

2012-12

EU2020 : the Lisbon process revisited

Moreiro González, Carlos Javier

Difusion Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

<http://hdl.handle.net/10016/20134>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

**EU2020: THE LISBON
PROCESS REVISITED**

**UE2020: LE PROCESSUS
DE LISBONNE REVISITÉ**

MOREIRO GONZÁLEZ, CARLOS J. (DIR.)

BARNARD, CATHERINE

SANTOS, SALOMÉ

KADDOUS, CHRISTINE

STEIN, TORSTEN

DIFUSIÓN JURÍDICA
Economist & Jurist



Consejo Editorial de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.

- José Juan Pintó Ruiz
- Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
- Francisco Echeverría Summers
- Alfonso Hernández-Moreno
- Ramón Mullerat Balmaña
- Juan Francisco Pont Clemente
- Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

Carlos J. Morcero, Catherine Barnard, Christine Kaddous, Salomé Santos y Torsten Stein

© 2012 *Carlos J. Morcero, Catherine Barnard, Christine Kaddous, Salomé Santos y Torsten Stein*

Editor

DIFUSIÓN JURÍDICA
Economist & Jurist

© Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.

C/ Recoletos, N° 6

28001 Madrid

Tel. 91 426 17 84 – Fax 91 578 45 70

E-mail: info@difusionjuridica.com

NIF: A-59888172

Depósito Legal: M-21134-2012

ISBN: 978-84-15150-30-5

Diseño y maquetación: Sinodal Artes Gráficas

Impresión: Publidisa

No está permitida la reproducción de esta obra, ni su transmisión en forma o medio alguno, sea electrónico, mecánico, fotocopia, o de cualquier otro tipo sin el permiso previo y por escrito del autor.

DIFUSIÓN JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD, S.A. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en los trabajos publicados. La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.



Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra

ÍNDICE

- **Palabras previas** 9
- **Introducción. En la era del “europeísmo líquido”
(Prof. Dr. Carlos J. Moreiro González)** 11
- **Une confrontation des perspectives: la stratégie
Europe 2020 et la relance du marché intérieur
(Profa. Dra. C. Kaddous)** 15
- **The Financial Crisis and the Europlus Pact:
a (labour) lawyer’s perspective (Profa. Dra. C.
Barnard)** 37
- **Monetary instability under the Pact for the euro
and its synergy with the EU 2020 strategy
(Prof. Dr. T. Stein)** 63
- **La responsabilité sociale des entreprises et la
libre concurrence sur le marché: une symbiose
nécessaire (Profa. Dña. S. Santos)** 85
- **Assesment of the Europe 2020 Strategy on Energy:
the case of the Internal Electricity Market
(C. Arrébola)** 119

Palabras previas

Este libro recoge las ponencias presentadas en el “II International Workshop”, “EU2020: The Lisbon Process revisited”, celebrado en Madrid el 28 de septiembre de 2011, en el marco del Proyecto de Investigación de la Acción J. Monnet, nº 154460-LLP-1-2009-1-ES-AJM-CL, y del Proyecto del Programa Propio de Investigación de la Universidad Carlos III de Madrid, nº 2011/00373/001, y, con el auspicio de la Embajada de la República de Francia en España.

Los trabajos del “workshop” se desarrollaron mediante la exposición y debate, por sus autores, de cada una de las ponencias, la Profa. Dra. C. Barnard (Catedrática de Derecho de la Universidad de Cambridge, Trinity College, R. Unido), la Profa. Dra. C. Kaddous (Catedrática de Derecho, Cátedra Jean Monnet “ad personam”, y Directora del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Ginebra, Suiza), la Profa. Salomé Santos [Directora del área de Mercado Interior del MDUE-UC3M, Directora del área jurídica para Europa de British Food, y antigua Profa. Asistente del Colegio de Europa (Brujas)], y, el Prof. Dr. T. Stein [Catedrático de Derecho y Director del Europa Institut de la Universidad de Saarbrücken (RFA)].

Actuó como Relator el Prof. Dr. Carlos J. Moreiro González (Catedrático de Derecho Internacional Público, Cátedra Jean Monnet “ad personam”, y Director del Máster en Derecho de la UE de la Universidad Carlos III de Madrid).

Asimismo, participaron en los debates investigadores de la Universidad Carlos III de Madrid y diplomáticos de la Embajada de la República de Francia en Madrid.

Introducción: En la era del “europeísmo líquido”

Una de las consecuencias del ralentizamiento de la atribución de competencias a la Unión Europea (UE), claramente constatable desde la celebración de los Tratados de Niza y de Lisboa, es la disminución de los niveles de bienestar social que venían disfrutando la gran mayoría de los ciudadanos de sus Estados miembros por el brutal impacto de la crisis económica y financiera aún latente.

Las propias previsiones de crecimiento y de creación de empleo para el conjunto de la UE elaboradas por los servicios de la Comisión Europea han sido revisadas –y corregidas– reiteradamente desde el año 2008 ante las dimensiones incontrolables de la crisis.

Consiguientemente las soluciones nacionales a la complejidad del nuevo entorno socioeconómico del Siglo XXI, quedan cada vez más reducidas a un selecto grupo de Estados dentro del cuál a duras penas es posible integrar dos o tres países europeos.

Paradójicamente, esta nueva realidad global se despacha en las grandes citas intergubernamentales de la UE mediante la adopción de mecanismos difusos para coordinar la acción de las administraciones nacionales con la administración supraestatal.

Ello ocurre sin denuedo de las constantes resoluciones institucionales que abogan por la configuración de políticas públicas europeas que proporcionen los medios necesarios para frenar el deterioro del nivel de vida y refuercen las legítimas expectativas de progreso económico y social, un objetivo perseguido desde la creación de las Comunidades Europeas.

A falta, pues, de bases jurídicas habilitantes y de procedimientos de decisión, supervisión y sanción estrictamente supranacionales, la Comisión Europea ha lanzado con frenesí una batería de actos cuya gruesa ambición programática contrasta con el pequeño calibre de su naturaleza no vinculante.

Los dos últimos decenios del siglo pasado, jalonados respectivamente por la galvanización de las libertades económicas fundamentales, la creación de la ciudadanía de la Unión y del euro, y, el establecimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, entre otros hitos, han dejado paso a un mero “europeísmo líquido”.

Cómo denominar sino a esa marea pseudo regulatoria que inunda el acervo europeo de actos de “soft law”, y de la que son buenos botones de muestra las Comunicaciones de la Comisión Europea sobre la Estrategia Europa 2020, de 3 de marzo de 2010, y, sobre el Acta para el mercado interior, de 15 de abril de 2011.

Es sabido que la Estrategia Europa 2020 se adoptó para actualizar la obsoleta e ineficaz Estrategia de Lisboa, adoptada en 2000, concentrándola en tres ámbitos prioritarios que deben interrelacionarse: la consecución de crecimiento inteligente (fundado en el conocimiento y la innovación), de crecimiento sostenible (fundado en el uso eficiente de los recursos, en las energías limpias y en la competitividad), y, de crecimiento inclusivo (fundado en altos niveles de creación de empleo, y la cohesión social y territorial).

Por su parte, el objetivo del Acta para el mercado interior es aportar los remedios que mejoren el bajo rendimiento del ejercicio de las libertades económicas fundamentales en la UE, causado, entre otros, por las trabas a la libre prestación de servicios y al pleno ejercicio de los derechos de propiedad industrial e intelectual, y al mantenimiento de un marco normativo fragmentado en materia de fiscalidad.

Según sostiene C. Kaddous, aunque es posible discernir algún punto de conexión entre ambas comunicaciones –el Mercado Interior se considera “un pilar” de la Estrategia Europa 2020, y, especialmente, la piedra angular del crecimiento de la creación de empleo, son, por el contrario, más reseñables sus desacoplamientos, dado que la consecución de los respectivos objetivos programáticos sigue métodos diferentes.

En el primer caso, la evaluación por el Consejo Europeo de los informes anuales remitidos por los Estados miembros sobre la implementación

de las medidas de modernización económica y de inclusión social que concluye con la adopción de recomendaciones del Consejo de Ministros si existen divergencias reseñables. Mientras que, el control del cumplimiento de la Estrategia de relanzamiento del mercado interior dispone de toda la panoplia instrumental supranacional, incluida la vía del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Como corolario a la retórica de la gobernanza europea de los últimos tiempos, el Consejo Europeo adoptó en Marzo de 2011 el denominado “Pacto por el euro”, un compromiso político, carente de mecanismos de sanción, mediante el que los Estados concernidos consideran prioritario el control del déficit público y la mejora de la competitividad.

No obstante su clara adscripción genética a la tipología del “soft law”, que pronto fue puesta en entredicho con la adopción por el Consejo de un paquete regulatorio vinculante el 8 de noviembre de 2011, el Pacto direccionó las líneas maestras de la reforma de las legislaciones laborales, que es una competencia de los Estados miembros. Para C. Barnard, subyace bajo las rúbricas del “impulso a la competitividad”, “al empleo”, y, “a la sostenibilidad de las finanzas públicas”, un espíritu regulatorio que, en síntesis, afectará a los nervios esenciales del Derecho al Trabajo.

A saber, desvincular las subidas salariales a los índices de inflación y vincularlas a la productividad; promover la flexi-seguridad como medio de dinamización del mercado laboral; y, elevar la edad de jubilación y las aportaciones de los trabajadores para evitar la quiebra de los sistemas públicos de pensiones.

Junto con estos controvertidos aspectos del contenido del Pacto reseña también la Profa. Barnard el hecho de que fuera adoptado por el Consejo Europeo a propuesta de la Comisión, lo cuál no sólo redundaría en su atípica naturaleza normativa, sino que desdora su legitimidad por carecer del doble soporte democrático exigible al mismo, habida cuenta de su contenido. De un lado, la implicación de los Agentes Sociales (Empresarios y Sindicatos), a quienes los Tratados confieren un papel relevante indiscutible a estos efectos, y, por otro lado, la codecisión del Parlamento Europeo-Consejo de Ministros.

No es de extrañar que T. Stein analice con cierto escepticismo la posibilidad de establecer sinergias entre la Estrategia EU2020 y el Pacto por el Euro, máxime por cuanto aquélla requiere de considerables aportaciones financieras para su implementación en un contexto de crisis de liquidez y de alto endeudamiento público y privado de la mayoría de los Estados europeos.

Situación que resultará difícilmente vehiculable si, como consecuencia de una coherente aplicación del Pacto, todos los Estados Parte (incluidos los del rebautizado “EuroPlus” –Bulgaria, Dinamarca, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía–), fijan en sus ordenamientos internos límites constitucionales o/y legales al déficit público, como ya lo han hecho Alemania y España.

Quizás haya que repensar el valor excesivo del principio de la libertad de mercado como parámetro para definir el interés general de las decisiones regulatorias de la UE sobre el mercado interior, integrando cabalmente otros principios axiológicos de los Tratados, y, como apunta S. Santos, también principios emergentes como el de la responsabilidad social corporativa. Haciendo acopio de la mejor tradición jurídica y política de los sesenta años transcurridos desde la creación de la CECA.

Estimulado, sin ambages, el fortalecimiento del método supranacional y de las bases competenciales sobre las que deben articular las instituciones de la UE respuestas eficaces a los retos de la globalización.

Prof. Dr. C. J. Moreiro González

UNE CONFRONTATION DES PERSPECTIVES: LA STRATÉGIE EUROPE 2020 ET LA RELANCE DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Christine Kaddous*

L'Union européenne vit une période de transformation. Elle doit répondre à de nombreux défis et élaborer une stratégie crédible de sortie de crise. Tel est l'objet de la communication du 3 mars 2010 "Stratégie Europe 2020", dans laquelle la Commission européenne a défini un certain nombre d'objectifs pour 2020¹, qui guident l'action de l'Union européenne et qui se déclinent en objectifs nationaux.

L'"Acte pour le marché unique", du 13 avril 2011², vise, quant à lui, à apporter des remèdes aux insuffisances du marché intérieur, qui ont été mises en évidence par Mario Monti, dans son rapport du 9 mai 2010,

* Christine Kaddous, professeur à l'Université de Genève, Chaire Jean Monnet *ad personam*, directeur du Centre d'études juridiques européennes de cette même université.

1. Communication de la Commission européenne, du 3 mars 2010, *Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM (2010) 2020 final (ci-après: stratégie Europe 2020). Les principes de la stratégie 2020 ont approuvés par les chefs d'Etat et de gouvernement lors de la réunion de mars 2010. La stratégie Europe 2020 ainsi que les cinq grands objectifs ont été confirmés, par le Conseil européen, le 17 juin 2010. Les conclusions peuvent être consultées à l'adresse suivante: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/115348.pdf, spécialement les points 1 à 8.
2. Communication de la Commission européenne, du 13 avril 2011, *L'Acte unique pour le marché unique. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance "Ensemble pour une nouvelle croissance"*, COM (2011) 206 final (ci-après: L'Acte pour le marché unique).

sur “Une nouvelle stratégie pour le marché unique”³ et par le Parlement européen, dans le rapport de Louis Grech du 3 mai 2010, intitulé “Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens”⁴.

