



TAFTA : une nouvelle fuite révèle les ambitions climaticides de l'UE

*Lundi 11 juillet 2016
Amélie Canonne et Maxime Combes*

Révélee par l'AITEC et Attac France, la proposition de chapitre "Énergie et matières premières" faite par l'Union européenne aux négociateurs américains confirme le risque évoqué depuis deux ans par les organisations de la société civile : l'UE préfère accroître ses importations d'énergies fossiles plutôt que respecter ses engagements de lutte contre les dérèglements climatiques, désormais consignés dans l'Accord de Paris. Elle ne propose aucun mécanisme de protection ou de sauvegarde visant à faire primer les enjeux climatiques sur la course à la compétitivité. C'est la première fois que la proposition européenne de chapitre "Énergie et matières premières" est divulguée au public. Il s'agit d'un document récent, en date du 23 juin 2016. Il révèle précisément les objectifs que la Commission européenne et les États-membres poursuivent à travers les négociations du TAFTA en matière d'énergie : assurer la sécurité énergétique de l'UE sans prendre en compte de l'impératif climatique et sans imaginer que cette sécurité énergétique puisse être renforcée en réduisant la dépendance de l'économie européenne de l'importation d'énergies fossiles. Ce document est à ce stade une proposition unilatérale de l'Union européenne qui sera certainement l'objet de discussions lors du nouveau cycle de négociations du TAFTA qui démarre ce lundi 11 juillet à Bruxelles.

Contacts :

- Amélie Canonne - amelie.aitec@reseau-ipam.org – 06 24 40 07 06
- Maxime Combes – maxime.combes@gmail.com – 06 24 51 29 44

Rappel des précédents documents disponibles sur le même sujet

Texte	Date	Lien	Statut
"Non paper" en vue d'un chapitre sur l'énergie et les matières premières	01/05/14	https://fr.scribd.com/doc/233022558/EU-Energy-Non-paper	Fuité par le Washington Post en juillet 2014, jamais publié par la DG Commerce
Papier de position initiale de l'UE	01/06/13	http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151624.pdf	Principes de négociation / publié en ligne
Documents connexes			
« Papier de position de l'UE en vue d'un chapitre sur le commerce et le développement durable, le travail et l'environnement : éléments et questions principales pour des dispositions dans le TAFTA »	Proposé en mai 2014	http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153024.pdf	Publié en ligne en janvier 2015
Proposition de texte de l'UE pour un chapitre "Commerce et développement durable"	Proposé en octobre 2015	http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf	Publié en ligne en novembre 2015

Résumé

La proposition de chapitre "Énergie et matières premières" a **deux objectifs principaux** :

- la libéralisation des échanges énergétiques, tout particulièrement du gaz, entre l'UE et les États-Unis, à la fois au plan douanier et réglementaire ;
- la fixation d'un "standard" international dans le domaine, de façon à influencer les négociations commerciales futures ; le Tafta pourrait « créer un précédent » et, comme le souhaite la Commission, déterminer l'avenir des normes et réglementations du secteur, à l'échelle mondiale.

Le texte propose **quatre dimensions spécifiques** :

- un volet visant à la libéralisation du commerce d'énergie entre les deux pays, via notamment la suppression des licences américaines pour l'exportation de gaz naturel, l'interdiction des instruments de contrôle (prix, quotas) des exportations d'énergie ou de matières premières, ou encore la réaffirmation de la liberté de transit dans ces secteurs ;
- un volet réglementaire relatif aux standards, réglementations et inspections dans le domaine des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique ;
- un volet de « coopération » entre les parties concernant le commerce et l'investissement dans le domaine de l'énergie et des matières premières : négociations internationales, mesures de distorsions de parties tiers, auto-certification par les entreprises, données économiques et commerciales, « bonnes pratiques » nationales, usage efficace des ressources...
- la création d'un mécanisme de « consultation » qui permettra de régler les situations « urgentes » sans préciser quels seront les cas de figure concernés.

