



Assemblée générale

Distr. générale
11 août 2016
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trente-troisième session

Point 3 de l'ordre du jour

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

Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones* **

Note du Secrétariat

On trouvera dans le rapport ci-après une analyse des incidences sur les droits des peuples autochtones des accords internationaux d'investissement, y compris les accords bilatéraux d'investissement et les chapitres des accords de libre-échange consacrés aux investissements.

* Le présent rapport a été soumis tardivement afin d'y faire figurer les informations les plus récentes.

** Les annexes au présent rapport sont reproduites dans la langue de l'original seulement.

GE.16-13924 (F) 181116 221116



* 1 6 1 3 9 2 4 *

Merci de recycler



Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Activités de la Rapporteuse spéciale	3
A. Visites de pays	3
B. Rapport sur les mesures de conservation de l'environnement	3
III. Accords internationaux d'investissement.....	3
A. État des lieux	3
B. Rapport sur les mesures de conservation de l'environnement	4
IV. Droits des peuples autochtones	5
A. Aperçu général.....	5
B. Reconnaissance et application	6
C. Les entreprises et les droits des peuples autochtones.....	7
V. Incidences sur les droits des peuples autochtones des investissements, des accords internationaux d'investissement et du règlement des différends entre investisseurs et États.....	8
A. Incidences des investissements sur les peuples autochtones.....	8
B. Incidences des accords internationaux d'investissement et règlement des différends entre investisseurs et États.....	9
C. Exemples de règlements de différends entre investisseurs et État affectant les droits des peuples autochtones	11
D. Observations sur le règlement des différends entre investisseurs et États	15
VI. Partenariat transpacifique	18
VII. Conclusions et recommandations	20
A. Conclusions	20
B. Recommandations.....	22
 Annexes	
I. Participation in international and national conferences and dialogues.....	28
II. Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples.....	29
III. Bibliography	34
IV. Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights	37

I. Introduction

1. Le présent rapport est soumis au Conseil des droits de l'homme par la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones en application des résolutions 15/14 et 24/9 du Conseil. La Rapporteuse spéciale y propose un bref compte rendu des activités qu'elle a menées depuis la présentation de son précédent rapport au Conseil (A/HRC/30/41) ainsi qu'une analyse thématique des incidences des accords internationaux d'investissement sur les droits des peuples autochtones.

II. Activités de la Rapporteuse spéciale

A. Visites de pays

2. Depuis la trentième session du Conseil, la Rapporteuse spéciale s'est rendue dans trois pays : en Laponie en août 2015, au Honduras en novembre 2015 et au Brésil en mars 2016. Les rapports sur ces visites seront publiés sous la forme d'additifs au présent rapport.

B. Rapport sur les mesures de conservation de l'environnement

3. La Rapporteuse spéciale présentera à l'Assemblée générale, à sa soixante et onzième session, un rapport thématique sur les mesures de conservation de l'environnement et leurs incidences sur les droits des peuples autochtones.

III. Accords internationaux d'investissement

A. État des lieux

4. Dans le rapport qu'elle a présenté en 2015 à l'Assemblée générale (A/70/301), la Rapporteuse spéciale a conclu que la protection conférée par les accords internationaux d'investissement aux investisseurs étrangers pouvait avoir des incidences non négligeables sur les droits des peuples autochtones. Afin d'approfondir la question, elle a adressé des questionnaires aux États Membres de l'ONU et aux organisations de peuples autochtones et de la société civile et organisé, en coopération avec le Groupe de travail international pour les affaires autochtones, le *Asia Indigenous Peoples Pact*, le *Columbia Center on sustainable investment* et le Centre international des peuples autochtones pour l'éducation et la recherche sur les politiques (Fondation Tebtebba), une série de consultations régionales et mondiales avec des autochtones et des experts du droit international relatif à l'investissement et des droits de l'homme.

5. Ces travaux ont montré que le régime de l'investissement international a une incidence notable sur la réalisation des droits des peuples autochtones, qui vient s'ajouter à celle des investissements proprement dits. De fait, la protection des investisseurs l'emporte sur les droits de ces populations, ce qui est dû à la « paralysie réglementaire » et aux graves dysfonctionnements du processus de règlement des différends institué par le régime d'investissement.

6. Le présent rapport est le deuxième d'une série de trois rapports que la Rapporteuse a prévu de consacrer à cette question. Elle a déjà présenté le sujet et évoqué certaines incidences des accords internationaux d'investissement sur les droits des peuples

autochtones ainsi que les problèmes de fond que pose le régime international de l'investissement. Dans le présent rapport, elle s'efforce de replacer ces incidences dans leur contexte et de se concentrer sur certains cas particuliers. Dans son rapport final, elle s'interrogera sur le niveau de protection conféré par ces accords et le reconsidérera en tenant compte de l'évolution intervenue dans le droit international des droits de l'homme et des impératifs du développement durable, du point de vue des peuples autochtones.

7. La Rapporteuse cherche ainsi à promouvoir une certaine cohérence entre le droit international de l'investissement et le droit international des droits de l'homme et à faire en sorte que les États ne fassent pas passer la protection qu'ils consentent aux investisseurs avant leurs obligations vis-à-vis des peuples autochtones.

B. Aperçu général des accords internationaux d'investissement

8. Le régime de l'investissement international repose sur 3 268 accords internationaux d'investissement, au nombre desquels figurent quelque 3 000 traités bilatéraux d'investissement et plus de 300 chapitres d'accords bilatéraux ou régionaux de libre-échange¹. Ces accords conclus entre États assurent aux investisseurs des « États d'origine » la protection juridique de leurs investissements dans les « États d'accueil ».

9. Les accords internationaux d'investissement sont généralement conçus sur le même modèle, à savoir qu'ils prévoient l'interdiction des expropriations ou des « acquisitions réglementaires » sans indemnisation et imposent des normes telles que : le traitement national ou la non-discrimination, ce qui signifie que les investisseurs étrangers ne doivent pas être traités de façon moins favorable que les investisseurs nationaux ; la « clause de la nation la plus favorisée », en vertu de laquelle le même niveau de traitement doit être accordé aux autres investisseurs étrangers ; la règle du « traitement juste et équitable », ou des « normes internationales minimales de traitement », qui peuvent être d'une application très large et englobent généralement la protection des « attentes légitimes »² des investisseurs, et garantissent pleinement la protection et la sécurité des investissements.

10. Les accords internationaux d'investissement prévoient aussi habituellement la possibilité pour les investisseurs d'avoir accès à une procédure de règlement des différends entre investisseurs et États, à savoir d'engager une procédure arbitrale contre un État d'accueil pour incapacité à protéger leurs investissements conformément aux dispositions des accords. Il n'est généralement pas obligatoire d'avoir épuisé les recours internes ou les mécanismes d'appel et il n'y a aucune transparence ni aucune occasion d'intervention d'une tierce partie. Les indemnités accordées peuvent être prélevées sur les actifs de l'État à l'étranger, ne sont soumises à aucune limitation financière et peuvent atteindre des milliards de dollars.

11. Selon la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), les annulations ou violations présumées de contrats et la révocation ou le refus d'octroi de licences comptent parmi les actions des États les plus contestées, et environ 30 % de tous les différends portent sur les industries extractives et le secteur de l'énergie, qui attirent le plus grand nombre de nouveaux investissements³. La majorité de ces affaires

¹ Voir l'article publié par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement sous le titre « Recent trends in international investment agreements and investor-State disputes », International Investment Agreement- Issues Note (février 2015), consultable sur la page http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

² Voir UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreement II (février 2015), consultable à l'adresse : http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

³ Voir UNCTAD, « Recent trends ».

concernent des recours contre des États qui comptent un grand nombre d'autochtones, sur le territoire desquels se trouvent les ressources minérales, énergétiques ou forestières exploitées.

12. On assiste depuis quelques années à une augmentation du nombre d'accords de libre-échange mégarégionaux, qui vont bien au-delà des échanges commerciaux et portent aussi sur les investissements et la réglementation et qui sont assimilables à des accords structurels économiques mondiaux. Le plus récent d'entre eux est l'Accord de partenariat transpacifique. Son chapitre consacré aux investissements, qui reprend la plupart des dispositions de l'accord bilatéral d'investissement type des États-Unis, est l'un des plus controversés. Il a été largement critiqué, notamment par des Rapporteurs spéciaux, qui lui reprochent de limiter l'espace démocratique en transférant effectivement aux entreprises les pouvoirs de prise de décisions publiques en matière de gouvernance économique, sociale et culturelle.

IV. Droits des peuples autochtones

A. Aperçu général

13. Le droit international des droits de l'homme reconnaît aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, en vertu duquel ces peuples sont habilités à déterminer leur propre développement social, culturel et économique. Les droits énoncés dans ces traités, qui ont été largement adoptés, revêtent des aspects particuliers lorsqu'ils sont interprétés à la lumière des réalités, des besoins, de la vision du monde et du contexte historique propres aux peuples autochtones ainsi que du caractère impératif de l'interdiction de la discrimination raciale. C'est dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones que les droits propres à ces groupes de population sont énoncés et décrits de la manière la plus claire.

14. On en trouve confirmation dans la jurisprudence des organes conventionnels des Nations Unies chargés des droits de l'homme, qui demandent aux États de se référer à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones lorsqu'ils s'acquittent de leurs obligations conventionnelles. L'interprétation qui a été faite de ces instruments par des tribunaux et des commissions nationaux et régionaux en Amérique latine et en Afrique, à la lumière des dispositions de la Déclaration et de la Convention de l'Organisation internationale du Travail n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, de 1989, témoigne de l'applicabilité universelle de ces instruments et traduit l'émergence d'un droit international coutumier dans le domaine des droits des peuples autochtones.

15. Si le concept de « peuples autochtones » n'est pas défini dans le droit international, il est généralement admis que ces populations présentent un certain nombre de caractéristiques communes : elles s'auto-identifient en tant que peuple autochtone ; elles ont une relation particulière avec leurs terres ancestrales, et tiennent à l'entretenir ; elles ont des systèmes sociaux, économiques et politiques distincts, qui se reflètent dans leur langue, leur culture, leurs croyances et le droit coutumier ; et elles ont toujours occupé une position non dominante dans la société. Peu importe à cet égard la définition qu'en donne l'État.

16. Les droits territoriaux et les droits de propriété des peuples autochtones ont ceci de particulier qu'ils concernent les territoires et les ressources que ces populations occupent, détiennent, utilisent ou ont acquis de longue date et englobent le droit de posséder, d'utiliser, de développer et de contrôler ces ressources. Ces droits collectifs existent, qu'ils

soient reconnus ou non par l'État, et reposent sur trois caractéristiques : le droit à l'autodétermination, en vertu duquel les autochtones peuvent disposer des terres et des autres ressources nécessaires à leur survie matérielle et culturelle ; les régimes fonciers qui leur sont propres ; et le fait que leurs terres ancestrales soient en leur possession de longue date.

17. Il en résulte pour les États l'obligation de mettre en place des mécanismes culturellement appropriés pour que les peuples autochtones puissent participer effectivement à la prise de décisions sur les questions qui touchent directement leurs droits. À cette fin, les normes du droit international des droits de l'homme imposent aux États de mener des consultations de bonne foi avec ces populations pour obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé. Ces conditions doivent être réunies avant l'adoption de mesures législatives ou administratives, l'élaboration de plans d'investissement ou la délivrance de concessions, de licences ou de permis pour l'exécution de projets sur leurs territoires ou à proximité.

18. Les organes compétents en matière de droits de l'homme ont ainsi précisé que la croissance économique ou le développement national ne pouvaient pas être invoqués pour justifier des atteintes non consensuelles aux droits territoriaux et culturels des peuples autochtones⁴ et ce, d'autant plus que le droit des peuples à l'autodétermination revêt un caractère universel, que la discrimination raciale est interdite et que la protection des peuples autochtones est une question d'intérêt public.