L’objet de cette contribution est d’examiner la stratégie Europe 2020 et l’Acte pour le marché unique ainsi que les mesures que ces deux communications préconisent afin de déterminer, dans un premier temps, les points communs à ces deux textes: la convergence des objectifs (I), et dans un second temps, les différences dans la mise en œuvre et la surveillance (II).

I. La convergence des objectifs

Les objectifs de la stratégie Europe 2020 et de l’Acte pour le marché unique sont convergents et visent à insuffler à l’Union européenne un nouvel élan politique et économique en vue d’accroître la croissance, mot clé de ces deux textes. Les priorités et les leviers visent des domaines d’action différents, mais dont les effets attendus doivent mener à la réalisation de l’objectif général qu’est la croissance. Il convient toutefois de noter à ce stade qu’une interaction étroite est établie entre ces deux textes car le marché unique est défini comme un des piliers de la stratégie Europe 2020.

A. La croissance intelligente, durable et inclusive de la stratégie Europe 2020

La stratégie Europe 2020 se base sur les trois priorités phares que sont la *croissance intelligente*, définie comme le développement d’une éco-

3. Rapport de Mario Monti au président de la Commission européenne, M. José Manuel Barroso, du 9 mai 2010, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique. Au service de l’économie et de la société européennes*, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05-2010_fr.pdf.

4. Stratégie Europe 2020, p. 2.

nomie fondée sur la connaissance et l'innovation; la *croissance durable*, consistant en la promotion d'une économie plus efficace dans l'utilisation des ressources, plus verte et plus compétitive; et la *croissance inclusive* qui prône l'encouragement d'une économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion sociale et territoriale. Cette croissance constitue le fondement de cette stratégie nouvelle, qui prend en considération, de manière implicite, les objectifs de l'article 3, paragraphe 3, du traité UE, lequel se réfère au "développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement". En vertu de cette disposition du traité UE, l'Union européenne doit aussi promouvoir "le progrès scientifique et technique".

Cette communication de 2010 s'inscrit dans la continuité de la stratégie de Lisbonne. Elle vise à renforcer l'Union européenne en assurant une sortie de crise réussie⁵ et à favoriser la croissance pour répondre aux défis à long terme que sont la mondialisation, la pression sur les ressources et le vieillissement de la population⁶. Elle repose toutefois sur une série de lignes directrices intégrées et d'objectifs dont le nombre est plus réduit que dans la stratégie précédente. A la différence de cette dernière, elle fixe également cinq grands objectifs concrets que l'Union devra avoir réalisés en 2020:

- 75 % de la population âgée de 20 à 64 ans devrait avoir un emploi;
- 3 % du PIB de l'Union européenne devrait être investi dans la recherche et le développement (R&D);
- les objectifs "20/20/20" en matière de climat et d'énergie devraient être atteints (y compris le fait de porter à 30 % la réduction des émissions si les conditions adéquates sont remplies);

5. Stratégie Europe 2020, p. 2.

6. Stratégie Europe 2020, p. 5.

- le taux d'abandon scolaire devrait être ramené à moins de 10 % et au moins 40 % des jeunes générations devraient obtenir un diplôme de l'enseignement supérieur; et
- réduire de 20 millions le nombre de personnes menacées par la pauvreté⁷.

Pour chacun de ces objectifs, qui sont représentatifs des trois priorités de la croissance "intelligente, durable et inclusive", la Commission européenne a présenté des initiatives phares pour en favoriser la réalisation. Ces priorités se déclinent en initiatives phares, qui traitent de questions particulières et contiennent des mesures dans des domaines précis. Les sept initiatives phares, désignées par les institutions, ont chacune fait l'objet d'une communication, adoptée en 2010 ou 2011, selon le cas. Elles portent sur les domaines suivants:

- "*Une Union pour l'innovation*". L'Union européenne vise à améliorer les conditions-cadres et l'accès aux financements pour la recherche et l'innovation afin de garantir que les idées innovantes puissent être transformées en produits et services créateurs de croissance et d'emplois⁸;
- "*Jeunesse en mouvement*", dont l'objectif est de renforcer la performance des systèmes éducatifs et de faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail⁹;
- "*Une stratégie numérique pour l'Europe*", qui vise à accélérer le déploiement de l'Internet à haut débit afin que les entreprises et les ménages tirent parti des avantages d'un marché numérique unique¹⁰;

7. Stratégie Europe 2020, p. 5.

8. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 6 octobre 2010, *Initiative phare Europe 2020. Une Union de l'innovation*, COM (2010) 546 final.

9. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 15 septembre 2010, *Jeunesse en mouvement Une initiative pour libérer le potentiel des jeunes aux fins d'une croissance intelligente, durable et inclusive dans l'Union européenne*, COM (2010) 477 final.

10. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 19 mai 2010, *Une stratégie numérique pour l'Europe*, COM(2010) 245 final.

- “*Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources*”. Cette initiative vise à découpler la croissance économique de l'utilisation des ressources, à favoriser le passage vers une économie à faible émission de carbone, à accroître l'utilisation des sources d'énergie renouvelable, à moderniser notre secteur des transports et à promouvoir l'efficacité énergétique¹¹;
- “*Une politique industrielle à l'ère de la mondialisation*” qui vise à améliorer l'environnement des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises (PME), et à soutenir le développement d'une base industrielle forte et durable, à même d'affronter la concurrence mondiale¹²;
- “*Une stratégie pour les nouvelles compétences et les nouveaux emplois*” en vue de moderniser les marchés du travail et de permettre aux personnes de développer leurs compétences tout au long de leur vie afin d'améliorer la participation au marché du travail et d'établir une meilleure adéquation entre l'offre et la demande d'emplois, y compris en favorisant la mobilité professionnelle¹³; et
- “*Une plateforme européenne contre la pauvreté*” qui a pour objet de garantir une cohésion sociale et territoriale, de sorte que les avantages de la croissance et de l'emploi soient largement partagés et que les personnes en situation de pauvreté et d'exclusion sociale se voient donner les moyens de vivre dans la dignité et de participer activement à la société¹⁴.

11. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 21 janvier 2011, *Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources – initiative phare relevant de la stratégie Europe 2020*, COM(2011) 21 final.

12. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 18 novembre 2010, *Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation. Mettre la compétitivité et le développement durable sur le devant de la scène*, COM (2010) 614 final.

13. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 23 novembre 2010, *Une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois: une contribution européenne au plein emploi*, COM (2010) 682 final.

14. Pour plus de détails, voir la communication de la Commission européenne, du 15 décembre 2010, *Plateforme contre la pauvreté et l'exclusion sociale: un cadre européen pour la cohésion sociale et territoriale*, COM (2010) 758 final.

Ces sept initiatives phares engagent l'Union européenne et les Etats membres. Ce sont des initiatives qui devront être gérées en commun. Plusieurs des mesures clés concernent deux ou trois initiatives et sont donc liées entre elles, comme par exemple la nécessité d'établir un nouveau système de protection des droits de propriété intellectuelle qui apparaît dans les initiatives "Une Union pour l'innovation" et dans "Politique industrielle et Stratégie numérique".

Outre les domaines couverts par ces initiatives, la communication Stratégie Europe 2020 fait référence à d'autres instruments européens. Elle mentionne le marché intérieur, mais aussi le volet externe de l'action de l'Union, en visant les instruments de politique extérieure auxquels il est possible de recourir afin de réaliser les objectifs fixés dans Europe 2020.

La référence au marché intérieur dans la stratégie Europe 2020 fait de celui-ci un instrument européen en vue de la réalisation des objectifs et des priorités fixés dans la stratégie Europe. Le marché intérieur est perçu par la Commission européenne comme un élément de réponse à la crise, capable d'apporter une contribution décisive en faveur de la croissance s'il mobilise tout son potentiel¹⁵. Ce rôle d'instrument, voire même de pilier, a également été souligné par le Conseil européen, dans ses conclusions des 24 et 25 mars 2011, dans lesquelles il a précisé que "le marché unique a un rôle crucial à jouer pour ce qui est de stimuler la croissance et l'emploi et de favoriser la compétitivité... Il conviendrait de mettre plus particulièrement l'accent sur des mesures qui créent de la croissance et de l'emploi et qui débouchent sur des résultats tangibles pour les citoyens et les entreprises"¹⁶.

B. La relance de la croissance et le renforcement du marché unique

Dans la communication "L'Acte pour le marché unique", l'objectif est d'apporter les remèdes nécessaires aux insuffisances du mar-

15. Acte pour le marché unique, p. 2.

16. Conclusions du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, par. 7.

ché intérieur en vue de lui donner la possibilité de développer son plein potentiel. Il s'agit de mettre fin à la fragmentation du marché, d'éliminer les barrières et les entraves à la circulation des services, à l'innovation et la créativité. Selon cette communication, il convient également de renforcer la confiance des citoyens dans leur marché intérieur et d'offrir aux consommateurs tous les avantages qu'il recèle. L'objectif général consiste donc à rendre le marché plus intégré. A cet effet, la Commission européenne a identifié douze leviers pour lesquels elle propose d'adopter pour chacun d'eux, d'ici la fin de l'année 2012, une action clé.

Les douze leviers, considérés comme fondamentaux pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, portent sur les domaines suivants:

- *l'accès au financement pour les PME*. Il s'agit d'accroître les possibilités pour ces entreprises d'être financées par des fonds de capital-risque opérant de manière transfrontière¹⁷. L'action vise à lever les obstacles auxquels ces entreprises se heurtent sur le plan réglementaire et fiscal et annonce notamment la révision de plusieurs règlements et directives¹⁸. La Commission européenne a formulé sa proposition de règlement relatif aux fonds de capital-risque européens en décembre 2011¹⁹.
- *La mobilité des citoyens*, qui constitue le deuxième levier, va notamment se traduire par l'adoption d'une législation relative à

17. Acte pour le marché unique, p. 5 et 6.

18. Il s'agit de la directive 2004/109 du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 2004, sur l'harmonisation des obligations de transparence, concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34, JO L 390, p. 390 (version consolidée au 4.1.2011); directive 2003/6 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, JO L 96, p. 16; directive 2004/39 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, JO L 145, p. 1 ainsi que le règlement n° 809/2004 de la Commission, du 29 avril 2004, mettant en oeuvre la directive 2003/71 en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel, JO L 149, p. 1.

19. COM(2011) 860 final.

la reconnaissance des qualifications professionnelles modernisée²⁰. L'objectif est de simplifier les procédures de reconnaissance mutuelle pour les travailleurs mobiles, de moderniser le cadre législatif, de réexaminer le champ des professions réglementées, et de renforcer la confiance et la coopération entre les Etats membres. La création d'une carte professionnelle européenne va permettre tout particulièrement d'encourager la mobilité des professionnels, tout en constituant une garantie de confiance entre les autorités des Etats membres concernés et finalement en faveur des consommateurs et des employeurs. S'agissant des professions non réglementées, l'action prévoit la poursuite d'efforts de correspondance entre les systèmes de certification nationaux à travers le Cadre européen des certifications²¹. La Commission européenne a adopté, le 19 décembre 2011, une proposition de directive modifiant la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (IMI)²².

- Les *droits de propriété intellectuelle*, dont un aspect de l'action clé consiste en l'adoption d'une législation établissant une "protection unitaire par brevet" pour le plus grand nombre d'Etats membres et un "système unifié de résolution des litiges". L'objectif est de délivrer les premiers brevets bénéficiant de cette protection unitaire en 2013²³. La proposition de règlement mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire a été adoptée le 13 avril

20. Voir également l'initiative phare "une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois", COM (2010) 682.

21. Acte pour le marché unique, p. 7. Un livre vert a été adopté "Moderniser la directive sur les qualifications professionnelles", COM (2011) 367 final.

22. La proposition de directive modifiant la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement [...] concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, COM(2011) 883 final.

23. Voir également les initiatives phares "une Union de l'innovation", COM(2010)546 et "Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation", COM(2010) 614.

2011²⁴. Cette action envisage également le développement d'un instrument de valorisation des droits de propriété intellectuelle pour permettre qu'ils soient reconnus comme garanties pour un prêt²⁵. Le système des marques en Europe doit également être modernisé afin d'améliorer la protection des marques et de rendre le système européen et les systèmes nationaux plus cohérents²⁶.

- *Les consommateurs*, acteurs du marché unique, font l'objet d'une action clé visant à renforcer leurs droits par l'adoption d'une législation sur le règlement alternatif des différends. L'objectif consiste à assurer la mise en place de moyens de recours extrajudiciaires capables de garantir une solution facile, rapide et bon marché pour les consommateurs, et susceptible de préserver les relations des entreprises avec leur clientèle. Cette action doit comprendre un volet pour le commerce en ligne²⁷. Les travaux ne sont pas aussi avancés que pour les trois premières actions clé. La Commission européenne a lancé, le 4 février 2011, une consultation publique sur une approche européenne en matière de recours collectifs²⁸ et poursuit ses travaux sur la base des résultats de la consultation. Un autre axe de l'action vise à renforcer la confiance des consommateurs en s'assurant que les marchandises qu'ils achètent soient fiables, indépendamment du lieu de production, d'où notamment le projet de réviser la directive de 2001 sur la sécurité générale des produits²⁹.
- *Le secteur des services* constitue le cinquième levier de l'Acte pour le marché unique. La Commission européenne envisage de

24. COM(2011)215 final. Voir aussi la proposition de règlement du Conseil pour la mise en œuvre de la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet en ce qui concerne le régime de traduction, COM(2011)216 final.

