

## Résumé

### « Quels sont les investissements suisses dans le secteur du charbon allemand qui sont protégés par le Traité sur la charte de l'énergie et quels risques font-ils porter à l'Allemagne dans le contexte de sa sortie du charbon ? »

La sortie du charbon en Allemagne est prévue pour 2030 par le gouvernement actuel. Si elle est effectivement réalisée jusqu'à cette date, elle pourrait permettre à l'Allemagne d'atteindre ses objectifs climatiques et abaisser les émissions européennes de 85 Mt de CO<sub>2</sub> dans ce même horizon temporel (Kittel *et al.*, 2020). En 2023, une entreprise suisse attaque l'Allemagne en justice sur la base du Traité sur la charte de l'énergie (TCE). Elle conteste la fermeture programmée d'une centrale à charbon allemande en raison de la sortie du charbon. Cette entreprise, c'est AET, une société détenue par le canton du Tessin. Elle est actionnaire de la centrale que le gouvernement allemand a décidé de fermer. À la suite de cette nouvelle, je décide m'intéresser au traité qui a permis à AET de traduire l'Allemagne en justice pour une mesure politique servant à enrayer le réchauffement climatique.

Le TCE est un traité d'investissement international réglementant le secteur de l'énergie ayant été ratifié par de nombreux pays européens. Il contient le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (*Investor State Dispute Settlement*), appelé aussi arbitrage d'investissement. Présent dans la majorité des traités d'investissement, ce mécanisme permet aux investisseurs étrangers de poursuivre un État devant un tribunal d'arbitrage international, si celui-ci met en péril leurs investissements, afin d'obtenir des compensations financières. L'arbitrage d'investissement est ainsi accessible aux investisseurs situés dans un État membre du traité et possédant des investissements dans un second État-membre. Son but est d'encourager l'arrivée des investissements étrangers dans un pays signataire en assurant aux investisseurs une protection sur le long-terme, indépendamment du cadre législatif national.

La légitimité du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États est aujourd'hui remise en cause. En effet, des études mettent en doute l'impartialité des arbitres composant les tribunaux d'arbitrage. Ceux-ci ne sont généralement pas contraints à considérer l'intérêt public lors de leur verdict, tandis que les compensations accordées aux investisseurs, soit 171 millions USD en moyenne, sont en fin de compte à la charge du contribuable (Hodgson & Campbell, 2017). De plus, les affaires d'arbitrage peuvent avoir pour conséquence de retarder ou de décourager l'adoption de réglementations sociales et environnementales à cause du risque financier élevé qu'elles impliquent.

C'est ce dernier point qui a amené plusieurs pays européens, dont l'Allemagne, à se retirer du TCE pour des raisons climatiques. Cependant, la clause de survie présente dans le traité implique que le TCE reste encore en vigueur durant une période de 20 ans après le retrait d'un pays. Bien que ses défenseurs argumentent qu'il encourage également les investissements dans les énergies renouvelables, le TCE protège l'équivalent de 344,6 milliards d'euros d'infrastructure fossile au sein de l'Union Européenne (UE), de la Suisse et du Royaume-Uni (Moldenhauer & Schmidt, 2021). Traité le plus souvent invoqué lors des arbitrages lancés par l'industrie fossile, le TCE est vu comme un obstacle majeur à la transition énergétique en Europe à cause de la protection qu'il accorde aux investissements dans le secteur des énergies fossiles. Or, la lutte contre le réchauffement climatique implique un abandon plus ou moins progressif de ces énergies et donc la mise en danger des investissements dans ce domaine.

Sachant tout ceci, je me penche ensuite sur les liens que la Suisse entretient avec le charbon allemand et plus particulièrement sur les investissements helvétiques dans ce secteur pouvant bénéficier de la protection du TCE. L'entreprise suisse AET a employé ce traité afin de lancer un arbitrage contre l'État allemand. La question est donc, si d'autres acteurs suisses sont capables de faire de même face aux mesures instaurées par l'Allemagne pour assurer sa sortie du charbon et quels sont les risques que l'État allemand pourrait ainsi encourir.

Pour y répondre, j'examine les affaires d'arbitrages ayant déjà été lancées depuis la Suisse sur la base du TCE. Puis, je dresse la liste des actionnaires helvétiques dans les entreprises charbonnières allemandes et je cherche les filiales que ces entreprises ont établi en Suisse. Je croise ensuite cette liste avec les clauses du TCE, ainsi que les contrats et les compensations déjà accordés par l'État allemand à son secteur charbonnier, afin de déterminer quels actionnaires peuvent se prévaloir de la protection du traité. Finalement, je calcule les émissions de CO<sub>2</sub> protégées par le TCE en fonction de l'actionnariat et des filiales suisses. Au vu du temps et des données à ma disposition, j'ai dû faire des choix. Je me suis ainsi focalisée sur l'actionnariat seulement, alors que le TCE protège bien d'autres types d'investissements, et sur les émissions des centrales à charbon, bien que de nombreuses mines de charbon se trouvent également sur le territoire allemand.

Même en tenant compte de ces restrictions, les émissions de CO<sub>2</sub> protégées par le TCE en Allemagne (en fonction de l'actionnariat et des filiales suisses) dépassent les émissions annuelles de la Suisse. De plus, le risque financier lié à de nouvelles affaires d'arbitrage lancées depuis la Suisse suite à la sortie du charbon en Allemagne est important.

Deux entreprises suisses sont des actionnaires d'entreprises charbonnières allemandes pouvant se prévaloir de la protection du TCE : BKW et (sans surprise) AET. Cependant, ce sont les

filiales que possèdent les plus grandes entreprises du charbon allemand en Suisse, qui représentent la majorité des émissions protégées par le traité. En effet, une entreprise peut accéder à un traité d'investissement lorsque celle-ci détient une filiale dans le pays adéquat. Ceci peut lui permettre de lancer un arbitrage contre son propre pays par l'intermédiaire de la filiale en question de la même manière qu'un investisseur étranger. En examinant les affaires d'arbitrage précédemment lancées depuis la Suisse sur la base du TCE, il apparaît que des grandes entreprises, qui n'auraient autrement pas pu employer ce traité, sont déjà passées par l'intermédiaire de leur siège suisse pour lancer des arbitrages contre d'autres pays européens.

Maintenant que l'UE cherche à empêcher les arbitrages entre ses pays-membres et que la nécessité de lutter contre le réchauffement climatique devient de plus en plus évidente, la Suisse pourrait devenir un lieu d'implantation privilégié par les grandes entreprises fossiles cherchant la protection du TCE.

Mon travail se place ainsi parmi les nombreux articles académiques appelant à repenser le fonctionnement des traités internationaux à la lumière des actions de plus en plus drastiques devant être prises pour répondre aux exigences de l'Accord de Paris.

## Références

Hodgson, M., & Campbell, A. (2017, décembre 14). Damages and costs in investment treaty arbitration revisited. Global Arbitration Review online news. <https://www.itd.or.th/wp-content/uploads/2019/09/Annex-2-Allen-and-Overy-Damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited-December-2017-1.pdf>

Kittel, M., Goeke, L., Kemfert, C., Oei, P.-Y., & Von Hirschhausen, C. (2020). Scenarios for Coal-Exit in Germany—A Model-Based Analysis and Implications in the European Context. *Energies*, 13(8), 2041. <https://doi.org/10.3390/en13082041>

Moldenhauer, O., & Schmidt, N. (2021, Février). ECT data analysis : Results and Methods. Investigate Europe. <https://www.investigate-europe.eu/en/posts/ect-data>