



Assemblée générale

Distr. générale
7 août 2015
Français
Original : anglais

Soixante-dixième session

Point 70 a) de l'ordre du jour provisoire*

Droits des peuples autochtones

Droits des peuples autochtones

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre le rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, en application de la résolution 27/13 du Conseil des droits de l'homme.

* A/70/150.



Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones

Résumé

Le présent rapport est soumis à l'Assemblée générale par la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones en application de la résolution 27/13 du Conseil des droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale y fournit un résumé de ses activités depuis son dernier rapport présenté à l'Assemblée générale. Elle consacre la section thématique du présent rapport à une analyse des accords internationaux d'investissement et des clauses relatives à l'investissement des régimes de libre-échange, ainsi qu'à leurs incidences sur les droits des peuples autochtones. Elle considère le présent rapport comme le point de départ de la réflexion sur cette question, dont elle entend qu'elle conserve toute son importance au cours de son mandat.

La Rapporteuse spéciale débute ses travaux sur les investissements internationaux et les régimes de libre-échange en abordant dans le présent rapport un certain nombre de sujets de préoccupation, concernant à la fois les violations directes des droits des peuples autochtones et les incidences systémiques de ces régimes sur leurs vies et leurs communautés.

La Rapporteuse spéciale estime que les clauses relatives à l'investissement contenues dans les accords de libre-échange et les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, tels qu'elles sont actuellement conçues et appliquées, ont des incidences négatives, avérées ou potentielles, sur les droits des peuples autochtones, en particulier sur leurs droits à l'autodétermination, aux terres, aux territoires et aux ressources, à la participation et au consentement préalable, libre et éclairé. Cela ne signifie pas que les investissements soient intrinsèquement destructeurs. De futures études traiteront des moyens de rendre les accords d'investissement bénéfiques aussi bien aux peuples autochtones qu'aux investisseurs.

Le présent rapport accorde une place particulière à l'analyse de la Rapporteuse spéciale sur les aspects inévitables du système actuel de gouvernance de l'économie et de la finance mondiales, et sur la réduction des capacités de protection des États et des systèmes de gouvernance locaux. Il étudie les raisons qui font que les peuples autochtones, qui figurent parmi les plus marginalisés au monde, paient un tribut disproportionné à un système marqué par des déséquilibres systémiques entre l'application des droits des investisseurs privés et le respect des droits de l'homme. En conclusion, le rapport juge nécessaire un examen plus rigoureux des implications des accords internationaux d'investissement et de libre-échange, ainsi que des réformes systémiques et en matière de politique plus poussées, afin de garantir le respect, la protection et la réalisation des droits des peuples autochtones.

I. Introduction

1. Le présent rapport est soumis à l'Assemblée générale par la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones en application de son mandat, conformément aux résolutions 15/14 et 24/9 du Conseil des droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale y fournit un résumé de ses activités depuis la présentation de son précédent rapport à l'Assemblée (A/69/267), ainsi qu'une analyse thématique des régimes internationaux d'investissement et de libre-échange et de leurs incidences sur les droits des peuples autochtones.

2. La Rapporteuse spéciale salue avec gratitude l'aide fournie par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. Elle adresse également ses remerciements aux nombreux peuples autochtones, organes et agences des Nations Unies et organisations non gouvernementales qui ont coopéré avec elle dans l'exercice de son mandat au cours de l'année écoulée.

II. Activités de la Rapporteuse spéciale

A. Participation à des conférences et dialogues internationaux et nationaux

3. Dans le cadre de l'exercice de son mandat, la Rapporteuse spéciale a participé à un certain nombre de conférences et dialogues internationaux et nationaux. À titre d'exemple :

a) La Rapporteuse spéciale a participé à la vingtième Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui s'est tenue à Lima en décembre 2014, lors de laquelle elle a pris part aux actions visant à faire figurer les droits de l'homme, en particulier ceux des peuples autochtones, dans les décisions de la Conférence des parties. Elle s'est entretenue avec le Vice-Ministre des affaires interculturelles et plusieurs représentants des peuples autochtones du Pérou et d'autres pays;

b) La Rapporteuse spéciale a travaillé en collaboration étroite avec l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, notamment en présentant des rapports lors de sessions plénières et en participant à des réunions avec les peuples et organisations autochtones en marge de ces sessions. À Genève et New York, elle a également pris part à des dialogues directs avec divers représentants permanents auprès des Nations Unies de 10 gouvernements d'Amérique latine, d'Amérique du Nord et du Pacifique;

c) Lors de la quatorzième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones, qui s'est tenue en avril et en mai 2015, la Rapporteuse spéciale a partagé ses observations sur le droit des peuples autochtones à un développement autodéterminé et sur les droits économiques, sociaux et culturels qui y sont associés, ainsi que sur les liens entre ces droits et le programme de développement pour l'après-2015;

d) En janvier 2015, elle a participé à la réunion du groupe d'experts internationaux sur l'opportunité de doter la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones d'un protocole facultatif. En février 2015, elle a fait

de même lors de la réunion du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones consacrée à l'héritage culturel et aux droits des peuples autochtones;

e) La Rapporteuse spéciale a été membre du panel de haut niveau du Conseil des droits de l'homme sur les droits de l'homme et les changements climatiques en mars 2015;

f) En avril 2015, elle a pris la parole lors de l'ouverture du Dialogue mondial avec les peuples autochtones organisé par la Banque mondiale et a participé à des réunions rassemblant conjointement des dirigeants autochtones, le Président, les directeurs exécutifs et la haute direction de la Banque mondiale;

g) En juillet 2015, elle a prononcé le discours liminaire de la première session du groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme;

h) En septembre 2015, elle a pris part à la Conférence mondiale sur les droits des peuples autochtones et a pris la parole dans le cadre d'un panel consacré à la cohérence entre les organes, programmes, agences et fonds des Nations Unies traitant des questions relatives aux peuples autochtones.

B. Visites de pays

4. La Rapporteuse spéciale s'est rendue au Paraguay du 20 au 28 novembre 2014. Dans la déclaration qu'elle a faite à l'issue de sa mission¹, elle a noté que ce pays avait ratifié toutes les normes fondamentales internationales et régionales en matière de droits de l'homme, mais elle a également mentionné un certain nombre de questions ayant trait à des violations des droits des peuples autochtones. Elle a souligné que la principale préoccupation des peuples autochtones demeurait la sécurité de leurs droits sur les terres, territoires et ressources. Elle a parlé du taux de croissance économique exceptionnel connu par le Paraguay tout en observant qu'il avait été atteint au prix d'une destruction de l'environnement à grande échelle et de violations des droits des peuples autochtones, sans pour autant conduire à des réductions significatives des taux de pauvreté rencontrés chez ces peuples. Elle s'est également exprimée sur le manque de services sociaux disponibles pour les peuples autochtones, y voyant une illustration de l'absence de l'État au sein de certaines communautés autochtones, ainsi que sur les obstacles importants rencontrés par les peuples autochtones dans l'accès à la justice.

C. Rapport sur les droits des femmes et des filles autochtones

5. Lors de la trentième session du Conseil des droits de l'homme, la Rapporteuse spéciale a présenté un rapport thématique (A/HRC/30/41) sur les droits des femmes et des filles autochtones dans lequel elle a mis en évidence la manière dont celles-ci souffrent d'un large éventail de violations de leurs droits collectifs, politiques et civils, économiques, sociaux et culturels. Ces violations sont liées et se renforcent mutuellement. Collectivement, elles constituent une forme de violence structurelle contre les femmes et les filles autochtones, et viennent renforcer d'autres formes de

¹ Disponible à l'adresse ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15361&LangID=E (en anglais).

violence dont celles-ci souffrent par ailleurs. La Rapporteuse spéciale a reconnu que les droits des femmes et des filles autochtones étaient une question à laquelle les mécanismes et agences des Nations Unies prêtaient une attention légèrement plus importante. Elle a affirmé qu'un changement de paradigme et une approche multidimensionnelle étaient nécessaires pour améliorer la situation de ces femmes et de ces filles. Dans ce rapport, la Rapporteuse spéciale fait une série de recommandations aux États Membres et aux organisations des Nations Unies.

III. Accords internationaux d'investissement et de libre-échange

A. État des lieux

6. La hausse des investissements consacrés aux terres et réserves d'eau des peuples autochtones, ainsi qu'à l'extraction de leurs ressources naturelles – minéraux et métaux, pétrole, gaz, bois, entre autres –, continue d'être un important sujet de préoccupation pour la Rapporteuse spéciale. Cela l'a conduite à étudier de manière plus approfondie les régimes internationaux d'investissement et leurs relations avec le respect ou la violation des droits de l'homme des peuples autochtones. Les accords ou traités internationaux d'investissement sont des instruments dont la fonction primaire est de fournir une protection juridique aux investisseurs étrangers dans le cadre de leurs investissements dans des États hôtes. En effet, la libéralisation du commerce et de la finance joue un rôle central dans les stratégies de développement économique de nombreux pays en développement et peut être une source d'opportunités économiques et de croissance. Toutefois, on ne saurait tenir pour acquis le fait que les incidences de ces accords ou traités sur les droits de l'homme des citoyens des pays accueillant les projets d'investissement sont uniquement ou même majoritairement positives.