25. Acte pour le marché unique, p. 8.

26. Acte pour le marché unique, p. 9.

27. Acte pour le marché unique, p. 9.

28. Document de travail "Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs", adopté le 7 février 2011, SEC(2011) 173 final.

29. Acte pour le marché unique, p. 10. Directive 2001/95 du Parlement européen et du Conseil, du 3 décembre 2001, sur la sécurité générale des produits, JO L 11 du 15 janvier 2002, p. 4.

réviser la législation sur le système européen de normalisation afin de l'étendre aux services et rendre les procédures de normalisation plus efficaces, efficientes et inclusives³⁰. La priorité est notamment donnée à la mise en œuvre pleine et entière de la directive "services" par tous les Etats membres³¹, y compris la mise en place des guichets uniques³².

- Le sixième champ d'action de l'Acte pour le marché unique concerne *les réseaux* aussi bien énergétiques que de transport. L'objectif est d'identifier et de déployer les projets stratégiques d'intérêt européen et d'assurer l'interopérabilité et l'intermodalité. L'action envisagée s'inscrit dans les politiques développées par l'Union européenne pour les infrastructures énergétiques pour 2020³³ et pour les transports à l'horizon 2050³⁴. Le spectre radioélectrique, qui revêt une importance essentielle pour la société numérique, doit faire l'objet d'un programme de planification stratégique et d'harmonisation de son utilisation en Europe³⁵.
- *Le marché unique numérique* doit être amélioré en vue d'assurer la reconnaissance mutuelle de l'identification et de l'authentification électroniques à travers l'Union européenne. Dans ce cadre,

30. Acte pour le marché unique, p. 10. Voir également les initiatives phares "Une Union de l'innovation", COM(2010) 546, et "Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation", COM(2010) 614 et "Une stratégie numérique pour l'Europe", COM(2010)245.

31. Des actions en constatation de manquement ont été introduites, le 27 octobre 2011, par la Commission européenne à l'encontre de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Grèce pour transposition incomplète de la directive "services".

32. Acte pour le marché unique, p. 11. Voir la communication de la Commission européenne "Vers une amélioration du fonctionnement du marché unique des services", COM(2011) 20.

33. Voir également la communication "Priorités en matière d'infrastructures énergétiques pour 2020 et au-delà – Schéma pour un réseau énergétique européen intégré", COM(2010)677, les conclusions du sommet européen du 4 février 2011, l'initiative phare "Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources", COM(2011)21, et le plan 2011 pour l'efficacité énergétique, COM(2011)109.

34. Acte pour le marché unique, p. 12. Voir également l'initiative phare "Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation", COM(2011) 614.

35. Acte pour le marché unique, p. 12.

il est envisagé de réviser la directive sur la signature électronique afin de permettre une interaction par voie électronique sûre et sans entrave entre entreprises, citoyens et administrations publiques, au bénéfice de l'efficacité des services et des marchés publics, de la prestation de services et du commerce électronique, y compris dans leur dimension transfrontalière³⁶. La Commission européenne présentera aussi un plan d'actions pour le développement du commerce électronique³⁷.

- *L'entrepreneuriat social* fait l'objet du huitième levier de l'Acte pour le marché unique. L'action clé vise l'adoption d'une législation créant un cadre européen en vue de faciliter le développement des fonds d'investissement solidaire. Selon la Commission, le secteur de l'économie sociale dans le marché intérieur doit pouvoir bénéficier de modes d'organisation à statut juridique particulier. Le statut de coopérative européenne doit être évalué. Une proposition de règlement établissant un statut de la fondation européenne devra voir le jour³⁸. La Commission européenne a par ailleurs, adopté le 25 octobre 2011 une communication sur la "Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014"³⁹. Elle a également proposé, le 7 décembre 2011, un projet de règlement sur les fonds d'entrepreneuriat social européens⁴⁰.
- Le domaine de *la fiscalité* constitue le neuvième levier de l'Acte pour le marché unique. Celui-ci prévoit la révision de la directive sur la fiscalité de l'énergie afin d'assurer un traitement cohérent des diverses sources d'énergies pour mieux prendre en compte le contenu énergétique des produits ainsi que leur teneur en émissions de CO₂⁴¹. Une proposition a été élaborée en ce sens

36. Idem.

37. Acte pour le marché unique, p. 14.

38. Acte pour le marché unique, p. 15.

39. COM(2011)681 final.

40. Texte provisoire, SEC(2011) 1512/2.

41. Acte pour le marché unique, p. 16.

au cours de l'année 2011⁴². Le projet d'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés (ACCIS) est considéré comme l'une des mesures favorisant la croissance et est prioritaire pour la Commission européenne qui envisage une adoption d'ici fin 2012⁴³. L'Acte pour le marché unique envisage également la révision du système de la TVA en vue de définir le régime applicable aux opérations transfrontalières, en particulier, leurs modalités d'imposition, avec l'objectif de réduire les charges administratives particulières pesant sur ces transactions.

- *La cohésion sociale*, dixième point de l'Acte pour le marché unique, a pour action clé l'amélioration et le renforcement du respect de la directive "détachement des travailleurs"⁴⁴. Celle-ci sera accompagnée d'une législation en vue de clarifier l'exercice des libertés d'établissement et de prestation de services avec les droits sociaux fondamentaux, parmi lesquels le droit d'action collective. Les services d'intérêt économique général (SIEG) constituent une composante essentielle du modèle social européen et reçoivent également l'attention de la Commission européenne⁴⁵.
- *L'environnement réglementaire des entreprises* fait aussi partie des leviers pour stimuler la croissance. La simplification des directives sur les normes comptables est prévue en ce qui concerne les obligations d'information financière, et la diminution des contraintes administratives, en particulier celles pesant sur les PME. La Commission européenne a adopté le "Small Business Act"⁴⁶, lequel introduit le principe du "Think Small First" dans l'ensemble des politiques européennes et inclut un éventail de

42. Proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE du Conseil restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, COM(2011)169/3.

43. Acte pour le marché unique, p. 16.

44. Voir l'initiative phare "Une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois", COM(2010) 682.

45. Acte pour le marché unique, p. 17 et 18. Voir aussi la communication de la Commission européenne, du 23 mars 2011, "Réforme des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat applicables aux services d'intérêt économique général", COM (2011)146.

46. Voir également "Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation", COM(2010)614.

mesures concrètes destinées à renforcer la compétitivité des PME au sein du marché unique⁴⁷.

- *Les marchés publics* constituent le douzième champ d'action de l'Acte pour le marché unique. Le cadre législatif doit être révisé et modernisé avec l'objectif d'aboutir à une politique équilibrée qui soutienne une demande pour des biens, des services et des travaux respectueux de l'environnement, socialement responsables et innovants. Cette révision doit également offrir des procédures plus simples et plus flexibles aux pouvoirs adjudicateurs, et assurer un accès plus facile aux entreprises, notamment aux PME⁴⁸ car le pourcentage de contrats publics qui sont attribués à des entreprises d'un autre Etat membre est toujours relativement faible dans l'Union européenne. Les propositions de la Commission européenne en matière de marchés publics ont été adoptées, le 20 décembre 2011⁴⁹. L'adoption de ces mesures devrait intervenir avant la fin de l'année 2012.

Au-delà des leviers qui vont stimuler la croissance, l'Acte pour le marché unique propose une gouvernance renforcée, dont il précise les conditions. Celles-ci doivent être satisfaites afin que les actions envisagées puissent produire les effets attendus. Elles sont au nombre de quatre et sont analysées ci-après dans la section consacrée aux différences dans la mise en œuvre de la stratégie Europe 2020 et de l'Acte pour le marché unique.

En conclusion, il convient de noter que la relance du marché unique est un objectif en soi, mais il fait également partie des instruments à la disposition de l'Union européenne pour la réalisation des objectifs prioritaires d'une croissance intelligente, durable et inclusive telle que définie dans la stratégie Europe 2020. Le mot "croissance", occupant une place centrale dans les deux communications, démontre la convergence des objectifs et des perspectives de ces deux textes. En revanche,

47. Acte pour le marché unique, p. 19.

48. Acte pour le marché unique, p. 20.

49. Communiqué de presse du 20 décembre 2011, IP/11/1580



la mise en œuvre et la surveillance sont soumises à des règles différentes dans les deux stratégies.

II. Les différences dans la mise en œuvre et la surveillance

Le domaine de la coordination des politiques économiques des Etats membres et celui de la coordination des politiques de l'emploi des Etats membres font l'objet de règles spécifiques dans le traité FUE (article 5 pour la définition de la compétence de l'Union, mais aussi article 121 pour les mécanismes de coordination de la politique économique, article 126 pour les mécanismes de coordination de la discipline budgétaire et article 148 pour la politique de l'emploi), qui répondent plutôt à la logique intergouvernementale. Compte tenu des spécificités liées à ces domaines, ceux-ci sont régis par des règles très différentes de celles applicables pour la réalisation du marché intérieur ou pour sa relance (articles 4 et 26 du traité FUE), lesquelles répondent à une logique d'intégration.

A. Un nouveau modèle de gouvernance dans la stratégie Europe 2020

L'architecture de la stratégie Europe 2020 repose sur deux piliers: une approche thématique axée sur la réalisation des priorités et des cinq grands objectifs, dont le principal instrument se composerait du programme Europe 2020 et de ses initiatives phares, qui nécessitent des actions au niveau de l'Union européenne et des Etats membres, d'une part, et d'un suivi pays par pays en vue d'assurer la réalisation des objectifs d'Europe 2020 en aidant les Etats membres à retrouver des finances publiques et une croissance viables, d'autre part. Ces rapports par pays n'englobent pas uniquement la politique budgétaire, mais aussi les grandes questions macroéconomiques liées à la croissance et à la compétitivité.

Pour y parvenir, les rapports et les évaluations pour Europe 2020 et le Pacte de stabilité et de croissance (PSC) seront réalisés simultanément, de manière à combiner les moyens et les objectifs⁵⁰.

La stratégie Europe 2020 est institutionnalisée dans un ensemble de lignes directrices intégrées “Europe 2020”, incluant les lignes directrices pour l’emploi et les grandes orientations des politiques économiques, qui doivent se conformer aux conclusions du Conseil européen du 17 juin 2010. Elles sont présentées sous la forme de deux instruments juridiques distincts, mais liés:

- une recommandation du Conseil relative aux grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de l’Union (partie I des lignes directrices intégrées “Europe 2020”)⁵¹, et
- une décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l’emploi des Etats membres (partie II des lignes directrices intégrées “Europe 2020”)⁵².

Les Etats membres établissent des programmes nationaux de réforme dans lesquels ils exposent de manière détaillée les actions qu’ils entreprennent dans le cadre de la nouvelle stratégie, en mettant tout particulièrement l’accent sur les efforts nécessaires pour réaliser les objectifs nationaux.

En s’appuyant sur le suivi de la Commission européenne et sur les travaux menés au sein du Conseil, le Conseil européen évalue chaque

50. Stratégie Europe 2020, p. 31. Voir notamment la recommandation de la Commission, du 7 juin 2011, de recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2011 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité actualisé de la France pour la période 2011-2012, SEC(2011) 806 final, considéram 6.

51. Le 13 juillet 2010, le Conseil a adopté la recommandation relative aux grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de l’Union, JO L 191, du 23 juillet 2010, p. 28.

52. Le 21 octobre 2010, le Conseil a adopté la décision relative aux lignes directrices pour les politiques de l’emploi des Etats membres, JO L 308, du 24 octobre 2010, p. 46. Une décision 2011/308 du Conseil, du 19 mai 2011, a maintenu les lignes directrices pour l’année 2011 (JO L 138, du 26 mai 2011, p. 56) et une proposition de décision du Conseil, du 23.11.2011, vise leur maintien pour l’année 2012, COM(2011) 813 final.

année l'ensemble des progrès accomplis tant au niveau de l'Union européenne que dans les Etats membres en ce qui concerne la mise en œuvre de la stratégie.

Des recommandations politiques sont adressées par le Conseil de l'Union européenne aux Etats membres, tant dans le contexte de l'élaboration des rapports par pays que dans le cadre de l'approche thématique d'Europe 2020⁵³. Pour la surveillance des pays, elles prennent la forme d'avis sur les programmes de stabilité/de convergence en vertu du règlement n° 1466/97 du Conseil⁵⁴ et sont assorties de recommandations au titre des grandes orientations des politiques économiques (article 121, paragraphe 2, du traité FUE). La partie thématique peut inclure les recommandations en matière d'emploi (article 148 du traité FUE) et les recommandations nationales portant sur une sélection d'autres questions thématiques (par exemple sur l'environnement des entreprises, sur l'innovation, sur le fonctionnement du marché unique, sur l'énergie et le changement climatique, etc.), toutes ces recommandations peuvent également être adressées, dans la mesure où elles ont des implications macroéconomiques, au titre des grandes orientations des politiques économiques, ainsi qu'indiqué ci-dessus. Ce système de recommandations aide également à garantir la cohérence entre le cadre macroéconomique et budgétaire et les programmes thématiques⁵⁵.

