenariat public-privé dans le domaine du développement durable des peuples indigènes, Mourmansk, Fédération de Russie, 11 octobre 2022.

lancé par El Paso Corporation (désormais Kinder Morgan) aux États-Unis, assure l'approvisionnement de gaz naturel à partir d'un champ situé dans le bassin des montagnes Rocheuses jusqu'à la côte ouest en passant par les États du Wyoming, de l'Utah, du Nevada et de l'Oregon. La construction du gazoduc de 1 090 kilomètres de long a été autorisée en janvier 2009 et a effectivement démarré en juillet 2011. Le processus de consultation requis par la législation américaine a permis d'impliquer plus de 40 groupes appartenant aux peuples autochtones (tribus et nations autochtones d'Amérique) vivant à proximité du tracé du gazoduc ou ayant un lien spirituel avec les zones concernées. La campagne de mobilisation menée dans le cadre du projet avait pour but de documenter et de prendre en compte les préoccupations des peuples autochtones, de préserver leur patrimoine historique et culturel, et de renforcer leurs capacités. Du point de vue de l'entreprise, cette approche a permis de réduire les risques et de limiter la responsabilité, même si les dirigeants de certaines tribus et certains groupes de défense de l'environnement ont continué à s'opposer au projet. Du point de vue des tribus qui ont décidé de participer aux consultations, le projet a renforcé leur capacité à traiter avec les entreprises de développement des ressources naturelles, créé des possibilités d'emploi et amélioré au sein des collectivités le partage d'informations sur les pratiques culturelles, les sites sacrés et la connaissance des plantes¹¹.

IV. Le consentement préalable, libre et éclairé en tant que processus et dialogue

33. Comme l'indique l'étude du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones sur le consentement préalable, libre et éclairé, « dans certains cas, l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé est considérée [par le secteur privé] comme une simple question de procédure, et non comme un processus fondé sur les droits de l'homme. Elle est parfois vue comme un signe de bonne volonté à l'égard des peuples autochtones et peut avoir pour effet de servir les intérêts d'un tiers plutôt que de protéger ceux des titulaires de droits »¹². Cependant, l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé doit toujours être considérée comme un processus long et inclusif, certaines procédures devant être acceptées par les parties.

34. Tout comme le consentement préalable, libre et éclairé comporte des éléments nécessaires, il en va de même pour le processus connexe : le principe du consentement libre, préalable et éclairé ne peut être appliqué séparément de la diligence raisonnable, de l'évaluation des impacts et de l'élaboration d'un plan pour les peuples autochtones, avec des mesures de réduction des impacts, d'atténuation, de compensation et des négociations de bonne foi accompagnant le passage d'une étape à l'autre, ainsi que le contrôle et le suivi des accords.

35. Les négociations de bonne foi sont des consultations menées en adoptant des procédures culturellement appropriées, l'objectif étant de parvenir à un accord dans des conditions équitables¹³. De telles négociations supposent, de la part de toutes les parties : a) la volonté de s'investir dans un processus et de se rendre disponible pour des rencontres fixées à des heures et à des intervalles raisonnables ; b) la communication des informations nécessaires à une négociation éclairée ; c) le recensement des principales questions qui comptent ; d) l'adoption de procédures de

¹¹ Jennifer H. Weddle, « Navigating cultural resources consultation: collision avoidance strategies for federal agencies, project proponents, and tribes », *Proceedings of the 60th Annual Rocky Mountain Mineral Law Institute*, vols. 22-1 (2014).

¹² A/HRC/39/62, par. 54.

¹³ S. James Anaya et Sergio Puig, « Mitigating state sovereignty: the duty to consult with indigenous peoples », *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n° 4 (automne 2017).

négociation satisfaisant toutes les parties ; e) la volonté de changer la position initiale et de modifier les offres, à chaque fois que possible ; f) l'octroi d'un délai suffisant pour la prise de décision¹⁴. L'objectif des négociations de bonne foi est de trouver les moyens possibles de résoudre les désaccords, l'accent étant mis sur l'établissement d'une relation de respect mutuel entre les parties et l'élimination de tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation¹⁵.

