



HAL
open science

Les accords de partage de bénéfices : Les entreprises extractives face aux communautés locales

Sandrine Clavel

► **To cite this version:**

Sandrine Clavel. Les accords de partage de bénéfices : Les entreprises extractives face aux communautés locales. 2023. hal-04309497

HAL Id: hal-04309497

<https://hal.science/hal-04309497v1>

Preprint submitted on 27 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les accords de partage de bénéfices :

Les entreprises extractives face aux communautés locales

Sandrine Clavel

Professeur de droit privé

Université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE, 78000, Versailles, France.

Doyen honoraire de la faculté de droit et science politique

A paraître in : B. Lopez (dir.), *Commerce transnational et industries extractives*, institut Joinet, 2023

Abstract : Les accords de partage de bénéfices (*benefit sharing agreements*) s'entendent des conventions que des entreprises extractives concluent avec des communautés locales aux fins de sécuriser la réalisation d'un projet en lien avec leur activité extractive. Usuellement, ces accords tendent à rassurer ces communautés quant aux impacts que le projet pourrait avoir sur leur vie, leur santé, leur environnement, et à leur offrir une participation aux retombées économiques du projet. Cet article présente certaines caractéristiques de ces outils juridiques, pour mettre en relief leur importance dans l'acceptabilité des projets extractifs (permis social d'exploitation) par les parties prenantes, en particulier les communautés locales et/ou autochtones. L'analyse critique impose d'évaluer l'efficacité de ces accords pour discuter de la pérennité du modèle de régulation des activités extractives qu'ils proposent et redéfinir les bases d'un modèle « durable » d'accord de partage de bénéfices.

Introduction

1. Notion. La notion de « partage de bénéfices » apparaît sporadiquement dans la littérature ou les projets relatifs à la *responsabilité sociale des entreprises* ; elle renvoie au principe d'un partage, sous des formes variables, des revenus de l'exploitation des ressources naturelles avec les communautés locales vivant sur les territoires d'où ces ressources sont extraites. Les accords de partage de bénéfices (APB), traduction volontairement générale de la notion anglophone de *benefit sharing agreements*, constituent un outil juridique de mise en œuvre du partage de bénéfices. Ils s'entendent des conventions que des entreprises exploitant des ressources naturelles concluent avec des communautés locales aux fins de sécuriser la réalisation d'un projet en lien avec leur activité extractive¹. Usuellement, ces accords tendent à offrir à ces communautés une participation aux retombées économiques du projet (partage de bénéfices), mais aussi à les rassurer quant aux impacts que le projet pourrait avoir sur leur vie, leur santé et leur environnement². Derrière cette définition générale se profile toutefois une très

¹ Les accords de partage de bénéfices sont presque toujours accessoires, soit à un contrat principal auquel les communautés locales ne sont pas parties (un contrat d'exploitation minière conclu entre une entreprise et l'Etat par ex.), soit à un acte public unilatéral (un permis d'exploitation délivré par l'Etat). Ce lien d'accessoire peut avoir d'importantes incidences sur le régime du contrat (v. A. Ngwanza, contribution dans cet ouvrage (?) OU dossier Arbitrage et communautés locales), mais il ne sera pas exploré dans cette contribution, qui vise précisément à *autonomiser* l'accord de partage de bénéfices.

² L'important impact négatif des activités extractives sur la vie des communautés locales implantées dans les secteurs d'extraction est abondamment documenté (v. par ex. l'étude réalisée sur l'incidence des activités

grande variété d'accords, impliquant différentes parties prenantes et dotés d'un vaste champ géographique comme économique.

2. Parties prenantes. Face aux entreprises extractives, les APB placent différents types de « parties prenantes ». Les principales sont les communautés locales subissant les externalités générées par les activités extractives. Mais il arrive (c'est le cas plus particulièrement dans certaines zones géographiques comme la Russie) que des représentants de l'Etat et/ou des collectivités territoriales étatiques interviennent dans l'accord, parfois même qu'ils se substituent purement et simplement aux communautés locales, en agissant « pour leur compte ». Cette contribution s'intéressera toutefois principalement aux communautés locales, ce qui est déjà beaucoup car derrière cette notion se dessinent des réalités elles-mêmes diverses.

3. Parmi ces communautés, il est permis de distinguer *les peuples autochtones*, parce que ceux-ci bénéficient de droits spécifiquement consacrés par des textes supranationaux et/ou par des dispositions nationales. C'est ici *le principe du consentement libre, préalable et éclairé* qui, en dépit des incertitudes qui affectent encore son impérativité comme sa portée³, constitue le support juridique d'une obligation, ou *a minima* d'une incitation, faite aux entreprises extractives d'entrer en concertation avec les peuples autochtones touchés par leurs activités⁴.

4. Mais il est délicat de restreindre l'étude aux seuls peuples autochtones, parce que les projets considérés impactent également soit des communautés locales qui ne peuvent pas être qualifiées d'autochtones, soit des peuples qui pourraient être reconnus comme autochtones selon les critères internationaux mais qui ne le sont pas, en raison d'une politique nationale restrictive. Ainsi, même si les deux notions « communautés locales » et « peuples autochtones » ne peuvent être confondues, il y a incontestablement une certaine porosité entre elles. On retiendra donc, de façon volontairement englobante, la notion de « communauté locale » pour

pétrolières en République Komi (Russie) : M. Pappila, S. Nysten-Haarala, E. Britcyna, « Participation in Benefit-Sharing Arrangements in the Komi Republic », *Russian Analytical Digest* No. 202, 28 Avril 2017, p. 6 s.), y compris par les organisations publiques (V. par ex. : J. Ruggie, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Commission des droits de l'Homme, ONU, E/CN.4/2006/97, 22 février 2006 , n°25, p. 8) ; il n'apparaît donc pas nécessaire d'y revenir ici.

³ V. Lebuis, G. King-Rue, « Le consentement libre, préalable et informé. Une norme internationale en émergence pour la protection des populations locales autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, 2010, vol. 40 (3), p. 85 s. ; M. Barelli, « Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead », *The International Journal of Human Rights*, 2012, Vol. 16, No. 1, pp. 1-24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1991731> ; C. Fredericks, "Operationalizing FPIC", 80 *Albany Law Review* 429 (2016), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2859129> ; G. Nosek, "Re-Imagining Indigenous Peoples' Role in Natural Resource Development Decision-Making: Implementing Free, Prior and Informed Consent in Canada Through Indigenous Legal Traditions" (2017) 50:1 *UBC L Rev* 95., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2805599> ; N. Yaffe, "Indigenous Consent: A Self-Determination Perspective", *Melbourne Journal of International Law*, 2018, Vol. 19, No. 2, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3153945> ; v. *infra* n°27.

⁴ Ch. Ewell, "Reimagining the Renewable Energy Transition: The Potential for Mandatory Corporate Due Diligence to Ensure Respect for the Right to Free, Prior, and Informed Consent" (March 4, 2022). *Yale Journal of International Law*, Vol. 47, No. 2, 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4043116> ; A. MacInnes, M. Colchester, A. Whitmore, "Free, prior and informed consent: how to rectify the devastating consequences of harmful mining for indigenous peoples", *Perspectives in Ecology and Conservation*, 2017, Volume 15, Issue 3, p. 152 s. ; J. R. Owen, D. Kemp, " 'Free prior and informed consent', social complexity and the mining industry: Establishing a knowledge base", *Resources Policy*, Volume 41, 2014, p. 91 s. ; adde S. Doyle, J. Carino, *Les peuples autochtones et les industries extractives: mettre en oeuvre le consentement libre, préalable et informé*, L'Harmattan, 2014.

appréhender toutes les parties qui nouent, sur le fondement des accords de partage de bénéfices, des relations juridiques avec les entreprises extractives.

5. Champ géographique. La pratique des accords de partage de bénéfices est particulièrement active au Canada⁵, où les conventions entre peuples autochtones et entreprises extractives sont nombreuses et bien documentées. Le principal et plus répandu type d'accord est *l'entente sur les répercussions et les avantages* (ERA) ou *Impact (and) Benefit Agreement* (IBA). Au Canada, cet instrument s'entend de « toutes les formes d'accords conclus entre une communauté autochtone ou locale, qu'elle soit notamment bande, nation ou peuple autochtone, et un organisme privé, public ou parapublic, dont l'objectif principal est de permettre l'avancement d'un projet de développement énergétique ou d'extraction des ressources de la terre »⁶. Le Canada compte actuellement 75 ERA actifs, outre 17 *accords socio-économiques*, 12 *accords de participation* et 22 *accords de coopération*⁷. Si les accords de partage de bénéfices sont numériquement nombreux au Canada, on les retrouve, avec des variantes, dans tout le Grand Nord, en particulier aux États-Unis (Alaska) ou en Russie⁸. Il faut également inclure dans les APB des accords désignés sous d'autres vocables, tels que les *contrats communautaires*, les *Community Benefit Agreements*, les *accords de développement communautaire* (*Community Development Agreements*) ou les *Indigenous Mining Agreements*. Sous cette appréhension large, les accords de partage de bénéfices se retrouvent dans le monde entier, partout où les entreprises extractives sont confrontées à des populations locales. C'est en effet la nature de l'activité économique, bien plus que la zone géographique ou le droit applicable, qui conduit à la conclusion de tels accords.

6. Champ économique. Les accords de partage de bénéfices se rencontrent principalement dans quatre secteurs économiques. Ils sont originellement utilisés par *les entreprises extractives*, qu'elles soient minières, pétrolières ou gazières⁹. Ils se déploient également dans les domaines de l'exploitation forestière¹⁰, de la bioprospection¹¹ et dans une

⁵ G. Motard, « Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé », *Les Cahiers de droit*, 2019, vol. 60 (2), 395–450, <https://doi.org/10.7202/1060982ar> ; S. Thériault, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », (2010) 6 *Rev. int. dr. & pol. dev. dur. McGill* 217.

⁶ G. Motard, art. préc., spéc. note 2.