Les recommandations au titre de la surveillance des pays portent sur des questions aux implications importantes sur le plan macroéconomique et sur les finances publiques, tandis que les recommandations au titre de l'approche thématique fournissent des conseils précis sur les défis microéconomiques et en matière d'emploi. Ces recommandations doivent être suffisamment précises et prévoir normalement un délai dans lequel l'Etat membre concerné est censé agir (deux ans, par exemple).

53. Stratégie pour l'Europe 2020, p. 32.

54. Règlement n° 1466/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques (JO L 209, du 2 août 1997, p. 1), tel que modifié en dernier lieu par le règlement n° 1175/2011, du Parlement européen et du Conseil, du 16 novembre 2011, JO L 306, du 23 novembre 2011, p. 12.

55. Stratégie Europe 2020, p. 32.

L'Etat membre énonce alors les mesures qu'il compte prendre pour mettre en œuvre la recommandation.

Si un Etat membre, une fois le délai écoulé, n'a pas répondu de manière adéquate à une recommandation politique du Conseil ou élabore des politiques allant contre son avis, la Commission européenne peut lui adresser un avertissement politique en vertu de l'article 121, paragraphe 4, du traité FUE en matière de politique économique. Sur la base de cette disposition, le Conseil peut, à la majorité qualifiée, sur recommandation de la Commission européenne, adresser les recommandations nécessaires à l'Etat membre concerné. Enfin, sur proposition de la Commission, il peut décider, à la majorité qualifiée, de rendre publiques ces recommandations⁵⁶.

Concrètement, la Commission européenne adopte l'examen annuel de la croissance en janvier, qui marque le lancement d'un nouveau cycle de gouvernance économique dans l'Union européenne et du semestre européen pour l'intégration en amont de la coordination des politiques économiques, ancrée dans la stratégie Europe 2020⁵⁷. Le Conseil et le Parlement débattent des orientations possibles et le Conseil européen adopte, lors de son sommet économique et social du mois de mars, les actions prioritaires⁵⁸. C'est à ce stade que les Etats membres sont invités à intégrer ces actions prioritaires dans leurs programmes nationaux de réforme (PNR) et programmes de stabilité ou de convergence (PSC) et les envoyer à la Commission européenne en avril pour évaluation. Les recommandations aux pays concernant les PNR et les PSC sont élaborées par la Commission au mois de juin; elles sont discutées et approuvées par le Conseil européen en juin et adoptées formellement par le Conseil de l'Union européenne en juillet. Pendant toute l'année, l'examen par les pairs du respect des recommandations par les Etats membres et pendant l'automne, les gouvernements présentent aux

56. Cette procédure est fondée sur la pression des pairs et sur la publicité qui peut être donnée à ces recommandations.

57. Le premier examen annuel de la croissance a eu lieu le 12 janvier 2011, ce qui a marqué également le lancement du premier semestre européen.

58. La première fois que le Conseil européen a adopté les actions prioritaires était le 25 mars 2011.

parlements nationaux leurs projets de budgets qui sont débattus selon les pratiques nationales respectives.

S'agissant du rôle des institutions de l'Union européenne dans ce domaine de la coordination, il est bien différent de celui qui leur est attribué pour la réalisation du marché intérieur. Dans le cadre de la stratégie Europe 2020, le *Conseil européen* donne les orientations, en tant qu'organe responsable de l'intégration des politiques et de la gestion de l'interdépendance entre les Etats membres et l'Union européenne. Il détient un droit de regard général sur la mise en œuvre du programme 2020, mais peut aussi décider de mettre l'accent sur certains thèmes, comme la recherche et l'innovation, en y apportant les orientations et les impulsions nécessaires.

Le *Conseil de l'Union européenne*, dans ses formations concernées, prend les décisions nécessaires à la mise en œuvre du programme Europe 2020. Il assure le suivi et l'examen par les pairs de la mise en œuvre des PNR car ceux-ci sont discutés dans les différentes formations du Conseil selon les domaines de compétence (concurrence, emploi, éducation, etc.). La *Commission européenne*, quant à elle, suit chaque année la situation en se fondant sur une série d'indicateurs montrant l'ensemble des progrès accomplis dans la réalisation des objectifs. Elle publie un rapport annuel sur le déroulement de la stratégie Europe 2020, qui met l'accent sur les progrès enregistrés dans la réalisation des grands objectifs et évalue les rapports nationaux et les programmes de stabilité et de convergence. Dans le cadre de ce processus, elle émet des recommandations ou adresse des avertissements politiques. Elle formule également des propositions politiques pour réaliser les objectifs de la stratégie.

Le *Parlement européen* joue un rôle important en qualité de co-législateur sur les grandes initiatives, mais aussi en tant qu'institution susceptible de mobiliser les citoyens et les parlements nationaux⁵⁹. Les *autorités*

59. Il a adopté, le 17 février 2011, une résolution relative à la stratégie Europe 2020 et présentera chaque année au Conseil européen de printemps une résolution sur l'évaluation de la stratégie Europe 2020.

nationales, régionales et locales doivent mettre en œuvre le partenariat, en y associant les parlements, ainsi que les partenaires sociaux et les représentants de la société civile pour l'élaboration des programmes de réforme nationaux et pour leur mise en œuvre. De même, au niveau de l'Union européenne, le *comité économique et social* et le *comité des régions* sont associés à la mise en œuvre concrète de la stratégie Europe 2020.

B. Un modèle classique de gouvernance renforcé dans l'Acte pour le marché unique

La stratégie pour relancer le marché unique dispose d'autres instruments que la stratégie Europe 2020 pour la réalisation des objectifs fixés. La communication se réfère aux institutions de l'Union européenne, qui exercent leurs compétences de manière classique, mais accompagne le système de certaines conditions en vue de renforcer la gouvernance.

Le système institutionnel de l'Union, qui compte sept institutions depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, est toutefois axé autour ce qu'on peut appeler le quadripartisme institutionnel⁶⁰, lequel correspond au modèle initial choisi par les Etats fondateurs au moment de la création des Communautés européennes. Chacune des quatre institutions (Commission, Conseil, Parlement et Cour de justice), qui représente une légitimité propre, agit dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par le traité en vue de la réalisation des objectifs de l'Union, et notamment ceux du marché intérieur initial ou tel que relancé en 2011. Le renforcement envisagé par l'Acte pour le marché unique consiste essentiellement à fixer certaines conditions, qui doivent être satisfaites en vue de garantir que les actions envisagées dans les douze domaines (leviers) produisent les effets attendus. Ces conditions sont au nombre de quatre: un meilleur dialogue avec l'ensemble de la société civile (1), un partenariat rapproché avec les différents acteurs

60. Expression empruntée à Pierre Pescatore, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, in: *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruxelles (Bruylant), 2008, p. 483-503.

(2), la mise à disposition efficace des informations pour les citoyens et les entreprises (3), et un contrôle de l'application des règles du marché unique plus énergique (4)⁶¹.

Dans le cadre de la première condition, la société civile est envisagée comme un participant au processus d'évaluation des politiques. La Commission européenne s'est engagée à publier régulièrement une liste des 20 principales attentes des citoyens et des entreprises à l'égard du marché unique. Cette liste constitue un véritable baromètre de l'état de fonctionnement du marché unique qu'elle soumet au Forum du marché unique, dont la première édition a eu lieu à Cracovie, en octobre 2011⁶². Ce forum a réuni les acteurs du marché unique: entreprises, partenaires sociaux, organisations non gouvernementales et représentatives des citoyens, groupes de réflexion et journalistes européens, parlementaires nationaux et représentants des institutions européennes et des pouvoirs publics (centraux, régionaux et locaux). Il prend part dans le suivi de l'Acte pour le marché unique, dont il contribue à mesurer les effets sur le terrain.

La deuxième condition a trait à la création de partenariats entre tous les acteurs du marché unique, en particulier entre les Etats membres et avec la Commission européenne. Les autorités locales ont manifesté leur volonté d'être impliquées dans le développement des politiques du marché unique. Les partenariats entre autorités locales ou territoriales seront encouragés et mis en réseau via le système électronique d'échange d'informations (IMI), qui regroupe déjà 6000 administrations, et l'accent sera mis en priorité sur les possibilités technologiques de la traduction automatique⁶³.

Une meilleure mise en œuvre du marché unique passe par une meilleure information des citoyens et des entreprises des droits dont ils bénéficient. C'est l'objet de la troisième condition. La Commission

61. Acte pour le marché unique, p. 20.

62. Le Forum du marché unique, Cracovie, les 3 et 4 octobre 2011. Voir la déclaration de Cracovie ainsi que les conclusions opérationnelles.

63. Acte pour le marché unique, p. 21.

européenne renforce son point d'entrée unique ("L'Europe est à vous") et améliore les conditions dans lesquelles des solutions concrètes peuvent être apportées rapidement et sans frais pour les citoyens et les entreprises dont les droits ne sont pas pleinement respectés. A cette fin, la Commission et les Etats membres envisagent de renforcer le réseau "Solvit" entre administrations nationales⁶⁴.

Le contrôle plus énergique du respect des règles du marché unique, quatrième condition-cadre, doit se traduire par un usage plus systématique et plus uniforme, par la Commission européenne, de la procédure de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE) en vue de veiller à assurer que les règles du jeu soient égales pour tous dans le marché unique⁶⁵.

L'instrument d'évaluation mutuelle par les pairs est aussi envisagé par la Commission européenne lorsque la directive à transposer concerne un secteur clé unique dans lequel les législations nationales sont particulièrement foisonnantes.

Le système de mise en œuvre de l'Acte pour le marché unique combine le modèle classique de gouvernance avec certaines mesures de renforcement, dont le contrôle par les pairs. En outre, la surveillance du respect des décisions prises au niveau de l'Union européenne est confiée à la Commission européenne, qui dispose de la possibilité de porter les violations commises par les Etats membres à la connaissance de la Cour de justice de l'Union européenne qui pourra, le cas échéant, constater les manquements des Etats membres. Dans ce domaine, l'Union européenne et ses institutions disposent de moyens efficaces qui ont fait leurs preuves depuis plus de cinquante ans, alors que dans le cadre de la stratégie Europe 2020, la mise en œuvre et la surveillance suivent une autre logique, essentiellement intergouvernementale et incitative, même si un mécanisme "politique" de sanction est envisagé en cas de non-respect.

64. Acte pour le marché unique, p. 22.

65. Acte pour le marché unique, p. 23.

Des doutes sont permis. On connaît les difficultés liées à la mise en œuvre du Pacte de stabilité qui ont révélé que l'efficacité de tels mécanismes demeurait aléatoire. Dès lors, il est raisonnable de se demander si ce nouveau modèle de gouvernance suffira à améliorer la cohérence et l'efficacité de la coordination des politiques nationales.

THE FINANCIAL CRISIS AND THE EUROPLUS PACT: A (LABOUR) LAWYER'S PERSPECTIVE

Catherine Barnard⁶⁶

Trinity College Cambridge

A. Introduction

These are dramatic and dangerous times for the Euro – and for the European Union project as a whole. For Euro-sceptics the crisis has enabled them to say “I told you so”; for Euro-enthusiasts the crisis has revealed the fragility of the institutional arrangements in the EU and a poverty of leadership. For trade unions and for workers, the crisis has been devastating for jobs and has had a disproportionate effect on the young, especially in countries such as Spain. Yet, it is the EU’s response to the crisis that has presented a more pernicious threat for workers: EU or EU/IMF-sanctioned deregulation of employment rights at national level prompting a risk of an EU-driven race to the bottom. The EU’s governance reforms, including the EuroPlus Pact (EPP), adopted by the European Council in March 2011, the “six pack” adopted in the Autumn of 2011, and the economic governance reforms proposed by the Commission for the Eurozone in November 2011, provide a taste of this. While these documents focus mainly on the need for greater surveillance of the Member States economic policies to prevent states

66. This paper was delivered at a conference organised by Universidad Carlos III in September 2011, at a seminar in Cambridge in November 2011 and at the European Labour Law Network meeting in Frankfurt in November 2011. My thanks to the participants at these seminars for their comments. Some of this paper has appeared in (2012), 41, IJL,98.

from running up such large debts and reducing those debts already incurred, these documents also have a direct and an indirect impact on labour law. This is even more acute in the case of the states which have received a bail-out (Greece, Ireland, and Portugal): the accompanying Memoranda of Understanding (MoU) make it clear that key reforms of labour law are necessary as a condition for receiving financial assistance from the EU and the IMF. The terms of the MoU have created a framework for action for other states in financial difficulty, notably Italy. More generally, the combined effects of these documents has been to generate a climate that deregulation provides the blueprint for escaping the crisis. This has influenced recent proposed changes to labour laws in other Member States, including non-eurozone states, such as the UK.