36. Un organe de décision autochtone doit participer au processus du début à la fin et, surtout, les peuples autochtones doivent pouvoir exercer une influence directe sur la prise de décision dans le processus de négociation.

37. Pour une entreprise privée, il peut être difficile, au cours du processus de diligence raisonnable, de trouver un partenaire de négociation légitime, compte tenu des caractéristiques et de l'instabilité éventuelles des institutions autochtones traditionnelles et contemporaines d'autoadministration et de prise de décision. Dans certains cas, ces organes n'existent pas, il faut donc prévoir du temps pour permettre aux peuples autochtones d'en créer conformément à leurs propres procédures et traditions. Certains peuples autochtones nomades de la Fédération de Russie, qui vivent sur de vastes territoires s'étendant sur des milliers de kilomètres et sont composés d'un petit nombre d'individus, ne disposent pas d'institutions d'autoadministration verticalement intégrées, qui représentent l'ensemble des peuples et toutes leurs collectivités. Les entreprises qui entament des négociations avec certains peuples autochtones ayant des modes de vie et des systèmes d'autoadministration différents doivent être prêtes à établir un dialogue multidimensionnel et à tenir compte des divers concepts et philosophies adoptés par leurs homologues autochtones. Bien entendu, ces entreprises doivent disposer de connaissances internes plus approfondies et d'une structure de dialogue plus sophistiquée avec les peuples autochtones. Il faut redoubler d'effort pour étudier les différentes institutions d'autoadministration et de prise de décisions. Trois membres de l'Instance permanente, à savoir Aleksei Tsykarev, Grigory Lukyantsev et Sven-Erik Soosaar¹⁶, se sont efforcés d'étudier ces pratiques dans la région de l'Europe de l'Est, en Fédération de Russie, en Asie centrale et en Transcaucasie.

38. Une fois l'organe de décision connu ou créé, les peuples autochtones concernés doivent pouvoir s'exprimer en leur nom dans le processus de négociation, tant auprès de l'entreprise privée qu'auprès d'autres acteurs externes, comme les médias et les organisations de défense des droits humains. Seul l'organisme représentant le groupe touché ou la collectivité touchée a la légitimité pour négocier, tandis que tous les autres, y compris les défenseurs des droits humains et les organisations non gouvernementales, doivent être consultés en tant que parties prenantes. Par exemple, dans les cas de réinstallation de Toukhard, le peuple autochtone des Nénétses concerné ne disposait pas d'un organe de décision local et a dû en créer un. L'Association of Indigenous small-numbered peoples of the Taimyr of the Krasnoyarsk Krai, l'organisation faïtière fédérale, à savoir l'Association des petits peuples autochtones du Nord, de la Sibérie et de l'Extrême-Orient de la Fédération de Russie, ainsi que d'autres institutions nénétses ont joué un rôle consultatif dans les négociations, tandis que l'autorité locale autochtone établie a assumé le rôle de négociateur principal et a représenté la collectivité et les éleveurs de rennes enregistrés dans le village. L'organe de décision créé pour le processus de consentement préalable, libre et éclairé était composé de six femmes et d'un homme,

¹⁴ Société financière internationale, « Note d'orientation 7 : Peuples autochtones », norme de performance 7 correspondante, 1^{er} janvier 2012.

¹⁵ Conseil international des mines et des métaux, « *Good Practice Guide: Indigenous Peoples and Mining* », 2^e édition (Londres, 2015).

¹⁶ Voir E/C.19/2021/8.

et joue déjà un rôle d'autoadministration plus important au-delà des négociations concernant la réinstallation.