⁷ <https://www.nrcan.gc.ca/our-natural-resources/indigenous-natural-resources/indigenous-participation-mining-activities/indigenous-participation-mining-information-products/7817>

⁸ M. Tysiachniouk, "Benefit Sharing Arrangements in Russian North and Alaska", *Russian Analytical Digest*, n°202, 28 Apr. 2017, p. 2 ; M. Tysiachniouk, "Benefit Sharing Agreements in the Arctic: Promoting Sustainability of Indigenous Communities in Areas of Resource Extraction", *Arctic and International Relations Series*, Automne 2016 (4), p. 18 ; S. Tulaeva, M. Tysiachniouk, "Global Standards and Benefit Sharing among Russian and Transnational Companies on Sakhalin Island", *Russian Analytical Digest*, n°202, 28 Apr. 2017, p.10.

⁹ V. les art. préc. notes 4 et 5. Adde les directives de l'*International Council on Mining and Metals*, destinées à « favoriser les bonnes pratiques dans l'industrie des mines et des métaux », qui appréhendent notamment les outils au service d'un développement communautaire durable, dont les accords de développement communautaires (<https://guidance.miningwithprinciples.com/community-development-toolkit/tool-14-community-development-agreements/>).

¹⁰ V. par ex. : F. Lathoud, « Les enjeux de la participation des Cris de la Baie-James à l'exploitation des ressources forestières », *Globe*, vol. 8, no 1, 2005, p. 155 ; C. Hickey et M. Nelson, *Partenariat entre les Premières nations et le secteur forestier : une enquête nationale*, Edmonton, Réseau de gestion durable des forêts, 2005 ; ClientEarth, *Partage de bénéfices et contrats communautaires : de la conception de la loi jusqu'à sa pleine mise en œuvre*, mai 2021, <file:///C:/Users/sandr/Downloads/Memo%20-%20Partage%20des%20b%C3%A9n%C3%A9fices%202.pdf>

¹¹ Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (entré en vigueur le 12 octobre 2014), relatif à la Convention sur la diversité biologique – dite Convention de Rio, 1992 -, invite en effet au partage des bénéfices, en application de son article

certaine mesure du BTP - pour la construction de grandes infrastructures comme les barrages hydroélectriques¹² par exemple. Dans tous les cas, un point commun apparaît : il s'agit d'activités d'exploitation de ressources naturelles, occasionnant des risques plus ou moins prononcés d'atteintes à l'environnement et à la biodiversité et susceptibles de générer des externalités - positives comme négatives - pour les populations locales.

7. La réflexion menée dans cette contribution s'appuiera, à titre principal, sur les accords de partage de bénéfices du Grand Nord (Canada, Alaska/USA, Russie), conclus par les entreprises extractives « traditionnelles » (minières, gazières et pétrolières), qui présentent l'avantage d'être déjà scientifiquement documentés : des études de terrain réalisées par des chercheurs en sciences humaines et sociales, et plus marginalement par des chercheurs en droit, ont permis d'analyser les processus de négociation, la teneur, et les modalités d'exécution de certains accords de partage de bénéfices. Ces recherches constituent une base d'autant plus utile que, on y reviendra, les APB sont très souvent confidentiels.

8. **Axes de réflexion.** L'ambition de cette contribution, qui reste exploratoire, est limitée. Elle vise à présenter certaines caractéristiques de ces outils juridiques (I), peu étudiés en France, pour mettre en relief leur importance dans l'acceptabilité des projets extractifs (*licence sociale d'exploitation*) par les communautés locales. L'analyse critique conduira à évaluer la légitimité de ces accords (II) pour discuter de la pérennité du modèle de régulation des activités extractives qu'ils proposent. Nous verrons en effet que ces APB constituent essentiellement une forme d'*autorégulation* (régulation privée) par les entreprises extractives. Or comme pour toute forme d'autorégulation, en arrière-plan de la démarche volontaire de l'entreprise, se pose ou se posera nécessairement la question de l'encadrement et du contrôle par des autorités étatiques, nationales ou supranationales.

I- Les caractéristiques des accords de partage de bénéfices

9. **Nature contractuelle.** La nature contractuelle des APB ne semble guère discutable. Il est moins aisé de définir le type de contrat auquel cette figure originale se rattache. Il est certain que l'APB n'est pas un contrat « nommé », et il apparaît même que ce n'est pas un contrat faisant l'objet de réglementations étatiques dédiées, ni supranationales, ni nationales. Il s'agit d'un contrat *sui generis*, essentiellement développé par la pratique transnationale des entreprises extractives et des grands cabinets qui les conseillent, ainsi que par les organisations professionnelles telle que l'*ICMM*¹³. L'APB est usuellement considéré comme un contrat de droit privé, même si cette qualification a pu être discutée¹⁴.

10. **Confidentialité.** La confidentialité, on l'a déjà souligné, est l'un des traits caractéristiques des APB¹⁵. Cette particularité n'en facilite guère l'analyse systématique. Elle interroge d'autant plus que ces accords traitent de questions d'intérêt public et même d'intérêt

5.5 : « Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord ».

¹² J. Skinner, M. Niassé, L. Hass (dir.), *Partages des bénéfices issus des grands barrages en Afrique de l'Ouest*, iied, 2009, <https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/12555FIIED.pdf> ; v. aussi l'exemple de l'ERA conclue entre la Première Nation de Nutashkuan et Hydro-Québec, mentionnée par G. Motard, art. préc., spéc. p. 398.

¹³ V. *supra* note 9.

¹⁴ G. Motard, art. préc., spéc. p. 401, 414 s.

¹⁵ G. Motard, art. préc., p. 431.

général, et qu'ils concernent directement la vie de très nombreuses personnes, qui composent les communautés locales parties prenantes. Or si l'accès à ces accords n'est pas aisé pour les chercheurs, il n'est pas non plus facilité pour les membres de ces communautés locales. On y reviendra, il s'agit très certainement là de l'un des biais majeurs affectant ces contrats.

11. Analyse détaillée. Une analyse plus approfondie conduit à tenter d'établir une typologie des APB (A) et à en détailler les principales dispositions usuelles (B).

A- Typologie des APB

12. Diversité des modèles. Les analyses des accords de partage de bénéfices menées par les chercheurs dans le cadre d'études de terrain ont permis d'en dresser des typologies. La sociologue Maria Tysiachniouk¹⁶, en se fondant sur une série d'enquêtes réalisées auprès de communautés autochtones et locales dans le Grand Nord (Alaska et Russie), a proposé de distinguer trois¹⁷ grands modèles d'APB, présentant des niveaux variés de *justice procédurale ou participative* (visant le niveau de participation des communautés) et de *justice distributive* (visant le niveau de rémunération des communautés)¹⁸. Sa classification¹⁹ est particulièrement intéressante car elle met en évidence les biais qui peuvent affecter certains APB, qu'il s'agisse de biais internes comme dans le modèle paternaliste (1), où la relation contractuelle est fortement asymétrique au détriment des communautés locales, ou de biais externes comme dans le modèle actionnarial (2), dans lequel les considérations d'intérêt général et de bien commun s'effacent derrière l'intérêt particulier de quelques-uns. Seul le modèle partenarial (3) semble de nature à assurer un équilibre, entre entreprises extractives et communautés locales, mais aussi entre intérêts particuliers et intérêt général.

1) Modèle paternaliste

13. Faible participation. Le modèle paternaliste, mis en évidence dans certaines zones de Russie, renvoie à la situation dans laquelle les APB sont essentiellement conçus et contrôlés par les entreprises extractives agissant le cas échéant en concertation avec les autorités publiques. Ces APB, qui opèrent selon une logique verticale, prennent généralement la forme d'accords socio-économiques conclus soit avec des autorités publiques, qui reçoivent les fonds versés par les entreprises extractives et les utilisent pour financer des investissements au bénéfice des communautés locales (habitat, hôpitaux, écoles...), soit pour les formes plus modernes, directement avec les communautés locales au bénéfice desquelles les entreprises s'engagent à mener certains projets d'investissement et/ou à réparer certains dommages résultant de leur activité. L'identification des besoins des communautés se fait principalement par des discussions directes entre la direction de l'entreprise et les représentants des autorités publiques locales et/ou des communautés ; ponctuellement, des débats publics peuvent avoir lieu, mais leur incidence sur les décisions est faible. Les communautés locales ne sont donc que

¹⁶ V. les articles cités note 8.

¹⁷ M. Tysiachniouk distingue en réalité quatre modèles ; le quatrième modèle, dit « RSE », nous semble toutefois pouvoir se rattacher, selon les caractères qu'il emprunte, à l'un ou l'autre des autres modèles (en particulier mais pas exclusivement au modèle partenarial), et il ne sera donc pas distingué par souci de simplification et d'efficacité.

¹⁸ Sur cette distinction, v. en particulier M. Tysiachniouk, "Benefit Sharing Arrangements in Russian North and Alaska", art. préc., p. 2

¹⁹ Les caractéristiques propres à chaque modèle présenté dans cette partie sont celles définies dans les travaux de M. Tysiachniouk, précités note 8. Pour ne pas alourdir la lecture, le choix a été fait de ne pas intégrer de notes de bas de page récurrentes.

très peu impliquées, tant dans la conception des accords que dans leur exécution. La principale caractéristique est ici que l'entreprise réalise essentiellement des investissements directs, dans des projets définis par elle, ne remet pas ou peu de fonds directement aux communautés locales et, lorsqu'elle le fait, impose un suivi strict de leur utilisation. Sans surprise, ce type d'accord est marqué par une faible justice procédurale (participation restreinte des communautés, y compris dans la définition de leurs propres besoins). Ces accords peuvent offrir une justice distributive satisfaisante, mais l'inadéquation entre les besoins réels des communautés et les projets financés est souvent dénoncée : l'insuffisante justice participative déteint sur la justice distributive, qu'elle mine.