In order to understand the impact of the crisis on labour law we need to understand, at least in outline, the elements of the crisis itself and the EU's response to it (Section B). We then consider the EuroPlus Pact and the legal issues it raises (Section C) before examining how the EU's response to the crisis has an impact on labour law (Section D). Section E concludes

B. The Context

It is possible to identify three overlapping phases of the crisis. First came the financial crisis in 2008 where banks realised that, following the housing bubble and the general credit boom, they were holding too much toxic debt. They stopped lending to each other and to customers. This resulted in governments pumping large sums of money into the system to "bail-out" the banks. The sovereign debt crisis of 2010 followed shortly afterwards. A number of states had run up large deficits and, worse, large debts, some brought about through bailing out the banks. Because the money markets were worried that some states might default they would lend to these states only at ever higher rates. This became unmanageable for Greece, Ireland and Portugal and they had to be "bailed out" by the EU Member States and the IMF in the case of

Greece in 2010 and again in 2012, and the EU and the IMF in the case of Ireland and Portugal. But in order to be able to deliver on the major changes to fiscal policy demanded by the troika (the EU Commission, the ECB and the IMF) an effective government was needed. In Greece and Italy democratically elected governments were replaced by governments of technocrats and this precipitated a third phase of the crisis: a crisis of democracy.

The EU's response to the crisis has four limbs. First, in order to address the financial crisis there has been, and continues to be, financial reform. This includes setting up a European banking authority to oversee the banking sector and recapitalization of the banks. In addition, legislation has been adopted on increasing the amounts of regulatory capital banks hold, addressing risky securitisation operations, ensuring remuneration policies do not encourage excessive risk, and increasing the protection of citizens' bank deposits up to 100,000 euros. Legislation is in the pipeline concerning reinforced rules on credit rating agencies, transparency and market conduct on all trading platforms, and a strengthened framework to combat market abuse, including criminal sanctions and a European framework on bank resolution.

The second limb of the EU's response has focused on stabilizing the situation. This has involved establishing the European financial stabilisation mechanism,⁶⁷ an emergency funding programme reliant upon funds raised on the financial markets and guaranteed by the European Commission, using the budget of the EU as collateral. In addition, a (temporary?) European Financial Stability Facility (EFSF) has been set up,⁶⁸ a special purpose vehicle financed by the members of the eurozone to help combat the sovereign debt crisis. This 440 billion euro fund was due to be replaced by the (permanent) European stability mechanism (ESM), a 500 billion euro fund, as of 2013 but brought forward to 2012 by the European Council in December 2011. The ECB has also partici-

67. Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism (OJ [2011] L 118/1).

68. http://www.efsf.europa.eu/attachments/20111019_efsf_framework_agreement_en.pdf (last accessed 12 December 2011).

pated actively instabilising the bond markets by providing funding to banks. Other measures being debated include the controversial financial transactions tax (the Tobin tax) and Eurobonds.⁶⁹ While Germany is opposed to the creation of Eurobonds, the UK's opposition to the Tobin tax was responsible in part for the UK's refusal to agree to Treaty reform at the December 2011 European Council meeting (albeit that any such tax could have been blocked by the UK under the provision of Article 113 TFEU, the legal basis of the Tobin tax).

The third limb of the EU's response to the crisis has focused on improving economic governance. This limb is forward looking, intending to send a message to the markets that the crisis is now under control and that it will not be repeated. The first change involved the adoption of the so-called "European semester",⁷⁰ launched in 2011.⁷¹ This requires much greater scrutiny of all Member State budgets prior to them being adopted. This improved governance was reinforced by the adoption of the Euro Plus Pact (EPP) in March 2011 (see below). In the Autumn of 2011, the so-called "six pack" regulations were adopted. There are two main elements to the six pack. The first concerns fiscal surveillance where four measures have been introduced:

- A regulation introducing revisions to the *preventive* arm of the Stability and Growth Pact (SGP).⁷² The SGP was first introduced in 1997. The preventive arm requires states to submit annual stability or convergence programmes, showing how they intend to achieve or safeguard sound fiscal positions in the medium term. The new rules guide Member States towards a country-specific, medium-term budgetary objective (MTO) which sets out to ensure public finance sustainability. They define a new "expenditure benchmark" to help assess progress towards these MTOs which places a cap on the an-

69. See Commission, Green Paper on the feasibility of introducing Stability Bonds: COM(2011)818.

70. http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/chart_en.pdf (last accessed 12 December 2011).

71. This was put on a legal footing by Reg. 1175/2011 (OJ [2011] L306/12).

72. Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies (OJ [2011] L306/12)

nual growth of public expenditure according to a medium-term rate of growth. These rules apply to states which are not in EDP (see below). Currently this is the case for Estonia, Finland, Luxembourg and Sweden.⁷³

- A regulation introducing revisions to the corrective arm of the SGP.⁷⁴ The corrective arm of the SGP is the dissuasive part of the Pact. It governs the excessive deficit procedure (EDP) which is triggered by the deficit breaching the 3% of GDP threshold of the Treaty. If it is decided that the deficit is excessive within the meaning of the Treaty, the Council issues recommendations to the Member State concerned to correct the excessive deficit and gives a time frame for doing so. The new rules place a greater emphasis on debt, rather than just deficit, which had been overlooked in the past: if the 60% reference for the debt-to-GDP ratio is not respected, the Member State concerned will be put in excessive deficit procedure (even if its deficit is below 3%), after taking into account all relevant factors and the impact of the economic cycle, so long as the gap between its debt level and the 60% reference is not reduced by 1/20th annually (on average over 3 years). Transitional rules apply. Twenty three Member States, including the UK, are currently in the EDP.
- A new directive on national fiscal frameworks aimed at tightening up rules on data collection,⁷⁵ and
- A new regulation on effective enforcement of budgetary surveillance.⁷⁶ This applies to the Eurozone countries only. Where Member States are in the EDP they must comply with a recommendation issued by the Council. While it has been possible for a state ultimately to be fined

73. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/898&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. (last accessed 12 December 2011).

74. Council Regulation (EU) No 1177/2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure (OJ [2011] L306/33).

75. Council Directive 2011/85/EU on requirements for budgetary frameworks of the Member States (OJ [2011] L306/41).

76. Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area (OJ [2011] L306/1).

for non-compliance with the recommendation, this has never in fact happened despite numerous defaults. Now, where a euro area Member State does not respect its obligations, a financial sanction can be imposed by the Council on the basis of a Commission recommendation, unless a qualified majority of Member States vote against it (the so-called “reverse qualified majority” voting procedure).

The second element of the six pack concerns macro surveillance. Two measures have been introduced:

- A new regulation on prevention and correction of macro-economic imbalances such as housing bubbles.⁷⁷ This Regulation also has a preventive arm, whereby the Commission and the Council can adopt preventive recommendations under Article 121(2) TFEU at an early stage before the imbalances become large, and a corrective arm where an excessive imbalance procedure can be opened for a Member State. In this case, the Member State concerned will have to submit a corrective action plan with a clear road map and deadlines for implementing corrective action.⁷⁸
- a new regulation on effective enforcement of macroeconomic surveillance⁷⁹ (which applies to the Eurozone countries only). It has two elements. First, it “consists of a two-step approach whereby an interest-bearing deposit can be imposed after one failure to comply with the recommended corrective action. After a second compliance failure, this interest-bearing deposit can be converted into a fine (up to 0.1% of GDP).”⁸⁰ Second, it provides for an “early warning system” - an alert system is established based on an economic reading of a scoreboard consisting of a set of ten indicators covering the

77. Regulation (EU) No 1176/2011 of the European Parliament and of the Council on the prevention and correction of macroeconomic imbalances (OJ [2011] L306/25).

78. The detail is taken from <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/898&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (last accessed 12 December 2011).

79. Regulation (EU) No 1174/2011 of the European Parliament and of the Council on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area (OJ [2011] L306/8).

80. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/898&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (last accessed on 12 Dec 2011).

major sources of macro-economic imbalances⁸¹ – which can trigger ‘in-depth studies which will do deep dive analyses to determine whether the potential imbalances identified in the early-warning system are benign or problematic’.⁸²

In mid-November 2011 the Commission announced yet further reforms to economic governance for euro-zone states. The first, a proposed Regulation strengthening surveillance of budgetary policies in the euro area Member States would require countries to present their draft budgets at the same time each year and give the Commission the right to assess and, if necessary, issue an opinion on them, as well as proposing closer monitoring and reporting requirements for euro area countries in the EDP, to apply on an on-going basis throughout the budgetary cycle. The second, a proposed Regulation strengthening economic and fiscal surveillance of euro area countries facing or threatened with serious financial instability, would ensure that the surveillance of these Member States under a financial assistance programme, or facing a serious threat of financial instability, is robust, follows clear procedures and is embedded in EU law.⁸³ In their “fiscal compact” of 9 December 2011, the EU-26 agreed to take these rules on board while also constitutionally enshrining a golden rule on balanced budgets (the annual structural deficit does not exceed 0.5% of nominal GDP). The UK refused to participate.

The fourth limb of the EU’s response to the crisis, and arguably the most important from an employment point of view, are measures to facilitate growth. It is, however, the least developed aspect of the EU’s response. The monetarist argument is that a stable economic policy

81. The current planned scoreboard looks at a 3 year backward moving average of the current account balance as a percent of GDP, with a threshold of +6% of GDP and - 4% of GDP; net international investment position as a percent of GDP, with a threshold of -35% of GDP; 3 years percentage change in nominal unit labour cost, with thresholds of +9% for euro-area countries and +12% for non-euro-area countries; 3-year backward moving average of unemployment rate, with the threshold of 10%.

82. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/898&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (last accessed on 12 Dec 2011).

83. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1381&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (last accessed on 12 Dec 2011).

creates the best environment for growth – hence the reforms to economic governance. Yet when this is accompanied by stringent austerity measures the chance for growth is slim so long as workers are losing - or at risk of losing - their jobs, making consumers reluctant to spend. The Commission cites the EU's 2020 strategy⁸⁴ – which has replaced the Lisbon strategy⁸⁵ – as a vehicle for delivering growth. This has the aspiration for “smart, sustainable and inclusive growth’. Yet this strategy is dependent on significant government expenditure which governments, already encumbered by substantial debt, are not in a position to provide. Reforms to the single market, as mandated by the (non-legally binding) Single Market Act 2011⁸⁶ are likely to achieve only limited amounts of growth and these in the longer term. So what is left? The other traditional tool for delivering speedy growth – devaluation of the currency – is not available to Eurozone Member States. This puts labour law in the front line. It is one of the few areas over which Member States retain competence to regulate and, more realistically at present, to deregulate. The EU seems to be encouraging this view, first through the Euro Plus Pact (EPP) and second through the MoU. The MoU is considered further in Section D. First, however, we consider the EPP.

C. The EuroPlus Pact

1. Background

The “EuroPlus pact” (EPP) was agreed at the European Council meeting of 24/25 March 2011 by the euro area Heads of State or government.⁸⁷ This document has gone through a number of incarnations,

84. http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm (last accessed 12 December 2011).

85. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm (last accessed 12 December 2011).

86. COM(2011) 206.

87. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/120296.pdf (last accessed 12 December 2011).

from its original Franco-German conception⁸⁸ thrust in an “indelicate manner” on the other heads of government.⁸⁹ The uncertainty of the EPP’s purpose is reflected in the various name changes: first the “Competitiveness Pact”, then the “Pact for the Euro” and now the “Euro Plus Pact”.⁹⁰ The “Plus” reflects the fact that the deal applies to not only the Eurozone states but also to Bulgaria, Denmark, Latvia, Lithuania, Poland, Romania (hence the “plus” – the same group of states who agreed unconditionally to the fiscal compact of the 9 December 2011). The other Member States (UK, Sweden, Hungary and the Czech Republic) remain free to join. According to the European Council,⁹¹ the aim of the Pact is to “further strengthen the economic pillar of EMU and achieve a new quality of economic policy coordination, with the objective of improving competitiveness and thereby leading to a higher degree of convergence reinforcing our social market economy.”

The EPP, the details of which are set out in Annex I of the European Council Conclusions, was adopted largely to placate the Germans who were bankrolling many of the changes and, in particular were being asked to accept the European Stability Mechanism (ESM), found in Annex II of the European Council Conclusions. As Münchau put it in the *FT*, the Pact let out “in the open Berlin’s (usually repressed) desire that other countries be a bit more like Germany”.⁹² The response from the left to the adoption of the pact was hostile: “Pacte pour l’euro, un pacte diabolique” wrote French MEP Patrick Le Hyriac, vice president of the European United Left.⁹³ Unions called their members out in protests on the streets of Brussels.⁹⁴ The

88. “France and Germany propose EU competitiveness Pact”, BBC News Online, 4 Feb 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-12368401> (accessed 20 Sept 2011).