Avec cette proposition, la Commission européenne et les États-membres réussissent le tour de force de proposer d'étendre la libéralisation de l'énergie sans ne jamais interroger cet objectif au regard du contenu de l'Accord de Paris, notamment son article 2 qui prévoit de tout mettre en œuvre pour contenir le réchauffement climatique en deçà de 2°C, ou idéalement 1,5°C : aucune référence à l'urgence climatique ne pourrait être invoquée pour prendre des mesures exceptionnelles et dérogatoires aux règles commerciales en vigueur. Cette proposition consacre la primauté du commerce sur l'urgence climatique, la primauté du *business as usual* sur la mise en œuvre de l'Accord de Paris.

Contexte

Le traitement des questions énergétiques par le droit du commerce international est simple : l'énergie, pas plus que les matières premières, ne font l'objet d'un traitement particulier. Elles sont principalement considérées comme des marchandises comme les autres, sauf accords bilatéraux spécifiques, leur exploitation restant principalement soumise à des régimes de contrôle et de réglementation mis en place par les États producteurs. Le principal accord de commerce et d'investissement existant sur ces questions est le Traité sur la Charte de l'énergie, dont l'UE est membre, mais dont les États-Unis sont seulement observateurs. Si bien que les accords de l'OMC sont aujourd'hui les seules règles régissant le commerce et l'investissement entre Bruxelles et Washington dans le domaine.

L'UE a fait de la sécurisation de son accès à des matières premières bon marché une priorité de sa politique commerciale depuis 2008, à travers plusieurs instruments : l'Initiative Matières premières¹ de 2008 et sa version renforcée en 2011², ou encore le rapport de 2014 sur les matières premières critiques pour l'UE³. Dans cette perspective, l'UE soutient notamment l'élaboration progressive de normes de droit contraignantes pour les gouvernements des États producteurs de matières premières, qui limiteront à la fois l'usage de mesures de contrôle à l'exportation, douaniers ou réglementaires, ou encore les discriminations des marchés intérieurs et internationaux par le prix. Elle cherche également à assurer la liberté totale de transit, et l'obligation de non-discrimination en fonction de la nationalité des intermédiaires ou transporteurs. Le règlement "Minerais des conflits", habillé de considérations humanitaires, a été conçu par les spécialistes "Commerce" de la Commission et du Parlement européen, et son ambition largement limitée par la nécessité supérieure d'assurer un accès aux minerais rares dans des conditions garantissant la compétitivité des entreprises sises dans l'UE.

Les matières premières énergétiques, en plus d'être couvertes par les documents précités, sont également l'objet de documents et dispositifs propres, à commencer par la mise en œuvre progressive de l'Union de l'énergie, une des dix priorités de la Commission Juncker pour les cinq années de son mandat (2014 – 2019). Après avoir exposé en mai 2014, sa stratégie de sécurité énergétique extérieure, la Commission européenne a en effet adopté un « Cadre stratégique pour une Union de l'énergie » en février 2015⁴ et elle a publié une stratégie d'ensemble pour le gaz naturel liquéfié (GNL) au début de cette année⁵. Si le mix énergétique reste de la compétence de chacun des États-membres, l'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶ fonde en effet les bases d'une politique commune pour ce qui concerne le marché européen de l'énergie et la sécurité de l'approvisionnement énergétique⁷.

C'est en effet l'accès au pétrole et au gaz, qui préoccupe tout particulièrement la Commission européenne et les États-membres. L'UE importe 53 % de l'énergie consommée sur le territoire européen, ce qui en fait le principal importateur d'énergie au monde, pour un montant d'environ 400 milliards d'euros par an. Une perspective qui doit s'aggraver dans les années à venir en raison de l'épuisement progressif des ressources domestiques conventionnelles (gaz et pétrole de Mer du Nord, gaz des Pays-Bas etc).