2) Modèle actionnarial

14. Division sociale. Le modèle actionnarial, caractéristique de certaines zones de l'Alaska, se développe principalement lorsque les communautés locales jouissent de droits fonciers qui leur confèrent certaines prérogatives directes sur les terres où se trouvent localisées les ressources naturelles²⁰. Les bénéficiaires de ces droits sont actionnaires de sociétés privées avec lesquelles les entreprises extractives concluent des accords les autorisant à mener leurs entreprises extractives, en contrepartie du paiement de dividendes à ces sociétés, redistribués aux actionnaires, complétés le cas échéant par des indemnités destinées à compenser les dommages résultant de l'exploitation et par différents avantages en nature. Ce modèle extrêmement capitalistique, qui conduit à rétribuer plus généreusement les sociétés dont les terres sont les plus riches en ressources, n'est pas nécessairement le plus efficace en termes de réduction des externalités négatives : la minimisation des dommages s'efface en effet souvent derrière les avantages financiers. En outre ce modèle, s'il implique apparemment une forte justice participative, tend en réalité à exacerber les tensions entre communautés : les communautés les mieux représentées dans les sociétés « riches » sont moins enclines à conditionner l'exploitation des ressources à des conditions non monétaires (préservation des autres ressources naturelles, protection de l'environnement, respect de l'identité culturelle) que celles qui sont moins bien servies dans la répartition des dividendes. Elles font prévaloir, comme c'est le cas d'une certaine façon pour toutes les entreprises économiques, leur intérêt particulier sur l'intérêt général.

3) Modèle partenarial

15. Equilibre. Le modèle partenarial, que l'on retrouve très largement au Canada mais aussi dans certaines zones russes lorsque sont impliquées des entreprises extractives étrangères ou transnationales, est sans doute celui qui assure le meilleur équilibre entre justice participative et justice distributive, entre minimisation des externalités négatives et avantages financiers. Les APB sont ici des outils conçus pour, tout en maîtrisant les externalités négatives, favoriser le développement des communautés locales et assurer leur autonomisation. La participation des

²⁰ Pour un panorama des types de droits fonciers dévolus aux peuples autochtones, v. : S. Clavel, « Entre ciels et terres : les droits fonciers des peuples autochtones », in *Le droit entre ciels et terres. Mélanges en l'honneur du professeur Laurence Ravillon*, Pédone, 2022, p. 373-391. Sur les interactions entre droits fonciers des peuples autochtones et entreprises extractives, v. : D. Couveinhes Matsumoto, « Les peuples autochtones et le droit de propriété devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », *Revue juridique de l'environnement*, 2019/HS18 (n° spécial), p. 55-67 ; H. Tigroudja, « Exploitation des ressources naturelles et droits fonciers des peuples autochtones », in M. Ailincai, S. Lavorel (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et droits de l'homme*, Pédone, 2013, p. 71.

communautés dans la conception de l'accord (définition des besoins), et dans son exécution (allocation des ressources), est forte. La définition du contenu de l'accord résulte d'une discussion approfondie avec des représentants et/ou des organisations représentatives des communautés locales, auxquelles peuvent s'adjoindre des ONG ; l'accord est idéalement précédé d'une étude d'impact reposant sur un débat public effectif. L'exécution de l'accord repose en général sur des structures mixtes (*advisory boards*), composées de représentants de l'entreprise, des autorités publiques et surtout des communautés locales qui y jouent un rôle prépondérant. Les mesures prises dans le cadre de l'accord sont moins pensées dans une logique purement distributive (rémunération, compensation) que dans une logique de développement à moyen et long terme (soutien aux entreprises familiales, *joint ventures*, financement de projets collectifs).

16. Conclusion. Ce premier panorama analytique des APB est de nature à susciter la prudence, voire l'inquiétude. Certaines formes d'APB traduisent, derrière des logiques affirmées de responsabilité sociale des entreprises, une prise en considération des intérêts des communautés locales plus apparente que réelle : outil de communication vis-à-vis des communautés concernées mais aussi de la société civile au sens large, ils peuvent être instrumentalisés par des entreprises dont l'objectif est moins d'adopter de bonne foi une éthique des affaires reposant sur le partage équitable des richesses, que d'acheter une forme de paix sociale en distribuant « des miettes » aux communautés, quand ce n'est pas de façon plus cynique encore en instillant des ferments de discorde au sein de ces communautés. Pourtant, le « modèle partenarial » décrit plus haut atteste de la capacité « transformative » d'un tel outil, lorsqu'il est négocié et exécuté de bonne foi par toutes les parties concernées. Les APB méritent l'attention des juristes, puisque leur efficacité au service d'une justice véritablement participative et distributive dépend en grande partie de leur (bonne) conception. Il convient donc d'étudier plus précisément les principales dispositions qui peuvent s'y loger.

B- Dispositions conventionnelles usuelles

17. La notion même d'accord de *partage de bénéfices* place au centre du dispositif les engagements financiers pris par les entreprises extractives à l'égard des communautés locales (1). Mais les dispositions que l'on qualifiera de « régulatrices » constituent sans doute la principale originalité des APB (2).

1) Dispositions financières

18. Typologie. Si les dispositions financières sont à l'évidence essentielles dans les APB²¹, encore faut-il appréhender largement cette notion ; s'il s'agit d'assurer des retombées financières du projet sur la ou les communautés locales concernées, celles-ci ne prennent pas nécessairement, ou pas exclusivement, la forme du paiement de sommes d'argent. C'est d'ailleurs, peut-être, la modalité la moins intéressante de « ruissellement » sur les communautés locales. Lorsque l'entreprise paye des taxes ou des redevances à l'autorité publique, à charge pour elle de financer des projets au bénéfice des communautés locales, celles-ci ont peu de poids dans la décision de prioriser tel ou tel projet²². Même lorsque l'entreprise règle des dividendes à des sociétés constituées par les communautés locales, aux fins de redistribution

²¹ Pour une illustration de la variété de ces dispositions, v. les analyses de G. Motard à partir de plusieurs ERA canadiennes (art. préc., spéc. p. 429 s.).

²² V. l'exemple de la Lukoil en République Komi : M. Pappila, S. Nysten-Haarala, E. Britcyna, art. préc. spéc. p. 8

(modèle actionnarial), d'importants biais subsistent, concernant à la fois l'équité de la redistribution²³, et son incidence à moyenne et longue échéance en termes de développement économique local. Les dispositions économiques prises dans les modèles partenariaux ou à tout le moins hybrides s'avèrent plus convaincantes, qu'elles consistent à garantir l'emploi local, à contribuer au financement de projets définis par les communautés locales elles-mêmes, ou encore à favoriser l'entrepreneuriat local²⁴ en soutenant la sous-traitance et en développant les *joint ventures*. Dans ces dernier cas, elles emportent d'ailleurs d'autres effets, de nature plus sociale, en favorisant la montée en compétence des communautés locales. On glisse alors imperceptiblement vers le volet « régulateur » des APB.

2) Dispositions régulatrices

19. Autorégulation. Les APB constituent à titre principal un *outil d'autorégulation* pour les entreprises qui les pratiquent²⁵. On entend par là que les APB comportent une importante dimension normative et régulatrice, en ce qu'ils visent à modeler (réglementer) le comportement des entreprises extractives vis-à-vis des communautés locales, ainsi que la législation locale pourrait le faire (lorsqu'elle est défaillante) ou au-delà de ce qu'elle fait (lorsqu'elle est permissive). L'accord de partage de bénéfices peut ainsi créer, à la charge des entreprises extractives, des obligations (contractuelles de droit privé) à l'égard des communautés locales, *allant au-delà de ce que prévoit le droit local*. Notamment, l'APB peut formaliser l'obligation pour les entreprises extractives de consulter les communautés locales, voire même d'obtenir leur accord préalable, pour toute extension du projet en cours ou pour tout développement de nouveaux projets, alors que cette obligation est rarement consacrée dans les législations nationales²⁶. Il peut aussi viser des engagements relatifs à la remise en état du site alors que la législation locale ne l'impose pas. Dès lors, la nature des dispositions observées dans ces accords apparaît originale en ce qu'au-delà des intérêts particuliers des parties, elles comportent une forte dimension collective. Cette dimension collective transparaît aussi dans les dispositions socio-culturelles ou environnementales des accords.

20. Dispositions socio-culturelles. Une place est traditionnellement faite, dans les APB, aux dispositions de portée socio-culturelle. L'entreprise marque ainsi son soutien tout à la fois au développement économique et au bien-être des communautés locales. On peut ranger dans cette catégorie l'ensemble des mesures de soutien à la santé (construction d'établissements de soins) et à l'éducation (bourses, formation, apprentissage)²⁷. Y prennent également place tous

²³ V. les illustrations développées par M. Tysiachniouk ("Benefit Sharing Arrangements in the Russian North and Alaska", art. préc., spec. p. 4) à partir de ses études de terrain en Alaska, faisant état de répartitions inégales entre communautés (selon que les droits fonciers portent sur des terres riches ou non), entre types de représentation des communautés (« sociétés » autochtones v. gouvernements tribaux), ainsi que de modalités de redistribution instaurant de fortes disparités entre individus (« afterborn », nés après 1971, recevant pas ou peu de dividendes).

²⁴ Ce qui n'est pas sans soulever d'autres difficultés, résultant de la tension pouvant exister entre l'intérêt « communautaire » et l'intérêt individuel des membres de la communauté : S. E. Holcombe, « Indigenous entrepreneurialism and mining land use agreements », in J. Altman, D. Martin (éd.), *Power, culture, economy: Indigenous Australians and mining*, ANU Press, 2009, p. 149-169.

²⁵ Pour un panorama des dispositions ou « blocs » de dispositions usuellement intégrés dans les accords de partage de bénéfices, v. C. Fidler et M. Hitch, « Impact and Benefit Agreements : A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice », *Environments Journal* (2007) vol. 35, no 3, 2007, p. 45, spéc. p. 59 s.

²⁶ Sur le sens et les incidences du principe international du consentement libre, préalable et informé des peuples autochtones, v. *infra* n°27 et les références citées en notes.