7. La Rapporteuse spéciale est de plus en plus préoccupée par les incidences néfastes, avérées ou potentielles, des accords internationaux d'investissement et de libre-échange sur les droits des peuples autochtones. Si le présent rapport a pour but de dresser le tableau général des principales incidences de ces accords sur les peuples autochtones et sur la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur leurs droits, la Rapporteuse spéciale entend également accorder une attention constante à cette question tout au long du reste de son mandat. Le rapport suivant servira de cadre général aux préoccupations de la Rapporteuse spéciale concernant les traités et accords internationaux d'investissement, et les chapitres de protection de l'investissement des accords de libre-échange multilatéraux et régionaux. Il fournira également le périmètre de la poursuite de son action dans ce domaine. À ce titre, la Rapporteuse spéciale prévoit d'envoyer au cours de l'année prochaine des questionnaires aux États Membres des Nations Unies et à des organisations de la société civile, et de mettre en place une série de consultations régionales, afin d'approfondir ses connaissances dans ce domaine.

8. À la faveur de l'élaboration du présent rapport et de ses travaux en cours dans ce domaine, la Rapporteuse spéciale s'est appuyée sur l'action d'autres titulaires de mandats au titre d'une procédure spéciale et mécanismes des Nations Unies. Elle a consulté le rapport présenté par l'Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable lors de la trentième session du Conseil des

droits de l'homme (A/HRC/30/44) sur les incidences néfastes en termes de droits de l'homme qu'ont sur l'ordre international les accords internationaux d'investissement, les traités bilatéraux d'investissement et les accords multilatéraux de libre-échange. Elle a également pris connaissance du prochain rapport de l'Expert indépendant, rédigé à l'occasion de la soixante-dixième session de l'Assemblée générale, consacré aux implications des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États sur les droits de l'homme.

9. La Rapporteuse spéciale a également consulté le Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation au Conseil des droits de l'homme (A/HRC/19/59/Add.5), qui fournit aux États Membres les principes directeurs visant à s'assurer que les accords de commerce et d'investissement qu'ils concluent sont compatibles avec les obligations qui leur incombent en vertu des instruments internationaux des droits de l'homme. Elle a aussi consulté le rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible (A/69/299) qui fournit une analyse des incidences des accords d'investissement sur le droit à la santé. Par ailleurs, en 2015, 10 titulaires de mandat ont publiquement exprimé leur préoccupation concernant les incidences des accords d'investissement et de libre-échange sur les droits de l'homme².

B. Vue d'ensemble des accords internationaux d'investissement et de libre-échange

10. Les investissements internationaux sont généralement régis par des dispositions conventionnelles, dans le cadre du droit international. Différents mécanismes existent, connus sous l'appellation collective d'accords internationaux d'investissement. Ces accords ont pour objectif de protéger les investisseurs étrangers et leurs intérêts dans les pays accueillant des projets d'investissement. Les trois principaux types d'accords internationaux d'investissement sont :

- a) Les traités d'investissement bilatéraux, signés entre deux États, qui concernent principalement les investissements;
- b) Les traités d'investissement régionaux, signés entre plusieurs pays d'une même région, qui concernent également principalement les investissements;
- c) Les dispositions d'accords commerciaux et d'investissement multilatéraux et plurilatéraux contenant des clauses relatives à la fois à l'investissement et au libre-échange, tels que l'Accord de libre-échange nord-américain, l'Accord général sur le commerce des services et le Traité sur la Charte de l'énergie.

11. Ces mécanismes juridiques, qui constituent une source première du droit international public, ont commencé à entrer en vigueur à la fin des années 60, avant de croître de manière exponentielle dans les années 90. À la fin de 2014, on comptait 2 923 traités d'investissement bilatéraux et 345 autres accords d'investissement en vigueur, soit un nombre total de 3 268 accords internationaux

² Disponible à l'adresse ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E (en anglais).

d'investissement³. Le volume de traités d'investissement bilatéraux est en diminution, mais le nombre total d'accords internationaux d'investissement demeure relativement stable. Des dispositions équivalentes à celles figurant habituellement dans les traités d'investissement bilatéraux sont, en effet, de plus en plus souvent intégrées à des accords de libre-échange plus larges. À titre d'exemple, les États-Unis achèvent actuellement, avec des pays asiatiques, la négociation de l'Accord de partenariat transpacifique, qui comporte des volets consacrés à l'investissement que l'on trouve habituellement dans les traités d'investissement bilatéraux. La présence, dans les accords de libre-échange, de dispositions relatives à la gestion des investissements témoigne des liens étroits entre les investissements internationaux et le libre-échange, ainsi que de leurs fondements intellectuels néolibéraux communs.

12. La majorité des traités d'investissement sont négociés entre des pays en développement et des pays développés. À titre d'exemple, on estime que 75 % des traités d'investissement bilatéraux sont conclus de cette manière⁴. Toutefois, la proportion d'accords d'investissement Sud-Sud est en augmentation. Les pays en développement signent ces accords afin d'ouvrir leurs marchés aux investisseurs étrangers, dans l'espoir qu'il en résulte de l'emploi, des investissements et une croissance de leur produit intérieur brut (PIB). Ce type d'espoir est lié aux paradigmes de développement dominants, qui voient dans les investissements directs étrangers (IDE) et la libéralisation du commerce, des moteurs puissants de croissance du PIB.

13. Les accords internationaux d'investissement ont pour objet de donner aux investisseurs des droits substantiels les protégeant de l'expropriation et de comportements inéquitables et discriminatoires de la part des États accueillant les projets d'investissement. S'il existe une certaine variété dans les accords, les accords internationaux d'investissement sont souvent formulés de manière relativement uniforme et de nombreux pays ont rédigé des modèles de traités d'investissement bilatéraux qu'ils utilisent comme une base pour négocier ce type d'accords. Les dispositions relatives à la stabilisation, à l'expropriation, au traitement juste et équitable et au traitement non discriminatoire figurent parmi les termes standards que l'on trouve dans les accords d'investissement et de libre-échange :

a) Les dispositions relatives à la stabilisation sont des clauses de « compétence législative » qui précisent généralement les lois qui régiront les paramètres des projets d'investissement. Habituellement, ces dispositions sont formulées de manière à laisser également entendre que toute modification future de ces lois ne saurait s'appliquer de manière rétroactive au préjudice de l'investisseur;

b) Les clauses relatives à l'expropriation ont pour objectif de limiter les conséquences d'éventuelles saisies par des agences gouvernementales, à des fins

³ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement CNUCED, « IIA issues note: recent trends in IIAs and ISDs », Études de la CNUCED sur les questions relatives aux accords internationaux d'investissement, n° 1 (février 2015). Voir http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (en anglais).

⁴ Howard Mann, « International investment agreements, business and human rights: key issues and opportunities », préparé par l'Institut international du développement durable pour John Rugie, Représentant spécial du Secrétaire général pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, février 2008 (en anglais).

publiques, de biens appartenant à des projets d'investissement étrangers. Les accords d'investissement précisent généralement que tout acte d'expropriation en lien avec des projets d'investissement doit se faire au nom de l'intérêt public, être non discriminatoire et donner droit à une compensation au taux du marché;

c) Les clauses relatives au traitement juste et équitable sont un élément essentiel des accords d'investissement. Il s'agit de dispositions vastes, interprétées de manière à contraindre les États à agir « de manière consistante, transparente, raisonnable, non ambiguë, non arbitraire et non discriminatoire, et avec équité, pour garantir la régularité de la procédure dans les prises de décisions et le respect des espérances légitimes des investisseurs »⁵. À titre d'exemple, ces clauses ont été utilisées pour contester les hausses d'impôts et les tentatives de gouvernements de réguler les marchés de produits nocifs tels que le tabac (voir A/HRC30/44, par. 25 à 27);

d) Les clauses relatives au traitement non discriminatoire précisent que les investisseurs étrangers issus du pays d'origine du projet d'investissement doivent se voir garantir un traitement égal à celui appliqué aux citoyens de l'État hôte et aux ressortissants de pays tiers.

14. Ajoutées aux mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, abordés ci-après, ces provisions, dans leur globalité, assurent aux investisseurs un puissant ensemble de droits, lesquels ont des implications significatives et diverses sur les droits des peuples autochtones et, conséquemment, sur la capacité de protection des États.

C. Règlement des différends entre investisseurs et États

15. Les dispositions relatives à l'instauration de mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États sont une caractéristique importante des accords d'investissement et de libre-échange. Elles permettent aux investisseurs de poursuivre des États, devant des mécanismes d'arbitrage contraignant, s'ils estiment que leurs droits, tels que prévus par les accords internationaux d'investissement, ont été violés. Les investisseurs peuvent faire appel à tout un éventail d'instances d'arbitrage, chacune ayant ses propres règles. On citera, à titre d'exemple, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, la Chambre de commerce de Stockholm et la Chambre de commerce internationale.

16. Les investisseurs peuvent saisir directement ces mécanismes dans le cas d'un différend, quel qu'il soit, pouvant se faire jour dans le cadre d'un accord international d'investissement. Les dispositions de ce type d'accords ne les obligent pas à épuiser, au préalable, les recours possibles dans l'État hôte, ce qui élimine de fait toute forme de contrôle judiciaire. Ces tribunaux non judiciaires peuvent allouer une indemnisation aux investisseurs si l'État est reconnu coupable d'avoir violé des clauses du traité d'investissement. Il n'existe aucune limite au montant des sommes qui peuvent être octroyées. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a rapporté en 2014 qu'un État avait dû payer

⁵ Voir *Fair and Equitable Treatment*, Études de la CNUCED sur les questions relatives aux accords internationaux d'investissement II (publications des Nations Unies, numéro de vente : E.11.II.D.15) (en anglais).