39. Les peuples autochtones doivent pouvoir déterminer leur propre modus operandi dans le cadre des négociations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé, et des études d'impact. Dans le même temps, personne ne devrait leur imposer des pratiques qui ont marché dans des régions ayant d'autres réalités socioculturelles. Il n'y a aucune raison de forcer les peuples autochtones à entamer des négociations et à appliquer le principe du consentement préalable, libre et éclairé s'ils ne le jugent pas nécessaire. Personne ne doit leur imposer les méthodes de travail, les protocoles ou l'expérience et les pratiques exemplaires de régions ayant d'autres réalités socioculturelles. Les peuples autochtones, ainsi que leurs organes de décision permanents ou temporaires créés dans le cadre du processus de consentement préalable, libre et éclairé, devraient avoir le droit d'élaborer leurs propres méthodes de travail ou d'adapter les expériences existantes. Dans le même temps, aucune méthode ni aucun protocole ne doivent leur être imposés, même avec de bonnes intentions, tout comme la participation au processus de consentement préalable, libre et éclairé proprement dit ne peut être imposée.

40. La signature d'un accord de consentement préalable, libre et éclairé n'est pas la fin du processus, mais plutôt le début d'une relation à long terme. Pendant l'exécution d'un projet, la participation constante des peuples autochtones, un mécanisme de recours opérationnel et l'accès à une solution externe, ainsi que des dispositifs de suivi et d'évaluation, sont tous nécessaires.

41. Le consentement préalable, libre et éclairé est un processus d'apprentissage constant par lequel les entreprises privées, les peuples autochtones et les États apprennent les uns des autres et de cette expérience. L'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé par une entreprise industrielle de premier plan, au moyen de l'apprentissage mutuel et de la définition de normes, peut inspirer d'autres entités à accepter volontairement ou sous la pression publique ce concept. D'autre part, il existe un risque d'effet inverse lorsque la barre est placée trop haut et qu'un grand nombre de titulaires de droits s'empressent de demander un consentement préalable, libre et éclairé dans le même pays. Le nombre de demandes de procédure pourrait croître de manière exponentielle, et un tel effet d'avalanche pourrait effrayer tant les autorités que les entreprises industrielles, qui ne sont peut-être pas préparées à faire face à l'évolution rapide des faits. Par exemple, ils peuvent manquer de ressources, de politiques en matière de dialogue avec les peuples autochtones, de méthodologies ou de spécialistes nécessaires pour entrer de manière significative dans des processus de consentement préalable, libre et éclairé. Une nouvelle réalité peut exister, dans laquelle certaines entreprises sont prêtes à respecter les règles du consentement préalable, libre et éclairé, tandis que d'autres dénoncent ou discréditent cette pratique.

42. Il est donc particulièrement important de préciser que le consentement préalable, libre et éclairé est un processus qui peut et doit être appris, et que des précédents sont nécessaires pour que les États n'aient pas peur du principe et que d'autres entreprises puissent l'adopter. L'accumulation de bonnes pratiques peut contribuer à l'émergence de normes nationales relatives à l'application de ce principe.

V. Le consentement préalable, libre et éclairé et le concept de justice

43. Dans son rapport sur les industries extractives, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a rappelé des accords et des partenariats axés sur les

droits, équitables et justes, conclus à la suite de négociations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé. La définition d'un accord équitable doit être clarifiée du point de vue des peuples autochtones et des entreprises industrielles.

44. Les accords qui respectent le consentement préalable, libre et éclairé offrent aux entreprises la possibilité de développer une activité plus durable sur le long terme, car cela évite les risques politiques, sociaux et financiers, ainsi que les risques d'atteinte à la réputation. L'approche fondée sur le consentement préalable, libre et éclairé permet d'établir des relations à long terme avec les peuples autochtones, sur la base de la confiance et du respect mutuels. De même, le consentement préalable, libre et éclairé contribue à réduire les coûts des projets, comme dans le cas du projet « Ruby Pipeline », même s'il ne s'agissait pas d'un exemple classique de consentement préalable, libre et éclairé. Comme exemple du scénario inverse, citons le cas du Dakota Access Pipeline, qui s'est soldé par des milliards de dollars de pertes pour les porteurs du projet.