B. Reconnaissance et application

19. Les peuples autochtones comptent parmi les groupes de population les plus marginalisés et les plus stigmatisés au monde. Le cadre international de protection de leurs droits a été principalement conçu en réaction à cet état de fait. Certains pays ont fait des avancées spectaculaires sur la voie de la reconnaissance des droits de ces peuples, notamment en Amérique latine, et ces droits sont plus ou moins reconnus par le cadre réglementaire national d'autres pays. Il n'en reste pas moins que la plupart des pays d'Asie et d'Afrique ne reconnaissent pas aux groupes qui présentent les caractéristiques d'un peuple autochtone, telles qu'elles sont définies dans le droit international, l'ensemble des droits que confèrent à ces peuples les normes du droit international des droits de l'homme et, bien souvent, ne reconnaissent pas officiellement la catégorie des « peuples autochtones » consacrée dans le droit international.

20. Même dans les pays où les normes du droit international des droits de l'homme ont été incorporées dans le droit interne, des modifications doivent être apportées à la législation pour la rendre pleinement compatible avec ces normes internationales et en garantir l'application. L'écart qui peut de ce fait exister entre le droit et la pratique est souvent révélateur du déséquilibre des rapports de force entre les peuples autochtones vulnérables et les élites politiques puissantes qui cherchent à tirer parti de l'exploitation des ressources découvertes sur leur territoire.

21. Ce déséquilibre des rapports de force se retrouve généralement dans les interactions entre les institutions mises en place pour protéger les droits des peuples autochtones et celles qui assurent la promotion de l'exploitation des ressources naturelles. Ainsi, même dans les pays qui se sont dotés d'un cadre législatif avancé, la discrimination structurelle profondément ancrée et les droits acquis peuvent rendre inopérantes les protections juridiques conférées aux peuples autochtones.

⁴ Voir CCPR/C/52/D/511/1992.

C. Les entreprises et les droits des peuples autochtones

22. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme affirment l'obligation incombant aux entreprises de respecter les droits des peuples autochtones qui sont consacrés par les normes du droit international relatif aux droits de l'homme. Cette obligation est renforcée par le fait que ces principes ont été traduits sous forme de normes, telles que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Il existe de plus en plus de normes applicables aux investissements menés sur les terres des peuples autochtones, notamment les normes de performance de la plupart des institutions financières internationales, comme celles de la Société financière internationale, et ces normes doivent être respectées par les banques privées qui adhèrent aux Principes de l'équateur, aux termes desquels les clients doivent respecter les droits des peuples autochtones, y compris le principe du consentement préalable, libre et éclairé. La Banque mondiale a inscrit l'obligation d'obtenir ce consentement dans son projet de politique révisée. D'autres établissements bancaires, comme la Banque africaine de développement et la Banque brésilienne de développement, n'ont pas encore élaboré de politiques de sauvegarde à l'intention des peuples autochtones.

23. Un nombre croissant d'initiatives multipartites adoptent des normes garantissant le respect des droits des peuples autochtones, consacré par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et subordonnent par conséquent l'approbation ou la mise en route d'un projet d'investissement à leur consentement préalable, libre et éclairé. Certaines entreprises de l'industrie d'extraction, et d'autres spécialisées dans la production d'huile de palme, de sucre, de soja et d'autres ressources agricoles ont aussi accompli des progrès sur la voie de la reconnaissance des droits des peuples autochtones consacrés par la Déclaration, et notamment eu égard à l'obligation d'obtenir leur consentement, ainsi qu'en témoigne le Pacte mondial des Nations Unies. On peut en conclure que, d'une manière générale, les sociétés transnationales reconnaissent l'obligation qui leur incombe de respecter les droits des peuples autochtones.

24. Dans la pratique toutefois, cette obligation n'est guère respectée et des difficultés subsistent en ce qui concerne l'interprétation des droits des peuples autochtones, en particulier du droit de donner ou de refuser un consentement libre, préalable et éclairé.

25. En s'attaquant au problème sous-jacent de la participation des entreprises aux violations des droits des peuples autochtones, on pourrait contribuer à remédier au déséquilibre et à l'incohérence qui existent actuellement dans le droit international. Des mécanismes ont été proposés, tels que des tribunaux d'arbitrage qui permettraient aux peuples et aux individus lésés de disposer d'une voie de recours. Des discussions menées à l'échelon intergouvernemental à propos d'un traité sur les entreprises et les droits de l'homme ont aussi permis d'aborder bon nombre des problèmes qui se posent dans le contexte de la promotion des obligations incombant aux investisseurs en vertu des accords internationaux d'investissement.

V. Incidences sur les droits des peuples autochtones des investissements, des accords internationaux d'investissement et du règlement des différends entre investisseurs et États

A. Incidences des investissements sur les peuples autochtones

26. Les recherches menées par la Rapporteuse spéciale révèlent un nombre alarmant de cas, dans les secteurs de l'extraction minière, de l'exploitation du pétrole et du gaz, de l'hydroélectricité et de l'agro-industrie, dans lesquels des projets d'investissements étrangers ont conduit à de graves violations des droits des peuples autochtones à la terre, à l'autonomie et à la culture. Ces violations, qui peuvent aller jusqu'à prendre la forme de crimes contre l'humanité, sont amplement traitées dans les recommandations et la jurisprudence des organes internationaux et régionaux de défense des droits de l'homme.

27. Le plus souvent, les États d'accueil concernés mènent des politiques de développement économique axées sur l'exploitation des ressources énergétiques et minérales, des terres ou d'autres ressources, principalement situées sur les territoires des peuples autochtones. Les institutions gouvernementales responsables de l'application de ces politiques considèrent que ces terres et ces ressources peuvent être exploitées sans réserve et encouragent activement ces activités d'exploitation à l'étranger, afin de générer des entrées de capitaux. La reconnaissance des droits des peuples autochtones dans le cadre juridique interne est soit inexistante, soit insuffisante, ou n'est simplement pas appliquée. Les institutions chargées de défendre les droits des peuples autochtones, lorsqu'elles existent, n'ont guère de pouvoirs, ne sont pas fiables ou ne disposent pas de ressources suffisantes. Les peuples autochtones n'ont aucun moyen de recours dans les États d'origine et les États d'accueil et ils sont contraints de se mobiliser, ce qui conduit à des débordements et des violences, et fait des victimes. Ils subissent des violations graves de leurs droits de l'homme résultant des incidences de ces politiques de développement économique sur leurs terres, leurs moyens de subsistance, leur culture, leurs choix de développement et leurs structures de gouvernance, incidences qui, dans certains cas, menacent leur survie physique et culturelle. Les projets sont au point mort et les différends entre investisseurs et États portent de plus en plus sur des aspects tels que le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité et l'expropriation.

28. En dépit des progrès substantiels enregistrés dans la reconnaissance des droits des peuples autochtones et les garanties offertes par le droit international des droits de l'homme, l'investissement dans ces secteurs a des répercussions croissantes et de plus en plus vastes sur la vie de ces peuples⁵ en raison du vide juridique résultant de l'absence de reconnaissance ou de la non-application de leurs droits fonciers, qui rend possibles les expropriations arbitraires, permettant ainsi aux autorités nationales et locales de libérer ces terres pour des projets d'investissement. Cela étant, la grande majorité de ces terres sont protégées par des accords internationaux d'investissement : si en Afrique et en Asie les décisions prises dans le règlement des conflits y relatifs entre investisseurs et États concernant les secteurs de l'agro-industrie et des industries extractives vont probablement faire l'objet de contestations, en Amérique latine, les contestations portent de plus en plus sur ces activités à l'intérieur ou à proximité des territoires autochtones.

⁵ Voir A/HRC/24/41, par. 1.

29. Les rapporteurs spéciaux, les organes conventionnels des Nations Unies et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont formulé nombre de recommandations enjoignant les États d'origine de réglementer les activités des entreprises relevant de leur juridiction, en mettant l'accent sur la prévention, en sanctionnant, le cas échéant, les atteintes aux droits des peuples autochtones commises dans des pays étrangers par ces entreprises ou dont elles se rendent complices, et en prévoyant des compensations⁶.

30. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a noté que la solution des problèmes juridictionnels qui en découle pourrait nécessiter des négociations entre États dans le cadre d'accords bilatéraux ou autres et avant que des compagnies étrangères puissent exercer leurs activités dans le pays concerné.

B. Incidences des accords internationaux d'investissement et règlement des différends entre investisseurs et États

31. Les accords internationaux d'investissement peuvent avoir de graves incidences sur les droits des peuples autochtones pour trois grandes raisons interdépendantes : a) parce que la question des droits de l'homme n'est pas correctement traitée dans le préambule et les dispositions de fond de ces accord ; b) parce que le risque, réel ou perçu, que des investisseurs engagent des procédures d'arbitrage conduit à une paralysie réglementaire ; c) parce que les peuples autochtones sont tenus à l'écart des processus d'élaboration, de négociation et d'adoption des accords et du règlement des différends.

32. Ces incidences possibles des accords internationaux d'investissement doivent être examinées à la lumière de la reconnaissance insuffisante et de la non-application des droits des peuples autochtones dans les cadres juridiques nationaux. Les accords internationaux d'investissement et le règlement des différends entre investisseurs et États ont tendance à faire obstacle aux progrès et aux améliorations qu'il est nécessaire d'apporter aux cadres juridiques nationaux concernant les activités d'investissement. Ils limitent la volonté et la liberté des États de contraindre les sociétés transnationales à s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme, et de réaliser progressivement ces droits. En renforçant les protections offertes aux investisseurs, ils renforcent également les aspects des cadres législatifs en vigueur qui nient les droits de l'homme, et ils contribuent à empêcher les réformes attendues dans ce domaine.

33. Le droit international des droits de l'homme et les accords internationaux d'investissement jouent un grand rôle puisqu'ils déterminent la façon dont les États hôtes choisissent d'exploiter les ressources dans les territoires autochtones et à proximité. Les accords servent à protéger et réglementer les droits qu'ont les investisseurs en ce qui concerne l'exploitation et l'utilisation des terres et des ressources. Ces droits peuvent être directement en conflit avec les droits de propriété préexistants des autochtones fondés sur la possession et sur le droit coutumier, qui sont protégés par le droit international des droits de l'homme mais pas nécessairement reconnus officiellement par un titre de propriété.

34. Le droit international des droits de l'homme reconnaît que, dans certaines circonstances, les droits de propriété des populations autochtones peuvent faire l'objet de restrictions. Toutefois, pour être légitimes, ces restrictions doivent : a) être prévues par la loi ; b) être nécessaires ; c) être proportionnelles à l'objectif visé ; et d) ne pas priver les peuples de leur droit à la survie⁷. Il ressort de ce droit que le respect de ces conditions suppose la tenue de consultations de bonne foi visant à obtenir un consentement préalable,

⁶ Voir A/HRC/24/41, par. 48, et CERD/CAN/CO/19-20, par. 14.

⁷ Voir *Saramaka People v. Suriname*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (2007).

libre et éclairé avant qu'une quelconque mesure affectant ces droits de propriété puisse être considérée comme légitime.

35. Le fait que les droits fonciers des peuples autochtones et leur droit d'exprimer leur consentement librement et en connaissance de cause ne soient pas suffisamment respectés et protégés dans l'attribution aux investisseurs de droits sur les territoires autochtones entraîne d'autres violations touchant plus largement les droits de ces peuples. Les accords internationaux d'investissement qui ne reconnaissent pas les obligations découlant du droit international des droits de l'homme contribuent à la subordination des droits des peuples autochtones aux protections offertes aux investisseurs, qui deviennent un obstacle à la reconnaissance future des droits préexistants de ces peuples.