50 milliards de dollars à une entreprise dans le cadre de trois affaires étroitement liées³. Les décisions de ce type ne peuvent pas faire l'objet d'un appel et leur application s'impose de manière très contraignante aux États parties. Dans le cadre d'un différend avec des investisseurs, les États peuvent également avoir à payer des intérêts composés, à des taux commerciaux, courant à partir de la date d'entrée en vigueur de la mesure contestée. Dans une affaire de ce type, un État partie a ainsi été enjoint de payer 589 millions de dollars d'intérêts, dans le cadre d'une amende de 1 milliard de dollars due à une entreprise⁶.

17. La majorité des procédures de règlement d'un différend entre investisseurs et États sont intentées contre des pays en développement. Sur les 608 actions connues intentées contre 101 pays dans le cadre d'un différend de ce type, 78 % l'ont ainsi été contre des pays moins développés. Toutefois, les tendances récentes montrent qu'une proportion croissante de ce type d'actions vise des pays développés. Il en était ainsi de 40 % des procédures nouvellement lancées en 2014³. Ces actions sont majoritairement le fait d'investisseurs basés dans d'autres pays économiquement avancés, comme les États-Unis et l'Union européenne⁷. À la fin 2014, les États les plus souvent poursuivis devant un tribunal pour le règlement d'un différend avec des investisseurs étaient : l'Argentine, la République bolivarienne du Venezuela, la République tchèque, l'Égypte, le Canada, le Mexique, l'Équateur, l'Inde, l'Ukraine, la Pologne et les États-Unis. Si cette liste comporte à la fois des pays développés et d'autres en développement, les actions des tribunaux n'ont pas les mêmes incidences selon les pays. À titre d'exemple, les États-Unis, qui utilisent leurs ressources juridiques et financières pour contester ces actions, n'ont jamais perdu et n'ont jamais eu à indemniser un investisseur⁸.

18. Les investisseurs qui ont initié en 2014 des procédures de règlement de différend avec des États étaient en grande majorité basés dans des pays développés. Les plus représentés étaient : les États-Unis, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'Allemagne, la France, le Canada, l'Italie, l'Espagne, la Suisse, la Turquie, la Belgique et l'Autriche. Cette liste correspond à des tendances depuis longtemps observées montrant que 80 % des actions sont intentées par des investisseurs issus de pays hautement développés d'Amérique du Nord ou de l'Union européenne³.

19. La majorité des procédures récentes de règlements de différends entre investisseurs et États ont été initiées sur la base d'accords d'investissement bilatéraux, soit 30 des 42 affaires connues en 2014. Au total, cependant, la majorité des actions de ce type ont été déclenchées en vertu d'accords de libre-échange, l'Accord de libre-échange nord-américain, et le Traité sur la Charte de l'énergie étant les plus fréquemment invoqués³. Parfois, les investisseurs intentent des actions en vertu à la fois d'accords de libre-échange et d'accords d'investissement bilatéraux dans les cas où les deux types de régimes existent entre le pays hôte et le pays d'origine. En 2014, les pratiques étatiques les plus contestées lors de

⁶ Public Citizen, « Memorandum ». Voir citizen.org/documents/oxy-v-ecuador-memo.pdf (en anglais).

⁷ CNUCED, « IIA issues note: investor-State dispute settlement: an information note on the United States and the European Union », Études de la CNUCED sur les questions relatives aux accords internationaux d'investissement, n° 2 (juin 2014). Voir http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf (en anglais).

⁸ Congressional Research Service, « International investment agreements (IIAs): frequently asked questions », 15 mai 2015. Voir <http://fas.org/sgp/crs/misc/R44015.pdf> (en anglais).

différends entre investisseurs et États étaient l'annulation ou les violations présumées de contrats ou de concessions, et la révocation ou le refus de licences ou de permis. Parmi les autres pratiques contestées, on citera les réformes législatives, la discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers, la régulation des tarifs de l'eau, les mesures relatives à l'imposition et les questions environnementales³.

IV. Investissement international, libre-échange, et droits de l'homme des peuples autochtones

20. Les incidences du libre-échange et des investissements internationaux sur les droits de l'homme sont largement reconnues comme posant des questions de droits fonciers, de dégradation de l'environnement, de pauvreté, de capacités de protection et de régulation de l'État, de déficit démocratique et d'atteinte à l'état de droit dans l'élaboration et l'application de ces accords, ainsi que de capacité des gouvernements à fournir des services de santé et d'eau. Ces incidences ont été prises en compte dans le traitement des questions relatives aux droits de l'homme et aux entreprises. Le sujet a été abordé par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, et a été porté au principe 9 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Celui-ci établit que : « Les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, à titre d'exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement ».

21. La section suivante étudiera de manière plus approfondie les effets directs et systémiques des régimes d'investissement et de libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones. Ces deux catégories sont étroitement liées et se renforcent mutuellement, mais il est intéressant de les étudier séparément car cela permet de mieux comprendre les incidences multiformes qu'ont les accords de libre-échange et d'investissement et leur application, comme on l'a vu plus haut, sur les droits de l'homme des peuples autochtones. Les données disponibles dans ce domaine sont limitées en raison de la nature complexe, diffuse et opaque de ce type de régimes. Par conséquent, la partie consacrée aux sujets de préoccupation récapitulera à la fois les informations disponibles et les domaines à explorer plus avant par la Rapporteuse spéciale lors de l'exercice de son mandat.

A. Incidences directes sur les droits des peuples autochtones

Droits sur les terres, les territoires et les ressources

22. Les peuples autochtones sont communément présentés comme entretenant un lien fort avec leurs terres, leurs territoires et leurs ressources. En vertu, notamment, des articles 8, 25, 26, 29 et 32 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ces peuples ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis, ainsi que le droit de posséder, utiliser, développer et contrôler ces ressources. L'article 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui consacre les droits collectifs et individuels à la propriété, vient compléter ces dispositions dans le cadre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

23. Les clauses des accords d'investissement et de libre-échange relatives à la non-discrimination ou à l'expropriation sont de nature à nuire de manière significative à la protection des droits sur les terres des peuples autochtones, ainsi qu'aux droits culturels qui y sont fortement associés. Les clauses de non-discrimination, comme on l'a vu plus haut, accordent, en effet, aux investisseurs étrangers un traitement égal à celui dont bénéficient les citoyens de l'État hôte et les ressortissants de pays tiers. Dans la pratique, cela signifie que, dans le cas où les droits des peuples autochtones ne sont pas explicitement cités comme des exceptions à ces dispositions, toute mesure visant expressément à protéger leurs terres, qu'elle soit prise en vertu du droit coutumier ou même d'une loi traitant spécifiquement des droits sur les terres autochtones, peut être rendue caduque dans le contexte d'investissements.

24. Les clauses des accords d'investissement relatives à l'expropriation peuvent également entraver de manière significative les demandes d'occupation de terrains des peuples autochtones. Si, dans le but de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ou d'autres normes relatives aux droits de l'homme, des gouvernements de pays hôtes où des accords internationaux d'investissement sont en vigueur prennent des mesures de discrimination positive visant à redistribuer aux peuples autochtones des terres coutumières prises par des investisseurs étrangers, ces gouvernements pourraient avoir à indemniser les investisseurs aux taux commerciaux en cours. Cette obligation d'indemniser aux taux du marché est appliquée par les tribunaux compétents dans les règlements de différends entre investisseurs et États, même dans les cas où l'expropriation des terres a été décidée à des fins publiques légitimes ou pour réparer une appropriation injustifiée de terres et de territoires appartenant à des peuples autochtones⁹.

25. De plus, les coûts d'une réappropriation des terres dans un contexte d'exercice des droits des peuples autochtones peuvent également être rédhibitoires. Historiquement, les États rencontrent des difficultés à trouver les ressources pour payer les terres autochtones. L'application des clauses des accords internationaux d'investissement relatives à l'expropriation, sans une atténuation des montants d'indemnisation, ne peut qu'accroître de manière significative ces difficultés. De nombreux gouvernements, notamment des gouvernements locaux et autochtones, ne pourront tout simplement pas se permettre de payer les coûts de réappropriation des terres autochtones, même lorsque celles-ci sont protégées, et ce, malgré les dispositions de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et d'autres traités relatifs aux droits de l'homme.

26. Les tensions complexes entre les droits des peuples autochtones sur les terres et les ressources et les dispositions des accords internationaux d'investissement sont illustrées par les exemples ci-après.