1 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0699:FIN:FR:PDF>

2 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0025&from=EN>

3 Accessible depuis la page http://ec.europa.eu/growth/sectors/raw-materials/specific-interest/critical/index_en.htm

4 http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0003.03/DOC_1&format=PDF

5 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-307_fr.htm

6 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>

7 Eléments auxquels il faut ajouter : l'efficacité énergétique, les économies d'énergie, les énergies nouvelles et renouvelables, l'interconnexion des réseaux et la politique de lutte contre les dérèglements climatiques

Plusieurs pays d'Europe de l'Est et de la région baltique souhaitent également trouver des sources d'approvisionnement alternatives au gaz russe pour échapper à la dépendance et aux pressions de Moscou. La Russie fournit en effet 40 % du gaz de l'ensemble de l'UE mais six États européens sont tributaires d'un seul fournisseur pour leur approvisionnement en gaz. La moitié de ce gaz transite en outre par l'Ukraine et la guerre de 2014 a conduit à une interruption de cet approvisionnement. « La dépendance excessive à l'énergie russe rend l'UE faible », avait déclaré Donald Tusk, au printemps 2014.

Pour la Commission, l'UE améliorera sa sécurité énergétique en renforçant « sa capacité à peser sur les marchés mondiaux de l'énergie », notamment « grâce à l'inclusion de dispositions relatives à l'énergie dans les accords commerciaux avec ses partenaires ». La Commission affirme vouloir « mener à bien un programme dynamique d'échanges commerciaux et d'investissements dans le secteur énergétique » en défendant « l'accès aux marchés étrangers pour les technologies et services énergétiques européens ». Sont également prévus des « partenariats énergétiques stratégiques avec des pays producteurs et des pays ou régions de transit qui gagnent en importance, comme l'Algérie et la Turquie, l'Azerbaïdjan et le Turkménistan, le Moyen-Orient, l'Afrique et d'autres fournisseurs potentiels ». Les États-Unis et le Canada sont également mentionnés.

A plus long terme, l'Union européenne est engagée dans l'élaboration, tout comme les États-Unis, d'un régime de commerce et d'investissement qui interdira toute forme de monopole et/ou de contrôle de la production et de la commercialisation de l'énergie et des matières premières stratégiques pour leurs économies. De nombreuses multinationales de l'énergie, comme Exxon, se plaignent en effet que des pays émergents et des pays du Sud resserrent leur réglementation en matière d'exploitation d'énergies fossiles. Plusieurs documents révélés par le Guardian montrent que la Commission travaille étroitement avec le secteur pétrolier et gazier pour s'assurer que le Tafta détermine la norme des règles internationales futures en matière de commerce et d'investissement dans le secteur de l'énergie⁸. La Chine est tout particulièrement dans leur collimateur depuis le conflit sur les terres rares initié à l'OMC⁹. Mais l'Inde l'est aussi pour ses politiques visant à développer des filières locales d'énergie propre, qui incluent notamment des engagements de rachat à prix fixe pour les entreprises domestiques. Cette politique a également été attaquée par les États-Unis devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC¹⁰.

L'inclusion d'un chapitre Énergie et matières premières au traité transatlantique s'inscrit donc dans ce cadre, avec une attention toute particulière à la libéralisation de l'accès au gaz américain. dont la production a connu un essor historique avec la "révolution" des gaz de schistes. Si le CETA (accord UE-Canada) ne comporte pas de dispositions particulières sur le sujet (qui est traité dans les dispositions horizontales telles que les chapitres « Investissement », « Coopération réglementaire », ou « Réglementations nationales »), l'UE a négocié un chapitre Énergie dans le traité négocié avec l'Ukraine, et souhaite réitérer dans sa négociation actuellement en cours avec la Tunisie.