45. D'un point de vue autochtone, les garanties du consentement préalable, libre et éclairé sont essentielles pour favoriser une approche du développement fondée sur les droits humains. Le consentement préalable, libre et éclairé permet un changement de paradigme en faveur d'un contexte dans lequel les peuples autochtones sont perçus comme des titulaires de droits plutôt que des parties prenantes.

46. Si d'aucuns s'accordent à penser que la signature d'un accord n'est pas la fin mais seulement le début de la relation entre les peuples autochtones et les entreprises privées, l'équité de l'accord sera prouvée par sa résistance à l'épreuve du temps, sa durabilité et son application par les parties. Si les conditions ne sont pas remplies ou si chaque partie les comprend différemment, la communauté autochtone a le droit de se retirer de l'accord et de retirer son consentement préalable, libre et éclairé.

47. La compensation financière et les investissements, du moins à eux seuls, ne peuvent constituer un indicateur de justice. L'argent ne peut se substituer aux droits des peuples autochtones, à leurs terres ou à leur culture. Par exemple, pour le peuple des Nénètses, les rennes ont une valeur matérielle, mais, pour un éleveur de rennes, ceux-ci ont aussi une valeur sacrée. Il est difficile de calculer les dommages causés à la culture et à la langue. Un accord équitable ne s'exprime pas en termes financiers, mais dans le respect des populations sur le territoire desquelles une entreprise souhaite exercer des activités¹⁷.

48. Comme l'a déclaré le Président de l'Instance permanente, Darío José Mejía Montalvo, « trois capacités essentielles sont nécessaires aux peuples autochtones pour la préservation de leur identité : la capacité de posséder leurs terres, la capacité de penser comme leurs ancêtres et, enfin, la capacité de prendre des décisions de manière indépendante. Lorsque nous parlons de consentement préalable, libre et éclairé, nous inscrivons ces possibilités dans un cadre légal »¹⁸. Collectivement, ces trois éléments représentent le concept de justice d'un point de vue autochtone.

49. Les professionnels et les experts du consentement préalable, libre et éclairé qui participent à l'évaluation des accords et des négociations fondés sur ce principe sont d'avis que les consultations qui privilégient le consentement préalable, libre et éclairé

¹⁷ Antonina Gorbunova, membre du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, présentation au Forum international sur le partenariat public-privé dans le domaine du développement durable des peuples autochtones, Mourmansk, Fédération de Russie, 11 octobre 2022.

¹⁸ Darío José Mejía Montalvo, Président de l'Instance permanente, présentation lors de la manifestation parallèle organisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, dont le thème était « Accords entre les entreprises industrielles et les peuples autochtones : pratiques de consentement préalable, libre et éclairé et renforcement des capacités », 7 juillet 2022.

sont l'avenir des entreprises et de la mobilisation des peuples autochtones. La société Cross-Cultural Consulting Services, en collaboration avec la Fédération népalaise des nationalités autochtones, a développé le concept d'un nouveau paradigme en ce qui concerne la participation des peuples indigènes aux projets¹⁹. Le concept s'éloigne des paradigmes qui ont précédé la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, notamment « ne pas nuire » et « une large adhésion de la collectivité », et propose un modèle selon lequel les peuples autochtones sont considérés comme des co-partenaires et des co-décideurs, et maîtrisent bien l'ensemble du processus de concertation, y compris les dialogues préalables au projet, les négociations concernant la conclusion d'un accord, l'exécution du projet et les relations après l'exécution de celui-ci. Ce paradigme participatif implique l'établissement de partenariats, plutôt que la consultation, et la prise en compte de l'avis des populations. Il s'appuie sur les enseignements tirés de certains projets, comme celui de Sakhalin Energy en Fédération de Russie et le projet hydroélectrique « Upper Trishuli-1 » au Népal. Cette approche crée une nouvelle série d'accords et un nouveau type d'acteurs dans la concertation. Un accord sur le processus de consentement fournit des détails sur le processus de consentement préalable, libre et éclairé, une déclaration de consentement contient des informations sur l'approbation du projet, et le plan des peuples autochtones précise les conditions, les mesures et les engagements. Dans l'accord d'exécution du plan tripartite des peuples autochtones, les rôles, devoirs et droits de l'entité privée, de l'État et de la communauté autochtone sont définis. Si nécessaire, un accord sur les questions en suspens peut être signé. Le processus de concertation nécessite trois séries de consultations, la sensibilisation et le renforcement des capacités de la communauté autochtone et du personnel du projet, ainsi que l'implication d'une organisation facilitant le consentement préalable, libre et éclairé, qui organise et supervise l'ensemble du processus. Il peut s'agir d'une organisation dirigée par des autochtones qui ne représentent pas nécessairement la communauté concernée. La communauté touchée est représentée par un conseil consultatif et ses groupes de travail, qui coproduisent les documents relatifs au consentement préalable, libre et éclairé, avec l'entreprise et l'État. Dans le dialogue entamé après l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé, les organes créés pour la circonstance se muent en un organe directeur pour l'exécution et l'évaluation du plan des peuples autochtones. Bien que le nouveau paradigme ne soit qu'une possibilité parmi d'autres en ce qui concerne l'organisation du processus de consentement préalable, libre et éclairé, il est néanmoins bien formulé et a déjà fait ses preuves dans la pratique.