27. L'Équateur est le théâtre d'un très ancien et très complexe différend juridique autour d'atteintes à l'environnement sur des terres autochtones. Texaco, devenue filiale de Chevron en 2001, a été accusée d'avoir gravement pollué la forêt tropicale et les rivières entre 1964 et 1992. Ces accusations ont entraîné le lancement de procédures d'action de groupe par deux groupes autochtones. Une décision de

⁹ Margaret B. Devaney, « Remedies in investor-State arbitration: a public interest perspective », *Investment Treaty News* de l'Institut international du développement durable, vol. 3, n° 3 (mars 2013) (en anglais).

justice rendue en 2011 a condamné Texaco-Chevron à payer 8,6 millions de dollars de dommages et intérêts, cette somme pouvant grimper à 18,6 millions si la société ne présentait pas publiquement ses excuses. Texaco-Chevron a contesté ce jugement, affirmant qu'il était entaché de corruption et de fraude, et a fait appel devant un certain nombre de tribunaux d'Équateur. La procédure juridique s'étirant dans le temps, les dommages et intérêts sont passés à 18 millions de dollars. En 2012, la Cour suprême de l'Équateur a confirmé le jugement mais a divisé par deux le montant des dommages et intérêts, désormais fixé à 9,51 millions de dollars américains. Depuis, Texaco-Chevron a contesté cette décision au nom de l'accord bilatéral existant entre les États-Unis et l'Équateur. Le processus d'arbitrage est toujours en cours¹⁰.

28. En 2007, le Gouvernement du Pérou a accordé à une société minière canadienne, la Bear Creek Mining Corporation, le droit d'exploiter la mine d'argent de Santa Ana. Préoccupés par les conséquences possibles de cette décision sur le lac Titicaca, des groupes autochtones ont mené une série de grèves et de blocages. À la suite de ces actions et du décès de six manifestants, morts lorsque la police a ouvert le feu sur eux, principalement autochtones, opposés au projet, le Gouvernement a été contraint, en 2011, de retirer l'autorisation accordée à la société minière. Dans le même temps, le Gouvernement a donné aux communautés autochtones locales la possibilité d'approuver ou de refuser les opérations de forage dans la zone. L'investisseur poursuit aujourd'hui le Gouvernement du Pérou, sur la base du chapitre de l'accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou relatif à l'investissement, et plaidera probablement l'expropriation de son investissement. Certains éléments indiquent que le Gouvernement du Pérou semble se diriger vers un redémarrage de la mine pour éviter une bataille juridique coûteuse¹¹.

29. Dans l'État plurinational de Bolivie, des communautés autochtones locales se sont opposé à un projet de mine dans la région de Mallku Khota en raison de ses conséquences sur des lagon sacrés. À la suite d'un important mouvement de contestation sociale, et après avoir reconnu que le projet violait un certain nombre de dispositions de la Déclaration des Nations Unies sur les droits et des peuples autochtones et la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail, le Gouvernement a annulé les concessions accordées à l'investisseur. Celui-ci a attaqué le Gouvernement, invoquant une violation de plusieurs dispositions de l'accord d'investissement bilatéral entre le Royaume-Uni et la Bolivie, à commencer par les clauses relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation. Le Gouvernement tente aujourd'hui de faire valoir, dans le cadre du règlement du différend, la question des droits de l'homme, notamment ceux reconnus par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, invoquant leur violation par l'investisseur¹².

30. Étant donné la multitude de projets miniers et pétroliers, d'investissements dans l'agro-industrie, de zones économiques spéciales, de projets d'infrastructures et de développement du tourisme actuellement en cours sur pratiquement tous les

¹⁰ Business & Human Rights Resource Centre, « Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador) » (en anglais).

¹¹ Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement, « Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID case No. ARB/14/2 ». Reuters, « Peru hopes to revive Bear Creek mine, avoid legal battle », 15 août 2014 (en anglais).

¹² Cour permanente d'arbitrage, « South American Silver Limited v. Bolivia, UNCITRAL, PCA case No. 2013-15 », 2013-2015 (en anglais).

continents, souvent sur des terres de peuples autochtones, qu'elles soient délimitées ou non, les conflits entre les droits sur les terres et les accords d'investissement et de libre-échange sont appelés à devenir de plus en plus communs. Les peuples autochtones risquent de payer un tribut disproportionné à ce type de conflits, pas seulement en raison de la fréquence à laquelle leurs terres sont exploitées par des projets d'investissement, mais aussi en raison de la perte induite de bénéfices culturels et non économiques que ces peuples tirent souvent de leurs terres.

Consentement préalable, libre et éclairé

31. Le droit au consentement préalable, libre et éclairé figure dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, tandis que celui à la consultation est inscrit dans la Convention n° 169 de l'OIT. Malgré cela, seuls des représentants des gouvernements nationaux négocient, rédigent et approuvent les accords d'investissement, souvent dans la plus stricte confidentialité. Il n'a pas été porté à la connaissance de la Rapporteuse spéciale de cas où des représentants de peuples autochtones ou des responsables de structures de gouvernement autochtones autonomes ont été invités à participer à la négociation et à la rédaction formelles d'accords d'investissement et de libre-échange qui les concerneront pourtant directement. Étant donné l'aspect formellement contraignant de ce type d'accords à tous les niveaux de gouvernement, et les importantes incidences qu'ont de nombreux projets d'investissement sur les peuples autochtones, cette situation représente, en elle-même, une violation des droits au consentement préalable, libre et éclairé, à la participation, à la consultation et à l'autodétermination.

32. Dans de nombreux cas de projets financés par des investisseurs étrangers dans le cadre d'accords internationaux d'investissement, le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones n'a pas été obtenu. Des consultations de bonne foi devraient être menées avec les peuples autochtones quand sont entrepris des projets d'investissement qui les concernent directement, comme l'exigent les articles 19 et le paragraphe 2 de l'article 32 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention n° 169 de l'OIT. L'application de ces articles aux accords d'investissement et de libre-échange serait l'occasion d'intégrer à leurs dispositions les besoins et les perspectives des peuples autochtones et, ainsi, d'empêcher de nouvelles violations de leurs droits de l'homme à l'avenir. Quand ce type d'occasions est perdu, les risques de conflits, de suspension de projets et de pertes de profits augmentent.

33. Les violations sont aggravées par le risque que la responsabilité financière des dommages et intérêts incombant à l'État partie puisse être transférée aux gouvernements autochtones. À titre d'exemple, certains gouvernements, comme ceux du Canada et du Mexique, ont cherché à récupérer les sommes versées aux entreprises au titre de dommages et intérêts en bloquant des fonds destinés aux gouvernements locaux. Au Mexique, une municipalité a refusé d'accorder un permis en vue de la construction d'une décharge de déchets toxiques et le Gouvernement fédéral a déclaré l'endroit zone écologique protégée. À la suite de cette décision, le Gouvernement du Mexique a été attaqué par un investisseur américain sur la base de l'Accord de libre-échange nord-américain et a dû payer une amende de 16 millions de dollars¹³. Il a tenté de bloquer les fonds fédéraux destinés aux autorités locales

¹³ Public Citizen, « NAFTA chapter 11 investor-State cases: lessons for the Central America Free Trade Agreement », *Public Citizen's Global Trade Watch*, n° E9014 (février 2005) (en anglais).

qui avaient refusé le permis de construire afin de les forcer à accepter la responsabilité financière de la décision du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. Les autorités locales ont contesté cette procédure devant la Cour suprême du Mexique, laquelle a statué que le Gouvernement national ne pouvait pas réclamer le paiement des dommages et intérêts aux autorités locales. Cet exemple montre que les États ne peuvent pas transférer de manière automatique aux autorités locales la responsabilité financière des décisions prises par les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États. Toutefois, il existe d'autres cas où des agences locales ont dû payer des dommages et intérêts liés à l'existence d'accords d'investissement et de libre-échange. La Rapporteuse spéciale n'a pas connaissance de cas d'États transférant la responsabilité financière à des gouvernements autochtones autonomes, mais il s'agit potentiellement d'un grave sujet de préoccupation en matière de droit au consentement préalable, libre et éclairé.

34. Les violations du droit au consentement préalable, libre et éclairé peuvent également contribuer à des violations supplémentaires des droits des peuples autochtones dans le cadre d'accords internationaux d'investissement et de libre-échange. L'application du principe de consentement préalable, libre et éclairé aux accords d'investissement et de libre-échange est l'occasion d'intégrer les besoins et les perspectives des peuples autochtones dans les dispositions de ces textes et, ainsi, d'éviter des violations futures de leurs droits de l'homme. Quand ce type d'occasions est perdu, l'effet potentiellement préventif du respect du droit au consentement préalable, libre et informé demeure inexploité.

Droits culturels

35. Les effets potentiels des accords d'investissement et de libre-échange peuvent porter atteinte de diverses manières aux droits culturels des peuples autochtones. En premier lieu, les importantes implications de ces accords sur les droits aux terres et aux territoires des peuples autochtones sont encore aggravées par la signification culturelle même des terres et territoires autochtones. Comme on l'a vu plus haut, le rapport à la terre et à l'eau est constitutif de la culture et de l'identité autochtones. Par conséquent, les obstacles à la propriété foncière autochtone créés par les accords internationaux d'investissement et de libre-échange représentent également une atteinte aux droits culturels des peuples autochtones. De plus, le déplacement généralement induit par la perte d'une terre ou d'un territoire peut également nuire à l'intégrité culturelle et à la protection des communautés autochtones. Toute atteinte portée par les accords internationaux d'investissement et de libre-échange aux mécanismes de gouvernance autonome autochtone affaiblira également d'autant la protection des droits culturels.