En parallèle, la Commission européenne a obtenu que l'Accord de Paris, finalisé à Paris le 12 décembre dernier et signé par 175 pays à New-York le 22 avril 2016, ne comporte strictement aucune mention des questions liées aux politiques commerciales et d'investissement (droits de propriété intellectuelle sur technologies vertes, dispositifs de soutien au déploiement des énergies renouvelables, limitation du

8 En février 2016, le Guardian a révélé que l'ancien commissaire européen au commerce, Karel de Gucht a rencontré les représentants de la multinationale américaine ExxonMobil lors d'une réunion secrète en octobre 2013 au cours de laquelle il a tenu des propos en faveur de la dérégulation du secteur pétrolier et gazier. Fin novembre 2015, la Guardian avait déjà établi que la Commission européenne avait transmis des documents confidentiels à plusieurs entreprises pétrolières, dont Exxon Mobil : <https://www.theguardian.com/environment/2016/feb/23/eu-told-exxonmobil-that-ttip-would-aid-global-expansion-documents-reveal> et <http://www.theguardian.com/environment/2015/nov/26/ttip-talks-eu-alleged-to-have-given-exxonmobil-access-to-confidential-papers>

9 Voir <http://www.actu-environnement.com/ae/news/omc-quotas-chinois-usw-15204.php4>

10 Voir <http://www.bastamag.net/L-Inde-interdite-de-soutenir-son-industrie-solaire-l-OMC-contre-l-Accord-de>

commerce international des énergies fossiles, croissance des émissions liées au secteur aérien et au transport maritime, etc.)¹¹. Par le concours des institutions européennes, la dichotomie se renforce entre d'un côté un droit commercial dur, doté de dispositifs de contraintes et de sanction, et de l'autre, des accords internationaux sur le climat basé sur des engagements volontaires non contraignants.

11 Un document interne de la Commission européenne révélé pendant la COP21 demandait aux négociateurs européens d'éviter « toute mention explicite du commerce » dans l'accord de Paris. Voir ici : <http://www.bastamag.net/Accord-a-la-COP21-meme-sur-une-planete-morte-le-commerce-international-devra-se>

Le contenu du texte

1. Suppression des limites à l'exportation des énergies fossiles

Le document comporte en premier lieu un avertissement établissant clairement l'objectif d'introduire des dispositions contraignantes d'élimination des restrictions existantes à l'exportation de gaz naturel entre l'UE et les États-Unis dès l'entrée en vigueur de l'accord. Les formulations juridiques ne sont pas encore définies, et on sait, en raison de la sensibilité du sujet aux États-Unis, que ce sera un point dur de la phase finale de négociation.

Le régime actuel n'interdit pas les exportations de gaz, de pétrole ou de charbon depuis les États-Unis. Il exige néanmoins dans certains cas (pétrole brut et gaz naturel liquéfié notamment) l'obtention d'autorisations administratives que les multinationales de l'énergie voudraient voir lever, au nom d'un coût jugé trop élevé, pour faciliter leur exportation vers les pays européens. L'introduction d'un régime d'autorisation automatique, voire la suppression de toute forme d'autorisation, risque de créer un effet d'appel à l'extraction et à la commercialisation de pétrole et de gaz non conventionnels outre-Atlantique, avec des conséquences néfastes :

- l'expansion de la fracturation hydraulique, en dépit de ses implications écologiques (pollutions, surconsommation d'eau...) et humaines (séismes, eaux impropres à la consommation),
- le développement d'infrastructures industrielles coûteuses aux effets importants sur les territoires et les écosystèmes : gazoducs, sites de stockage, terminaux portuaires, usines de liquéfaction...
- la multiplication des risques au cours du transport (fuites, explosions...).