VI. Le consentement préalable, libre et éclairé comme outil de renforcement des capacités

50. Deux des principales conditions du succès du consentement préalable, libre et éclairé sont la capacité et l'aptitude des peuples autochtones à participer aux consultations avec les entreprises industrielles sur un pied d'égalité. Bien que les entreprises disposent de plus de ressources et soient dans une position plus avantageuse, la pratique a montré que la participation au processus de consultation et de négociation selon le principe du consentement préalable, libre et éclairé permet aux deux parties de renforcer leurs capacités et leurs connaissances et d'établir des partenariats et des relations sur la base du respect mutuel.

¹⁹ Greg Guldin, « Implementing free, prior and informed consent: building the capacity and experience of indigenous peoples », présentation à la manifestation parallèle organisée par l'Instance permanente, 4 mai 2022.

51. Dans la plupart des cas, les peuples autochtones sont dans une position de faiblesse par rapport aux États et aux entreprises industrielles sur le plan des possibilités financières, de la formation juridique et de la disponibilité des ressources. Si ces négociations font partie du travail des autorités et des employés des entreprises, pour les peuples autochtones, elles constituent une charge supplémentaire et souvent très lourde, compte tenu de l'importance de leurs terres et du préjudice éventuellement porté à leur culture et à leur mode de vie traditionnel. À cet égard, les peuples autochtones doivent créer les conditions nécessaires au renforcement des capacités. Ces conditions peuvent prendre la forme d'une assistance d'un conseil indépendant, de la mise en place d'un mécanisme de plainte indépendant et d'activités visant à améliorer leurs connaissances dans les domaines techniques liés à l'exécution de projets industriels. Cette assistance fournie par les entreprises ou les États ne doit pas entraîner la manipulation ou la corruption des dirigeants autochtones.

52. Les entreprises industrielles développent différents modèles d'autonomisation et le renforcement des capacités des peuples autochtones participant à un processus de consentement préalable, libre et éclairé et à des consultations avec elles. Dans l'exemple du projet « Ruby Pipeline », l'exploitant du projet a mis en place une entité de liaison à temps plein avec les tribus autochtones d'Amérique, composée de consultants ayant de l'expérience en matière de protection et de gestion des ressources culturelles, et d'atténuation des effets sur celles-ci, ainsi qu'une équipe d'avocats qui ont travaillé directement avec les tribus. Cette équipe a pu accroître la confiance entre l'entreprise et les tribus, améliorer leurs relations et faire en sorte qu'elles se comprennent mieux. L'entreprise a contribué au renforcement des capacités et à la mobilisation des peuples autochtones en investissant dans la formation de techniciens et de contrôleurs des ressources culturelles des tribus, qui ont participé aux enquêtes sur ces ressources et aux travaux de construction. Dans l'exemple de Toukhard, l'accord de consentement préalable, libre et éclairé était assorti d'une assistance juridique et technique ainsi qu'une formation fournies par l'entreprise pour permettre aux peuples autochtones de contrôler l'exécution de l'accord et de se concerter efficacement avec l'entreprise.