36. Pour remédier à la situation perverse qui survient lorsque les peuples autochtones sont empêchés d'exercer leurs droits sur les terres et les ressources à cause des protections offertes aux investisseurs, un précédent Rapporteur spécial avait insisté sur le fait que :

Le règlement des questions touchant les droits fonciers [des peuples autochtones] devrait toujours avoir la priorité sur le développement commercial. Il importe de reconnaître, non seulement en droit mais aussi dans la pratique, l'antériorité du droit des communautés traditionnelles. Il faut mettre un terme à la pratique consistant à faire passer les droits d'une compagnie minière ou d'une autre entreprise commerciale avant ceux d'une communauté qui a possédé et entretenu la même terre durant des générations, car elle discrédite tout le système de protection des droits de l'homme des populations autochtones⁸.

37. Les accords internationaux d'investissement qui facilitent et protègent les investissements dans les territoires autochtones vont souvent de pair avec un déploiement militaire ou la mise en place de services de sécurité privés, qui peuvent avoir de graves incidences, en particulier dans les pays dont l'histoire est marquée par un conflit de faible intensité. Ainsi, en vertu du droit international des droits de l'homme, et comme le prévoit l'article 30 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, il ne devrait pas y avoir d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public ou qu'elles n'aient été librement décidées en accord avec les peuples autochtones concernés, ou demandées par ces derniers⁹. Toutefois, cette présence de forces de sécurité est effectivement prescrite par certaines interprétations actuelles des dispositions de ces accords pour assurer une protection et une sécurité pleines et entières, ce qui met en opposition directe le droit international de l'investissement et le droit international des droits de l'homme.

38. Dans certains cas, des accords internationaux d'investissement et les mesures prises pour en faciliter la mise en œuvre ont déclenché des conflits de grande ampleur et entraîné d'importantes pertes en vies humaines. Le 1^{er} janvier 1994, lorsque l'Accord de libre-échange nord-américain est entré en vigueur et a entraîné la privatisation de terres communautaires autochtones, l'Armée zapatiste de libération nationale, composée d'autochtones du Chiapas, a lancé une rébellion armée, qualifiant l'Accord de « condamnation à mort » des peuples autochtones.

39. Quelque quatorze ans plus tard, l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Pérou a servi de prétexte à l'adoption d'une série de décrets législatifs néolibéraux, dont 10 ont eu des répercussions négatives graves sur les droits fonciers des peuples autochtones de l'Amazonie. Le refus du Gouvernement péruvien d'accepter des propositions formulées par

⁸ Voir E/CN.4/2003/90/Add.3, par. 67 e).

⁹ Voir A/HRC/24/41/Add.3, par. 50.

les communautés autochtones a déclenché une mobilisation dont la répression par l'armée s'est soldée par la mort tragique de 30 personnes.

40. Examiner les demandes de règlement de différends entre investisseurs et États dans lesquels les droits des peuples autochtones sont en jeu permet d'apprécier les pratiques des tribunaux, les arguments formulés par les États et par les investisseurs, la place accordée à la participation des peuples autochtones et la façon dont les accords internationaux d'investissement peuvent entrer en conflit avec le droit international des droits de l'homme.

C. Exemples de règlements de différends entre investisseurs et État affectant les droits des peuples autochtones

41. Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* (2010)¹⁰, examinée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, la société pétrolière et gazière faisait valoir que l'Équateur avait failli à l'obligation de garantir à ses activités une protection et une sécurité pleines et entières face à l'opposition et aux manifestations parfois violentes des communautés autochtones. L'État soutenait que les actions des peuples autochtones avaient constitué un cas de force majeure, et il n'évoquait pas la question des droits des peuples autochtones dans sa défense. L'argument relatif à la sécurité a été rejeté pour des motifs de procédure, sans que les questions concernant les droits des peuples autochtones ne soient examinées. L'affaire a été examinée en parallèle par la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. En 2012, la Cour a jugé que le fait que les communautés autochtones n'aient pas été consultées, que l'on n'ait pas cherché à obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé, et que l'État ait fait usage de la force avait mis en danger la survie des peuples autochtones¹¹.

42. Dans l'affaire opposant Chevron à l'Équateur (2014), l'entreprise a engagé une série de procédures d'arbitrage pour éviter de verser les dommages et intérêts accordés par les tribunaux équatoriens en 2011. Elle avait été condamnée à verser 8,6 milliards de dollars d'indemnités à l'issue d'une action collective portant sur les préjudices subis par les peuples autochtones du fait de la pollution de l'environnement. Cette affaire démontre que le terme « investissement » est interprété d'une manière extrêmement large qui peut amener à priver les peuples autochtones de leurs droits, et qu'il inclut les procédures devant les tribunaux nationaux et les indemnités versées aux populations touchées en raison de l'absence de mesures de réparation. Il a par la suite été demandé à la Commission interaméricaine des droits de l'homme de prendre des mesures de précaution pour empêcher qu'une action judiciaire résultant de l'indemnisation octroyée dans le cadre du règlement d'un différend entre investisseurs et État ne viole, ne compromette ou ne menace les droits de l'homme des communautés autochtones concernées.

43. Dans l'affaire *Von Pezold and Border Timbers v. Zimbabwe* (2015), l'entreprise se plaignait d'avoir été expropriée en vertu de traités d'investissement bilatéraux conclus entre l'Allemagne et le Zimbabwe, et entre la Suisse et le Zimbabwe, dans le cadre de la saisie de terres par l'État. Quatre communautés autochtones dont les terres traditionnelles faisaient l'objet de la procédure ont fait valoir, dans un mémoire présenté en qualité d'*amicus curiae*, que l'État et l'entreprise avaient à leur égard des obligations en matière de droits de l'homme. Dans son ordonnance préliminaire de juin 2012, le tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a reconnu ces revendications foncières, et le fait que sa décision pourrait avoir des conséquences sur les intérêts des communautés autochtones. Toutefois, le tribunal a rejeté les conclusions

¹⁰ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, décision sur la compétence (2010).

¹¹ *Sarayaku v. Ecuador*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (2012).

formulées dans le mémoire d'*amicus curiae* pour les motifs suivants : a) les communautés et leurs chefs manquaient d'« indépendance », dans la mesure où ils étaient associés à des personnes ayant des liens avec le Gouvernement, ce qui pouvait injustement causer un préjudice aux requérants ; b) il n'était pas en mesure de déterminer si ces communautés étaient ou non autochtones et n'avait pas compétence pour interpréter les droits des peuples autochtones ; c) il n'était pas convaincu que l'examen des obligations découlant du droit international des droits de l'homme, notamment de l'article 26 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, relevait de son mandat, et les règles du droit international général ne s'appliquaient pas nécessairement au droit international des droits de l'homme ; d) ni l'État ni l'entreprise n'avaient soulevé des questions relatives aux droits des peuples autochtones. Le tribunal a conclu que les éventuels droits que les communautés autochtones tiraient du droit international des droits de l'homme en leur qualité de « peuples autochtones » ne s'inscrivaient pas dans le cadre du litige.

44. Dans l'affaire *Glamis Gold Ltd. v. United States*, un jury d'arbitrage a débouté l'entreprise, qui s'était vu refuser l'accès à un site sacré de la nation tribale Quechan. La décision reposait sur la position du tribunal selon laquelle il était chargé d'évaluer si la règle de droit international coutumier du traitement juste et équitable avait été enfreinte, et non pas d'évaluer si l'État avait trouvé un juste équilibre entre les droits concurrents de la nation Quechan et de l'entreprise. Le tribunal a considéré que l'État avait eu raison de se fonder sur l'avis des professionnels qu'il avait engagés, et que comme l'État n'avait pas suscité chez l'investisseur des attentes de nature quasi contractuelle, ces attentes n'étaient pas à l'origine d'une violation du traité. La décision soulignait également le poids de la stricte réglementation en vigueur en Californie en matière de mesures environnementales en général et d'exploration minière en particulier, qui aurait dû modérer les attentes de l'investisseur. Le tribunal a fait droit à la demande présentée en qualité d'*amicus curiae* par les communautés Quechan mais n'a pas examiné leur argument selon lequel le droit international des droits de l'homme ayant trait aux peuples autochtones était applicable en l'espèce.

45. Dans l'affaire *Grand River Enterprise Six Nations, Ltd. v. the United States* (2011), un fabricant de cigarettes appartenant à des membres des nations Haudenosaunee du Canada contestait des mesures prises par les États-Unis. L'un des problèmes soulevés par l'entreprise était l'absence de consultation préalable au sujet de certaines mesures. Tout en estimant qu'il n'y avait pas eu d'expropriation, le tribunal a déclaré qu'il était possible qu'il existe un principe de droit international coutumier obligeant les autorités gouvernementales à consulter les peuples autochtones en tant que collectivité au sujet des politiques ou des mesures gouvernementales qui les concernaient au premier chef. Comme l'entreprise était détenue par des particuliers, le tribunal a déclaré qu'il n'avait pas à traiter la question de la consultation préalable. Il a toutefois ajouté que l'on pouvait faire valoir que des consultations auraient dû avoir lieu avec les gouvernements des tribus ou nations amérindiennes des États-Unis dont les membres et les intérêts souverains pouvaient être touchés – et avaient apparemment été touchés – par les mesures visant à réglementer le commerce des produits du tabac¹².

46. Dans l'affaire *South American Silver Mines v. the Plurinational State of Bolivia*, examinée par la Cour permanente d'arbitrage, l'entreprise réclamait 387 millions de dollars pour l'expropriation alléguée de 10 concessions minières et pour des violations de la règle du traitement juste et équitable, en vertu du traité d'investissement bilatéral conclu entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'État plurinational de Bolivie. L'entreprise affirmait qu'elle avait fait des efforts honorables auprès des communautés afin

¹² Voir *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v. United States*, par. 210 et 212, disponible à l'adresse www.state.gov/documents/organization/156820.pdf.

d'obtenir un consentement général, et qu'un petit groupe de mineurs illégaux et certaines organisations autochtones s'opposaient à ce projet, tandis que le Gouvernement attisait le conflit. Elle faisait valoir que les communautés lui avaient demandé à plusieurs reprises d'aller de l'avant dans le projet, et affirmait que l'État plurinational de Bolivie ne lui avait pas assuré une protection et une sécurité pleines et entières, tout en relevant sa décision « manifestement déraisonnable » de ne pas poursuivre les dirigeants autochtones, compte tenu des incidences sur les investissements de l'entreprise¹³.

47. L'État plurinational de Bolivie a répondu : a) qu'il avait agi dans l'intérêt public et qu'il avait été fondé à restituer la propriété à l'État conformément aux principes de proportionnalité et de nécessité, afin d'éviter des problèmes de sécurité découlant de l'opposition à ce projet exprimée par les peuples autochtones et de rétablir l'ordre public ; b) qu'il appliquait le droit interne, ce qui aurait dû modérer les attentes légitimes de l'entreprise, étant donné qu'il n'avait pris aucun engagement en matière de stabilité ; c) que le projet violait les droits consacrés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ; d) que l'entreprise avait tenté de fabriquer un consentement de toutes pièces, dans le mépris total du droit à l'autonomie des populations autochtones concernées ; e) que comme le traité d'investissement bilatéral ne contenait aucune disposition relative au droit applicable, il fallait procéder à une « interprétation systémique », conformément à l'alinéa 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, y compris des obligations en matière de droits de l'homme prévues à l'égard des peuples autochtones par le droit national et international, car cela serait compatible avec le caractère évolutif des règles du traitement juste et équitable, de la protection et de la sécurité pleines et entières, de l'arbitraire et de l'expropriation ; et f) que le droit international coutumier reconnaissait la primauté des droits de l'homme sur les protections offertes aux investisseurs, citant la décision rendue par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Sawhoyamaya v. Paraguay* et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies¹⁴.