Une telle incitation à l'exportation de pétrole et de gaz non conventionnels entre en contradiction avec les engagements pris lors de la COP21 et qui sont consignés dans l'Accord de Paris qui nécessitent une réduction drastique des émissions de gaz à effet de serre responsables des dérèglements climatiques : contenir le réchauffement climatique en deçà de 2°C (article 2 de l'Accord de Paris) implique, selon les études, de geler deux tiers à quatre-cinquièmes des réserves prouvées d'énergies fossiles existantes, et donc à ne pas encourager l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures non conventionnels. L'argument selon lequel le gaz pourrait être une énergie de transition sur le chemin d'économies décarbonées est aujourd'hui doublement mis à mal : le pouvoir de réchauffement du méthane a été fortement rehaussé par le dernier rapport du Giec et la prise en compte des émissions fugitives tout au long du cycle d'exploitation du gaz de schiste le rend beaucoup moins intéressant qu'attendu face à l'usage du charbon. Par ailleurs, le développement massif de l'exploitation et du commerce international du gaz de schiste nécessite des investissements massifs qui verrouilleront la dépendance aux énergies fossiles des systèmes énergétiques pour de trop longues années au regard de l'urgence climatique.

Le texte cherche également à interdire le recours à des instruments de contrôle et/ou de limitation des exportations d'énergie et de matières premières telles que l'instauration de prix différenciés pour les marchés internes et externes, l'introduction de quotas, l'existence de monopoles d'État, ou encore la mise en place de taxes à l'export. Ce sont pourtant des instruments politiques indispensables pour contrôler la production et l'usage des énergies fossiles.

Enfin l'Annexe 2 propose d'interdire de recourir à toute mesure, en cas de situation "urgente", qui aurait pour conséquence d'entraver l'approvisionnement énergétique des deux parties. C'est une disposition très

vague qui donnera aux États-Unis ou à l'UE la possibilité d'interférer dans les décisions politiques de l'autre partie, et d'invoquer la sécurité d'approvisionnement pour remettre en question les éventuelles priorités économiques ou écologiques du partenaire commercial.

2. L'attaque contre les politiques d'appui aux énergies "propres"

L'article 4 du texte introduit l'obligation de non-discrimination des acteurs de l'énergie aux infrastructures de transport et de distribution. Il précise qu'aucune différence ne pourra être effectuée à l'égard d'un opérateur de l'autre partie, mais également qu'aucune discrimination ne pourra être établie en fonction du type d'énergie candidate au transport et à la distribution.

Les règles et les prix d'accès à ces infrastructures devront être établies et publiées a priori, sans possibilité de décision discrétionnaire ultérieure.

Deux problèmes apparaissent ici :

- l'impossibilité de définir des seuils minimaux d'énergie solaire ou éolienne pour les producteurs et revendeurs d'électricité,
- l'impossibilité de préférer les opérateurs locaux voire micro-locaux par rapport aux filiales de multinationales de l'autre partie.

Toute exception à cette règle générale devra être motivée par des objectifs politiques "légitimes", et justifiés par des critères "objectifs", ce qui est de nature à décourager les rares bonnes volontés en la matière. D'autre part, les controverses quant au niveau de "légitimité" des objectifs et à l'"objectivité" des critères qui les fondent ont de belles heures devant elles.

3. L'auto-régulation de l'industrie dans le domaine de l'efficacité énergétique

L'article 6 relatif à la coopération dans le domaine des standards de consommation d'énergie encourage explicitement les parties à préférer l'auto-certification des biens industriels toutes les fois où celle-ci apportera des solutions « plus rapides » et « moins coûteuses » que des systèmes contraignants. Cet article concerne plus particulièrement les appareils électroménagers, d'éclairage et systèmes de climatisation ou de chauffage ; dans l'UE comme aux États-Unis il existe des dispositifs légaux fixant des plafonds de consommation énergétique pour différentes catégories d'appareils. Des systèmes signalétiques informent en outre les consommateurs sur les performances énergétiques des biens et dispositifs dont ils envisagent l'achat.

La Directive européenne sur l'efficacité énergétique, établie en 2012 et qui comporte des dispositions contraignantes (audit énergétique pour les entreprises, minimum de rénovation du bâti, stratégies nationales par pays...), et dont une révision partielle est programmée, pourrait être menacée par une telle disposition ; les entreprises américaines pourront ainsi invoquer cet alinéa du traité pour exiger d'y échapper, et préférer un système volontaire, qui se voudra forcément moins coûteux et perturbateur de leur système de production. Le système d'étiquetage obligatoire sur les appareils électroménagers et les biens immobiliers pourrait à terme être remis en question également.