53. Le renforcement des capacités et des connaissances au sein des entreprises industrielles est souvent nécessaire pour un meilleur respect des normes internationales et des droits des peuples autochtones. En règle générale, une entreprise privée ne compte pratiquement aucun employé ayant connaissance de ces droits, et ces employés peuvent travailler dans un département s'occupant exclusivement de la durabilité ou des relations avec les investisseurs. Cependant, une véritable concertation suppose une meilleure compréhension des droits des peuples autochtones dans toutes les activités de l'entreprise.

54. Afin d'acquérir des connaissances et de renforcer leurs capacités, les entreprises doivent documenter de manière approfondie leurs pratiques en matière de concertation, organiser un suivi et une évaluation externes, et analyser les retours d'expérience. Les entreprises privées doivent être incitées à développer une mémoire d'entreprise et à former leur personnel en interne ou à solliciter une formation externe.

55. Au niveau national, les États devraient jouer un rôle dans la production, le partage et la promotion des connaissances et des compétences liées au consentement préalable, libre et éclairé. Les programmes de renforcement des capacités conjointement élaborés par les États, les établissements universitaires, les entreprises privées et les organisations autochtones permettent une approche plus globale. Depuis 2021, l'Institut d'État des relations internationales de Moscou et l'Association des petits peuples autochtones du Nord, de la Sibérie et de l'Extrême-Orient de la Fédération de Russie organisent conjointement un programme de formation sur les peuples autochtones composés d'un petit nombre d'individus, qui couvre le

consentement préalable, libre et éclairé, ainsi que les pratiques de concertation entre les entreprises privées et les peuples autochtones.

56. Au niveau international, les organes d'experts de l'ONU relatifs aux droits des peuples autochtones contribuent à renforcer les capacités de ces peuples et des entreprises industrielles en formulant des recommandations et en élaborant des lignes directrices pour l'application des normes internationales. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a un programme de bourses dédié aux peuples autochtones, et l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche propose un programme de formation sur la prévention des conflits qui tient compte du consentement préalable, libre et éclairé. De nombreux organismes des Nations Unies et des réseaux industriels internationaux élaborent des lignes directrices sur le consentement préalable, libre et éclairé.

57. Comme indiqué dans l'étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones sur le consentement préalable, libre et éclairé, « certaines préoccupations ont été exprimées au sujet des nombreuses lignes directrices relatives au consentement libre, préalable et informé, notamment concernant le fait que leur formulation est souvent imprécise et introduit parfois des ambiguïtés, par exemple s'agissant du moment auquel une étude d'impact doit être réalisée ou des consultations engagées »²⁰. Il existe toutefois des exemples de lignes directrices efficaces, comme l'ouvrage intitulé « Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause : Un droit des peuples autochtones et une bonne pratique pour les communautés locales – Manuel des praticiens de projets » de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, une ligne directrice complète et facile à lire dans laquelle le consentement préalable, libre et éclairé est considéré comme un processus et une norme en matière de droits de humains.

VII. Constatations et recommandations

58. Toutes les parties doivent contribuer au changement de paradigme consistant à considérer les peuples autochtones comme des titulaires de droits. Les entreprises doivent cesser de traiter les peuples autochtones comme des parties prenantes et reconnaître leurs droits collectifs et individuels.

59. Le secteur privé devrait accepter de nouvelles approches pour une concertation à long terme avec les peuples autochtones fondée sur la confiance et le dialogue. L'implication d'une organisation autochtone jouant les rôles de facilitateur du consentement préalable, libre et éclairé, et d'interlocuteur des parties aux négociations doit être considérée comme une bonne pratique.