48. Dans sa réponse, l'entreprise a soutenu que : a) l'État n'avait pas réussi à démontrer comment l'interprétation systémique reviendrait à affaiblir les protections offertes à l'entreprise au titre du traité afin de protéger les éventuels droits que les communautés autochtones tirent du droit international ; b) la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, les Principes directeurs de l'OCDE et les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme étaient des instruments non contraignants, tandis que la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'OIT, les décisions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne liaient pas le Royaume-Uni, et qu'en conséquence ils ne s'agissait pas de règles du droit international applicables aux relations entre les parties ; c) l'État n'avait pas démontré que la protection des droits des peuples autochtones relevait de la catégorie des « obligations *erga omnes* » ni pour quelle raison les droits de l'homme l'emportaient sur la protection des investisseurs.

49. L'entreprise s'appuyait sur la thèse défendue par le Canada dans l'affaire *Grand River Enterprise Six Nations, Ltd v. the United States* (voir par. 48), qui affirmait que la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'OIT de 1989 et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ne faisaient pas partie du droit international coutumier, que la décision judiciaire antérieure rendue dans l'affaire *Glamis Gold Ltd. v. United States* (voir par. 47) ne portait pas sur l'applicabilité des droits des autochtones et que celle rendue dans l'affaire *Von Pezold and Border Timbers v. Zimbabwe* (voir par. 46) indiquait que les droits des autochtones n'entraient pas dans le

¹³ Voir la notification d'arbitrage et la réponse du requérant, disponibles à l'adresse <https://pcacases.com/web/view/54>.

¹⁴ Voir la réponse du demandeur au contre-mémoire du défendeur, disponible à l'adresse <https://pcacases.com/web/view/54>.

champ d'application des traités d'investissement bilatéraux. L'entreprise soutenait que, pour « affaiblir » les protections offertes aux investisseurs, il fallait instaurer une exception garantissant aux droits des peuples autochtones la préférence sur ces protections, et elle avançait comme preuve l'exception accordée aux Maoris dans les traités d'investissement bilatéraux conclus par la Nouvelle-Zélande¹⁵.

50. Dans l'affaire *Bear Creek Mining Corp v. Peru* examinée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, l'entreprise réclamait plus de 500 millions de dollars pour expropriation indirecte, traitement injuste et inéquitable, discrimination et manque de protection de ses droits d'exploitation minière présumés de la concession de Santa Ana, en vertu de l'accord de libre-échange conclu entre le Pérou et le Canada. L'action avait été intentée à la suite de manifestations organisées par les autochtones qui avaient entraîné le retrait du droit d'exploiter la concession minière.

51. L'entreprise a fait valoir que les manifestations, dont certaines avaient pris une tournure violente, étaient motivées par des considérations politiques, et qu'elles étaient le fait de militants antiétrangers opposés à l'exploitation minière qui avaient obtenu le soutien des communautés autochtones Aymara. Elle a affirmé qu'au lieu d'évaluer les conditions sociales et environnementales, le Gouvernement péruvien avait agi par opportunisme politique et avait cédé à la violence extrême. L'entreprise a ajouté qu'elle avait l'intention de respecter les permis environnementaux et les normes de responsabilité sociale des entreprises, et qu'elle avait consulté les communautés autochtones qui soutenaient le projet et qui auraient beaucoup à gagner des emplois et des revenus générés¹⁶.

52. La réponse de l'État a porté sur la nature de l'investissement, la nécessité des mesures prises, l'absence de consultations adéquates et l'absence de consentement préalable, libre et éclairé. L'État a fait valoir que le projet ne constituait pas un investissement car les procédures d'autorisation étaient encore en cours, y compris concernant l'étude d'impact environnemental et social. Par conséquent, l'entreprise n'avait jamais obtenu de droits d'exploitation minière. Les manifestations des populations autochtones avaient paralysé de grandes villes de la région de Puno (au Pérou) pendant plus d'un mois, et les troubles sociaux violents étaient dus à une opposition aux activités minières profondément enracinée dans les communautés autochtones et n'étaient pas, comme l'entreprise le prétendait, un « spectacle de marionnettes offert par les politiciens » ou une « mise en scène politique ». L'État affirmait qu'en retirant la concession il s'était livré à un exercice nécessaire et non discriminatoire de pouvoirs de police visant à garantir la sécurité publique¹⁷.

53. S'agissant des exigences relatives à la consultation et au consentement, l'État faisait valoir que l'entreprise avait été chargée de nouer le dialogue avec les peuples autochtones touchés par le projet et de prendre connaissance de leurs préoccupations, mais qu'elle n'avait pas réussi à consulter l'ensemble des peuples et communautés autochtones concernés et à obtenir leur consentement, comme il lui avait été demandé de le faire en vertu des normes du droit international des droits de l'homme, de la législation péruvienne, des pratiques recommandées par le Gouvernement du Canada et des directives du Conseil international des mines et des métaux. À cet égard, il indiquait que la législation péruvienne permettait d'appliquer la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de 1989 de l'OIT, qui prévoit une consultation préalable, ce qui, dans la pratique, est une

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Voir le mémoire du requérant sur le fond, disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

¹⁷ Voir contre-mémoire du défendeur sur le fond et mémoire sur la compétence, disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/21&tab=DOC>.

exigence de « consentement ». Il affirmait qu'il incombait à l'entreprise non seulement de passer par l'étape de la consultation avec les communautés autochtones touchées, mais aussi d'obtenir une autorisation préalable, sans quoi le projet ne pouvait aboutir. Il faisait valoir également que l'entreprise n'aurait pas obtenu ce consentement si l'on avait pu prévoir que les violentes manifestations d'opposition dureraient des mois. Au lieu de cela, le soutien dont avait bénéficié l'entreprise provenait d'une poignée de communautés vivant dans la zone d'influence du projet, et non des communautés voisines qui seraient également touchées par le projet, et qui s'y opposaient. Cette approche sélective et conflictuelle en matière de consultation a contribué à attiser les mécontentements et les conflits avec des incidences au-delà des frontières¹⁸.

54. Le Centre pour l'investissement durable de l'Université Columbia a demandé à pouvoir déposer un mémoire écrit dans cette affaire, mais le tribunal n'a pas fait droit à sa demande¹⁹. Le mémoire d'*amicus curiae* soulignait l'incohérence entre la perception qu'avait l'investisseur de ce que recouvre la notion d'« investissement » et la définition de ce terme dans l'accord de libre-échange. En outre, il soulevait la question de la non-applicabilité qui en résultait de la règle du traitement juste et équitable et celle de l'incapacité à démontrer des attentes légitimes, même si cette règle avait été appliquée. De même, il montrait le rôle central que l'obligation de demander et d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé devrait jouer dans l'appréciation des faits et la fixation de l'indemnité, ainsi que l'urgence à faire respecter cette obligation, compte tenu du long conflit social lié à l'exploitation minière qui a touché l'ensemble du Pérou. Il ressort du mémoire que le fait d'indemniser la société reviendrait à lui accorder un droit d'exploitation et à ne tenir aucun compte des droits des peuples autochtones.

D. Observations sur le règlement des différends entre investisseurs et États

55. Les affaires citées précédemment appellent plusieurs observations. Premièrement, dans toutes les affaires dans lesquelles une sentence a été prononcée, le droit international des droits de l'homme relatif aux droits des peuples autochtones n'a pas été considéré comme une source de droit applicable. Sauf dans l'affaire *Glamis Gold v. United States*, les droits et les intérêts des peuples autochtones ont été ignorés et considérés par les tribunaux comme sans rapport avec l'objet de la procédure, alors que des violations de ces droits et des revendications portant sur ceux-ci étaient au cœur des différends en question et que les décisions des tribunaux auraient pu avoir une incidence considérable sur les droits et le bien-être des peuples autochtones.

56. La décision rendue dans l'affaire *Glamis Gold* est considérée comme progressiste en ce qu'elle garantit le respect de la protection des lieux sacrés des peuples autochtones et montre que les juges peuvent être sensibles aux préoccupations des peuples autochtones et en tenir compte dans leurs décisions. Cette attitude est illustrée par les conclusions du tribunal, qui a estimé que la réduction de 50 % des profits projetés, qui découlait d'une mesure tendant à protéger les lieux sacrés des peuples autochtones, n'avait pas constitué une expropriation indirecte et que les mesures prises n'avaient pas constitué un déni de justice « manifestement arbitraire ».

57. Cependant, le tribunal a complètement passé outre l'argument exposé dans le mémoire d'*amicus curiae* de la nation quechan selon lequel le droit international des droits de l'homme relatif aux droits touchés dans cette affaire devait être considéré comme le droit applicable. À ce propos, on pourrait aussi reprocher au tribunal de s'être principalement appuyé sur la législation solide et ancienne de la Californie dans le domaine

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Voir <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/participation-in-investor-state-disputes/>.

de l'environnement pour déterminer ce qui constituait les attentes légitimes d'un investisseur car cela crée un dangereux précédent pour les États qui ne sont pas dotés d'une telle législation.

58. Il est difficile de savoir ce qu'un tribunal répondrait à cet argument. On pourrait aussi soutenir que, dans les États où l'état de droit est fragile, il est inévitable que des réformes législatives visant à garantir le respect des droits de l'homme soient engagées une fois que le contexte politique est suffisamment mûr. Étant donné qu'en vertu du droit international des droits de l'homme, les États ont des obligations à l'égard des peuples autochtones, un investisseur raisonnable devrait s'attendre à ce que ces obligations soient respectées tôt ou tard et il serait manifestement injuste et illégitime de tabler sur le fait qu'elle ne seront jamais observées. Cette ambiguïté aurait été levée si le tribunal avait pris position plus clairement en soulignant que l'État conserve le droit de réglementer afin de protéger les droits des peuples autochtones reconnus par le droit international des droits de l'homme.

59. L'une des raisons invoquées par les tribunaux pour expliquer pourquoi ils n'ont pas pris en considération les droits des peuples autochtones est que l'État n'avait pas fait mention de questions liées aux droits de l'homme dans son mémoire, argument également avancé par d'autres tribunaux dans d'autres affaires. Tel n'est pas le cas dans les affaires *Bear Creek Mining Corp. v. Peru* et *South American Silver Mining v. the Plurinational State of Bolivia*, qui sont en instance, dans lesquelles les États concernés ont fortement mis l'accent sur les droits des peuples autochtones, en particulier leur droit d'être consultés et de donner leur consentement préalable, libre et éclairé, droits qui, selon eux, méritent d'être pris en considération par les tribunaux. Cette évolution montre qu'une synergie pourrait être créée entre l'incorporation de dispositions protégeant les droits des peuples autochtones dans la réglementation des pays et dans les accords d'investissement internationaux, d'une part, et la réduction des risques que des procès potentiellement coûteux ne soient intentés pour contester le bien-fondé de mesures ayant des incidences sur la protection accordée aux investisseurs, d'autre part.

60. Ces affaires soulèvent par ailleurs des questions cruciales touchant la responsabilité des entreprises et celle des États en ce qui concerne la tenue de consultations visant à recueillir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones, et le rôle que joue ce consentement dans la réalisation d'un investissement pour lequel un investisseur peut prétendre à une protection. Ainsi, ces affaires permettent aux tribunaux de traiter une question d'une importance capitale pour les droits des peuples autochtones et d'assurer une plus grande compatibilité entre le droit international de l'investissement et le droit international des droits de l'homme. Elles soulèvent la question fondamentale de l'importance du devoir de diligence des entreprises en matière de droits de l'homme lors de la détermination des attentes légitimes de l'investisseur dans les cas où des conflits sociaux et des violations des droits paraissent inévitables si le consentement préalable, libre et éclairé des intéressés n'a pas été recueilli.