36. Les dispositions des accords internationaux d'investissement pourraient aussi compromettre les tentatives des peuples autochtones de contester les pratiques préjudiciables en matière d'appropriation culturelle. Cette possibilité est, par exemple, illustrée par l'action en justice lancée par des peuples autochtones contre l'équipe de football américain des Washington Redskins en raison de la connotation préjudiciable de son nom. Depuis lors, aux États-Unis, six enregistrements au niveau fédéral de la marque déposée Washington Redskins ont été annulés. Ces décisions peuvent toujours faire l'objet d'un appel, l'équipe de football américain affirmant notamment avoir perdu beaucoup d'argent en raison de son investissement dans cette marque. Ces procédures juridiques ne se tiennent pas devant des

mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, mais ce type d'annulation de marque déposée pourrait être contesté en vertu d'un accord international d'investissement si ladite marque appartenait à un investisseur basé dans un autre pays.

Autodétermination, pauvreté, et droits économiques et sociaux

37. Comme on l'a vu plus haut, les peuples autochtones ne participent pas à la négociation et à la rédaction des accords de libre-échange. Pourtant, les dispositions de ces textes s'appliquent de manière contraignante à leurs dispositifs de gouvernance autonome et à la jouissance de leurs terres, territoires et ressources. À titre d'exemple, le modèle d'accord d'investissement bilatéral des États-Unis s'applique de manière très contraignante à tous les niveaux de gouvernement, y compris aux subdivisions politiques et autres entités exerçant un pouvoir réglementaire, administratif ou autre pouvoir gouvernemental leur ayant été délégué par un gouvernement national. Ne pas être en mesure de contribuer à l'élaboration de puissants accords juridiques qui ont des conséquences sur leurs vies constitue pour les peuples autochtones une violation de leur droit à l'autodétermination tel que le consacre l'article 3 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Le paragraphe 1 de l'article 32 de la Déclaration établit que ceux-ci « ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires ».

38. Dans un autre domaine, le déséquilibre entre le rôle des gouvernements autochtones et le déni de leurs droits à l'autodétermination dans le cadre de l'élaboration d'accords internationaux d'investissement pourrait entraîner des restrictions dans le prélèvement des taxes. Divers types de taxes, notamment la taxe sur la valeur ajoutée, l'accise et les timbres fiscaux sur les cigarettes, l'impôt sur les sociétés et celui sur les ressources naturelles, ont été contestés en vertu des clauses d'accords internationaux d'investissement relatives au traitement juste et équitable. Une taxe imposée seulement à des non-autochtones (comme par exemple des investisseurs étrangers) pourrait violer les dispositions de traitement national, comme par exemple celles du modèle américain de traité d'investissement bilatéral.

39. Les menaces que font peser les accords d'investissement et de libre-échange sur le droit à l'autodétermination et à une gouvernance autonome des peuples autochtones viennent aggraver des violations systémiques de longue date de leurs droits. Celles-ci se traduisent par des atteintes prononcées et prolongées à l'identité culturelle des peuples autochtones, le dénigrement et la non-reconnaissance du droit et des systèmes de gouvernement coutumiers, l'absence de cadres élaborés de manière à permettre aux peuples autochtones d'exercer leur droit au développement et à la gouvernance autonome, et des pratiques privant les peuples autochtones d'autonomie sur leurs terres et leurs ressources naturelles. C'est dans ce sens que les accords internationaux d'investissement contribuent à perpétuer des structures de pouvoir coloniales et postcoloniales responsables du racisme, de la discrimination, de la marginalisation et de l'exploitation dont souffrent de manière systématique les peuples autochtones.

40. Ce type de relations de pouvoir inégales entre les peuples autochtones, les entreprises privées et les États contribuent également à la persistance de niveaux de pauvreté endémiques parmi les peuples autochtones. Ceux-ci constituent en effet 5 % de la population mondiale mais représentent 15 % des personnes vivant dans la

pauvreté. À l'échelle mondiale, jusqu'à 33 % des personnes vivant dans une pauvreté rurale extrême sont issus de communautés autochtones. Ces chiffres sont particulièrement alarmants étant donné la richesse représentée par les ressources naturelles des territoires autochtones. Ce degré de pauvreté est une violation des droits des peuples autochtones au développement, ainsi que de leurs droits économiques et sociaux à des niveaux de vie suffisants en matière de logement, d'alimentation, d'accès à l'eau, de santé et d'éducation.

41. Les violations des droits des peuples autochtones à l'autodétermination et d'autres de leurs droits économiques et sociaux sont étroitement liées à leurs antécédents historiques en matière de marginalisation, de dépossession de leurs terres ancestrales, de destruction de l'environnement de ces terres et de manque d'autodétermination sur le chemin du développement. Tous ces facteurs sont aggravés par les répercussions des accords d'investissement et de libre-échange, dont les effets systémiques, comme on l'a vu plus haut, figurent, en outre, parmi les causes de pauvreté et de dénégaration du droit à l'autodétermination des communautés autochtones.

42. Les accords internationaux d'investissement sont également de nature à affecter de manière négative un certain nombre de droits économiques et sociaux des peuples autochtones. Les sommes déboursées par les États pour se défendre devant les mécanismes de règlement des différends avec des investisseurs, et pour payer des amendes lorsqu'ils perdent, peuvent être extrêmement élevées. Les ressources publiques sont ainsi détournées de leur finalité première, ce qui peut limiter les capacités des États à investir dans la réalisation des droits économiques et sociaux. Les accords internationaux d'investissement peuvent aussi initier et maintenir la pratique de privatisation des services et biens publics, notamment la santé et l'eau. À titre d'exemple, à cause des clauses relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable, le prix à payer pour révoquer des contrats privés en vue de fournir des services publics pourrait devenir prohibitif pour les États. Étant donné les antécédents insatisfaisants du secteur privé dans la prise en compte des besoins des populations les plus marginalisées et vulnérables, comme l'a montré, à titre d'exemple, la privatisation du secteur de l'eau, les conséquences sur les droits économiques et sociaux des peuples autochtones sont importantes.

43. En outre, selon le rapport à venir de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États ont été utilisés pour contester des mesures visant à améliorer la santé publique. Le rapport de l'Expert indépendant mentionne une affaire de 2010 opposant Philip Morris (Suisse) à l'Uruguay, dans laquelle la multinationale du tabac a poursuivi ce pays sur la base du traité d'investissement bilatéral entre la Suisse et l'Uruguay, au motif que la loi antitabac du pays dévaluait ses investissements. La même entreprise a également attaqué l'Australie devant les tribunaux en raison de ses efforts pour réduire la consommation de tabac. Les problèmes de santé publique, comme le tabagisme, sont en augmentation dans les communautés autochtones et leur prévalence peut y être plus importante que parmi les populations non autochtones. Par conséquent, les effets des procédures de règlement de différends entre investisseurs et États peuvent être disproportionnés sur les peuples autochtones.

B. Effets systémiques des régimes d'investissement et de libre-échange

44. Comme on l'a vu plus haut, les investissements internationaux et le libre-échange ont un certain nombre d'incidences directes sur les droits de l'homme des peuples autochtones. Si cette situation est déjà en elle-même très alarmante, il est également important de considérer les implications systémiques des conséquences collectives de ce type d'accords et de pratiques aux niveaux national et international. Les peuples autochtones étant l'un des groupes historiquement les plus marginalisés au sein du système international, ces répercussions systémiques affectent profondément leurs droits de l'homme, alors qu'ils sont souvent déjà très vulnérables et paient un tribut disproportionné aux effets des régimes d'investissement et de libre-échange dans leur ensemble.

Asymétrie entre l'État et les acteurs et privés

45. Les accords internationaux d'investissement et de libre-échange confèrent aux investisseurs étrangers et aux sociétés transnationales des droits très importants et leur offrent des mécanismes d'application très puissants. En revanche, les dispositions régissant les responsabilités des acteurs privés appartiennent souvent au droit international dit « souple ». Ces normes, parmi lesquelles figurent un certain nombre de critères ou de recommandations volontaires ou non contraignantes, échappent aux instruments juridiquement contraignants qui permettent de garantir l'équilibre entre les droits et les responsabilités de ces acteurs. Si les investisseurs peuvent ainsi avoir accès à une forme puissante et peut-être disproportionnée de recours, les États et/ou peuples autochtones sont souvent dans l'incapacité de contester légalement de manière efficace des pratiques d'entreprises privées qui portent gravement atteinte à la réalisation des droits de l'homme. Cela participe d'une dangereuse accumulation de pouvoirs dans les mains des acteurs internationaux du monde de l'entreprise, laquelle entrave les capacités de l'État dans son rôle de régulateur et de protecteur efficace des droits de l'homme et des peuples autochtones.

Restriction de l'espace législatif et d'élaboration de politiques pour les États

46. Les dispositions des accords internationaux d'investissement et de libre-échange peuvent restreindre l'espace législatif et d'élaboration de politiques dans lequel agissent les gouvernements. C'est ce que la littérature dans le domaine des accords internationaux d'investissement nomme « l'effet paralysant », par lequel un État se trouve affaibli dans sa capacité à agir dans l'intérêt public car soucieux d'éviter d'avoir à payer des frais d'arbitrage et de règlement de différends pouvant atteindre plusieurs milliards de dollars. Comme l'explique le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible : « Les accords internationaux d'investissement et les systèmes de règlement des différends entre investisseurs et États privilégient les entreprises transnationales au détriment des fonctions souveraines des États en matière de législation et de décisions judiciaires » (voir A/69/299, par. 4).