²⁷ G. Motard, art. préc., p. 424 s.

les engagements en faveur de la préservation de l'identité des communautés locales²⁸, notamment ceux visant à pérenniser les activités traditionnelles (pâturage, chasse, pêche, agriculture vivrière) et à préserver les savoirs autochtones et/ou communautaires (création de musées, soutien de compagnies artistiques, promotion des langues autochtones, accès aux sites sacrés). Une analyse scientifique critique dénonce toutefois l'incapacité des accords de partage de bénéfice à améliorer le bien-être des communautés locales²⁹.

21. Dispositions environnementales. Les dispositions environnementales constituent une composante récurrente des APB³⁰, non seulement en ce qu'elles visent à garantir la qualité du cadre de vie des communautés locales mais aussi au titre du respect de leur identité culturelle. Pour certaines communautés en effet, l'expression et l'exercice des droits culturels sont directement liés à l'accès aux terres et au respect de la nature³¹. Le spectre des clauses pouvant intégrer cette catégorie est très large. Les engagements pris par les entreprises extractives sont parfois méthodologiques ou formels, par exemple lorsqu'ils prévoient la réalisation d'études d'impact. Ils sont aussi substantiels, lorsque les entreprises extractives s'engagent à minimiser les impacts de leur activité, notamment à préserver les ressources naturelles ou à prendre des mesures de protection de la faune et de la flore locale. Les obligations de remise en état du site revêtent un intérêt particulier, s'agissant d'activités qui dégradent fortement et inévitablement le milieu.

22. Conclusion. Il semble que les accords de partage de bénéfices, outil d'autorégulation de l'activité des entreprises extractives, puissent jouer un rôle décisif pour favoriser une société plus juste et plus durable. La très grande hétérogénéité des législations nationales en matière sociale ou en matière environnementale est régulièrement dénoncée comme offrant les conditions d'une « course vers le bas » dont profitent des opérateurs économiques internationaux peu scrupuleux, tandis que la perspective d'adoption d'une grande convention internationale définissant des standards de régulation du comportement de ces entreprises reste trop lointaine³² au regard de l'urgence de l'agenda en matière de durabilité. Par nature, les accords de partage de bénéfice présentent des caractéristiques les profilant comme des outils pertinents de mise en œuvre d'une véritable responsabilité sociale et environnementale des entreprises extractives. Encore faut-il que leur légitimité ne puisse être questionnée. Or la typologie de ces accords a révélé que, d'un « modèle » à un autre, la réalité de leurs impacts positifs varie singulièrement. Ce ne sont pas tous les accords de partage de bénéfices qui doivent être encouragés, mais bien un « modèle » particulier d'accord de partage de bénéfices dont les contours doivent être définis.

²⁸ V par ex. les ententes Tata Steel et Iron Mines, analysées par G. Motard, art. préc., p. 424

²⁹ V. par ex.: C. Knotsch, P. Siebenmorgen, & B. Bradshaw, « Les « Ententes sur les répercussions et les avantages » et le bien-être des communautés : des occasions ratées ? », *Recherches amérindiennes au Québec*, (2010) 40, (3), 59–68. <https://doi.org/10.7202/1009369ar> ; l'article est particulièrement intéressant en ce qu'il soutient que par nature, l'APB est un « outil essentiel en vue de diminuer les répercussions négatives des développements miniers chez les populations autochtones et de partager les bénéfices », mais impute ses lacunes à un insuffisant investissement de la recherche aux fins d'améliorer les dispositions de cet outil, donc de conceptualiser un « modèle » satisfaisant d'accord de partage de bénéfices.

³⁰ G. Motard, art. préc., p. 426 s.

³¹ V. not. sur le lien entre droits fonciers et droits immatériels, S. Clavel, art. préc. (note 20), spéc. p. 382, et les réf. citées.

³² En attestent les fortes résistances observées dans le cadre des discussions onusiennes relatives à l'adoption d'un *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (3ème version révisée en date du 17 août 2021).

II- La légitimité des accords de partage de bénéfices

23. Outils de durabilité. La reconnaissance des accords de partage de bénéfices comme outils de « durabilité » sociale et environnementale de l'activité extractive, impliquant un partage réel des richesses et une minimisation effective des impacts négatifs, ne va pas nécessairement de soi. La démarche de contractualisation de la protection des droits fondamentaux des peuples autochtones et des communautés locales dans leurs relations avec les entreprises extractives est parfois critiquée, en ce qu'elle soumet à la puissance d'un cocontractant privé des populations vulnérables qui devraient être protégées par l'Etat³³. Un autre effet pervers de ces accords peut être perçu lorsque l'entreprise obtient des concessions des communautés locales à l'égard de ses projets miniers, en contrepartie de la souscription par l'entreprise d'obligations relevant de droits fondamentaux (par exemple en matière de santé ou d'éducation) qui devraient en toute hypothèse être garantis par l'Etat³⁴. Au-delà, si même il était acquis que les communautés locales peuvent faire efficacement valoir leurs droits dans la relation bilatérale instaurée avec l'entreprise extractive, la question subsiste de savoir si ces communautés peuvent et souhaitent dépasser la protection de leurs seuls intérêts privés (même collectifs) pour appréhender les enjeux globaux de durabilité que soulèvent les activités extractives : les logiques de développement ne sont pas nécessairement compatibles avec celles de préservation (et inversement), ce qui peut d'ailleurs induire des dissensions entre communautés³⁵. La question de savoir qui est légitime à arbitrer entre des objectifs, parfois irréconciliables, induisant des effets globaux -c'est-à-dire non seulement sur les communautés locales mais sur l'ensemble de l'humanité, présente et future – se pose nécessairement et renvoie au rôle traditionnel des Etats : les accords de partage de bénéfices soulèvent des enjeux si fondamentaux, dépassant si nettement les seuls intérêts des parties qui les concluent, qu'il semble difficile de laisser à ces seules parties pleine latitude pour en définir le contenu. On délaissera cependant dans cette contribution l'étude de la nature, de la teneur et des modalités du contrôle étatique qui devrait être mis en œuvre à l'égard des APB, pour se concentrer sur les impératifs dictant le contenu et le régime de ces accords. Il apparaît en effet nécessaire, pour légitimer les accords de partage de bénéfices, d'en assurer la durabilité (A) et un modèle-type d'accord de partage de bénéfices, dont nous tenterons d'esquisser les contours (B), devrait intégrer cette considération.

A- Nécessité d'un modèle durable d'accord de partage de bénéfices

24. S'ils constituent originellement un outil d'autoréglementation conçu par les entreprises extractives elles-mêmes pour faciliter la mise en œuvre de leurs projets en en assurant l'acceptabilité par les communautés locales (*licence sociale d'exploitation*), les accords de partage de bénéfices se justifient également par la nécessité de garantir aux communautés certains droits fondamentaux, dans un contexte d'hétérogénéité réglementaire. Il convient dans un premier temps de rechercher s'il existe des impératifs juridiques composant un certain

³³ C. Carmona Caldera, "Impact and benefit agreements in natural resource development: a way to fulfil the ILO 169 benefit-sharing duty?", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2022, 40:1, 105-131, spéc. p. 107.

³⁴ G. Motard, art. préc., p. 434 s.; v. aussi C. Fidler et M. Hitch, art. préc., spéc. p. 63 s.

³⁵ M. Tysiachniouk, ("Benefit Sharing Arrangements in Russian North and Alaska", art. préc., spéc. p. 4) décrit les oppositions existant, sur le versant nord de l'Alaska, entre les gouvernements tribaux, qui reçoivent peu de revenus de l'exploitation pétrolière et soutiennent une politique plus environnementale, et la *Kuupik corporation*, une société villageoise qui a conclu des accords avec CoconoPhilips (modèle actionnarial), en retire de très importants bénéfices et est favorable au développement des projets pétroliers.

modèle, durable, d'accord de partage de bénéfices (1), avant de se pencher, dans un second temps, sur les incitations à recourir à un tel modèle (2).

1) Les fondements impératifs d'un modèle durable d'APB

25. Droits fondamentaux. Les accords de partage de bénéfices ne tendent pas seulement à assurer aux entreprises extractives les conditions d'une mise en œuvre paisible de leurs projets par l'allocation de contreparties financières. Ils visent à garantir aux communautés locales, par contrat, certains droits fondamentaux par ailleurs consacrés par des textes supranationaux. En cela, il apparaît difficile de considérer que les parties ont toute latitude pour négocier les termes de leur accord ; les droits fondamentaux étant indérogeables, un modèle durable d'APB devrait nécessairement être conçu pour assurer leur strict respect. Si des marges de manœuvres subsistent cependant, c'est parce que les droits fondamentaux en cause dans les APB ne sont pas indiscutés, et reposent sur des fondements encore hésitants. C'est tout particulièrement le cas pour le droit au partage des bénéfices et pour le droit d'être consulté consacrés au bénéfice des peuples autochtones, ainsi que pour le droit à vivre dans un environnement sain, qui fait toutefois l'objet d'une consécration plus affirmée.

26. Droit au partage des bénéfices. Affirmer le caractère fondamental du droit au partage des bénéfices ne va pas nécessairement de soi. La pratique et la doctrine s'intéressent pourtant, de façon encore timide mais croissante, au « principe de partage des bénéfices », parfois présenté comme un principe émergent³⁶. Si ce principe trouve ses racines en grande partie dans le droit international de l'environnement et du développement durable, ses liens avec les droits humains sont souvent mis en évidence. On se bornera à envisager ici ce dernier fondement, sous l'angle plus spécifique des droits fondamentaux des peuples autochtones. L'article 15(2) de la convention 169 de l'OIT³⁷ est en effet souvent évoqué comme base légale de la consécration d'un tel principe, en ce qu'il affirme *in fine* : « Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ». Les obstacles à la reconnaissance d'un droit fondamental sur la base de ce texte restent toutefois importants. Si le faible nombre de ratifications³⁸ de la convention OIT n°169 n'est pas une objection insurmontable³⁹, le caractère vague et peu contraignant de la disposition considérée est en revanche justement souligné. Parfois conçu comme une simple obligation de moyens⁴⁰, le partage de bénéfices souffre en outre d'un manque de « concrétisation » : l'article 15(2) ne donne aucune indication quant à la façon de le mettre en

³⁶ J. Cabrera Medaglia, F. Perron-Welch, "The benefit-sharing principle in international law", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 14, Issue 1, January 2019, Pages 62–76; C. Carmona Caldera, "Impact and benefit agreements in natural resource development: a way to fulfil the ILO 169 benefit-sharing duty?", préc.; E. Morgera, "The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing", *European Journal of International Law*, Volume 27, Issue 2, May 2016, Pages 353–383.