60. Le consentement préalable, libre et éclairé ne doit pas être dissocié des autres processus de diligence raisonnable et de dialogue. Le processus de consentement préalable, libre et éclairé n'a de sens que si la diligence raisonnable a permis de recenser les groupes et communautés touchés et les effets potentiels sur eux, notamment en ce qui concerne leur environnement, leurs droits humains, leur culture, leurs activités et leur mode de vie traditionnel. Un tel processus de diligence raisonnable pourrait être appelé différemment d'un pays à un autre, par exemple étude d'impact socioculturel et expertise éthologique. En outre, il est impossible de dissocier le plan des peuples autochtones du processus de consentement préalable, libre et éclairé, car il énonce des mesures visant à réduire au minimum, à atténuer et à compenser l'impact potentiel déterminé durant le processus de diligence raisonnable.

²⁰ A/HRC/39/62, par. 55.

61. Le consentement préalable, libre et éclairé ne peut être donné que par des institutions représentant les peuples autochtones, choisies par ces peuples eux-mêmes selon leurs propres procédures. Il peut s'agir, par exemple, d'un conseil de village autochtone dûment élu ou d'un groupe d'anciens désignés par consensus, conformément aux lois, coutumes et traditions des peuples autochtones concernés. Cette norme internationale peut être difficile à respecter dans les cas où les peuples autochtones ne disposent pas d'institutions existantes pouvant servir d'organes de décision. Par exemple, les organes municipaux des régions où vivent les peuples autochtones ne représentent souvent pas exclusivement ou adéquatement la population autochtone, pas plus que les autres types d'organisations, telles que les organisations à but non lucratif qui se consacrent aux causes autochtones. Ces organes et organisations étant bien connus et accessibles, certaines entreprises peuvent être tentées de négocier avec eux afin d'accélérer les choses et de faire croire aux médias et aux actionnaires qu'il y a eu un processus légitime de consentement préalable, libre et éclairé. Cependant, cette façon de procéder ne respecterait pas les normes internationales, porterait atteinte à l'autodétermination des peuples autochtones et exposerait l'entreprise à des risques et à des responsabilités. Pour surmonter cette difficulté, une bonne pratique pourrait consister, pour les peuples autochtones, à mettre en place des organes de décision autochtones spécialement créés pour les négociations fondées sur le consentement préalable, libre et éclairé et, pour les entreprises, à s'attendre à ce que, dans certains cas, le processus de consentement préalable, libre et éclairé prévoie un délai pour la création de tels organes et le renforcement des capacités de ceux-ci à engager des travaux liés au consentement préalable, libre et éclairé.

62. Afin de garantir le respect des intérêts mutuels et des droits des peuples autochtones, les entreprises privées doivent : a) élaborer des politiques et des stratégies consacrées à la concertation avec les peuples autochtones ; b) appliquer les normes internationales établies ; c) appliquer les principes relatifs à l'environnement, aux questions sociales et à la gouvernance ; d) appliquer les politiques d'engagement public avec les peuples et les entreprises autochtones, de diffusion transparente des informations les concernant et de communication efficace avec eux. Parfois, les principes relatifs à l'environnement, aux questions sociales et à la gouvernance et les normes industrielles, comme la certification du Forest Stewardship Council pour l'industrie forestière, la vérification de l'Initiative for Responsible Mining Assurance et les normes du Conseil international des mines et des métaux pour l'industrie extractive, sont mieux compris par le personnel et mis en avant dans les politiques d'entreprise. Étant donné que ces normes s'inspirent de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et des normes internationales, la situation ne va pas à l'encontre de l'objectif général consistant à garantir les droits des peuples autochtones dans le cadre du programme global des entreprises en matière de droits humains. Toutefois, pour les entreprises qui travaillent en étroite collaboration avec les peuples autochtones, il est préférable de mettre en place des politiques d'entreprise et des mécanismes de réparation des griefs distincts, qui soient spécialement consacrés à leur concertation avec ces peuples. Cela est important dans la mesure où la condition du consentement préalable, libre et éclairé est particulièrement consacrée à la concertation avec les peuples autochtones, plutôt qu'avec les communautés locales ou les minorités nationales.