47. Les clauses relatives au traitement juste et équitable et à la stabilisation, en particulier, ont le pouvoir réduire les capacités des gouvernements. À titre d'exemple, les obligations du modèle de traité d'investissement bilatéral des États-Unis en matière de traitement juste et équitable ont, selon certains tribunaux

compétents en matière d'investissement, le pouvoir de paralyser l'adoption de nouvelles lois et réglementations. Par ailleurs, des arbitrages ont statué qu'une nouvelle loi ou réglementation ne pouvait être appliquée si elle était défavorable à un investisseur étranger. Les clauses relatives au traitement juste et équitable sont également un moyen très efficace pour les investisseurs de poursuivre des gouvernements au nom de traités commerciaux et/ou d'investissement. Dans une proportion importante d'affaires qu'ils ont remportées, les investisseurs ont invoquées ces clauses. Selon les sources, on estime à 81 % la proportion d'affaires remportées par les investisseurs citant des violations du traitement juste et équitable¹⁴.

48. Les préoccupations liées à la restriction de l'espace législatif et d'élaboration de politiques pour les gouvernements ont d'autres incidences directes sur les communautés autochtones. « L'effet paralysant » des accords d'investissement et de libre-échange pourrait, en effet, réduire la volonté politique, souvent déjà faible, d'agir pour mettre pleinement en œuvre les droits des peuples autochtones. Ainsi, en 2010, le Gouvernement du Guatemala a-t-il suspendu les opérations à la mine de Marlin à la suite de manifestations de peuples autochtones et de recommandations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de l'Organisation internationale du Travail. Toutefois, selon des articles de presse, des documents officiels obtenus en vertu des lois du Guatemala sur la liberté d'information montrent que les craintes de l'État de voir la fermeture définitive de la mine entraîner une procédure de règlement de différend, en vertu du chapitre relatif à l'investissement de l'accord de libre-échange signé avec les États-Unis, ont joué un rôle dans la décision de finalement maintenir la mine ouverte¹⁵.

49. Les préoccupations liées à l'« effet paralysant » ont été exprimées dans le contexte du nouvel Accord de partenariat transpacifique signé entre les États-Unis, le Canada et plusieurs pays de la zone Asie-Pacifique. Le tribunal de Waitangi a été créé en 1975 en Nouvelle-Zélande pour traiter les doléances de la communauté maori contre le Gouvernement de ce pays. Le tribunal a lancé des investigations urgentes sur les agissements du Gouvernement dans le cadre de la négociation de l'Accord de partenariat transpacifique. Sollicitée pour fournir des arguments dans le cadre de cette enquête, une professeure de droit a signalé que l'imposition de nouvelles conditions pourrait avoir des incidences négatives sur les initiatives visant à protéger les droits des peuples autochtones. Elle a cité plusieurs scénarios pouvant violer les clauses relatives au traitement juste et équitable de l'Accord, parmi lesquels la tenue de discussions pour obtenir le consentement préalable d'une tribu locale avant de lancer des activités de forage et la possibilité pour une assemblée locale de refuser la délivrance d'une licence d'utilisation après avoir pris en compte les arguments des Maoris¹⁶.

Perte de fonds publics

50. « L'effet paralysant » pourrait être aggravé par les répercussions pratiques de la perte de fonds publics pendant une procédure de règlement d'un différend entre investisseurs et États et par les sommes déboursées par les gouvernements pour se

¹⁴ Public Citizen, « Memorandum », 5 septembre 2012 (en anglais).

¹⁵ Claire Provost et Matt Kennard, « The obscure legal system that lets corporations sue countries », *The Guardian*, 10 juin 2015 (en anglais).

¹⁶ Ministère de la justice de Nouvelle-Zélande, « Affidavit of Professor Elizabeth Jane Kelsey », juin 2015 (en anglais).

défendre devant ces tribunaux. Comme on l'a vu plus haut, certaines sommes accordées se chiffrent en milliards de dollars, auxquelles s'ajoutent les frais juridiques inévitablement engendrés par une action de règlement d'un différend avec un investisseur. Les sommes accordées sont contraignantes et doivent, au bout du compte, être payées avec l'argent des contribuables. À grande échelle, la perte de fonds publics au bénéfice d'acteurs privés réduit le montant des financements publics disponibles pour promouvoir, de manière générale, le bien public et, plus particulièrement, les droits de l'homme et des peuples autochtones.

51. L'injustice de cette situation est accentuée, comme on l'a vu plus haut, par le fait que les pays majoritairement poursuivis dans le cadre de règlements de différends entre investisseurs et États sont historiquement des pays en développement. Beaucoup de peuples autochtones vivant dans ce type de pays et figurant parmi leurs populations les plus marginalisées, ils sont particulièrement exposés aux effets de la perte de fonds publics. Cette vulnérabilité est renforcée par le risque particulier, comme on l'a vu plus haut, que des gouvernements autochtones autonomes perdent des financements de la part de gouvernements nationaux tentant de recouvrer des ressources perdues lors de procédures de règlement de différends avec des investisseurs en bloquant les dotations aux autorités locales, par exemple des gouvernements de tribus et d'autres organes de gouvernement autochtones.

Déficit démocratique et affaiblissement de l'état de droit

52. Les processus régissant les accords internationaux d'investissement et de libre-échange peuvent être incompatibles de plusieurs manières avec une approche fondée sur les droits de l'homme.

53. Le processus de négociation et de rédaction des accords internationaux d'investissement s'accompagne d'un manque de transparence, de dialogue social et de contrôle législatif. Les peuples autochtones et leurs représentants formels ne participent que rarement, voire jamais, à ces processus malgré le fait que les accords qui en résultent s'appliquent de manière légalement contraignante à leurs juridictions.

54. Le contrôle judiciaire en matière d'accords internationaux d'investissement est également extrêmement insuffisant. Comme on l'a vu plus haut, les investisseurs peuvent saisir directement les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États sans avoir à épuiser préalablement tous les recours nationaux, ce qui revient à contourner totalement tout contrôle judiciaire des accords internationaux d'investissement. Cette absence de contrôle soulève de nombreuses questions d'ordre juridique concernant les modalités d'application des règlements de différends entre investisseurs et États, notamment le manque de processus d'appel, le caractère diffus des procédures né de l'absence de toute forme de coordination ou d'organe de contrôle, l'opacité des procédures et le manque d'informations complètes et disponibles sur la place publique concernant les décisions. De plus, il existe de fortes inquiétudes quant à d'éventuels partis pris et conflits d'intérêts parmi les professionnels du droit qui prennent part à ces procédures. Comme le déclare le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible : « Le règlement des différends est contrôlé par une petite clique d'arbitres et d'avocats et il peut arriver qu'une même personne exerce les fonctions d'avocat, d'arbitre et de conseiller auprès d'un investisseur ou pour le compte d'un État à des moments différents. De

nombreux arbitres ont des liens étroits avec les milieux d'affaire et peuvent être enclins à protéger les bénéfices des investisseurs » (voir A/69/299, par. 62).

55. Étant donné les questions d'intérêt public et de droits de l'homme concernées par les accords internationaux d'investissement et leur application, ainsi que les énormes sommes d'argent public parfois en jeu, le manque de contrôle législatif et d'examen judiciaire est injustifiable. Les pratiques sapant systématiquement les principes démocratiques et l'état de droit réduisent progressivement les capacités des États et des autorités locales à protéger les droits de l'homme et des peuples autochtones.

Perpétuation des déséquilibres de pouvoir internationaux

56. Les régimes d'investissement et de libre-échange peuvent accroître les inégalités entre les différents pays, les déséquilibres inhérents à certaines structures de pouvoir internationales pouvant influencer la négociation et la mise en œuvre de ce type de mécanismes. Comme on l'a vu plus haut, les régimes internationaux de commerce et d'investissement affectent de manière plus aiguë les pays en développement. La majorité des accords internationaux d'investissement sont signés entre des pays en développement et des pays développés. La plupart des procédures de règlement de différends entre investisseurs et États ont été lancées à l'encontre de pays moins développés, avec des investisseurs souvent issus d'États développés.

57. Le régime international d'investissement visant à protéger les droits des investisseurs étrangers a entraîné de nombreux différends entre investisseurs et États hôtes. Les décisions et les puissants mécanismes de mise en œuvre de ces régimes ont de graves conséquences sur la réalisation des droits de l'homme, de manière générale, et des droits des peuples autochtones, en particulier.

58. Des questions ont également été soulevées concernant l'éventuelle influence exercée par les structures internationales de pouvoir sur l'issue des affaires de règlements de différends entre investisseurs et États, étant donné que les pays développés semblent être plus en mesure de se protéger de leurs répercussions négatives. À titre d'exemple, les États-Unis n'ont jamais perdu une affaire de ce type, sans que l'on sache clairement si cela s'explique par le fait que les pays développés ont plus facilement accès aux ressources permettant de se défendre, ou par la possible existence d'un parti pris systématique en faveur des pays les plus puissants économiquement et géopolitiquement parlant.

59. En perpétuant les déséquilibres de pouvoir au sein du système international, les régimes de libre-échange et d'investissement aggravent conséquemment l'inégalité des ressources disponibles pour les pays. Il en découle que ce manque de ressources affecte de manière négative les capacités des pays les moins développés à protéger les populations les plus vulnérables, notamment les peuples autochtones.