³⁷ Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989.

³⁸ 24 ratifications au jour de rédaction de cet article.

³⁹ De nombreuses juridictions, y compris d'Etats non-signataires, s'y réfèrent en effet ponctuellement comme composante des « principes généraux du droit international » V. par ex., la décision de la Cour suprême suédoise (Etat non signataire) rendue le 23 janv. 2020 dans l'affaire Girjas Sami Village : <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-supreme-court-recognizes-sami-indigenous-groups-exclusive-right-to-confer-hunting-and-fishing-rights-in-sami-area/>

⁴⁰ En raison de l'insertion de la formule « chaque fois que c'est possible », tempérée il est vrai par l'usage du présent impératif « les peuples intéressés doivent » participer... V. les analyses approfondies de C. Carmona Caldera (art. préc.), qui conclut toutefois à la positivité du principe de partage des bénéfices.

œuvre. On comprend dès lors l'importance que revêtent les contrats conclus par les entreprises extractives avec les communautés locales, en tant qu'instruments de mise en œuvre du droit fondamental au partage des bénéfices. Un modèle durable d'accord de partage de bénéfices devrait veiller à respecter scrupuleusement les standards de principe du partage des bénéfices, et même les imaginer, en l'état des incertitudes qui affectent encore les contours de ce principe.

27. Consentement libre, préalable et éclairé. Il ne saurait être question de revenir en substance, dans cette contribution, sur les débats et controverses relatifs au principe du consentement libre, préalable et éclairé consacré au profit des peuples autochtones⁴¹. On rappellera seulement que ce débat touche en particulier à la portée de cette obligation, la plupart des Etats l'interprétant encore comme impliquant un simple *devoir de consultation* des peuples autochtones sur les projets les affectant. Autrement formulé, à quelques rares exceptions près⁴², les peuples autochtones ne se voient pas reconnaître par les législations locales un véritable droit d'opposition aux projets extractifs menés sur leurs territoires ; il peut être passé outre leur avis, une fois celui-ci recueilli. Cependant, même au simple niveau d'un devoir de consultation (et *a fortiori* si l'obtention d'un consentement est nécessaire), on saisit les implications que cette obligation peut avoir tant sur l'existence que sur le contenu des accords de partage de bénéfices. Ceux-ci constituent en effet l'un des outils de mise en œuvre concrète de l'obligation de consulter les peuples autochtones. L'obligation de consultation implique, on l'a dit, l'obligation d'informer clairement et complètement les communautés sur la teneur du projet et ses impacts prévisibles : la conclusion d'un accord de partage de bénéfices, incluant ces informations, est l'occasion de délivrer et de documenter cette information et ainsi d'assurer le respect par l'entreprise des droits fondamentaux de ces communautés. Bien plus, les accords de partage de bénéfices peuvent et devraient offrir aux communautés locales un renforcement de leur droit au consentement libre, préalable et éclairé, en gommant les ambiguïtés du principe par l'affirmation d'une véritable obligation contractuelle de recueillir le consentement des communautés, dépassant ainsi le simple devoir de consultation⁴³.

28. Droit à vivre dans un environnement sain. Finalement, il faut ici mentionner les nécessaires incidences du droit à vivre dans un environnement sain, qui a parfois constitué le fondement de la protection des peuples autochtones dans leurs rapports avec les entreprises extractives opérant sur leurs territoires⁴⁴ et dont l'affirmation en tant que droit de l'Homme

⁴¹ Pour une définition du principe, v. J. Hofbauer, « Free, Prior and Informed Consent (FPIC) » (January 15, 2022), in C. Binder, M. Nowak, J. A Hofbauer, P. Janig (dir.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, DEdward Elgar, 2022, Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4084700> ; v. aussi, concernant les débats relatifs à la portée du principe, les articles cités notes 3 et 4.

⁴² Ainsi au Canada, certains traités imposent aux entreprises minières la conclusion d'un accord avec les représentant des populations locales avant tout projet, ce qui en théorie du moins permet à ces populations de s'opposer à la mise en œuvre d'un projet (en refusant de signer l'accord). V. *l'Accord sur les Revendications territoriales du Nunavut* (1993) et *l'Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador*, (Nunatsiavut, 2005). En outre, des juridictions supranationales ont pu consacrer ponctuellement l'exigence de recueillir un véritable *consentement* des populations locales, en fonction du niveau d'impact du projet sur les communautés : v. par ex. la décision de Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans l'affaire *Peuple Saramaka v. Suriname*, 28 nov. 2007, Series C, n°172, § 133 à 137 ; accessible en anglais : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf

⁴³ Ch. Ewell, art. préc., p. 32.

⁴⁴ Notamment dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (par ex. *Kalina & Lokono Peoples v. Suriname*, 25 nov. 2015, série C, n°309, § 122 s.) ; adde L. Hennebel, H. Tigroudja, « Le droit à un environnement sain comme droit de l'homme. Observations sur l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme n° 23. environnement et droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, volume 65, 2019. pp. 415-437 ; P. Ricard, « La clarification du lien entre droits de l'homme et protection de

semble désormais acquise⁴⁵. Ce droit emporte des conséquences qui peuvent être discutées, mais au rang desquelles sont très vraisemblablement inscrites : l'obligation d'informer les populations locales et d'assurer leur participation au processus décisionnel, l'obligation pour les entreprises extractives de réaliser une étude d'impact environnemental et de prévenir les risques environnementaux, ou encore l'obligation de remettre en état les sites à l'issue de l'exploitation⁴⁶. Même si les Etats restent les débiteurs primaires du droit à vivre dans un environnement sain, toutes ces obligations relèvent, *de facto*, du périmètre d'action des entreprises extractives qui ne peuvent s'en désintéresser au regard des risques de responsabilité ou réputationnels. Les accords de partage de bénéfices devraient intégrer ces obligations.

2) Les incitations à recourir à un modèle durable d'APB

29. Incitations sociales. Adopter un modèle durable d'accord de partage de bénéfices constitue, pour les entreprises extractives, un enjeu réputationnel majeur dans un monde qui, quoique toujours plus dépendant des énergies fossiles et des minéraux, lutte pour sa survie notamment climatique et environnementale. Aux pressions locales exercées par des communautés qui ne veulent plus subir les externalités négatives et placent les entreprises face au besoin impératif d'obtenir une « licence sociale pour opérer » s'ajoutent les pressions de la société civile globale dont le niveau d'information a été singulièrement accru sous l'effet conjugué de la *soft law* supranationale et des législations nationales imposant aux entreprises multinationales un devoir de *reporting* tant financier qu'extra-financier susceptible de déboucher, désormais, sur des sanctions juridiques. Les entreprises extractives l'ont bien compris ; en atteste le travail mené par l'*International Council on Mining & Metals*, qui dans son *Good Practice Guide to Indigenous People and Mining*, s'efforce de lister l'ensemble des pratiques éthiques ou durables qu'il est recommandé aux entreprises extractives de mettre en œuvre, notamment lors de la conclusion d'accords avec les peuples autochtones (directives 9 à 12). Même si la dimension très « managériale » de ce guide ne convainc pas toujours, il constitue une base utile de réflexion pour construire un « programme » de construction d'accords de partage de bénéfices durables.

30. Incitations juridiques. La rigidification progressive des obligations mises à la charge des entreprises multinationales en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement⁴⁷ ouvre la porte à un contentieux en responsabilité qu'illustrent des affaires emblématiques comme l'affaire *Shell-Ogoni*⁴⁸ ou aujourd'hui l'affaire *Total-Ouganda*⁴⁹. Même

l'environnement et de ses conséquences par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif du 15 novembre 2017 », *Journal du Centre de Droit International* (CDI), 2018, 17, pp. 15-18.

⁴⁵ V. en part. la résolution du Conseil des droits de l'homme des Nations unies en date du 8 octobre 2021 (A/HRC/RES/48/13) et la résolution de l'Assemblée générale du 28 juillet 2022 (A/RES/76/300) ; C. Perruso, « L'affirmation d'un droit à un environnement propre, sain et durable universel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 novembre 2021, consulté le 28 mai 2023. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13063> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.13063>

⁴⁶ M. Ailincai, « Exploitation des ressources naturelles et droit à vivre dans un environnement sain », in M. Ailincai, S. Lavorel (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et droits de l'homme*, Pédone, 2013, p. 83.

⁴⁷ On pense naturellement ici aux nombreuses adoptions récentes de lois sur le devoir de vigilance des entreprises.

⁴⁸ Le 29 janvier 2021, au terme de près de vingt ans de procédures, la Cour d'appel de La Haye a condamné la société *Shell* à indemniser les communautés locales d'*Ogoniland* au Nigéria pour les conséquences des déversements d'hydrocarbures résultant de ses activités.

⁴⁹ A. Garric, « TotalEnergies attaqué de toutes parts en justice pour son rôle dans la crise climatique », *Le Monde*, publié en ligne le 7 déc. 2022

si, comme le démontrent ces affaires, le chemin est semé d'embûches pour les communautés locales cherchant réparation ou prévention d'un dommage, ces dernières sont accompagnées dans ces démarches par des ONG pugnaces qui n'hésitent pas à combiner stratégie juridique et stratégie de communication. Derrière le risque juridique, le risque réputationnel reste vivace. Il est d'autant plus prégnant qu'il peut avoir d'importantes conséquences économiques lorsque les partenaires commerciaux des entreprises extractives intègrent dans leur prise de décision les logiques *RSE*. Le rôle des institutions financières est ici capital.