89. G. Verhofstadt, J. Delors, and R. Prodi, “Europe must plan a reform, not a pact”, *FT*, 2 Mar 2011.

90. Charlemagne’s notebook, *The Economist*, 25th March 2011.

91. Above n.9, para. 11.

92. W. Münchau, “Say no to Germany’s competitiveness pact” *FT.com* 27 Feb 2011.

93. <http://patricklehyriac.net/2011/03/23/pacte-pour-leuro-un-pacte-diabolique/> (last accessed 26 Sept 2011). See also U. EngelenKefer, “The Euro-Plus-Pact helps only the financial industry” <http://www.economicforumofthrace.eu/?p=685>.

94. L. Phillips, “Annual euro-pact summits will see the refuseniks asked to elave the room” *Teuobserver*, 29 Mar 2011.

response from the right was resigned: yet another pact but one which fails to address the fundamental problems facing countries which are on the verge of bankruptcy.⁹⁵

2. What does the Pact do?

Participating Member States undertake to take all necessary measures to pursue the following objectives:

1. **Foster competitiveness:** The Pact provides “Progress will be assessed on the basis of wage and productivity developments and competitiveness adjustment needs. To assess whether wages are evolving in line with productivity, unit labour costs (ULC) will be monitored over a period of time, by comparing with developments in other euro area countries and in the main comparable trading partners. For each country, ULCs will be assessed for the economy as a whole and for each major sector (manufacturing; services; as well as tradable and non-tradable sectors).’
2. **Foster employment:** The Pact provides “A well-functioning labour market is key for the competitiveness of the euro area. Progress will be assessed on the basis of the following indicators: long term and youth unemployment rates, and labour participation rates.’
3. **Contribute further to the sustainability of public finances:** The Pact provides that in order to secure the full implementation of the SGP, the “highest attention’ will be paid to the “sustainability of pensions, health care and social benefits.’
4. **Reinforce financial stability:** This covers matters such as putting in place national legislation for banking resolution, strict bank stress tests, and monitoring macro-financial stability and macroeconomic developments in the euro area.

95. J. Warner, “Will Portugal be the straw that breaks the euro camel’s back”, *The Telegraph*, 25 Mar 2011. <http://blogs.telegraph.co.uk/finance/jeremywarner/100009001/europes-arse-over-tit-approach-to-imminent-default/>

The Pact therefore builds on existing instruments (Europe 2020, European Semester, Integrated Guidelines,⁹⁶ Stability and Growth Pact and the new macroeconomic surveillance framework).⁹⁷ The Member States made their first commitments under the Pact in their Stability or Convergence Programmes and National Reform Programmes (adopted under the European Employment Strategy (EES) and Article 121 TFEU on economic and monetary union) submitted in April 2011. The Member States are thus subject to the regular surveillance framework, with a strong central role for the Commission in the monitoring of the implementation of the commitments, and the involvement of all the relevant formations of the Council and the Eurogroup.

3. The Institutional Context

3.1. Competence

The Pact is upfront: it focuses “primarily on areas that fall under national competence”. In the absence of EU competence, the EU can encourage and exhort but cannot actually put mechanisms in place to order change. Rather it can facilitate change through peer pressure, targets and guidelines. This is the origin of OMC (see below). The crucial point about the Pact is that “The selection of the specific policy measures to be implemented will remain the responsibility of each country, but the choice will be guided by considering in particular the issues mentioned above.” While many would recognise that this reflects the absence of EU competence to act and, in the most general terms, the principle of subsidiarity, the *réale politique* of this goes to the heart of the problems facing the EMU: there is monetary union without fiscal union. While states will need to be more accountable for the economic decisions they take, it is still the states taking those decisions.

96. Namely the Council’s recommendation on the broad guidelines for the economic policies of the Member States and the Union (2010 to 2014) and a decision on guidelines for the employment policies of the Member States. Together they form the “integrated guidelines”.

97. *Ibid.*, p.14, emphasis in the original.

3.2. The actors

In the final version of the Pact, the Commission maintains a “strong central role’ in the “monitoring of the implementation of the commitments’ and the involvement of all the relevant formations of the Council and the Eurogroup. According to the *FT*,⁹⁸ Germany had originally proposed that the monitoring be done by the national capitals but this had angered the smaller states. The result is that the Pact remains more firmly rooted in the EU institutional structure than the extra-EU structure originally proposed. Furthermore, there is a nod to the involvement of the European Parliament – which will “play its full role’ - but only in line with its competences which are rather narrow. The social partners will also be “fully involved at EU level through the tripartite social summit’.

Yet the EPP itself was initiated by the heads of state, and the heads of France and Germany in particular. It has an intergovernmental feel about it and, consistent with earlier strategies and pacts, has been led by the European Council but on a rather shaky legal foundation.⁹⁹ As we have noted before, there is a remarkable absence of any of the attributes traditionally associated with EU legislation: statement of legal basis, reason for its adoption, explanatory memoranda. In this way the EPP is the latest in a long line of measures, most notably the Lisbon and EES strategies, which have been nurtured by intergovernmental input. This raises the question of the legitimacy of the European Council acting in this way. The original Article 4 EU provided that “The European Council shall provide the Union with the necessary impetus for its development and shall define the general political guidelines thereof’. This emphasises that the role of the European Council is “essentially a political one’,¹⁰⁰ a view confirmed

98. “EU Presidents draft Competitiveness Pact’, *FT.com*, <http://www.ft.com/cms/s/0/b9fe5320-4296-11e0-8b34-00144feabdc0.html#axzz1Ykvd1kS8> accessed 23 Sept 2011.

99. C. Barnard, “The shaky legal foundations for institutional action under the employment, Lisbon and EU2020 Strategies’ (2008-9) 11 *CYELS X*

100. A Arnullet *et al*, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, 5th edn (London, Sweet & Maxwell, 2006) 31. See also J Werts, *The European Council* (John Harper Publishing, 2008).

in the Lisbon Presidency Conclusions of March 2000, which said that the European Council is to take a “pre-eminent guiding and coordinating role to ensure overall coherence’, in particular through an additional meeting of the European Council, taking place in the Spring, concerned solely with economic and social questions.¹⁰¹ The EPP has introduced a further complication: the multiple permutations of the European Council. It can be a meeting of the heads of government of all 27 Member States, a meeting of the Heads of Government of the Eurozone states and a meeting of the Heads of Government of the EPP states which may overlap with a meeting of the Heads of Government of the fiscal compact agreed in December 2011.

The pre-eminence of the European Council has come at the expense of the other institutions. For the Commission, soft coordination has not necessarily been a good thing: it has reinforced its think-tank role, at the expense of its role in hard policy, and this makes the Commission look weaker than the other institutions. On the other hand, much of the thinking and the creativity has come from the Commission. Its role in shaping OMC, drafting the six-pack, and having a “strong central role’ in monitoring the commitments under the Euro Plus Pact all emphasise its importance.

While the Commission has enjoyed some influence, the European Parliament and national parliaments have been almost invisible. According to Article 148(2) TFEU the European Parliament is to be consulted in the drawing up of the employment guidelines (although it is not involved in any other OMC process) but experience over the first five years of the EES showed that its role was marginal, in part due to the lack of time in the EES timetable for it to prepare its opinion. This was addressed, at least in part, by the 2005 reforms. The European Parliament did establish a website on the Lisbon strategy,¹⁰² which largely played a cheer-leader role for the strategy, albeit that it did admit:

101. Preliminary Conclusions, paras 35 and 36.

102. Available at <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20070202BKG02682&language=EN#title1>> accessed 19 July 2010.

Many of the measures agreed at Lisbon were not legislative but intergovernmental, based on coordination and benchmarking among Member States, with the Commission and European Parliament in a bystanders role.

Perhaps most telling was the frank admission “A more effective form of governance in the employment and social area than the open method of coordination, which failed to achieve some of its aims, is needed for the years to come’ and that the Council and the Commission must “involve Parliament fully in drawing up objectives, targets and indicators for the new economic and employment strategy, and also to give Parliament access to documents, meetings, and work on monitoring and reviewing progress’.¹⁰³

Neither the Lisbon Treaty nor the EPP have changed this. Despite the generalising of the ordinary legislative procedure by the Lisbon Treaty, this has not been extended to Article 148 TFEU, the legal basis for adopting the employment guidelines. The involvement of the Social Partners was hoped to fill this legitimacy gap but the commitment on paper to the participation of the Social Partners has often not manifested itself in practice. This has led some commentators to suggest that, on the one hand, the involvement of such a wide range of actors has actually blurred responsibility for economic and social policy, and, on the other, the absence of effective involvement by the social partners, the lack of involvement the European Parliament and the absence of judicial review, has meant that the EES and Lisbon strategies and now the EPP far from being open, heterarchical and deliberative, are more closed, elitist and less democratic than the classic Community methods.¹⁰⁴

103. Available at <http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/048-73522-116-04-18-908-20100426IPR73482-26-04-2010-2010-false/default_en.htm> accessed 19 July 2010.

104. P Syrpis, “Legitimising European Governance: Taking Subsidiarity Seriously within the OMC”, *EUI Working Papers*, Law 2002 10. See the calls in the Final report of Working Group XI on Social Europe, CONV 516/1/03, para 44, for the “incorporation of the open method of coordination in the Treaty [which] would improve its transparency and democratic character, and clarify its procedure by designating the actors and their respective roles’.

4. Effectiveness of the Pact

The Lisbon Strategy 2000, its precursor the European Employment Strategy (EES), and Lisbon's replacement, the EU 2020 strategy, form a (controversial) part of the DNA of the European Union. Much has been written of the new governance methodologies, and in particular of the open method of coordination (OMC), which have been developed in order to attain these strategies.¹⁰⁵ The Euro Plus Pact adds yet a further layer to the wedding cake of strategies. The elephant in the room has always been the question of the effectiveness of this approach.

The Member States' commitments under the EPP have to be included in their Stability or Convergence Programmes and their national reform programmes (SCP/NRP) as part of the European semester. While Member States did make reference to the commitments under the EPP in their SCP/NRPs for 2011, the commitments of some states, such as Belgium, were vague and lacked specifics, as the Council noted:¹⁰⁶ "there is no information on the measures to be taken in order to achieve the required objective on the fiscal side; nor is there any information on how real wage growth or energy prices could be controlled. ..."

Even with states which have entered into more precise commitments, can they be enforced successfully? Prodi et al think not. Writing about the Euro Plus Pact in the *FT*,¹⁰⁷ they say:

105. See, eg J Zeitlin, P Pochet and L Magnusson, *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (Brussels, Presses Interuniversitaires Européennes-Peter Lang, 2005); J Zeitlin, "Social Europe and Experimentalist Governance: Towards a New Constitutional Compromise?" in G de Búrca (ed), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity* (Oxford, Oxford University Press, 2005); F Szyssczak, "Experimental Governance: The Open Method of Coordination" (2006) 12 *ELJ* 486; K Armstrong and C Kilpatrick, "Law, Governance, or New Governance? The Changing Open Method of Coordination" (2007) 13 *Columbia Jo. E. L.* 649; the essays resulting from the JCMS symposium on *EU Governance after Lisbon* (2008) 46 *JCMS* 413; M Heidenreich and G Bischoff, "The Open method of Coordination: A Way to the Europeanisation of Social and Employment Policies" (2008) 46 *JCMS* 497.

106. Council Recommendation 2011/C 209/01 on the NRP 2011 of Belgium and delivering a Council Opinion on the updated Stability program of Belgium 2011-14 (OJ [2011] L209/1).

107. Guy Verhofstadt, Jacques Delors and Romano Prodi, "Europe must plan a reform, not a pact", *Financial Times* March 2 2011.

The Franco-German proposal was also based on an intergovernmental model of peer pressure that has proved repeatedly ineffective. It lacks the discipline and impartial adjudication to deliver results. Both the Lisbon strategy for growth and the stability and growth pact failed to live up to expectations, because member states are reluctant to sanction each other.

Romano Prodi should know – he was president of the European Commission from 1999-2004, the period that gave birth to the Lisbon strategy.

The absence of any sanctions in the Pact suggests that its influence may be less than would first appear and that the Commission's six pack, hard law measures may in fact prove to be more significant. This much was acknowledged by one EU diplomat quoted in the *EU Observer*:¹⁰⁸

The pact is good for pressure; it's a bonus. But the Commission's proposals involve sanctions. The six pack, if fully implemented, means that things are now in the hands of the whole; countries can't fiddle the books any more. It will be difficult to disobey in a way that with peer pressure you still can.

However, as the French and Germans demonstrated in the mid 2000s, Ecofin was prepared to suspend the excessive deficit procedure against France and Germany, even though their net borrowing exceeded 4 per cent of GDP. Ecofin's decision was, however, successfully challenged by the Commission.¹⁰⁹ And even when peer pressure is applied through the examination of each other's budgets all Member States, at least in theory, have an equal say over the sins of the others: so Greece (Ireland, Italy and even Spain) will be checking on the performance of Germany (and vice versa) but it is not in these countries' interests to point out the speck in the German eye when they realise the existence of a plank in their own. It is easy to see how any peer review quickly becomes a paper

108. L. Phillips, "Competitiveness pact "was never the blueprint people thought it was" *EU Observer*, 11 March 2011.

109. Case C-27/04 *Commission v. Council* [2004] ECR I-6649.

tiger. In this way the Pact contrasts significantly to the semi-automatic sanctions envisaged in the six pack (and the fiscal compact of December 2011).