Croissance économique nationale exclusive

60. Le libre-échange et les investissements internationaux peuvent encourager la croissance économique au niveau national par le biais des investissements directs étrangers (IDE) et, espère-t-on, en contribuant à l'accroissement du produit intérieur brut (PIB). Toutefois, il ne s'agit souvent pas d'une croissance économique à même de réduire la pauvreté parmi les citoyens les plus vulnérables, comme par exemple les peuples autochtones. Au contraire, l'expérience montre que la croissance

alimentée par la libéralisation des échanges commerciaux, les IDE, l'austérité budgétaire et une faible régulation aggrave les inégalités et s'obtient souvent au prix d'une destruction de l'environnement à grande échelle. Ces effets secondaires néfastes portent souvent atteinte aux droits des peuples autochtones, comme le droit aux terres, le droit à l'autodétermination sur le chemin du développement et le droit à la santé, à l'alimentation et à un niveau de logement suffisant.

V. Défis-clefs et pratiques encourageantes

A. Défis

61. Un certain nombre de défis étroitement liés et se renforçant mutuellement sont à relever pour parvenir à une réforme effective des accords internationaux d'investissement et de libre-échange et, conséquemment, à l'amélioration de la promotion et de la protection des droits des peuples autochtones. Ces défis sont abordés dans la section ci-après.

Domination du néolibéralisme et accent mis sur les activités extractives

62. La libéralisation du commerce international, l'ouverture des marchés aux investisseurs internationaux et le développement des mécanismes juridiques internationaux ont été fortement encouragés par la théorie économique néolibérale. Le néolibéralisme est un paradigme économique qui défend le pouvoir des marchés et avance que leur non-régulation conduit au développement. Sa domination s'est accrue à la fin du XX^e siècle et se retrouve aujourd'hui dans de nombreuses composantes des politiques de développement. Le néolibéralisme s'appuie sur de nombreux principes liés aux investissements internationaux et au libre-échange, notamment le soutien à la libéralisation du commerce, à la privatisation des services publics, à un rôle de régulation limité des États et au lien entre accroissement des IDE et croissance du PIB.

63. Ces principes sont compatibles avec les dispositions des accords internationaux d'investissement et de libre-échange, qu'ils légitiment donc. De fait, de nombreuses institutions financières internationales épousent le néolibéralisme dans lequel elles voient une théorie économique cohérente qui, si on y adhère, permettra le développement de chacun. Pourtant, ce discours dénué de toute remise en cause dissimule les intérêts particuliers des régimes internationaux d'investissement et de libre-échange, ainsi que leurs importantes implications en matière de droits de l'homme et des peuples autochtones. Il a contribué à un modèle de développement dont l'unité de mesure se situe dans des chiffres généraux de croissance et n'accorde que peu d'importance à sa capacité à réduire les inégalités ou la pauvreté, notamment chez les peuples autochtones. En outre, l'adhésion généralisée, sans remise en cause, à cette théorie économique et à sa légitimisation des accords de libre-échange et d'investissement peut représenter un obstacle à l'entretien de la volonté politique nécessaire à la réforme.

64. Parallèlement au néolibéralisme, les gouvernements ont choisi et continuent de privilégier les activités extractives comme voie de développement. Celles-ci regroupent les activités économiques consistant à extraire d'importantes quantités de ressources naturelles, principalement à des fins d'exportation. Les ressources naturelles extraites sont des minéraux, des métaux, du pétrole et/ou du gaz, de l'eau

et des produits issus de la foresterie, de l'agriculture et de la pêche. De nombreux projets étrangers d'investissement qui affectent directement les peuples autochtones comportent des activités extractives. La compétition que se livrent les États hôtes pour attirer les investissements étrangers conduit souvent à un nivellement par le bas en termes de protection sociale et de l'environnement.

Manque de cohérence du droit international

65. Les régimes juridiques internationaux en matière d'investissement et de libre-échange ont été élaborés comme une branche du droit international séparée des normes relatives aux droits de l'homme et des peuples autochtones. En dépit des importantes questions d'intérêt public en jeu dans le cadre des accords internationaux d'investissement, et du statut juridique coutumier de nombreux principes relatifs aux droits de l'homme, il n'existe aucun mécanisme formel de mise en œuvre garantissant que les accords commerciaux et d'investissement respectent les droits de l'homme. De plus, comme on l'a vu plus haut, le régime de libre-échange et d'investissement est lui-même diffus, complexe et opaque. Les mécanismes, réglementations et accords d'arbitrage sont nombreux et s'accompagnent d'un manque général de transparence. Cela limite les possibilités pour les législateurs et les personnes chargés d'élaborer des politiques d'avoir une vue d'ensemble des régimes internationaux d'investissement et de libre-échange, et de leurs effets sur les droits de l'homme et des peuples autochtones, en vue d'élaborer des scénarios de réforme efficaces.

Préoccupations relatives à la compétition internationale

66. Les préoccupations des États voyant la compétition internationale comme un obstacle à une réforme en profondeur des régimes de libre-échange et d'investissement ont été reconnues par la CNUCED. Les États identifiés comme accordant, sur leur territoire, la priorité aux droits des peuples autochtones pourraient ainsi devenir moins attractifs pour les investissements étrangers, ce qui pourrait leur être préjudiciable au regard des bénéfices que ces projets peuvent engendrer¹⁷. Tant que tous les États n'auront pas les mêmes cartes en main, les incitations à réformer en profondeur seront très faibles. Cet état de fait souligne l'importance d'une action collective sur la question de l'interaction entre, d'un côté, les accords de libre-échange et d'investissement et, de l'autre, les droits de l'homme.

B. Pratiques encourageantes

67. Si elle juge nécessaire une réforme fondamentale de la gestion internationale des activités des entreprises privées, la Rapporteuse spéciale s'intéresse également aux moyens de modifier les mécanismes existants afin de mieux protéger les droits des peuples autochtones. Selon la CNUCED, la quasi-totalité des pays sont parties à un ou plusieurs accords internationaux d'investissement, mais beaucoup ne sont pas satisfaits du régime actuel et nourrissent des préoccupations concernant les incidences de ces accords sur le développement, l'équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et des États, les mécanismes de règlement des

¹⁷ CNUCED, « IIA issues note: reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward », (en anglais).

différends entre investisseurs et États et la complexité systémique du régime des accords internationaux d'investissement. Ces préoccupations, partagées par plusieurs États, sont l'occasion de mener une réflexion collective sur les mécanismes de libre-échange et d'investissement. Il conviendrait de s'appuyer sur les pratiques encourageantes existantes, illustrées ci-après, pour saisir cette opportunité de changer les choses.

Clauses d'exception visant à protéger les droits des peuples autochtones et à promouvoir le développement durable

68. Les clauses d'exception peuvent protéger les peuples autochtones de toute incidence négative sur leurs droits dans le contexte d'accords internationaux d'investissement et de libre-échange. À titre d'exemple, les terres autochtones pourraient être exemptées des clauses de non-discrimination et d'expropriation. Il existe aujourd'hui peu d'informations sur les clauses d'exception visant à protéger les droits des peuples autochtones et sur leur efficacité. C'est un domaine que la Rapporteuse spéciale prévoit d'inclure dans la poursuite de ses échanges avec les États Membres.

69. Il existe également des exemples de clauses intégrées à des accords internationaux d'investissement dans le but de promouvoir le développement durable. Celles-ci pourraient s'avérer utiles dans la promotion des droits économiques et sociaux des peuples autochtones. L'examen, fait en 2014 par la CNUCED de 13 de ces accords dont les textes sont consultables (7 traités d'investissement bilatéraux et 6 autres accords internationaux d'investissement), montre que la plupart des traités récemment conclus comportent des volets ayant trait au développement durable. Onze de ces accords contiennent des exceptions d'ordre général concernant, à titre d'exemple, la protection des êtres humains, des animaux ou de la flore, ou la préservation des ressources naturelles épuisables. Onze traités contiennent une clause établissant explicitement que les parties ne sauraient abaisser les niveaux de vie en matière de santé, de sécurité et d'environnement afin d'attirer des investissements. Sur ces 11 traités, 9 évoquent, en préambule, la protection de la santé et de la sécurité, du droit du travail, de l'environnement ou du développement durable.

70. Les dispositions visant à protéger, de manière plus générale, l'espace de régulation des États, et/ou à minimiser leur exposition à l'arbitrage en matière d'investissement, viennent compléter les volets consacrés au développement durable. Ces dispositions contiennent des clauses qui excluent certains types d'actifs de la définition de l'investissement; qui clarifient les obligations des États en vertu des accords internationaux d'investissement afin de restreindre les possibilités de contestations des investisseurs; qui comportent des exceptions aux obligations en matière de transferts de fonds; et qui régulent de manière plus poussée les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États. Tous ces types de dispositions pourraient se révéler des mécanismes utiles dans la protection des peuples autochtones, dans le contexte des accords internationaux d'investissement.

Réforme constitutionnelle

71. Certains pays d'Amérique latine ont pris des mesures juridiques pour se protéger, eux et leurs citoyens, des répercussions des accords internationaux

d'investissement. À titre d'exemple, comme l'a noté le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, l'Équateur a modifié sa Constitution pour interdire son adhésion à des instruments dans lesquels il renoncerait à sa compétence souveraine dans l'arbitrage des litiges l'opposant à des particuliers ou des entreprises privées. De même, l'État plurinational de Bolivie et la République bolivarienne du Venezuela se sont retirés de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (voir A/69/299, par. 70).