31. Incitations financières. Les institutions financières incitent très fortement à l'adoption, par les entreprises extractives, d'un modèle d'accord de partage de bénéfices durable. On songe en premier lieu au système de conditionnalité des subventions accordées par les institutions financières internationales. On prendra pour exemple la *Société financière internationale*, qui est une entité du groupe Banque Mondiale, et dont l'objet est de financer le secteur privé pour des projets menés dans les pays en développement, en assurant un développement durable. La SFI finance plus particulièrement les entreprises opérant dans le secteur des ressources naturelles (entreprises extractives). La SFI a défini ses propres standards de performance sociale et environnementale en 2012, dont le respect conditionne son soutien financier. Son objectif est de garantir le développement durable des pays hôte, en minimisant les risques environnementaux et sociaux pour les populations locales et en assurant le partage des bénéfices⁵⁰. Les entreprises sont ainsi incitées à mettre en place des *Plans de développement des populations locales*, ainsi que des accords de partage⁵¹, une attention particulière étant portée à l'échelon local afin d'éviter qu'il n'y ait une captation totale des bénéfices, sous forme de taxes, à l'échelon national, alors que les externalités négatives sont ressenties principalement à l'échelon local. Si les institutions publiques jouent ainsi un rôle essentiel, il ne faut pas négliger celui des établissements bancaires privés qui, confrontées à un accroissement de leurs propres responsabilités en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement⁵², répercuteront nécessairement ces exigences sur leurs clients.

32. Pour les entreprises extractives, conclure des accords de partage de bénéfices conçus selon un modèle durable relève donc désormais de la nécessité sociale, juridique et économique. Mais quels devraient être les contours de ce contrat-type, pour répondre aux attentes qui viennent d'être analysées ?

B- Recherche d'un modèle durable d'accord de partage de bénéfices

33. Enjeux éthiques et juridiques. Les APB sont des contrats de droit privé, négociés dans un environnement normatif complexe mêlant *hard law* et *soft law* supranationales et nationales. Juridiquement, ils peuvent offrir un outil intéressant, en particulier car ils permettent aux entreprises extractives de rehausser le niveau de protection des droits des populations locales dans certains pays moins-disant réglementairement (*private regulation*) et d'assurer une répartition juste des bénéfices de leur activité sur l'ensemble des pays hôtes, en évitant des captations par le niveau central, en luttant contre la corruption et en accompagnant la gestion

⁵⁰ *The Art and Science of Benefit Sharing in the Natural Resource Sector*, ICF's Discussion Paper, 2015

⁵¹ Maria Tysiachniouk a par ex. mis en évidence l'influence de la SFI dans la politique contractuelle de Sakhalin Energy, qui répond aux caractéristiques du mode « partenarial », le plus vertueux (v. "Benefit Sharing Arrangements in Russian North and Alaska », art. préc., spéc. p. 4).

⁵² R. Bismuth, "The Emerging Human Rights and Environmental Due Diligence Responsibility of Financial Institutions" (May 1, 2023). in William Blair, Chiara Zilioli and Christos Gortsos (eds), *International Monetary and Banking Law in the post COVID-19 World* (Oxford University Press, 2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4435483>

locale des ressources distribuées. Cependant, si l'on veut que ces contrats soient véritablement pensés comme des outils effectifs de partage des profits, et non comme les paravents d'un capitalisme cynique, ils doivent appréhender convenablement certains enjeux juridiques, qui sont aujourd'hui souvent insuffisamment traités. Il faut donc bâtir un programme de conceptualisation, de négociation et de mise en œuvre de ces accords, voire envisager la construction d'un véritable régime juridique propre à ces contrats d'un genre très particulier. Ce programme devrait être envisagé selon trois axes : la participation (1), la transparence (2) et l'efficacité (3).

1) Participation

34. Identification du cocontractant. L'enjeu de participation renvoie en premier lieu à la problématique *d'identification des communautés* concernées par le projet. Cette question est particulièrement stratégique pour les entreprises extractives, parce qu'une mauvaise délimitation peut laisser subsister des ferments de protestation, mais aussi parce qu'elle peut, involontairement ou non, fractionner les communautés et générer des dissensions, sources de conflits internes sur lesquels les entreprises peuvent opportunément capitaliser. L'identification du ou des partenaires contractuels devrait donc, en tout premier lieu, respecter un principe de bonne foi⁵³. Encore faut-il ensuite définir les déterminants de l'identification ; or les critères peuvent être multiples. Le critère de la *titularité de droits* peut à l'évidence présenter une pertinence : une « communauté » doit être reconnue comme partenaire contractuel lorsqu'elle dispose de droits opposables à l'entreprise extractive, avec lesquels celle-ci doit composer. Il peut s'agir par exemple de droits fonciers reconnus aux peuples autochtones⁵⁴ ou encore de droits de propriété intellectuelle⁵⁵. La détermination de l'appartenance à un peuple autochtone, de l'identité précise des titulaires des droits, de la nature et de l'étendue de ces droits, s'avère toutefois souvent très délicate. Un autre critère pouvant être appliqué est celui de *la réalité de l'impact subi* du fait de l'activité extractive : constituent des partenaires contractuels potentiels tous ceux qui sont ou sont susceptibles d'être affectés, à un ou plusieurs titres, par l'exercice de l'activité extractive. Le « partage des bénéfices » apparaît alors plutôt comme une forme de compensation offerte aux communautés affectées, en même temps que l'accord tend à limiter ou à maîtriser les impacts négatifs qu'elles subissent. Cependant là encore, l'identification précise des interlocuteurs légitimes est loin d'être simple : des intérêts contraires peuvent s'exprimer. Cette délimitation des individus concernés est d'autant plus ardue qu'elle ne peut se faire seulement dans l'espace, mais qu'elle doit aussi être envisagée dans le temps. Les activités extractives ont, par nature, une incidence sur le futur, et donc sur les générations futures ; les accords de partage de bénéfices ont, par voie de conséquence, un impact

⁵³ Le principe de bonne foi dans les accords de partage de bénéfices est mis en relief dans le *Good Practice Guide to Indigenous Peoples & Mining* de l'ICMM, qui lui consacre une de ses quatre directives dédiées aux accords (directive 11).

⁵⁴ V. *supra* les références note 20.

⁵⁵ Les « savoirs » traditionnels sont au cœur d'une réflexion sur le partage des avantages, notamment dans le secteur de la bioprospection (v. par ex. W. Abdelgawad, « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie? », *Revue Québécoise de droit international*, volume 22-1, 2009. pp. 53-85 ; C. Castets-Renard, « La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [Online], Hors-série 14 | septembre 2012, posté le 15 septembre 2012, consulté le 14 juin 2023. URL: <http://journals.openedition.org/vertigo/12368>. Mais certaines prérogatives culturelles peuvent également avoir une incidence sur l'exploitation minière notamment lorsque celle-ci entrave l'exercice de ces droits (v. S. Clavel, *op. cit.*, *loc. cit.*).

transgénérationnel⁵⁶. La question de la représentation juridique des communautés pour les besoins de la négociation, de la conclusion et de la mise en œuvre des accords de partage de bénéfices devient alors fondamentale.

35. Représentation. Dans la technique contractuelle, le réflexe privatiste consiste à identifier une personne juridique, morale dans le cas d'une communauté, juridiquement apte à contracter. L'identification de la personne morale permet alors celle de son représentant légal, capable d'engager le groupe dans son entièreté. Les choses sont loin d'être aussi simples lorsqu'il s'agit de contracter avec une communauté locale ou un peuple autochtone⁵⁷. Il suffit pour s'en convaincre d'observer comment, en contentieux international, la question de la capacité à ester en justice des peuples autochtones est appréhendée. Si le concept de *représentation légale* intervient parfois, la communauté autochtone pouvant être dotée par la loi de la personnalité juridique lui permettant d'exercer directement, au travers de ses représentants légaux, les droits et obligations qui lui sont reconnus⁵⁸, d'autres figures se dessinent. Certains peuples ou communautés autochtones constituent des sociétés ou des associations de droit privé (des « ONG autochtones ») pour négocier pour le compte de la communauté et défendre ses droits⁵⁹, tandis que d'autres se voient reconnaître la capacité juridique de représenter des entités naturelles⁶⁰. Surtout, la délimitation « juridique » des peuples autochtones se heurte au *droit d'autodéfinition* que revendiquent ces peuples, et que les sources internationales leur reconnaissent progressivement⁶¹. Dans un tel contexte, les entreprises extractives peuvent se trouver conduites à discuter avec des chefs « autoproclamés » (en réalité issus de processus traditionnels de désignation) de communautés « autodéfinies ». On conçoit parfaitement l'inconfort d'une telle situation, d'autant que l'entreprise ne peut toujours avoir la certitude absolue d'échanger avec un interlocuteur incontesté, des dissensions

⁵⁶G. Motard, art. préc. p. 440 s.

⁵⁷ On lira avec intérêt les développements de Geneviève Motard (art. préc., p. 407) observant, en s'appuyant sur la législation, la jurisprudence et la doctrine, que les « bandes indiennes » sont en droit canadien « un type unique d'entité juridique » : « une entité de nature sociétale ayant leur propre gouvernement de nature locale ».

⁵⁸ C'est le cas par exemple en Suède s'agissant des villages sami, en application du *Reindeer Husbandry Act* (1971) : les villages Sami sont des aires géographiques de pâturage qui constituent des entités économiques ; ces entités ont pour objectif de gérer les élevages de rennes dans l'aire géographique du village, pour le bénéfice commun de ses membres. Un village est titulaire de droits et d'obligations ; il représente ses membres pour toutes les questions relatives à l'élevage de rennes. Les membres d'un village sami sont les Sami qui sont impliqués dans l'élevage de rennes dans la zone considérée, ainsi que les membres de leur famille proche. Un village sami est administré par un Conseil, élu à la majorité dans le village lors des réunions annuelles (assemblées générales) ; v. aussi les villages nordiques canadiens de Salluit et de Kangiqsujuaq, qui sont des municipalités créées par la loi québécoise pour représenter les communautés inuits : G. Motard, art. préc., p. 405 s.