Ce même chapitre appelle aussi à la convergence ou l'harmonisation réglementaires dans le domaine de l'énergie aussi souvent qu'il sera possible, et à développer de nouveaux standards communs dans le

domaine. Les processus de convergence réglementaire sont généralement néfastes aux ambitions écologiques initiales, et opèrent le plus souvent à la faveur des lobbies industriels du secteur qui ont des moyens colossaux pour influencer le processus de réglementation, établir des études scientifiques favorables, exercer leur chantage aux emplois et à la croissance sur les régulateurs et leurs instances de tutelle... La Directive sur la qualité des carburants (au sujet de laquelle les États-membres ont finalement renoncé à discriminer les pétroles les plus polluants sous la pression des producteurs américains et canadiens) ou le "scandale" Volkswagen, qui a révélé que les standards américains sur les émissions de moteurs diesel étaient plus stricts que leurs équivalents européens, l'ont bien démontré.

4. "Coopération" climaticide dans le domaine de l'énergie et des matières premières

L'article 8 du texte appelle les deux parties à la "coopération" et établit une longue liste d'objectifs stratégiques qui consistent notamment à imposer au monde entier la libéralisation du commerce et de l'investissement dans le secteur de l'énergie et des minerais. Il vise en premier lieu à "réduire ou éliminer" les mesures de distorsion au commerce et l'investissement qui existent dans les pays tiers et qui affectent l'énergie et les matières premières". Cela revient à user de tous les moyens, notamment de négociations commerciales bilatérales, pour supprimer les programmes échappant à l'obligation de non-discrimination, les mesures de contrôle à l'export voire l'existence d'entreprises d'État qui organisent la production et le commerce d'énergie.

L'article 8 engage aussi les deux parties au TTIP à s'allier dans les enceintes internationales, dès lors que les questions énergétiques seront abordées sous un angle commercial, pour faire valoir des positions communes dans ces instances. On pense bien sûr au processus de négociation d'un accord plurilatéral sur le commerce des biens environnementaux, mais également au processus de négociation sur le changement climatique organisé à la CCNUCC, mais cela peut concerner nombre de négociations multilatérales futures dans le champ de l'investissement, des services, de l'environnement...

5. L'absence complète de mesures de sauvegarde et de protection du climat et de l'environnement

Le secteur de l'énergie et des matières premières est particulièrement sensible sur le plan environnemental, même s'il est ici envisagé par le texte du strict point de vue de l'accessibilité aux ressources, de l'élimination de toutes les distorsions et des obstacles existants, ou au contraire des incitations, à la compétitivité des entreprises.

La sensibilité écologique et climatique du secteur n'est nullement prise en considération, puisque le texte ne comporte aucune exception ou mesure de sauvegarde sérieuse en cas de crise écologique ou de risque environnemental. L'impératif de lutte contre le changement climatique ne pourra faire l'objet d'aucune dérogation ou mesure exceptionnelle : aucune clause ne protège, de façon explicite et juridiquement efficace, le droit et le pouvoir discrétionnaire de régulation des États et des collectivités publiques.

Les pouvoirs publics sont ainsi privés de leviers d'action essentiels pour respecter les engagements pris lors de la COP21. Dans cette perspective, c'est le marché qui est supposé répondre à ce défi, par l'innovation des entreprises en matière de technologies vertes, d'efficacité énergétique et de production d'énergies renouvelables.

Des mécanismes de dialogue et de coopération sont suggérés sur des questions périphériques (art. 8) telles que le recyclage, la réutilisation, la réparation des biens industriels, mais aucune véritable marge de manœuvre politique n'est laissée à l'UE, à ses États membres et aux États-Unis pour s'abstraire de l'exigence de libéralisation du commerce, de l'investissement et du transit énergétique dans la perspective de réellement limiter l'extraction et la combustion d'énergies fossiles.