Efforts multilatéraux pour améliorer la transparence

72. D'importants efforts multilatéraux ont été entrepris récemment pour améliorer la transparence des régimes de libre-échange et d'investissement. On citera notamment l'élaboration et l'entrée en vigueur du Règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, ouverte à la signature en mars de cette année.

VI. Conclusions et recommandations

A. Conclusions

73. Il est clair que les accords d'investissement et de libre-échange sont de nature à contribuer de manière significative aux violations des droits des peuples autochtones. La menace que représentent les régimes actuels réside à la fois dans leurs incidences directes sur les droits de ces peuples et dans leur contribution aux injustices et déséquilibres systémiques qui affectent généralement de manière disproportionnée les peuples autochtones, qui figurent parmi les plus marginalisés à l'échelle mondiale. C'est la raison pour laquelle la Rapporteuse spéciale entend maintenir son attention sur cette question au cours de l'exercice de son mandat.

74. Les implications des accords internationaux d'investissement en matière de droits de l'homme et des peuples autochtones sont une question complexe et aux facettes multiples qui exige une attention maintenue et multilatérale de la part des États Membres des Nations Unies, en étroite collaboration avec les peuples autochtones et leurs représentants formels. La Rapporteuse spéciale juge nécessaire une réforme fondamentale et systémique de la gestion internationale des investissements et du libre-échange, dans le contexte plus large d'efforts visant à traiter les questions des droits de l'homme associées aux activités des entreprises. On ne saurait admettre la pérennisation de la situation actuelle, qui permet aux entreprises et aux investisseurs de jouir de droits et de recours exceptionnellement puissants, alors que les seuls mécanismes existants face auxquels ils sont tenus de rendre des comptes pour toute violation des droits de l'homme ou des peuples autochtones sont saisis sur la base du bon vouloir et/ou n'ont qu'un champ d'action limité au regard du droit international. De plus, les peuples autochtones continuent de payer une part inéquitable des problèmes engendrés par cette situation et souffrent d'un

éventail de graves violations de leurs droits dans un contexte d'activités d'entreprises privées et de gestion de l'économie mondialisée qui y est associée.

75. Pour autant, la nécessité de changements de fond et collectifs n'est pas incompatible avec des réformes plus immédiates et graduelles. La Rapporteuse spéciale juge également intéressantes les possibilités offertes par certaines pratiques positives émergentes en matière d'accords internationaux d'investissement. Elle pense que les États peuvent prendre individuellement et dès maintenant des mesures afin de mieux protéger les droits des peuples autochtones.

76. Le nombre d'États de plus en plus mécontents face aux injustices inhérentes aux régimes de libre-échange et d'investissement est aujourd'hui en augmentation. Dans le même temps, les principales parties prenantes sont de plus en plus sensibilisées aux déséquilibres étroitement liés entre l'application des droits des entreprises et le respect des droits de l'homme. Cette configuration fournit une très bonne occasion d'améliorer la protection et la promotion des droits de l'homme et des peuples autochtones et de transformer le système international de gestion mondiale de l'économie de manière à ce qu'il devienne sensiblement plus juste et équitable.

B. Recommandations

77. Concernant la réforme des pratiques relatives à l'investissement et au libre-échange, les recommandations de la Rapporteuse spéciale sont les suivantes :

a) Sur la base du principe de consentement préalable, libre et éclairé tel qu'il est établi par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et par la Convention n° 169 de l'OIT, les États Membres devraient étudier, en concertation avec les peuples autochtones affectés, les possibilités de mettre en place des mécanismes participatifs leur permettant d'être impliqués, ou au moins d'avoir leur mot à dire, dans la négociation et l'élaboration de tous les accords d'investissement et de libre-échange concernés. Cette réflexion devrait s'inscrire dans des efforts plus larges destinés à améliorer le niveau de dialogue social intervenant dans la négociation et la rédaction de ces accords;

b) En plus d'une amélioration du dialogue social, la négociation et la rédaction des accords internationaux d'investissement devraient être soumises à un contrôle parlementaire et à des consultations avec tous les niveaux de gouvernement. Toutes les structures de gouvernement autonomes autochtones devraient être incluses de manière formelle dans le processus de prise de décisions en matière d'accords internationaux d'investissement;

c) Conformément aux principes directeurs applicables aux études de l'impact de tous les accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme élaborés par le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, les États devraient entreprendre des études d'impact fiables sur les droits de l'homme avant la signature de ce type de traités. Ces études devraient systématiquement prendre en compte les incidences spécifiques sur les droits collectifs et individuels des peuples autochtones, identifiées grâce à des consultations directes avec les communautés autochtones;

d) Les États Membres devraient s'assurer que la question de l'égalité entre les sexes est intégrée comme il convient dans l'élaboration des études d'impact sur les droits de l'homme et que sa relation croisée avec d'autres formes de discrimination est analysée de sorte que la vulnérabilité particulière des femmes autochtones aux effets des pratiques d'investissement soit prise en compte;

e) Les États Membres devraient impliquer les représentants autochtones, y compris les femmes, dans les processus de négociation de tous les accords internationaux d'investissement pour lesquels des études d'impact sur les droits de l'homme ont identifié des problèmes potentiels pour les peuples autochtones;

f) En concertation avec les peuples autochtones, les États Membres devraient réfléchir à l'intégration de clauses d'exception visant à protéger les droits des peuples autochtones, tels que le droit aux terres ancestrales, aux ressources qui y existent et à un gouvernement autonome, dans tous les accords de libre-échange et d'investissement concernés;

g) Les États Membres devraient s'assurer que tous les accords internationaux d'investissement, nouvellement signés ou renégociés, prennent en compte les devoirs à la fois des gouvernements et des entreprises en matière de respect des droits de l'homme, conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme;

h) Aussi longtemps que les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États siégeront, les États Membres devraient automatiquement s'assurer que le droit international relatifs aux droits de l'homme, y compris toutes les dispositions particulières relatives aux peuples autochtones, sert de source de droit dans l'arbitrage des différends;

i) Les États Membres devraient publier toutes les décisions d'arbitrage prises dans les affaires de règlement de différends entre investisseurs et États, y compris les informations sur des aspects spécifiquement liés aux droits des peuples autochtones;

j) Les États Membres devraient intégrer une analyse des incidences des accords d'investissement et de libre-échange sur les droits des peuples autochtones, ainsi qu'une analyse des réponses à la fois juridiques et en termes de politiques qui y ont été apportées, à l'élaboration des plans nationaux d'action sur les entreprises et les droits de l'homme, ainsi qu'à la mise en œuvre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme;

k) Les États Membres devraient ratifier la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, ouverte à la signature depuis le mois de mars;

l) Les États Membres devraient investir dans des méthodes de surveillance, de recherche et d'évaluation ciblées permettant de développer la compréhension des incidences des accords internationaux d'investissement sur les peuples autochtones, et préparer des rapports sur l'efficacité des politiques et des interventions juridiques mises en œuvre pour limiter ces incidences.

78. Concernant une réforme systémique plus en profondeur, la Rapporteuse spéciale fait les recommandations suivantes aux États Membres :

- a) Agir collectivement pour réfléchir aux moyens de parvenir à un meilleur équilibre, dans les régimes d'investissement et de libre-échange, entre, d'un côté, les droits des investisseurs et des entreprises privées et, de l'autre côté, les droits de l'homme de tous les citoyens;
- b) Participer activement au Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme établi par la résolution 29/6 du Conseil des droits de l'homme, afin d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant et de développer des moyens de renforcer les recours et les mécanismes de responsabilité juridiques en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises privées;
- c) Dans le contexte du programme de développement pour l'après-2015, repenser les paradigmes de développement qui ne conduisent pas à un développement durable et inclusif et à une réduction de la pauvreté parmi tous les groupes, y compris les peuples autochtones, et s'assurer que les capacités des peuples autochtones en tant qu'acteurs du développement sont reconnues dans le contexte de reconceptualisation du développement économique.

79. Aux Nations Unies et aux organisations associées, la Rapporteuse spéciale fait les recommandations suivantes :

- a) Fournir toute assistance technique nécessaire aux États Membres engagés dans une réforme immédiate des accords d'investissement et de libre-échange ou dans toute réforme systémique plus large et à long terme;
- b) Garantir l'intégration des normes en matière de droits de l'homme, y compris celles relatives aux peuples autochtones, dans toutes les agences des Nations Unies, et dans toutes les agences qui y sont associées, travaillant sur les questions relatives aux accords d'investissement et de libre-échange, notamment la CNUCED, l'Organisation mondiale du commerce et la Banque mondiale;
- c) Contribuer à la base de données factuelles sur les incidences des accords d'investissement et de libre-échange sur les droits des peuples autochtones, par le biais de consultations et de recherches ciblées;
- d) Jouer un rôle moteur dans la coordination des efforts des gouvernements visant à améliorer la transparence et le contrôle en matière d'accords internationaux d'investissement;
- e) Élaborer des outils et des conseils pouvant être utilisés par les États membres pour s'assurer que la protection des droits des peuples autochtones est intégrée à tous les accords d'investissement et de libre-échange.