61. Ces affaires illustrent en outre les tensions fréquentes entre le droit international des droits de l'homme et les régimes juridiques internationaux relatifs à l'investissement. Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, un contraste saisissant apparaît entre les conclusions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a estimé que l'État avait fait un usage injustifié et excessif de la force à l'égard des peuples autochtones, menaçant ainsi leur existence, et les allégations de l'entreprise partie au règlement du différend entre investisseur et État, qui a soutenu que le Gouvernement équatorien n'avait pas employé suffisamment la force pour protéger son investissement contre les peuples autochtones. Cela étant, ni l'entreprise, ni l'État n'ont jugé utile de faire mention des droits des peuples autochtones dans leurs mémoires respectifs.

62. Le nombre de règlements de différends entre investisseurs et États ayant trait aux droits des peuples autochtones est en augmentation, ce qui est imputable à la nature spéculative de ces règlements, laquelle encourage les investisseurs, en particulier les sociétés minières disposées à prendre des risques, à tenter d'obtenir une interprétation toujours plus large des garanties entourant les accords internationaux d'investissement. Parallèlement, comme les États peu enclins à prendre des risques s'attendent à ce que la tendance se poursuive, les probabilités sont chaque fois moindres de les voir prendre les mesures qui s'imposent d'urgence pour reconnaître, protéger, respecter et réaliser les droits des peuples autochtones, notamment en luttant contre les injustices historiques relatives à leurs revendications foncières.

63. L'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Sawhoyamaxa indigenous community v. Paraguay* est une bonne illustration de ce phénomène²⁰. Dans cette affaire, l'État soutenait qu'il ne pouvait pas appliquer de programmes de restitution des terres visant à garantir les droits des peuples autochtones en raison de la protection accordée aux investisseurs en vertu de son accord bilatéral d'investissement avec l'Allemagne. La Cour a conclu que cet accord devait être interprété à la lumière des obligations de l'État en matière de droits de l'homme et que la confiscation de terres en vue de leur restitution aux peuples autochtones pouvait se justifier en tant que mesure « d'utilité ou d'intérêt public ». Bien qu'il s'agisse d'une des rares tentatives de conciliation des obligations découlant du droit international de l'investissement et des obligations en vertu du droit international des droits de l'homme, cet arrêt ne donne aucune indication sur le montant de l'indemnisation qui devrait être versée à l'investisseur ni sur les critères à prendre en considération pour déterminer si une indemnisation doit ou ne doit pas être accordée. Il serait utile que cette lacune soit comblée par les organes conventionnels.

64. L'importance restreinte et variable que les tribunaux attribuent dans leurs délibérations aux mémoires d'*amicus curiae* des peuples autochtones transparait également dans cette jurisprudence. L'argument invoqué dans l'affaire *Von Pezold and Border Timbers v. Zimbabwe* pour rejeter le mémoire d'*amicus curiae* suscite nombre de profondes préoccupations, au cas où il serait réutilisé ultérieurement par d'autres tribunaux comme le préconise la société South American Silver.

65. L'idée selon laquelle les peuples autochtones doivent faire preuve d'indépendance vis-à-vis de l'État dans les affaires qui concernent leurs droits est incompatible avec le rôle que l'État est tenu de jouer en matière de protection de ces droits. De même, le refus opposé en l'espèce par le tribunal de reconnaître l'importance fondamentale de l'auto-identification dans la détermination de ce qui constitue un peuple autochtone est alarmant et contraire au droit international des droits de l'homme.

66. Le tribunal s'est essentiellement employé à prendre ses distances par rapport aux préjudices que sa décision était susceptible de causer aux droits des peuples autochtones, reconnaissant que sa décision pourrait avoir des incidences sur ces droits, mais soutenant que ceux-ci ne relevaient pas du champ du litige et ne faisaient pas partie du droit applicable, ce qui revient à subordonner les droits des peuples autochtones à la protection des investisseurs sans prévoir de possibilités de participation ni de voies de recours. Les arguments de ce type sont au cœur de la crise de légitimité que connaît le régime juridique international de l'investissement. Les justifications fondées sur une incompétence à connaître d'affaires portant sur les droits des peuples autochtones sont une preuve supplémentaire des lacunes du système.

²⁰ Voir www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf.

67. Comme le montrent tous les exemples précités, le système de règlement des différends entre investisseurs et États est de nature fondamentalement accusatoire et repose sur le droit privé, ce qui fait que les acteurs tiers touchés tels que les peuples autochtones n'ont pas qualité pour ester en justice et ont des possibilités extrêmement restreintes de participer à ce type de procédure. Les mémoires d'*amicus curiae* et la participation des peuples autochtones concernés à la demande des États sont des moyens complètement inadaptés dans un contexte où les États et les investisseurs mènent des activités qui portent atteinte aux droits de ces peuples et dont ils tirent profit.

68. Dans leurs réponses aux questionnaires, quelques États ont fait référence à l'approche adoptée par l'Union européenne, reprise en partie dans le chapitre 8 de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union, qui va dans le sens d'une réforme des systèmes de règlement des différends. Parmi les améliorations qui ont été apportées, on peut citer l'instauration d'un système révisé de nomination des arbitres désignés par les États parties, éliminant les conflits d'intérêts dus au cumul de fonctions par les arbitres qui exercent aussi en tant que conseils ou experts, et la possibilité de former un recours pour obtenir un réexamen complet d'une sentence après son prononcé. L'approche adoptée par le Brésil dans ses récents accords bilatéraux d'investissement, qui ne comportent pas de clause concernant le règlement des différends entre investisseur et État mais prévoient de combiner la médiation, des démarches diplomatiques et l'arbitrage entre États, mérite également d'être citée.

69. Les États ont non seulement reconnu qu'il fallait réformer les systèmes de règlement des différends, mais encore souligné qu'il importait de ménager l'espace réglementaire nécessaire à la réalisation des droits des peuples autochtones, notamment leur droit d'être consultés en amont afin que leur consentement préalable, libre et éclairé puisse être recueilli. Les réponses des États montrent que les intentions et les attentes des États d'origine et des États hôtes lors de la conclusion d'accords internationaux d'investissement n'est pas de limiter leur capacité à respecter les droits des peuples autochtones : le postulat est que l'État conserve le droit de réglementer sans avoir à répondre à des demandes d'indemnisation et que, si nécessaire, un juste équilibre doit être trouvé entre la protection accordée aux investisseurs et l'obligation de protéger les droits des peuples autochtones. La Rapporteuse spéciale encourage les États qui ne l'ont pas encore fait à répondre à ses questionnaires, qui sont disponibles en anglais, en espagnol et en français, et dont elle utilisera les réponses pour élaborer son rapport final sur le thème à l'examen.

VI. Partenariat transpacifique

70. En 2015, l'Accord de partenariat transpacifique a été signé par 12 pays de trois continents qui, pris tous ensemble, représentent une part considérable du commerce mondial. Onze de ces pays comptent une forte population autochtone, dont une part croissante subit les effets néfastes des projets d'investissement à grande échelle réalisés sur ses terres. Les peuples autochtones concernés se sont dits préoccupés par le fait que leurs droits n'étaient pas protégés, contrairement à ceux des investisseurs étrangers, et ont dénoncé les inégalités dont ils étaient victimes en matière d'accès à des voies de recours. Ils ont également dénoncé le fait qu'ils n'avaient pas été consultés lors de la négociation du Partenariat et qu'aucune évaluation des répercussions potentielles de cet accord sur les droits de l'homme n'avait été réalisée. Comme l'a souligné le tribunal de Waitangi, le fait de ne pas consulter adéquatement les peuples autochtones sur le Partenariat contribue à détériorer les relations avec ceux-ci et augmente les probabilités qu'une relation de défiance

et de confrontation s'instaure²¹. À ce propos, les peuples autochtones exigent la tenue de consultations organisées de bonne foi avant la ratification, craignant que, à moins que des garanties adéquates n'y soient incorporées, le Partenariat ne favorise la réalisation de projets et d'activités susceptibles d'engendrer de nouveaux conflits et de graves violations des droits des peuples autochtones à leurs terres, à leurs territoires et à leurs ressources naturelles ainsi que de leurs droits relatifs à leurs savoirs traditionnels.

71. Le Partenariat transpacifique ne contient aucune mention des droits de l'homme. Il renvoie certes au droit de réglementer, pour ce qui est des objectifs en matière d'environnement ou de santé ou d'autres objectifs, mais stipule que les mesures doivent être compatibles avec son chapitre sur l'investissement, ce qui réduit la portée de ce droit, celle-ci étant délimitée au moyen d'interprétations larges de la notion de protection étendue de l'investissement²².

72. Les Maoris de Nouvelle-Zélande sont le seul peuple autochtone à être cité dans le chapitre consacré aux exceptions²³, qui prévoit la possibilité d'accorder un traitement favorable à ce peuple et exclut l'utilisation de l'interprétation du Traité de Waitangi dans le cadre du règlement de différends entre investisseurs et États. Cependant, les Maoris considèrent que cette exception laisse à désirer²⁴. Après avoir fait part de ses préoccupations concernant les effets potentiels des règlements de différends entre investisseurs et États, le tribunal de Waitangi a recommandé que les Maoris participent à la procédure de nomination des arbitres lorsque leurs droits étaient touchés.

73. L'exception en faveur des Maoris prévue dans le Partenariat transpacifique constitue une reconnaissance implicite du fait que les droits de cette minorité et, par extension, ceux d'autres peuples autochtones peuvent être lésés par la protection garantie aux investisseurs par le Partenariat transpacifique et son mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. Corollairement, la protection accordée aux Maoris en vertu de l'exception prévue dans le Partenariat est implicitement refusée à tous les autres peuples autochtones dont les droits sont lésés étant donné qu'aucune exception n'est prévue pour eux.

74. L'une des questions que les peuples autochtones ont mises en relief à propos du Partenariat est son incidence sur le contrôle exercé par ces peuples sur leur savoir traditionnel, étant donné que les droits des sociétés titulaires de droits de propriété intellectuelle sont renforcés dans le chapitre pertinent du Partenariat, alors que les droits relatifs aux savoirs traditionnels qui ne relèvent pas du régime relatif à la propriété intellectuelle ne bénéficient d'aucune protection. L'expérience a montré que, s'il n'existe pas de garde-fous adéquats, le savoir traditionnel peut être commercialisé. Il en va de même pour les ressources génétiques et la biodiversité.

75. Une disposition permettant aux parties de prendre des mesures de protection des savoirs traditionnels en vertu de leurs obligations internationales est prévue dans le chapitre consacré aux exceptions mais, dans la pratique, les arbitres peuvent ne pas en tenir compte ou l'interpréter comme n'étant pas réellement pertinente. Le Partenariat transpacifique ne prévoit pas d'obligations découlant du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement concernant le partage équitable des bénéfices, ni

²¹ Voir le rapport du tribunal de Waitangi sur le Partenariat transpacifique (version avant publication), à l'adresse : https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf.

²² Voir Partenariat transpacifique, art. 9.15, à l'adresse : <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

²³ Ibid., art. 29.6.

²⁴ Tribunal de Waitangi (voir note 21 ci-dessus).

d'obligation générale de recueillir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones, sauf si le droit interne la consacre déjà.

76. Étant donné qu'il contribue à renforcer les droits des investisseurs et à entraver l'exercice par les peuples autochtones de leurs droits, le Partenariat transpacifique risque d'avoir des conséquences particulièrement graves pour les peuples autochtones des pays membres du Partenariat, dont beaucoup sont riches en ressources naturelles, étant donné le nombre considérable de sociétés actives dans l'industrie extractive, l'exploitation forestière et la production d'huile de palme et d'énergie basées en Australie, au Canada, en Malaisie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis d'Amérique. Ces ressources se trouvent souvent dans des zones qui font constamment l'objet de litiges et de conflits entre peuples autochtones et investisseurs étrangers.