Enfin, faute de spécification, on peut faire l'hypothèse que le chapitre de protection des investissements, et son mécanisme de règlement des différends Investisseur-État, s'appliqueront au chapitre Énergie et matières premières. C'est une aubaine pour les entreprises du secteur qui pourront ainsi attaquer toute réglementation ou loi introduire par l'une ou l'autre des parties et qui entrerait en contradiction avec une des dispositions du chapitre : taxes à l'importation ou l'exportation sur des énergies sales, politiques de rachat garanti des énergies renouvelables locales, dispositifs réservant certains composants à une filière locale stratégique pour la transition écologique...

Alors que près du tiers des poursuites engagées par des entreprises devant des tribunaux d'arbitrage concernent aujourd'hui l'énergie et les mines, on peut craindre une explosion des plaintes et des coûts (de procédure ou d'indemnisation) associées, et on peut redouter un effet de dissuasion directe pour nos gouvernements et nos collectivités territoriales.

Le Traité sur la Charte européenne de l'Énergie et l'ALENA (accord de commerce et d'investissement entre le Canada, les États-Unis et le Mexique) comportent tous deux un mécanisme d'arbitrage, qui a permis d'initier des poursuites particulièrement choquantes :

- Lone Pine v. Canada, sur l'existence d'un moratoire contre la fracturation hydraulique au Québec,
- TransCanada v. États-Unis, sur la non-autorisation du projet d'extension du pipe-line KeyStone par le Président Obama en novembre dernier,
- Vattenfal I et II respectivement v. Allemagne : le premier dans une affaire de standards environnementaux pour une centrale à charbon, et le second sur la décision de sortie du nucléaire de Berlin prise après la catastrophe de Fukushima,
- Gabriel Resources v. Roumanie, suite au refus du gouvernement roumain d'autorisation l'exploitation de la mine d'or de Rosia Montana pour des raisons écologiques,
- plusieurs dizaines de plaintes d'entreprises diverses contre l'Espagne lorsque Madrid a dû renoncer, pour des raisons budgétaires, en pleine crise, à son programme de rachat garanti d'électricité verte,
- plusieurs poursuites d'entreprises contre l'Italie suite à la fermeture de son programme similaire...

Le secteur de l'énergie et des mines est une manne pour l'industrie de l'arbitrage qui a mis au point une véritable stratégie de courtage à l'égard de ses acteurs, et leur propose un appui juridique contre intéressement au montant d'indemnités qui sera décidé en cas de victoire.

Problème : aucune forme de dérogation ou d'exception explicite ne figure dans les chapitres Énergie et matières premières ou Commerce et développement durable qui invaliderait toute poursuite contre un gouvernement pour une décision manifestement inscrite dans une stratégie de lutte contre le réchauffement climatique ou de protection de l'environnement et des écosystèmes.

La proposition d'introduire, dans le chapitre Investissement du traité, une mention du « droit à réguler » des États, comme dans l'article 8.9 du CETA, n'a pas de valeur juridique réelle puisqu'elle fait porter la charge de prouver la légitimité de la décision. L'examen montre en outre que les garanties apportées dans cet article n'auraient pas empêché les poursuites « KeyStone » ou « TransCanada », par exemple.

Et Washington n'est de toute façon pas prêt à accepter la proposition de Bruxelles en l'état.

L'inscription de dispositions spécifiques visant à la libéralisation du commerce de l'énergie, à la garantie de la liberté de transit et à l'obligation d'assurer une certaine continuité d'approvisionnement accroissent les fondements possibles pour des poursuites. Or celles-ci, outre leur coût potentiel (l'OMS a chiffré le seul coût de la procédure Philip Morris v. Australie à environ 8 millions de \$), ont un effet dissuasif réel à l'égard des gouvernements. C'est en usant de la menace de poursuites ISDS que l'industrie cimentière étrangère a contraint Le Caire, en 2014, à rompre avec l'interdiction d'importation de charbon vieille de plusieurs décennies.