So far we have focused on the context of the crisis and the EU's response to this. We turn now to look at one of the key areas affected both directly and indirectly by the crisis: national labour law, largely an area of national competence but with an increasing body of EU employment law. We begin by looking first at the effect of the EuroPlus Pact on labour law before considering the impact of the MoU.

D. Impact on Labour law

1. The EuroPlus Pact

As the brief outline of the four objectives of the Pact makes clear, three of the Pact's objectives have a direct impact on labour issues. The provisions under the "Fostering competitiveness" objective were particularly contested. It provides that "[e]ach country will be responsible for the specific policy actions it chooses to foster competitiveness, but the following reforms will be given particular attention:

- respecting national traditions of social dialogue and industrial relations, measures to ensure costs developments in line with productivity, such as:
 - review the wage setting arrangements, and, where necessary, the degree of centralisation in the bargaining process, and the indexation mechanisms, while maintaining the autonomy of the social partners in the collective bargaining process;
 - ensure that wages settlements in the public sector support the competitiveness efforts in the private sector (bearing in mind the important signalling effect of public sector wages).

The proposed monitoring system for wage and productivity levels proved particularly controversial. The original German plan would have achieved this partly by forcing countries to end the indexing of wages to inflation – a move strongly opposed by a number of Member States, in particular Belgium which feared this would undermine its social model.¹¹⁰ However, the final version does not oblige countries to give up indexing but, if they do not, each government must implement other measures. The original draft also talked of enhancing “decentralisation in the bargaining process”.¹¹¹ This antagonised trade unions in those key countries with centralised bargaining processes such as Finland, the Netherlands and Austria. Again, this has been diluted to “where necessary” reviewing the degree of centralisation in the bargaining process.

The second part of the Pact which impacts on labour comes under the heading “fostering employment”. This provides:

Each country will be responsible for the specific policy actions it chooses to foster employment, but the following reforms will be given particular attention:

- labour market reforms to promote “flexicurity”, reduce undeclared work and increase labour participation;
- life long learning
- tax reforms, such as lowering taxes on labour to make work pay while preserving overall tax revenues, and taking measures to facilitate the participation of second earners in the work force.

110. P. Hollinger and P. Spiegel, “Cracks over Franco-German Eurozone plan” *FT.com*, 4 Feb. 2011. Cf Council Recommendation 2011/C 209/01 on the NRP 2011 of Belgium and delivering a Council Opinion on the updated Stability program of Belgium 2011-14 (OJ [2011] L209/1) which identifies the “system of wage bargaining and wage indexation” as a problem needing reform, a point reiterated in the Council Recommendation 2011/C 217/05 on the implementation of the broad guidelines for the economic policies of the Member States whose currency is the euro (OJ [2011] L209/1), para. 5.

111. L. Phillips, “Competitiveness pact “was never the blueprint people thought it was” *EU Observer*, 11 March 2011.

“Flexicurity” is the neologism around which the emphasis on quality of working life and employability of the workforce has coalesced.¹¹² Underpinning this idea is the aim to create a “labour market which is fairer, more responsive and inclusive, and which contributes to making Europe more competitive”.¹¹³ As the Commission explains in its 2007 Paper, “Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security”,¹¹⁴ “Flexicurity promotes a combination of flexible labour markets and adequate security”. It says flexicurity is not about deregulation, giving employers freedom to dissolve their responsibilities towards the employee and to give them little security. Instead, flexicurity is about bringing people into good jobs and developing their talents. Employers have to improve their work organization to offer jobs with future. They need to invest in their workers’ skills. That was 2007. Post the crisis, the emphasis is on the “flex” rather than the “curity”.

The third area where labour issues are directly affected comes under the heading enhancing the “sustainability of public finances”. It provides that “Reforms necessary to ensure the sustainability and adequacy of pensions and social benefits could include:

- aligning the pension system to the national demographic situation, for example by aligning the effective retirement age with life expectancy or by increasing participation rates;
- limiting early retirement schemes and using targeted incentives to employ older workers (notably in the age tranche above 55).

There was much concern in the earlier drafts of the pact that retirement ages would have to be raised. The final version is more

112. See more generally J. Kenner, “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-security” in S. Currie and M. Dougan (eds) *Fifty Years of the Treaty of Rome* (Oxford: Hart Publishing, 2009).

113. Commission (EC) “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” (Green Paper) COM (2006)708, 4. There is a surprising lack of reference to A. Supiot’s influential report for the Commission, “Transformation of Labour and the Future of Labour Law” Luxembourg, 1998. See S. Sciarra, “EU Commission Green paper “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” (2007) 36 *H.J.* 375, 378.

114. COM (2007) 359, 5.

vague. The new pension monitoring system would not force countries to raise retirement ages but it would develop indicators showing whether state pension schemes could be sustained under existing funding levels. Pension reform *could* include limiting early retirement schemes, but again this is less mandatory than in earlier drafts. However, the upshot of these goals will be to lead to a shift to money purchase schemes rather than the defined benefit schemes still enjoyed by some in some Member States. The reference to aligning the effective retirement age with life expectancy refers, in particular, to the traditionally low retirement age in the French public sector that the workers have managed to maintain following major public protest.

What can we make of these proposals? Although many feared that the Euro Plus pact would be deregulatory, in fact the final version is more complex. As a product of many hands, it sought both to assuage the concerns of the Germans who want more control over national expenditure while at the same time supporting other states, such as Spain and Belgium, which are wedded to the maintenance of the national social systems. Hence the final Pact does create the space to recognise the diversity of the national systems. One of the “six pack” measures, the Macro-economic Surveillance Regulation 1176/2011, goes even further and, at the behest of the European Parliament, now contains a “Monti” clause:¹¹⁵

The application of this Regulation shall fully respect Article 152 TFEU and the recommendations issued under this Regulation shall respect national practices and institutions for wage formation. It shall take into account Article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and accordingly shall not affect the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take collective action in accordance with national law and practices.’

115. Art. 1(3). See also Recital 25 which adds “When the Council and the Commission apply this Regulation, they should fully respect the role of national parliaments and social partners and respect differences in national systems, such as the systems for wage formation.”

2. The Memoranda of Understanding

Thus, despite the expectations for the EPP in fact it probably presents a less direct threat to national labour law than would first appear. Much is left to the Member States to decide and, what started off as mandatory in early drafts became optional by the time it was finally agreed by the Member States. The EPP thus stands in stark contrast to the much more intrusive provisions in the Memoranda of Understanding which those countries receiving a bail-out have signed up to. Space precludes a detailed analysis of these lengthy documents but two examples will suffice to make the point.

First, take the case of Ireland.¹¹⁶ The Irish government committed itself in the MoU to cut its minimum wage by a euro an hour. This decision was justified by the National Recovery Plan 2011-14¹¹⁷ in the following terms:

Where a NMW is imposed at a level higher than the equilibrium wage rate, unemployment will result. Some workers will be willing to work for a wage lower than NMW but employers are restricted from providing these job opportunities. Other negative effects include:

- Acting as a barrier for younger and less skilled workers to enter the labour force and take up jobs;
- Preventing SMEs from adjusting wage costs downward in order to maintain viability and improve competitiveness; and

116. See Implementing Decision 2011/77/EU (OJ [2011] L 30/34) on granting Union financial assistance to Ireland for a period of three years under the provisions of the Treaty and Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism. The accompanying Memorandum of Understanding signed on 16 December 2010 and its first update lay down the economic policy conditions on the basis of which the financial assistance is granted. Implementing Decision 2011/77/EU was amended by Implementing Decision 2011/326/EU (OJ [2011] L 147/17).

117. <http://budget.gov.ie/RecoveryPlan.aspx> (last accessed 11 Dec. 2011).

- Reducing the capacity of the services sector to generate additional activity and employment through lower prices for consumers.

In addition, collective agreements (properly known as Registered Employment Agreements or Employment Regulation Orders) in the agricultural, catering, construction and electrical contracting sectors have also been repealed. As the National Recovery Plan states:

Both types of agreements constitute another form of labour market rigidity by preventing wage levels from adjusting. This in turn affects the sustainability of existing jobs and may also prevent the creation of new jobs, particularly for younger people disproportionately affected by the employment crises who form part of the labour force for these sectors.¹¹⁸

While a number of these agreements had been around for over 50 years and could result in arbitrary geographical divisions,¹¹⁹ the removal of the agreements affected some of the lowest paid workers. In recognition of this, the reduction in the minimum wage was reversed in the summer of 2011.

Second, there is Portugal.¹²⁰ In the MoU, Portugal committed itself to a range of cuts in the employment field including a temporary suspension of thirteenth and fourteenth-month bonus salary payments for civil servants and pensioners who earn more than €1,000 a month. It also agreed to implement a reform in the severance payments for new

118. P.37.

119. See the Duffy/Walsh report commissioned by the Irish government in accordance its commitment in the MoU to hold an independent review of the Framework REA and ERO agreements: www.djei.ie/publications/employment/2011/Report_ERO_REA.pdf.

120. On 17 May 2011, the Council adopted Implementing Decision 2011/344/EU (OJ [2011] L159/88) to make available to Portugal medium-term financial assistance for a period of three years 2011-2014 in accordance with Council Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism. The accompanying Memorandum of Understanding signed on the same day and its successive supplements lay down the economic policy conditions on the basis of which the financial assistance is disbursed.

hires in line with a tripartite agreement of March 2011. This included aligning the severance payments of open-ended contracts with those of fixed-term contracts and reducing total severance payments for new open-ended contracts from 30 to 10 days per year of tenure (with 10 additional days to be paid by an employers' financed fund) with a cap of 12 months and elimination of the 3 months of pay irrespective of tenure and reducing total severance payments for fixed-term contracts from 36 to 10 days per year of tenure for contracts shorter than 6 months and from 24 to 10 days for longer contracts (with 10 additional days to be paid by an employers' financed fund).

The Government has also proposed reforms to the legislation on individual dismissals contemplated in the Labour Code with a view to fighting labour market segmentation and increasing the use of open-ended contracts. In particular, it proposes making it possible to dismiss for reasons of the unsuitability of the worker (eg where s/he has not fulfilled "specific delivery objectives and does not fulfil them, for reasons deriving exclusively from the workers' responsibility") even in cases where new technology or other changes to the workplace were not introduced (art. 373-380, 385 Labour Code). It also proposes removing a strict last in first out (LIFO) criteria in the case of redundancy, provided that the employer establishes a relevant and non-discriminatory alternative criteria, and removing the obligation to attempt a transfer for a possible suitable position (art. 368, 375 Labour Code).

To British eyes, these reforms are not radical. Nevertheless they go straight to the heart of the national labour law systems which go to the core of national sovereignty. Furthermore, such reforms, together with the EU's own Council recommendations on the national reform programmes, have created an expectation as to what Member States, who are in a state of crisis but not (yet) being bailed out, should do. The Italians have responded to this pressure. In Silvio Berlusconi's (in)famous letter to the heads of state meeting at the end of October 2011, he committed Italy to submitting the following additional measures: "A reform of labour legislation (a) promoting greater readiness to take on employees and the efficiency requirements of business by means of, among other things, new rules governing dismissals for economic reasons in perma-

ment employment contracts'.¹²¹ However, even here is the picture is not a straightforward story of deregulation. In the same paragraph he also talks about "(b) stricter conditions in the use of pseudo-sub contracting, given that such contracts are often used for workers formally classed as independent but essentially engaged as employees."¹²²

3. Deregulation in the Shadow of the Crisis

The story so far has largely been one of EU-inspired deregulation. The British have not been slow to join this game. A report commissioned by Downing Street, written by Lord Beecroft, a venture capitalist and Tory donor, said that the first major issue for British enterprise is "the terrible impact of the current unfair dismissal rules on the efficiency and hence competitiveness of our businesses, and on the effectiveness and cost of our public services." He continued that "The rules both make it difficult to prove that someone deserves to be dismissed, and demand a process for doing so which is so lengthy and complex that it is hard to implement. This makes it too easy for employees to claim they have been unfairly treated and to gain significant compensation." Crucially, he notes that "there is nothing in European law that would prevent the Government from abandoning unfair dismissal laws – although regulations preventing dismissal on the basis of a person's gender, race or sexuality would remain". And so he recommended a replacement regulation, called Compensated No Fault Dismissal, which would allow employers to dismissed unproductive staff with basic redundancy pay and notice. At first, the (Libdem) Coalition partners were concerned. Nick Clegg, the Deputy Prime Minister, and Vince Cable, the Secretary of State for Trade and Industry, feared that any such change would have an immediate impact on consumer spending if people suddenly lost their job security.¹²³ Nevertheless, by 23 November 2011, Vince Cable,

121. See the direct parallels between his letter and the Council recommendation 2011/C 215/02 of 12 July 2011 on the National Reform programme 2011 of Italy and delivering a Council opinion on the update Stability programme of Italy, 2011-14 (OJ [2011] L215/4), para. 2.