VII. Conclusions et recommandations

A. Conclusions

77. **Les investissements étrangers peuvent contribuer à la croissance et au développement économiques. Toutefois, les conditions qui doivent être réunies pour que les pays en développement puissent bénéficier de ses investissements et la mesure dans laquelle les accords internationaux d'investissement aident à réunir ces conditions font depuis longtemps l'objet d'un débat²⁵.**

78. **L'ordre public international moderne exige un développement durable et respectueux des droits de l'homme et des principes démocratiques. Même si des mesures initiales ont été prises pour tenter d'intégrer ces objectifs dans les accords internationaux d'investissement en faisant mention, dans les préambules et les dispositions de fond des accords bilatéraux d'investissement types, du libre droit des États de réglementer dans l'intérêt général, il est rarement fait référence aux droits de l'homme dans ces accords et la réponse apportée jusqu'à présent par le régime juridique international relatif à l'investissement est insuffisante. En conséquence, la légitimité de ce régime demeure contestée.**

79. **Il ressort du travail de recherche que la Rapporteuse spéciale a mené, au moyen notamment d'ateliers et de questionnaires, pour élaborer le présent rapport, que l'investissement étranger et l'investissement intérieur ont de lourdes répercussions sur les droits des peuples autochtones, même en l'absence d'accords internationaux d'investissement. Afin de garantir les droits des peuples autochtones, il faudra donc non seulement réformer le régime juridique international relatif à l'investissement mais aussi faire en sorte que les États s'engagent bien plus activement à s'acquitter de leurs obligations relatives aux droits de l'homme. Les recherches de la Rapporteuse spéciale montrent également que les accords internationaux d'investissement peuvent exacerber ces répercussions ou y contribuer, et qu'ils le font dans un nombre croissant de cas.**

²⁵ Voir K. Mohamadieh et M. Montes, « Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements », dans *Investment Treaties : Views and Experiences from Developing Countries* (Centre Sud, Genève, 2015).

80. Ainsi que l'a conclu le Tribunal de Waitangi au sujet de l'Accord de partenariat transpacifique, même lorsqu'une exception est prévue pour protéger les droits des peuples autochtones :

Nous ne sommes pas en mesure de parvenir à des conclusions définitives sur la mesure dans laquelle les règlements de différends entre investisseurs et États qui auront lieu dans le cadre l'Accord de partenariat transpacifique pourraient porter atteinte aux droits et aux intérêts des Maoris consacrés par le Traité de Waitangi, mais nous considérons que cette question grave appelle un examen plus approfondi et davantage de débat et de dialogue entre les parties au Traité. Nous rejetons l'argument de la Couronne selon lequel les préoccupations du requérant à cet égard sont exagérées²⁶.

81. Harmoniser le droit international de l'investissement et le droit international des droits de l'homme est un prérequis essentiel pour faire face à cette crise de légitimité, faire respecter les droits des peuples autochtones et garantir un cadre juridique international cohérent. En veillant à ce que les accords internationaux d'investissement ne restreignent pas leur marge d'action réglementaire et en prenant des mesures pour protéger les droits des peuples autochtones dans le cadre des activités des investisseurs, les États peuvent éviter des procédures coûteuses de règlement des différends et éliminer les incertitudes quant aux limites que le droit international de l'investissement impose à leur souveraineté et à celle des peuples autochtones. Par ailleurs, si les États utilisent des arguments de droit international des droits de l'homme dans les procédures de règlement des différends, les investisseurs se sentiront davantage obligés de faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme avant d'engager des procédures de règlement des différends.

82. Il existe donc un effet de synergie entre la préservation du droit de l'État de réglementer dans l'intérêt général et la protection des droits des peuples autochtones, puisque reconnaître les droits des peuples autochtones permet aux États de limiter leur perte de contrôle sur les décisions relatives aux ressources naturelles au profit des investisseurs étrangers et des tribunaux chargés de protéger leurs intérêts.

83. La Rapporteuse spéciale estime qu'il est possible de concevoir un régime juridique international de l'investissement qui réduise les risques pesant sur les droits des peuples autochtones et serve les intérêts de l'État et des peuples autochtones tout en apportant davantage de sécurité aux investisseurs étrangers. Pour atteindre cet objectif, il sera nécessaire de mettre en œuvre des réformes à court et à plus long terme au niveau du droit international de l'investissement ainsi que des cadres réglementaires nationaux des États d'origine et des États hôtes et des politiques, pratiques et obligations des investisseurs.

84. Il existe des arguments de poids en faveur d'une réforme en profondeur du système de règlement des différends entre investisseurs et États. Il a été proposé de créer des mécanismes de règlement des différends ouverts aux peuples autochtones reposant sur l'établissement des faits et la médiation et éventuellement investis de pouvoirs judiciaires, par exemple sur le modèle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

85. Les États doivent cesser de croire qu'ils peuvent garantir la sécurité des investissements tout en ignorant les droits des peuples autochtones. Les investisseurs doivent prendre la responsabilité d'évaluer les risques sociaux et politiques associés à leurs investissements, faute de quoi leurs attentes ne peuvent pas être légitimes. Les systèmes de règlement des différends ne peuvent plus exclure ceux qui sont les

²⁶ Voir Tribunal de Waitangi (note 21 ci-dessus).

premiers touchés par les litiges qu'ils prétendent régler, sinon leurs sentences manquent de légitimité. Pour se défaire du système partial et incohérent actuel, il est indispensable d'assurer la participation pleine et entière des peuples autochtones, dans le respect de leur droit de donner ou de refuser leur consentement, et de leur garantir l'accès à des réparations équitables. La Rapporteuse spéciale encourage la coopération et l'esprit d'innovation à cet égard et s'attellera avec intérêt à l'élaboration de son rapport final, dans lequel elle examinera l'interaction de la protection des investisseurs et des droits des peuples autochtones et réfléchira à la manière dont les droits de l'homme et le développement durable peuvent contribuer à éclairer l'avenir du droit international de l'investissement.

B. Recommandations

Contenu des accords internationaux d'investissement

86. Les accords internationaux d'investissement doivent comprendre des clauses correctement rédigées sur le droit de réglementer. Ces clauses devraient :

a) Éviter le recours à des termes restrictifs en ce qui concerne le droit de réglementer dans l'intérêt général ;

b) Préserver ce droit d'une manière qui soit expressément cohérente avec le devoir de l'État de protéger, de respecter et de mettre en œuvre les droits des peuples autochtones, conformément aux obligations découlant du droit international, notamment du droit international des droits de l'homme ;

c) Appliquer à tous les investisseurs des normes de protection telles que le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité pleines et entières et l'expropriation indirecte ;

d) Indiquer explicitement que les mesures prises de bonne foi pour protéger les droits de l'homme ne constituent pas une violation des accords internationaux d'investissement et ne peuvent pas donner lieu à indemnisation.

87. Il faudrait concevoir des mécanismes qui permettent de modifier les accords internationaux d'investissement existants afin d'y inclure le droit de réglementer et de rendre obligatoire le respect des droits de l'homme.

88. Les accords internationaux d'investissement devraient intégrer dans leur préambule un objectif de respect des droits de l'homme²⁷.

89. Lorsque les accords internationaux d'investissement ne protègent pas suffisamment le droit de réglementer, il faudrait que leurs dispositions prévoient des exceptions générales pour les mesures visant à promouvoir l'égalité et à lutter contre les discriminations anciennes et historiques, ou des exceptions spécifiques et des dérogations liées au règlement des différends entre investisseurs et États pour les mesures de protection des droits des peuples autochtones²⁸. Les exceptions spécifiques devraient être élaborées en coopération avec ces peuples.

²⁷ Voir, par exemple, les accords bilatéraux d'investissement types de la Norvège, de l'Institut international du développement durable et de la Communauté de développement de l'Afrique australe.

²⁸ Voir le traité bilatéral d'investissement type de l'Institut international du développement durable.

90. Les clauses attributives de compétence devraient interdire les réclamations :

a) Concernant des investissements qui ne sont pas conformes au droit, notamment au droit international des droits de l'homme ;

b) Formulées par des sociétés écrans ou des sociétés « boîtes aux lettres » établies dans des pays seulement ou principalement pour tirer parti des protections prévues par les accords internationaux d'investissement.

91. Les normes de protection de l'investissement, telles que le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité pleines et entières et les interdictions d'expropriation, ne devraient s'appliquer qu'aux investissements établis. En outre, elles ne devraient pas s'appliquer avant qu'il ait été procédé à des consultations pour obtenir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones ou avant que les accords contractuels aient été conclus avec les peuples autochtones concernés.

92. Les accords internationaux d'investissement et leurs textes interprétatifs devraient autoriser les États à présenter des demandes reconventionnelles dans les cas où les actes des investisseurs les ont empêchés de s'acquitter de leurs obligations au titre du droit international des droits de l'homme.

Processus de négociation

93. Conformément aux recommandations formulées en 2015 par la Rapporteuse spéciale dans son rapport à l'Assemblée générale (A/70/301), on devrait :

a) Élaborer des procédures et des mécanismes de consultation adaptés, en coopération avec les peuples autochtones, en ce qui concerne la rédaction, la négociation et l'adoption des accords internationaux d'investissement, et garantir le droit de ces peuples d'être consultés avant la ratification de l'Accord de partenariat transpacifique ;

b) Évaluer l'impact de tous les accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme, sur le modèle des études d'impact réalisées dans le cadre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme élaborés par le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation.

94. Les États devraient négocier les accords internationaux d'investissement sans déroger à leurs obligations en matière de coopération internationale au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et politiques et en respectant la règle des « mains propres » en ce qui concerne les droits des peuples autochtones.

95. Les États devraient négocier les accords internationaux d'investissement sans déroger aux obligations en matière de coopération internationale qui leur incombent en vertu du droit international des droits de l'homme et en respectant la règle des « mains propres », et ce en menant des études d'impact sur les droits de l'homme, en faisant preuve de diligence raisonnable et en sensibilisant la population à tous les effets potentiels des accords internationaux d'investissement sur les droits des peuples autochtones, à la fois dans le pays et à l'étranger.

Règlement des différends relatifs aux investissements

96. Les organes de règlement des différends relatifs aux investissements qui sont saisis de différends ayant des répercussions sur les droits des peuples autochtones devraient s'employer à faire converger les droits de l'homme et les accords internationaux d'investissement, et devraient notamment, pour ce faire :

a) Adopter une approche axée sur le droit international des droits de l'homme au moment de mettre dans la balance tous les droits en jeu dans le différend

en question, tenir compte des impératifs des droits de l'homme, notamment la nécessité d'éliminer la discrimination raciale, appliquer le principe de proportionnalité et reconnaître que les projets à grande échelle ont des incidences graves sur le droit à l'autodétermination et le bien-être des peuples autochtones ;

b) Tenir dûment compte du droit international des droits de l'homme dans l'interprétation des normes de protection des investissements et de la définition d'un investissement, et veiller à ce que leurs décisions respectent le droit de l'État de réglementer, que ce droit soit expressément prévu dans les accords internationaux d'investissement concernés ou non ;

c) Prendre en compte les responsabilités des investisseurs en matière de droits de l'homme telles qu'elles sont exposées dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ;

d) Veiller à ce que la législation applicable incorpore tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'un ou l'autre des États parties, et à ce que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones serve de guide interprétatif pour leur application aux peuples autochtones ;

e) Accorder du poids aux attentes légitimes des États en ce qui concerne leur capacité à protéger les droits des peuples autochtones ;

f) Reconnaître le droit des peuples autochtones concernés à intervenir au moyen des mémoires d'*amicus curiae*, et tenir pleinement compte des arguments qu'ils présentent ;

g) Interpréter les clauses des contrats conclus entre investisseurs et États, y compris les clauses de stabilisation, établies sur la base des accords internationaux, de manière à ne pas limiter la capacité de l'État de protéger les droits des peuples autochtones ;

h) Garder à l'esprit la part que les entreprises étrangères ont dans les violations des droits des peuples autochtones et les obstacles juridiques, financiers, culturels, techniques, logistiques et politiques auxquels ceux-ci font face lorsqu'ils essaient d'amener ces entreprises à répondre de leur actes ;

i) Éviter les sentences qui favorisent la paralysie réglementaire pour ce qui est des droits des peuples autochtones ou qui cautionnent la participation des entreprises aux violations des droits des peuples autochtones ;

j) Refuser d'accepter la confidentialité commerciale, sauf dans les circonstances les plus extrêmes, puisqu'elle constitue un obstacle à la transparence des mesures réglementaires liées aux droits fondamentaux de l'homme.