⁵⁹ L'existence de ces personnes morales autochtones est documentée par exemple au Nunavut, où trois associations reçoivent le statut de « Designated Inuit Organisation (DIO) » aux fins de représenter les intérêts de tous les inuits vivant dans les trois régions Kitikmeot, Kivalliq (Association KIA) et Qikiqtani. (V. aussi, sur la situation au Canada : G. Motard, art. préc., p. 402 s.). Elle ressort également de certains contentieux où ces organisations ont exercé les actions en justice en défense des communautés : v. par ex. Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 27 juin 2012, *Kichwa Indigenous People Of Sarayaku V. Ecuador*, dans laquelle la plainte initiale, formée devant la Commission inter-américaine, a été déposée notamment par l'*Association of the Kichwa People of Sarayaku* (Tayjasaruta : association à but non lucratif, reconnue par le gouvernement d'Equateur, qui constitue le support d'une forme d'organisation politique du peuple kichwa).

⁶⁰ En Nouvelle Zélande, le fleuve Whanganui et les montagnes l'entourant sont reconnus comme personne juridique par une loi du 20 mars 2017 (Te Awa Tupua) ; deux entités chargées de le représenter, notamment juridiquement, ont été constituées avec une forte implication des tribus maoris.

⁶¹ D. Cambou, "The UNDRIP and the legal significance of the right of indigenous peoples to self-determination: a human rights approach with a multidimensional perspective", *The International Journal of Human Rights* (2019) 23:1-2, 34-50, DOI: 10.1080/13642987.2019.1585345

internes pouvant également toucher les communautés⁶². Ces difficultés réelles ne doivent cependant pas constituer, pour les entreprises extractives, le prétexte ou l'excuse d'une négociation biaisée par le choix d'interlocuteurs soigneusement sélectionnés, en raison de leur plus grande malléabilité ou de l'existence d'intérêts convergents avec ceux de l'entreprise. A minima, une obligation de bonne foi s'impose dans la détermination des représentants des communautés locales, laquelle devrait être opérée selon un double objectif d'inclusion et de pacification (minimisation des conflits au sein des communautés). Au-delà, la participation la plus large de tous les membres de la ou des communautés concernée(s) devrait être recherchée.

36. Modalités. La participation devrait être conçue très largement, d'un point de vue personnel comme temporel. D'un point de vue personnel, même s'il apparaît légitime que les entreprises extractives identifient, pour les besoins de la conclusion et de l'exécution du contrat, des interlocuteurs privilégiés représentant la communauté, il est essentiel, en partie en raison des difficultés qui viennent d'être exposées, relatives à la définition des représentants « légaux » des communautés autochtones comme à l'existence d'intérêts contraires, que ces entreprises informent et consultent très largement la population. La parole des sous-groupes pouvant composer des minorités au sein d'une même communauté ne devrait pas, en particulier, être négligée. Des consultations ouvertes au public doivent donc être prévues et organisées de façon loyale⁶³, tandis que les documents d'information devraient être aisément accessibles, en amont du projet mais aussi pendant toute sa durée (v. *infra* n 40 s.). D'un point de vue temporel, la participation doit être organisée sur l'ensemble de la durée du projet. En amont, les discussions avec les communautés locales devraient être menées afin de comprendre leurs besoins mais aussi d'identifier les externalités négatives que le projet pourrait générer à leur détriment : si les études d'impact sont évidemment essentielles, elles ne permettent pas nécessairement de mettre en évidence certains préjudices spécifiques (activités de subsistance traditionnelles, pratiques culturelles et cultuelles) lorsque les communautés n'y sont pas associées⁶⁴. Pendant toute la durée du projet, les échanges devraient se poursuivre avec les communautés locales pour minimiser les impacts négatifs ; naturellement, tout changement ou nouveau développement dans le cadre du projet devrait être soumis à la consultation, voire au consentement, des communautés locales. A cet égard, la création de structures mixtes impliquant les communautés locales, chargées de suivre la mise en œuvre du projet, qui a pu

⁶² V. à titre d'ex. le traitement des actions civiles des peuples autochtones au Canada. Selon la *Directive du procureur général du Canada sur les litiges civils mettant en cause les peuples autochtones*, il faut adopter une approche large et libérale pour déterminer qui est le détenteur légitime du droit d'agir (ligne directrice 15). Il est ainsi indiqué que « le Canada respecte le droit des peuples et des nations autochtones de se définir eux-mêmes. Lorsque les droits ancestraux et le titre sont revendiqués pour le compte d'entités autochtones plus larges et qu'il n'y a pas d'intérêts concurrents, le Canada ne s'opposera pas au droit de ces groupes d'intenter une action en justice. En revanche, dans les causes portant sur les droits ancestraux et le titre, le Canada ne plaidera généralement pas que de petites entités autochtones, telles que des clans ou des groupes de famille élargie, sont les titulaires légitimes de droits et de titres ancestraux ». Il est alors conclu, de façon assez sibylline : « Lorsque des groupes autochtones ont des intérêts concurrents ou qui se chevauchent, il est préférable que ces groupes résolvent leurs différends entre eux ».

⁶³ V. en contre-exemple, l'étude *Lukoil-Komi* réalisée par M. Pappila, S. Nysten-Haarala, E. Britcyna, art. préc., spéc. p. 7, mettant en évidence des pratiques consistant, pour la compagnie pétrolière, à influencer les résultats des consultations publiques en y envoyant ses propres employés.

⁶⁴ Ainsi que le relève G. Motard (art. préc., p. 428) : « Les connaissances singulières — tant historiques que contemporaines — du terrain, les effets sur l'exercice des droits ou encore les déplacements des familles, des animaux et des artéfacts sont des éléments signifiants permettant d'en arriver à des études d'impact de qualité » (art. préc. p. 433). L'entente Tata Steel prévoit ainsi l'obligation de prendre en considération les savoirs traditionnels quant à la conception et à la réalisation du projet.

être observée dans certains modèles « partenariaux » d'accords de partage de bénéfices (v. *supra* n°17), est une pratique qui doit être encouragée au titre d'un modèle « durable » d'APB (V. *infra* n°41). Enfin, la fin du projet ne devrait pas signifier la fin de toute consultation des communautés locales. Les projets extractifs ont cette particularité d'altérer durablement les environnements, et les pires dommages se produisent parfois postérieurement à l'arrêt de l'exploitation. Il est donc fondamental que les mesures de remise en état des sites soient discutées et négociées avec les communautés⁶⁵.

37. Objectifs. La participation des communautés locales au processus contractuel devrait s'attacher à obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé, et non viser leur simple consultation (v. *supra* n°28). Un accord de partage de bénéfices durable devrait en outre non seulement affirmer la nécessité de recueillir le consentement des communautés locales, mais encore préciser les modalités de recueil de ce consentement, en tenant compte des procédures décisionnelles propres à la communauté considérée⁶⁶.

2) Transparence

38. Information des communautés. Si la participation est au cœur de la négociation loyale des accords de partage de bénéfices, la transparence en constitue un accessoire fondamental. Il ne peut y avoir de réelle participation si les communautés locales ne sont pas pleinement et clairement informées des caractéristiques du projet, des résultats des études d'impact, des circuits décisionnels, des termes de l'accord. L'enjeu d'information touche en réalité deux types d'« objets » qui posent des difficultés de nature différente : d'un côté, l'accord de partage de bénéfices à proprement parler ; de l'autre, les informations utiles pour éclairer le consentement des communautés.

39. Accessibilité de l'accord. Il semblerait assez naturel que l'accord conclu entre l'entreprise extractive et les communautés locales, une fois signé, soit tenu à la disposition de celles-ci afin qu'elles puissent s'y référer en tant que de besoin. La pratique ne semble toutefois pas être systématiquement en ce sens : une copie n'est pas toujours remise aux communautés et/ou à leurs représentants ; pire, le document n'est même pas toujours consultable par ces communautés⁶⁷. Il est incompréhensible que la confidentialité des accords, qui a déjà été signalée, aille jusqu'à les rendre inaccessibles... à leurs bénéficiaires directs. Cela est d'autant moins admissible que ces accords ne se bornent pas toujours à créer des droits pour les communautés, mais leurs imposent parfois aussi des obligations (v. *infra* n°42). L'accessibilité constante des communautés à l'accord, selon une forme et dans une langue comprise d'eux⁶⁸, devrait être garantie.

40. Communication des informations déterminantes. De nombreuses informations, essentielles pour éclairer les communautés locales sur les termes et la portée de l'accord, devraient être communiquées, en amont comme en aval de la conclusion de l'accord : en amont, pour assurer le caractère libre et éclairé de l'avis ou du consentement donné par les communautés locales (études d'impact, détail des engagements pris par l'entreprise,

⁶⁵ V. sur ce point les dispositions des ERA analysées par G. Motard, art. préc., p. 445

⁶⁶ Ch. Ewell, art. préc., p. 32.

⁶⁷ Ainsi, au Canada, l'Entente ArcelorMittal prévoit que des exemplaires des ERA doivent être mis à la disposition des membres de la communauté à des fins de consultation, mais qu'aucune reproduction du texte, quelle qu'elle soit, ne sera distribuée. L'Entente Raglan, quant à elle, ne prévoit même pas la possibilité de consultation du document par les bénéficiaires inuits (G. Motard, art. préc., spéc. p. 431).

⁶⁸ Des réflexions devraient être menées sur ce point pour assurer une accessibilité effective de l'accord aux communautés.

engagements réciproquement pris par les communautés) ; en aval, pour assurer le suivi de la bonne exécution de l'accord par l'entreprise et permettre l'analyse de toute évolution par rapport au projet initial. Une difficulté particulière doit être relevée, cependant, car l'entreprise peut arguer du caractère très technique -et donc difficilement intelligible- des informations, et/ou de leur caractère stratégique impliquant le maintien d'une certaine confidentialité. Ceci explique certainement que certains accords de partage de bénéfices préfèrent, à la communication directe d'informations par voie écrite, des réunions collectives régulières avec les personnes concernées, destinées à leur communiquer verbalement ces informations⁶⁹. Cette pratique peut se révéler vertueuse, plus pédagogique mais aussi plus conforme aux traditions locales que ne le serait la communication d'un document technique comme une étude d'impact. Mais elle présente aussi des effets pervers puisqu'elle ne permet pas d'assurer un contrôle, *a posteriori*, de la sincérité et de la complétude des informations communiquées. Elle fait peu de cas, en outre, de la compétence de certains membres des communautés locales, tout à fait aptes à appréhender des documents même techniques. Il importerait *a minima* que les modalités de l'information soient véritablement négociées avec les communautés, notamment quant à leur forme, et non imposées par l'entreprise. Il importerait également que l'entreprise se préconstitue la preuve, par tous moyens, des informations délivrées aux communautés.