63. L'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel et d'autres organismes des Nations Unies, devrait être encouragé à mettre en place un programme éducatif dédié aux entreprises industrielles sur la concertation avec les peuples autochtones, y compris le principe du consentement préalable, libre et éclairé.

64. Le Pacte mondial des Nations Unies et ses réseaux nationaux devraient jouer un rôle plus important dans la généralisation de l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé et des bonnes pratiques chez les entreprises qui leur sont affiliées, en faisant connaître les normes internationales et en encourageant les entreprises à développer leurs propres politiques de concertation avec les peuples autochtones. Le Pacte mondial devrait s'employer à faire adopter ce principe qui est un indicateur d'une entreprise qui fait des affaires d'une manière civilisée et avec de bons résultats.

65. Les États et les entités des Nations Unies devraient aider à la traduction de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et des lignes directrices sur le consentement préalable, libre et éclairé dans les langues autochtones, s'employer à faire connaître les traductions et analyser les différences linguistiques dans la terminologie juridique relative au consentement préalable, libre et éclairé. Les entités des Nations Unies devraient publier des versions des lignes directrices relatives au consentement préalable, libre et éclairé qui soient facilement accessibles aux enfants et aux autres sous-groupes sociaux.

66. Le Groupe de la Banque mondiale et le monde universitaire devraient investir dans la recherche sur l'évolution des pratiques en matière de consentement préalable, libre et éclairé, et élaborer des lignes directrices sur le consentement préalable, libre et éclairé à l'intention du secteur privé.

67. Le consentement préalable, libre et éclairé étant un outil de dialogue, les États, les peuples autochtones et le secteur privé devraient être encouragés à étudier le mandat du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, qui permet de faciliter le dialogue entre les États, les peuples autochtones et le secteur privé.

68. Les États, les peuples autochtones et les entreprises privées devraient conjointement élaborer des normes nationales relatives à la mise en œuvre des droits des peuples autochtones dans le développement commercial, et promouvoir le partenariat public-privé dans le domaine du développement durable des peuples autochtones. Un processus participatif d'élaboration de normes nationales permettra aux entreprises, y compris les petites entreprises, de reprendre à leur compte ces normes, d'accepter un consentement préalable, libre et éclairé, et d'élaborer progressivement leurs propres politiques.

69. Dans le rapport de l'Instance permanente sur sa vingt-et-unième session²¹, il est indiqué que les droits des peuples autochtones doivent être respectés en toute circonstance, ce qui s'applique pleinement au principe du consentement préalable, libre et éclairé. Les crises internationales, sans oublier les sanctions économiques et politiques imposées par l'ONU ou certains États à d'autres États ou à des entités privées, ne devraient pas empêcher les peuples autochtones d'appliquer le principe du consentement préalable, libre et éclairé. La communauté internationale ne devrait pas créer de conditions dans lesquelles certaines entreprises et certains États seraient limités dans leur capacité à se concerter avec les peuples autochtones conformément au principe du consentement préalable, libre et éclairé. La Rapporteuse spéciale sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme s'est à plusieurs reprises posée des questions sur les conséquences de telles mesures pour les groupes vulnérables. Elle a souligné que l'application excessive des sanctions unilatérales par le secteur financier avait des effets négatifs sur les droits humains²².

²¹ E/2022/43-E/C.19/2022/11.

²² Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Financial sector overcompliance with unilateral sanctions is harmful to human rights: UN expert », 28 juin 2022.

70. Compte tenu des troubles qui règnent dans les affaires internationales, il est nécessaire de maintenir des contacts internationaux dans le domaine des connaissances et d'échanger des idées sur la pratique évolutive du consentement préalable, libre et éclairé. L'exclusion des échanges et de la coopération internationaux peut exposer les peuples autochtones concernés à d'éventuelles violations des droits humains. Dans un contexte international difficile, les entreprises doivent continuer à dialoguer et à établir des relations dans de nouvelles conditions, en particulier dans les situations où les chaînes d'approvisionnement sont en train de changer.