97. Les États devraient :

a) Promouvoir les pratiques susmentionnées au moyen de textes interprétatifs ;

b) Ratifier la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ;

c) Nommer des arbitres qui connaissent les droits des peuples autochtones et coopérer avec eux pour interpréter les accords internationaux d'investissement applicables en ce qui concerne les droits des peuples autochtones ;

d) Éviter d'inclure des clauses générales dans les accords bilatéraux d'investissement ;

e) Développer leurs arguments relatifs aux droits de l'homme lorsqu'ils répondent aux demandes de règlement des différends entre investisseurs et États et insister sur le droit de ces derniers de réglementer en vue de protéger les droits des peuples autochtones et sur la responsabilité des entreprises de respecter ces droits.

Obligations des entreprises

98. Les accords internationaux d'investissement devraient :

a) Traiter de la question de la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, y compris l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable dans le domaine des droits de l'homme, et de prévenir, limiter et pallier les atteintes aux droits de l'homme auxquelles elles pourraient contribuer, en particulier en ce qui concerne les groupes vulnérables tels que les peuples autochtones ;

b) Protéger seulement les investissements de bonne foi. Ces accords devraient prévoir expressément que, lorsqu'il est avéré que les droits de l'homme n'ont pas été dûment respectés ou que les activités des entreprises portent atteinte aux droits des peuples autochtones, les investisseurs ne peuvent pas se prévaloir de la protection que constitue l'accès aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, les tribunaux devant se déclarer incompétents, et des mécanismes d'invalidation des droits des entreprises devraient être instaurés ;

c) Imposer aux entreprises de rendre compte publiquement de l'incidence possible de leur activités sur les droits des peuples autochtones et des mesures prises pour prévenir et limiter cette incidence.

99. Les États devraient envisager :

a) D'incorporer dans leur législation les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives à la responsabilité des entreprises afin de permettre leur application effective ;

b) D'élaborer un mécanisme chargé de vérifier que les entreprises s'acquittent de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme, en se fondant sur les dispositifs existants, notamment les organes conventionnels de l'ONU, les Points de contact nationaux de l'OCDE et les panels d'inspection des institutions financières internationales, afin de veiller à ce que les conclusions de chaque procédure de règlement des différends relatifs aux investissements soient dûment prises en compte.

100. Les investisseurs devraient :

a) Avoir présent à l'esprit que les cadres réglementaires évoluent en permanence pour réaliser progressivement les droits de l'homme des peuples autochtones, comme l'exige expressément le droit international des droits de l'homme ;

b) Appuyer la transition vers un modèle d'investissement qui favorise la réalisation des droits de l'homme.

Mesures complémentaires nécessaires pour limiter l'incidence des accords internationaux d'investissement

101. Les organes régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme devraient continuer à formuler des recommandations relatives à la responsabilité qu'ont les États d'origine et les États hôtes de réglementer la conduite des entreprises et envisager d'élaborer des recommandations générales ou des avis consultatifs sur la

responsabilité des États d'origine de protéger les droits des peuples autochtones et sur l'interaction de la protection de l'investissement et des droits de l'homme.

102. Les États d'origine devraient adopter et faire appliquer des règlements de portée extraterritoriale relatifs à l'incidence sur les peuples autochtones des activités de leurs entreprises à l'étranger et veiller à ce que celles-ci aient à répondre des violations qu'elles auraient commises, notamment en leur refusant les protections prévues par les accords internationaux d'investissement.

103. Les États hôtes doivent s'acquitter de leur devoir de réglementer sur la question des droits des peuples autochtones :

a) Aux terres, territoires et ressources, ce qui nécessite des travaux de démarcation fondés sur l'occupation, la possession et l'utilisation traditionnelles des terres ;

b) À la restitution des terres, territoires et ressources qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ;

c) À l'autodétermination, en vertu de laquelle ces peuples peuvent assurer librement leur développement économique, social et culturel, et maintenir et renforcer leurs institutions, coutumes et processus décisionnels ;

d) À la consultation de bonne foi afin d'obtenir, ou non, leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause avant de prendre des mesures qui influent sur leurs droits ;

e) À leurs croyances et leur savoir traditionnel ;

f) Au mode de vie pérenne de leur choix.

104. Les organes gouvernementaux chargés de protéger les droits des peuples autochtones devraient veiller à ce que les investisseurs étrangers disposent d'informations sur la nécessité de respecter les droits des peuples autochtones et sur l'obligation de l'État de réaliser progressivement ces droits.

105. Les peuples autochtones pourraient envisager de déclarer publiquement leurs attentes quant aux projets d'investissement sur leurs territoires, par exemple au moyen de consultations et de protocoles de consentement préalable, libre et éclairé, ce qui aurait une influence sur les attentes légitimes des investisseurs potentiels.

106. Les institutions financières internationales, y compris la Banque mondiale, doivent appliquer leurs normes de performance en tenant compte de l'évolution des normes juridiques internationales en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne l'obligation d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé.

107. Afin de suspendre l'application d'un accord international d'investissement ou d'y mettre fin, les États pourraient invoquer le paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatif aux changements fondamentaux de circonstances, par exemple la reconnaissance des peuples autochtones sur leur territoire. Pour ce faire, il leur faudra prouver que : a) la reconnaissance n'était pas prévue lors de l'entrée en vigueur de l'accord, ce que l'on pourrait expliquer par l'évolution de ce que les États d'Asie et d'Afrique considèrent comme un peuple autochtone dans ces régions ; b) le changement transforme radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité, ce qui pourrait être possible étant donné l'obligation d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones pour les projets d'investissement ; et c) le changement ne résulte pas d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité, la

reconnaissance des droits des peuples autochtones dans l'État hôte n'étant toutefois pas une preuve suffisante.

Réforme à long terme

108. La réforme à plus long terme du droit international de l'investissement nécessite de changer notre conception de l'objectif et de la nature des accords internationaux d'investissement et des mécanismes de règlement des différends. Plutôt que de considérer qu'ils servent principalement, voire exclusivement, à protéger les droits des investisseurs, il faut les appréhender dans le cadre plus large des politiques publiques et du droit international, à la mesure de notre degré de mondialisation et d'interdépendance économiques, afin que les protections légitimes des investisseurs soient compatibles avec les droits de l'homme et des peuples autochtones, n'entravent pas la réalisation des objectifs publics à long terme et ne fragmentent pas davantage l'ordre international. Pour ce faire, il faudra repenser les composantes des régimes juridiques internationaux relatifs à l'investissement qui ne sont plus adaptées. L'objectif devrait être de protéger les droits légitimes des investisseurs et de respecter leur besoin de prévisibilité raisonnable tout en garantissant le droit de l'État de réglementer et de protéger les droits fondamentaux de l'homme et en veillant à ce que les droits des plus vulnérables ne soient pas subordonnés aux intérêts économiques des plus puissants.

Annexe I

Participation in international and national conferences and dialogues

The Special Rapporteur participated in a number of international dialogues and conferences, including:

- (a) The twenty-first session of the Conference of Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change;
- (b) A symposium in Canada addressing the national inquiry of the Government on missing and murdered indigenous women;
- (c) A high-level dialogue on the World Bank's draft environmental and social standard on indigenous peoples, held in Addis Ababa;
- (d) A seminar on litigation experiences in cases of violence against women and women's access to justice, held in Guatemala;
- (e) An international seminar on indigenous jurisdiction and access to justice, held in Colombia;
- (f) A panel discussion on conflict and peace negotiations and indigenous peoples, held in New York;
- (g) A meeting with the World Bank and the Nordic Trust Fund on safeguarding indigenous peoples' rights.

Further details on those activities will be included in the forthcoming report of the Special Rapporteur to the General Assembly.

The Special Rapporteur also participated in the regular sessions of the Permanent Forum on Indigenous Issues and the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, and discussed how to better coordinate their mandates. She also held meetings with several State delegations and indigenous organizations.

Annexe II

Regional and global workshops on the impact of investment agreements and the rights of indigenous peoples

In order to inform her thematic report, together with IWGIA, AIPP and Tebtebba, the Special Rapporteur organized a series of regional workshops on the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples. The first was held in Lima, Peru, for Latin America and the second in Bangkok, Thailand for Asia. A third is planned for Africa. The Special Rapporteur also co-organized a global expert's seminar, together with CCSI, which was held in New York in May 2016.

The Special Rapporteur wishes to express her gratitude to all of the indigenous peoples' representatives, civil society organizations and individuals who participated in these meetings and contributed to deepening her knowledge of the impacts of investment treaties on the rights of indigenous peoples and potential avenues for addressing the challenges this poses. She looks forward to continued collaboration with them over the coming year in the development of her final report on the subject of investments and indigenous peoples' rights.

In particular, the Special Rapporteur would like to thank Jose Alywin, Lorenzo Cotula, Joshua Curtis, Howard Mann, Kinda Mohamadi, Lone Wandahl Mouyal and Luis Vittor and for their expert input and Cathal Doyle for his assistance in the development of the report. She also expresses her gratitude to Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) the International Working Group Indigenous Affairs (IWGIA) and Tebtebba for their assistance in organizing these workshops. She also thanks the staff and students of the University of Colorado Law School Clinic for research they conducted.

She also acknowledges with gratitude the assistance provided by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and her external team. She also expresses thanks to the many indigenous peoples, States, United Nations bodies and agencies and non-governmental organizations that cooperated with her over the past year in the implementation of her mandate.

The indigenous representatives and expert participants in the two regional workshops and the global workshop are listed below.

Workshop on Indigenous Peoples and International Investment

May 12, 2016, Ford Foundation headquarters

320 East 43rd St., New York

Participants

Jose Aylwin	Co-director, Observatorio Ciudadano, Chile
Rana Bahri	DLA Piper
Manja Bayang	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Chhoun Borith	Indigenous representative, Cambodia
Patricia Borraz	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Amy Brown	Ford Foundation
Stephanie Burgos	Oxfam America
Jesse Coleman	Columbia Center on Sustainable Investment
Kaitlin Cordes	Columbia Center on Sustainable Investment
Lorenzo Cotula	International Institute for Environment and Development
Penny Davies	Ford Foundation
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celeste Drake	Trade & Globalization Policy Specialist at AFL-CIO
Ben Hoffman	Columbia Law School Human Rights Clinic; Human Rights Institute
Atama Katama	CSO Partnership for Development Effectiveness
Birgit Kuba	World Bank Inspection Panel
Danika Littlechild	Canadian Commission for UNESCO
Howie Mann	International Institute for Sustainable Development
Soledad Mills	Equitable Origins
Terry Mitchell	Wilfrid Laurier University, Canada
Marcos Orellana	Center for International Environmental Law
Aaron Marr Page	Forum Nobis
Sochea Pheap	Cambodia Indigenous Youth Association
Nikki Reisch	New York University Center for Human Rights and Global Justice
Stanley Riamit	Indigenous Livelihoods Enhancement Partners, Kenya
Lisa Sachs	Columbia Center on Sustainable Investment
William Shipley	Centre for International Sustainable Development Law
Tui Shortland	Managing Director, Repo Consultancy
Indira Simbolon	Asian Development Bank
Joseph Ole Simmel	Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organization
Rukka Sombolinggi	Aliansi Masyarakat Adat Nusantara
Casper Sonesson	United Nations Development Programme