41. Suivi de l'exécution des accords. En ce qui concerne plus spécifiquement le suivi de l'exécution des accords, la pratique consistant à mettre en place des comités conjoints de suivi ou de surveillance dans lesquels les représentants des communautés sont majoritaires ou à tout le moins suffisamment nombreux, pratique dont nous avons vu qu'elle était observée dans le modèle « partenarial », mérite d'être encouragée. Les modalités de prise de décisions au sein de ces comités doivent être soigneusement réfléchies. Il faudrait toutefois veiller à ce que l'organisation de tels comités ne se substitue pas purement et simplement à l'obligation d'informer les membres de la communauté dans leur ensemble ; les intérêts, on l'a vu, peuvent ne pas être convergents et les sous-groupes, même minoritaires, doivent pouvoir être entendus.

42. Information du public. L'évolution des logiques RSE, qui va dans le sens d'un durcissement des obligations de *reporting* mises à la charge des entreprises, semble militer en faveur d'une large accessibilité du public aux accords de partage de bénéfices, accessibilité qui, on vient de le voir, n'est à ce jour ni usuelle, ni encore moins garantie. Il faut réfléchir au point de savoir si les Etats et les organisations supranationales, suivant les raisonnements appliqués en matière de *compliance*, ne devraient pas imposer la publicité de ces accords ainsi que la diffusion régulière de rapports d'exécution. Deux raisons, au moins, soutiennent cette attente ; elles sont cependant d'inégale portée. La première tient à la garantie des libertés citoyennes : les ONG, les défenseurs des droits humains et de l'environnement, devraient pouvoir avoir accès à ces accords⁷⁰ dont la dimension collective est mise en exergue en ce qu'ils impactent non seulement les parties à l'accord, mais au-delà l'humanité toute entière, présente et future⁷¹. La seconde tient à l'exercice des libertés économiques : chaque consommateur devrait pouvoir

⁶⁹ Dans l'entente Tata Steel, l'entreprise souscrit l'obligation de tenir une réunion annuelle avec les familles uashaunnuat qui sont les détentrices des territoires, « afin de donner à ces familles la possibilité d'aborder et de régler leurs préoccupations », ou encore l'obligation de participer, une fois l'an et sur demande, à des séances d'information « au profit des Communautés uashaunnuat », devant comprendre un sommaire annuel de l'état de l'environnement (G. Motard, art. préc., spéc. p 427).

⁷⁰ En ce sens, v. M. Pappila, S. Nysten-Haarala, E. Britcyna, art. préc., spéc. p. 8, qui soulignent que la transparence est essentielle parce que ces accords sont susceptibles, d'une part, de couvrir des opérations de corruption, d'autre part, de monnayer à bas coût l'acceptation de dégradations environnementales majeures.

⁷¹ G. Motard, art. préc.

connaître l'origine et les modalités de production des biens qu'il consomme. Il faut à cet égard souligner le rôle essentiel des organismes de contrôles externes, mettant en œuvre des mécanismes de certification induits par les standards et labels internationaux. Certaines filières dans lesquelles ces labels ont un poids réel (on pense notamment à la filière forestière avec le label FSC) ont été obligées de rehausser leur niveau d'exigence en matière d'accords de partage de bénéfices pour ces raisons⁷². On peut cependant avoir le sentiment - c'est un sujet à approfondir - que le poids des labels⁷³ est moindre dans la filière extractive, parce qu'il s'agit d'un commerce essentiellement B2B, avec en fin de chaîne un consommateur qui est largement captif. C'est donc principalement la volonté des grands opérateurs, qui peuvent conditionner leurs propres achats à des critères de conclusion et de transparence des accords de partage des bénéfices, qui semble pouvoir jouer un rôle effectif.

3) Efficacité

43. Sanctions. L'enjeu d'efficacité des accords de partage de bénéfices renvoie au premier chef aux sanctions applicables en cas de méconnaissance des obligations qui en résultent. Sur ce plan, la responsabilité civile des entreprises extractives à l'égard des communautés locales focalise l'attention⁷⁴. Or les APB emportent des conséquences non négligeables sur le régime de la responsabilité civile. D'une part, il ne s'agit plus de penser en termes de responsabilité délictuelle en raison des dommages causés par l'entreprise, mais en termes de responsabilité contractuelle. Cela peut changer les choses, sur le terrain de la compétence des juridictions et de la loi applicable, ainsi que du régime de responsabilité, en matière de preuve notamment. D'autre part et surtout, l'existence d'un contrat permet aux parties de négocier les sanctions contractuelles en cas de manquement, ce qui peut s'avérer particulièrement bénéfique pour les communautés locales. La stipulation de clauses pénales à la charge des entreprises extractives est de nature à éviter aux communautés de recourir à des contentieux complexes et coûteux. Plus pertinent encore, la mise en place de dispositifs de remédiation, visant à contraindre l'entreprise extractive à se mettre en conformité avec ses obligations, permet d'offrir aux communautés locales une satisfaction plus grande que la seule réception d'une indemnité compensatrice généralement inapte à neutraliser les préjudices subis, notamment en matière environnementale ou en matière culturelle. Ces sanctions négociées ont cependant un revers, puisque les communautés locales peuvent également être tenues des manquements leur étant imputables⁷⁵. Si une certaine réciprocité dans les sanctions n'apparaît pas totalement illégitime, une attention toute particulière doit cependant être portée au pouvoir que ces sanctions confèrent à l'entreprise extractive. Il semblerait ainsi excessif que l'accord puisse rendre la

⁷² Les trois systèmes de certification forestière reconnus par le gouvernement québécois (CSA, FSC et SFI) mettent l'accent dans leurs normes d'évaluation sur la reconnaissance et le respect des droits des peuples autochtones, ainsi que sur la participation de ces communautés à un projet. Le critère 3.3 du FSC requiert par exemple que l'exploitant forestier conclue un accord contraignant avec la population autochtone visée lui permettant de garder un certain contrôle sur la gestion de l'exploitation.

⁷³ Qui existent cependant : des organismes de certification très connus (ISO) proposent des normes propres aux entreprises extractives, et l'*International Council on Mining and Metals* travaille également sur ces sujets.

⁷⁴ Certains auteurs appellent d'ailleurs à un renforcement de cette responsabilité : Ch. Ewell, art. préc.

⁷⁵ Les APB mettent en effet aussi des obligations à la charge des communautés locales. V. par ex. l'entente Tata Steel (analysée par G. Motard, art. préc., p. 422 s.) dans laquelle « ITUM s'engage à ne poser aucun geste ayant pour effet de retarder, de bloquer ou d'entraver de quelque façon que ce soit la réalisation du Projet et à prendre toutes les mesures raisonnables pour que ses membres en fassent de même ». L'entente ArcelorMittal (G. Motard, art. préc., p. 423) prévoit que la communauté peut être tenue d'indemniser l'entreprise en cas d'interruption de la production ou de la contestation de l'entente devant les tribunaux.

communauté contractante responsable pour le fait isolé de l'un de ses membres ; son obligation ne pourrait, à cet égard, aller au-delà d'une obligation de moyens⁷⁶. Un accord de partage de bénéfices « durable » devrait donc intégrer un dispositif de sanctions contractuelles équitable, essentiellement tourné vers la préservation des droits fondamentaux des communautés locales, dans lequel les sanctions imposables le cas échéant à ces communautés resteraient mesurées et loyales.

44. Règlement des différends. Il ne semble pas exister de contentieux relatif aux accords de partage de bénéfices. Les études menées sur les différents accords auxquels les chercheurs cités dans cette contribution ont eu accès accréditent l'idée que ces accords comportent presque toujours des clauses de règlement des différends. Mais, parce que beaucoup de ces études ont été réalisées par des non juristes, ces clauses n'ont pas fait l'objet d'une attention spécifique et encore moins d'une étude systématique. Les références aux clauses de règlement des différends renvoient tantôt à des modes amiables de règlement, tantôt à des processus d'arbitrage⁷⁷ dont les contours ne sont toutefois pas précisés ; il est loin d'être certain qu'il s'agisse de véritables arbitrages au sens du droit processuel. L'efficacité des accords de partage de bénéfices implique des modalités effectives et équitables de résolution des conflits. Une réflexion devrait être menée sur les avantages comparés du contentieux étatique et du contentieux arbitral en la matière⁷⁸, afin de modéliser des clauses de règlement des différends pertinentes.

45. Conclusion générale. Economiquement conçus pour favoriser le développement local, les accords de partage de bénéfices posent un défi juridique : garantir l'autonomisation (*empowerment*) des communautés locales, pour créer un cadre dans lequel ces communautés pourront négocier « à jeu égal » ou quasi-égal avec les grandes entreprises extractives (*level playing field*). Ce défi doit être relevé aussi bien par les entreprises – dont les engagements volontaires devraient tendre vers des modèles d'accords de partage de bénéfices durables -, que par les Etats et organisations internationales, chargés de protéger tout à la fois l'intérêt particulier des communautés locales et l'intérêt général. L'équilibre entre pratique contractuelle volontaire des entreprises et contrôle réglementaire des autorités publiques devra un jour être trouvé.

Juin 2023

⁷⁶ Comme c'est d'ailleurs le cas dans l'entente Tata Steel citée, note préc.

⁷⁷ V. par ex. dans l'entente Raglan : C. Knotsch, P. Siebenmorgen, & B. Bradshaw, art. préc. spéc. p. 62.

⁷⁸ V. le dossier « Arbitrage et communautés locales », sous la direction de S. Clavel et P. Jacob, à paraître REF 2023.