Elsa Stamatopoulou	Columbia University
Sam Szoke-Burke	Columbia Center on Sustainable Investment
Victoria Tauli-Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Mong Vichet	Highland Association, Cambodia
Samoeun Vothy	Indigenous representative, Cambodia
Christina Warner	University of Colorado American Indian Law Clinic
Shawn Watts	Columbia Law School
Hee-Kyong Yoo	Supporting the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Michael Zaccaro	University of Colorado American Indian Law Clinic

Remote participants

Filip Balcerzak	SSW, Poland
Ilias Bantekas	Brunel University London
Graeme Everton	Indigenous Traders
Carla Fredericks	University of Colorado
Lise Johnson	Columbia Center on Sustainable Investment
Kinda Mohamadieh	South Centre
Brendan Plant	Cambridge University
Andrea Saldarriaga	London School of Economics
Shana Tabak	Georgia State University

Indigenous Peoples' International Seminar

Free Trade Agreements, Bilateral Investment Treaties and Large Scale Investment Projects (Megaprojects) and their Impacts on the Rights of Indigenous Peoples

Lima 25-26 April 2016

Participants

Alejandro Capetillo	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Alejandro Parellada	IWGIA
Aline Papic	Quebrada de Tarapaca, Aymara
Ana Maria Llao	Ex Consejera Nacional Mapuche ante Conadi (2012-2016)
Armando Balbuena	Wayuu Representative
Baskut Tunkat	Special Rapporteur on Toxic Waste
Carwyn Jones	Victoria University of Wellington
Cathal Doyle	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Celso Padilla	Consejo Continental de la Nación Guaraní
Donald Rojas	MNICR
Emanuel Gomez	Universidad Autónoma Chapingo

Humberto Cholango	Former CONAIE President
Jorge Nahuel	Mapuche Confederation
Jose Aylwin	Observatorio Ciudadano
Jose Fernando Lopez Hernandez	Organización Campesina Emiliano Zapata – Coordinadora Nacional Plan de Ayala (OCEZ-CNPA)
Joseph Nkamasiai	African Inland Child & Community Agency for Development (AICCAD)
Lorenzo Cotula	IIED
Maíra Krenak	CASA
Marcos Cortez Basilio	Red de guardianes del maíz de Coyuca de Benítez, Guerrero
Maximiliano Mendieta	Tierraviva, Paraguay
Melaku Tegegn	ACHPR
Nancy Yanez	Observatorio Ciudadano
Nora Newball	Gobierno Creole de Bluefields
Ovide Mercredi	Former Chief of AFN
Patricia Borraz	External advisor to the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Paulina Acevedo	Observatorio Ciudadano
Raymundo Camacho	Support for Munduruku people Brazil
Rozeninho Saw Munduruku	Munduruku representative Brazil
Sergio Campusano	Diaguitas Huasco Altinos
Terry Mitchel	Wilfrid Laurier University
Thomas Jalong	JOAS
Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples

Asia-Pacific Consultation on International Investment Agreements and Indigenous Peoples

Prince Palace Hotel, Bangkok

Thailand 2-3 May 2016

Participants

Victoria Tauli Corpuz	Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples
Catalino Corpuz Jr	Tebtebba
Helen Valdez	Tebtebba
Maribeth Bugtong	Tebtebba
Mary Ann Bayang	Tebtebba
Joan Carling	AIPP
Prabindra Shakya	AIPP
Benedict Mansul	Country Research- Malaysia
Abhay Flavian Xaxa	Country Research-India

Cleto Villacorta III	Country Research-Philippines
Ranja Sengupta	Third World Network
Abdul Fauwaz Aziz	Third World Network
Joseph Purugganan	Philippines Focus on the global south
Kate Lappin	Thailand-APWLD
Diyana Yahaya	Thailand-APWLD
Jacqueline Carino	Philippines CPA
“Nancy” Zhang, Nanjie	Thailand CYLR
Niabdulghafar Tohming	Thailand Focus on the Global South
Te Ringahuia Hata	Maori representative New Zealand
Myo Ko Ko	POINT Myanmar
Khamla Soubandith	CKSA Laos
Ruslan Khayrulin	Econforum Uzbekistan
Pianporn Deetes	International Rivers Thailand
Vicky Bowman	Myanmar
Khariroh	Komnas Perempuan Indonesia
Aflina Mustafainah	Komnas Perempuan Indonesia
Anne Tauli	CPA Philippines
Kate Ross	International Rivers
Joyce Godio	AIPP
Subhaqya Mangal Chakma	AIPP
Jocelyn Medd	IAP

Annexe III

Bibliography

UN documents

A/HRC/24/41 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Extractive industries and indigenous peoples 1 July 2013

A/HRC/24/41/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia (31 July 2013)

CERD/CAN/CO/19-20 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination to Canada (4 April 2012)

E/CN.4/2003/90/Add.3 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2002/65 MISSION TO THE PHILIPPINES

Lansman et al. V. Finalnd Communication No. 511/1992 UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994)

UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II

UNCTAD, 2014, "IIA issue note 3: Reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward

UNCTAD, 2015. "IIA Issues Note: Recent trends in IIAs and ISDs"

Regional and national documents

ACHPR (2016), Study on the Impact of Extractive Industries and Land Rights (ACHPR, forthcoming 2016)

IACHR (2016), Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the context of Extraction, Exploitation, and Development Activities (IACHR, 2016)

Model BITs

Waitangi Tribunal (2016), Report on the TPP WAI 2522 Waitangi Tribunal Report 2016

Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Peterson, Aaron Cosbey IISD Model BIT IISD Model Agreement on Investment for Sustainable Development (April 2005) https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

Norwegian Model BIT Draft version 13 05 15 <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf>

SADC Model BIT SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (July 2012) <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>

Books and articles

Cotula (2011), Cotula L. Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development Briefing 4: Foreign investment contracts (IIED, 2011)

Cotula & Berger, (2015), Cotula L. & T. Berger Land Deals and Investment Treaties: Visualising the interface, IIED, 2015

Curtis (2014). Curtis J. Human Rights and Foreign Investment, PhD Thesis (National University of Ireland, Galway, 2015) <https://aran.library.nuigalway.ie/handle/10379/4932>

Doyle & Whitmore (2014). Doyle C. & A. Whitmore Indigenous Peoples and the Extractive Industries: Towards a rights respecting engagement (Tebtebba, Middlesex University, PIPLinks 2014)

Doyle (2015), Doyle C. Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent (Routledge, 2015)

Hepburn (2015). Hepburn J. Amicus Submission Rejected in Zimbabwe Case; Human Rights Law held inapplicable to ICSID Proceedings (27 June 2012) www.iareporter.com

Hirono et al. (2015). Hirono K, Haigh F, Gleeson D, Harris P and Thow, A M. Negotiating healthy trade in Australia: Health impact assessment of the proposed Trans-Pacific Partnership Agreement. (Liverpool, NSW: Centre for Health Equity Training Research and Evaluation, part of the Centre for Primary Health Care and Equity, Faculty of Medicine, UNSW Australia, 2015)

Johnson & Sach (2015). Johnson L & L Sachs Entrenching, rather than reforming, a flawed system (CCSI, 2015)

Mohamadieh & Montes (2015), Mohamadieh K. & M. F. Montes 'Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements' in Investment Treaties Views and Experiences from Developing Countries (South Centre, 2015)

Kube & Petersmann (2016), Kube V & E.U. Petersmann Human Rights Law in International Investment Arbitration 11(1) AJWH 65 (2016)

Kurtz (2009), Kurtz, J., The Use and Abuse of WTO Law in Investor State Arbitration: Competition and Its Discontents European Journal of International Law 20 no. 3 (2009)

LSE (2016) Guide To Implementing The UN Guiding Principles On Business And Human Rights In Investment Policymaking (LSE, 2016) http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE_UNGPs_Guide_en.pdf

Mann (2008), Mann H. International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities (IISD, 2008)

Mohamadieh & Uribe (2016), Mohamadieh K. & D Uribe. The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors (South Centre, 2016)

Mohamadieh et al (2015) Mohamadieh K., A. Bernardo & L Ka-Min (2015) Investment treaties: views and experiences from developing countries (South Centre, 2015)

Peterson (2016). Peterson L. E. Analysis: Canada-EU Treaty sees radical changes to investment dispute settlement, as Canada falls in line behind EU demands for reforms February 29, 2016 <http://www.iareporter.com>

Sauvant (2015), Sauvant K P The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations Experience and Lessons Learned The Journal of World Investment & Trade 16 (2015)

Trevino. (2015), Trevino C. South American Silver lays out \$385 Million case against Bolivia; Government counters that UK Treaty should not protect “Canadian Investment” (Jun 14, 2015) <http://www.iareporter.com/articles/23275/>

Wandahl Mouyal (2016), Wandahl Mouyal L (2016). International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective (Routledge 2016)

Regional Cases

Saramaka People v. Suriname IACtHR (2007). Inter-American Court of Human Rights Case of the Saramaka People v. Suriname Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)

Sarayaku v. Ecuador IACtHR (2012). Inter-American Court of Human Rights Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador Judgment of June 27, 2012 (Merits and reparations)

Sawhoyamaya v. Paraguay IACtHR (2006) Inter-American Court of Human Rights Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Merits, reparations and costs, IACHR Series C No 146, 29th March 2006

ISDS Claims, Awards and Amicus

American Silver Mining v. Bolivia PCA CASE NO. 2013-15 In the matter of an arbitration under the rules of the United Nations Commission on International Trade Law South American Silver Limited Claimant V. The Plurinational State of Bolivia Respondent November 30, 2015

Bear Creek Mining Corp. v. Republic of Peru., International Centre For Settlement Of Investment Disputes ICSID Case No. ARB/14/21 In the Matter of Bear Creek Mining Corporation, Claimant, v. The Republic of Peru, Respondent. Claimant’s Memorial on the Merits

Burlington Resources Inc. v. Ecuador Decision on Jurisdiction (2010). Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010

Colombia Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc February 19, 2016. Notice of arbitration (2013) *American Silver Mining v. Bolivia* Under the Rules of Arbitration of United Nations Commission On International Trade Law The United States-Colombia Trade Promotion Agreement And The Laws Of Colombia

Glamis Gold v. USA Award, (2009) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules Glamis Gold, Ltd. (Claimant) - and - United States of America (Respondent) AWARD

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v. USA, Award, (2011), CLA-138, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, Jan 12, 2011

Von Pezold v. Zimbabwe preliminary order (2012) International Centre For Settlement Of Investment Disputes Bernhard Von Pezold And Others (Claimants) V. Republic Of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/15) - and - Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited (Claimants) v. Republic of Zimbabwe (Respondent) (ICSID CASE NO. ARB/10/25) Procedural Order No. 2

CCSI Amicus submission on Bear Creek Case (2016)

Annexe IV

Other ISDS cases impacting on indigenous peoples rights

In *Bechtel v. Bolivia* (2006), Bechtel, a US company, filed an arbitration case for \$50 million in 2002 under the Bolivia-Netherlands BIT, in a context where the US had no BIT with Bolivia. The case arose when indigenous peoples' protests at privatization of the water supply led to nationalization. The case was eventually settled when confrontation with the police turned violent led to an international campaign put significant pressure on the parent company.

In *Cosigo Resources Ltd and Tobie Mining & Energy Inc v. Colombia* Canadian and United States mining companies issued a notice of intent to take a \$16.5 billion arbitration case against Colombia under the US-Colombia FTA. They hold that Colombia delayed signing its mining concession until a national park covering the area was established, and that there was inadequate consultation with indigenous peoples in relation to the park's creation. In September 2015, the Colombian Constitutional Court upheld the creation of the park. The companies acknowledge that the proposed mining activities face strong opposition from among the impacted indigenous peoples, but point to an agreement with one indigenous association as evidence of sufficient support to proceed.