122. <http://blogs.ft.com/brusselsblog/files/2011/11/BerlusconiLetter.pdf>

123. <http://www.guardian.co.uk/politics/2011/oct/26/unions-condemn-report-unfair-dismissal>

in a speech to the EEF had changed his tune and was now calling for the production of evidence on whether “to introduce compensated no-fault dismissal for micro firms – that is those with 10 or fewer employees’.¹²⁴

E. Conclusions

It is not clear whether some governments are using the crisis as a cover for reforms they intended to introduce. Many would suggest that the reforms to UK unfair dismissal law are driven as much by ideology as by economic need. Certainly the economic benefits of deregulation are highly contested.¹²⁵ Nevertheless, the striking change that has occurred over the last year or so is the role of the EU towards employment protection. Traditionally, the EU has been seen as something of a bastion against deregulation at national level. Yet, now the EU – whether through the Council formations in the context of its recommendations on the integrated guidelines or at least the heads of state or government - has become responsible for the very deregulation it resisted against for many years. Longer term, the EU maybe responsible for precipitating a race-to-the-bottom: as we have seen Portuguese law is destined to become rather British.

However, the picture is more complex than would first appear. While governments might be pushing for deregulation, this might not receive support from key constituencies. For example, in Italy provision was made for greater use of decentralised bargaining and, in particular, a reform of 2009 allowed for the possibility of “opening clauses’ (ie derogations from the sectoral wage agreed at national level by plant or firm level agreements); the trade unions resisted, the provision was generally not used and it has now been dropped. In Portugal the government has

124. <http://www.bis.gov.uk/news/speeches/vince-cable-reforming-employment-relations> (last accessed 12 Dec. 2011).

125. See <http://www.oecd.org/dataoecd/57/7/1868601.pdf> and <http://www.tuc.org.uk/extras/flexiblewith-thetruth.pdf> (last accessed 12 Dec. 2011).

not yet managed to push through its planned reforms on severance pay. Yet, despite these signs of revolt, the overall direction of travel is clear: there is a threat to national labour law as we know it and that threat is driven largely by the EU.

MONETARY INSTABILITY UNDER THE PACT FOR THE EURO AND ITS SYNERGY WITH THE EU 2020 STRATEGY

Professor Dr. Torsten Stein
*Director, Institute of European Studies,
Saarland University (Germany)*

I. Introduction

Let us start with some definitions, found in the Oxford Dictionaries: First “Synergy”: “The interaction of two or more (whatever: organisations, substances, plans etc.) to produce a combined effect greater than the sum of their separate effects”. It is not quite easy to see how the combination of an ambitious project as EU 2020, and a financial crisis (first a banking crisis and later on a sovereign debt crisis) could lead to a synergy in a positive sense. It will certainly not lead to a combined greater negative effect, that much can be said.

If, perhaps, not synergy, could it be, secondly, “antinomy”? “Antinomy” is defined as: “A contradiction between two beliefs or conclusions that are in themselves reasonable; a “paradox”.

For a “paradox”, finally, the Oxford Dictionaries offer two distinct definitions. The first says: “A proposition which despite (apparently sound) reasoning from acceptable premises, leads to a conclusion that seems logically unacceptable or self-contradictory”. But the second definition offered says: “A seemingly absurd or contradictory statement or proposition which, when investigated, may prove to be well

founded or true”. We will try to find out in the following whether monetary instability (or monetary crisis) on the one hand, and the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth will be a paradox that meets the second definition; maybe if the “Pact for the Euro”, or “Euro Plus Pact”, as it is now called, will help to bring two seemingly contradictory things together, an ambitious plan which needs considerable investment, and a crisis that may result in consuming most of the money needed for those investments. We will, therefore, also have a look at the “European Financial Stabilization Facility (EFSF)” and the “European Stability Mechanism (ESM)” and their disputed legality under the Treaty of Lisbon. But before we will briefly describe the EU 2020 strategy.

II. The EU 2020 Strategy

Forerunner of the EU 2020 Strategy was the “Lisbon Process”, adopted by the Heads of State and Government during a special summit in Lisbon in March 2000. It was a political program, based on goals mainly to be defined by the EU Member States individually for themselves, with the aim to transform the EU until 2010 into the most competitive and dynamic economic area in the world, capable of achieving durable and stable economic growth with more and better jobs together with greater social cohesion, the benchmark being Japan and the USA. The Lisbon process was hardly successful, one might say: a flop. After five years the distance between the economic growth in the EU and the USA had widened, and soon after Member States struggled with “bad banks” and the like.

In March 2010 the European Commission proposed a new program for the next ten years, the Europe 2020 strategy¹²⁶, which the European Council adopted in June 2010. As the previous Lisbon Strategy, Europe 2020 is not a binding act of secondary legislation, but a communication

126. COM (2010) 2020 final of 3 March 2010.

from the Commission which defines “priorities”, “headline targets” and “flagship initiatives”. Europe 2020 is said to commit both the EU and the Member States, but not too many areas of what is addressed in that Strategy are covered by the legislative competences of the EU. What remains is the so-called “open method of coordination” under Arts. 5, 6 and 153 of the TFEU. Suffice it for the moment to cite from the Executive Summary of the Europe 2020 Strategy to recall the main goals and means: “Europe 2020 puts forward three mutually reinforcing priorities:

- Smart growth: developing an economy based on knowledge and innovation.
- Sustainable growth: promoting a more resource efficient, greener and more competitive economy.
- Inclusive growth: fostering a high-employment economy delivering social and territorial cohesion.

The EU needs to define where it wants to be by 2020. To this end, the Commission proposes the following EU headline targets:

- 75 % of the population aged 20-64 should be employed (it is quite astonishing to see that an overall unemployment rate of 25% seems to be seen as acceptable).
- 3 % of the EU’s GDP should be invested in R&D.
- The “20/20/20” climate/energy targets should be met (including an increase to 30 % of emissions reduction if the conditions are right).
- The share of early school leavers should be under 10 % and at least 40 % of the younger generation should have a tertiary degree.
- 20 million less people should be at risk of poverty.

These targets are interrelated and critical to our overall success. To ensure that each Member State tailors the Europe 2020 strategy to its particular situation, the Commission proposes that EU goals are translated into national targets and trajectories.

The targets are representative of the three priorities of smart, sustainable and inclusive growth but they are not exhaustive: a wide range of actions at national, EU and international levels will be necessary to underpin them. The Commission is putting forward seven flagship initiatives to catalyse progress under each priority theme:

- “Innovation Union” to improve framework conditions and access to finance for research and innovation so as to ensure that innovative ideas can be turned into products and services that create growth and jobs.
- “Youth on the move” to enhance the performance of education systems and to facilitate the entry of young people to the labour market.
- “A digital agenda for Europe” to speed up the roll-out of high-speed internet and reap the benefits of a digital single market for households and firms.
- “Resource efficient Europe” to help decouple economic growth from the use of resources, support the shift towards a low carbon economy, increase the use of renewable energy sources, modernise our transport sector and promote energy efficiency.
- “An industrial policy for the globalisation era” to improve the business environment, notably for SMEs, and to support the development of a strong and sustainable industrial base able to compete globally.
- “An agenda for new skills and jobs” to modernise labour markets and empower people by developing their skills throughout the lifecycle with a view to increase labour participation and better match labour supply and demand, including through labour mobility.

- “European platform against poverty” to ensure social and territorial cohesion such that the benefits of growth and jobs are widely shared and people experiencing poverty and social exclusion are enabled to live in dignity and take an active part in society.

These seven flagship initiatives will commit both the EU and the Member States. EU-level instruments, notably the single market, financial levers and external policy tools, will be fully mobilised to tackle bottlenecks and deliver the Europe 2020 goals. As an immediate priority, the Commission charts what needs to be done to define a credible exit strategy, to pursue the reform of the financial system, to ensure budgetary consolidation for long-term growth, and to strengthen coordination within the Economic and Monetary Union.

Stronger economic governance will be required to deliver results. Europe 2020 will rely on two pillars: the thematic approach outlined above, combining priorities and headline targets; and country reporting, helping Member States to develop their strategies to return to sustainable growth and public finances. Integrated guidelines will be adopted at EU level to cover the scope of EU priorities and targets. Country-specific recommendations will be addressed to Member States. Policy warning could be issued in case of inadequate response. The reporting of Europe 2020 and the Stability and Growth Pact evaluation will be done simultaneously, while keeping the instruments separate and maintaining the integrity of the Pact”. We will come to the Stability and Growth Pact a little later.

Before we will try to describe how the EU 2020 strategy, which shows all the elements of a “vision”, could become reality. This, by the way, reminds me of a previous German Chancellor who had once said: “Those who have visions should see their doctor”.

In its communication¹²⁷ the Commission stated that the pursuit of EU 2020 objectives must be first of all based on a credible exit strategy from the banking crisis of the year 2007 and the following years, in which Governments gave massive support to banks, either through

127. Note 1, at p. 24.

guarantees, recapitalization or through “cleaning” of balance sheets from impaired assets. Other sectors of the economy were supported under the framework for state aid. The Commission acknowledges that all these actions were justified, but at the same time stresses that state aid disciplines should be restored, and that high levels of public debt could not be sustained indefinitely. At that time the Commission either did not know, or did not say that it already knew, that the next crisis, the “Sovereign Debt Crisis” affecting several Members of the European Monetary Union, was about to be unveiled.

As far as the timely and effective implementation of the EU 2020 strategy is concerned, the Commission requires a “strong governance framework”, mainly based on “Country Reporting”, “Integrated Guidelines” and “Policy Recommendations”. To cite again from the EU 2020 strategy¹²⁸:

“Country reporting would contribute to the achievement of Europe 2020 goals by helping Member States define and implement exit strategies, to restore macroeconomic stability, identify national bottlenecks and return their economies to sustainable growth and public finances. It would not only encompass fiscal policy, but also core macroeconomic issues related to growth and competitiveness (i.e. macro-imbalances). It would have to ensure an integrated approach to policy design and implementation, which is crucial to support the choices Member States will have to make, given the constraints on their public finances. A specific focus will be placed on the functioning of the euro area, and the interdependence between Member States.

Policy recommendations will be addressed to Member States both in the context of the country reporting as well as under the thematic approach of Europe 2020. For country surveillance, they will take the form of Opinions on stability/convergence programmes under Council Regulation (EC) No 1466/97 accompanied by recommendations under the Broad Economic Policy Guidelines (BEPGs, Article 121.2). The thematic part would include Employment recommendations (Article 148 TFEU) and country recommendations on other selected thematic is-

¹²⁸. Note 1, at p. 27 et seq.

sues (for instance on business environment, innovation, functioning of the single market, energy/climate change etc.), both of which could also be addressed to the extent that they have macroeconomic implications through the recommendations under the BEPGs as indicated above. This set-up for the recommendations would also help ensure coherence between the macro/fiscal framework and the thematic agendas.

The recommendations under the country surveillance would address issues with significant macroeconomic and public finance implications, whereas the recommendations under the thematic approach would provide detailed advice on micro-economic and employment challenges. These recommendations would be sufficiently precise and normally provide a time-frame within which the Member State concerned is expected to act (e.g. two years). The Member State would then set out what action it would take to implement the recommendation. If a Member State, after the time-frame has expired, has not adequately responded to a policy recommendation of the Council or develops policies going against the advice, the Commission could issue a policy warning (Article 121.4 TFEU)".

That may sound impressive, but let us not forget that the key words are "opinion" and "recommendation", in other words: not binding. The sharpest sanction according to Art. 121 para. 4 TFEU is making the Council's recommendations public ("name and shame"). This could be different under Art. 126 TFEU and the "Stability and Growth Pact", for which the Commission says "the Europe 2020 and Stability and Growth Pact (SGP) reporting and evaluation will be done simultaneously to bring the means and the aims together, while keeping the instruments and procedures separate and maintaining the integrity of the SGP". So let us have a brief look at the Stability and Growth Pact, and to see whether that is a "tiger" with or without teeth.

III. The Stability and Growth Pact

The Stability and Growth Pact was a German initiative aiming at making the entrance criteria for the Euro zone at least in part mandatory also for the time after. The European Council in Madrid in December 1995 confirmed

the crucial importance of securing budgetary discipline in stage three of the Economic and Monetary Union. The European Council in Florence in spring 1996 reiterated this view and the European Council in Dublin, six months later, reached agreement on the main elements of the Pact.

The Pact rests on three pillars: The “Resolution of the European Council on the Stability and Growth Pact Amsterdam”, of 17 June 1997¹²⁹, “Council Regulation (EC) No. 1466/97 of 7 July 1997 on the Strengthening of the Surveillance of Budgetary Positions and the Surveillance and Coordination of Economic Policies¹³⁰” and “Council Regulation (EC) No. 1467/97 of 7 July 1997 on “Speeding up and Clarifying the Implementation of the Excessive Deficit Procedure¹³¹”, as well as on Protocol No. 12 on the Excessive Deficit Procedure¹³². The reference values for excessive deficits in the sense of Art. 126 TFEU are well known: 3 % for the ratio of planned or actual government deficit to gross domestic product at market prices, and 60 % for the ratio of government debts to gross domestic product at market prices.

That the Stability and Growth Pact is a very “flexible” instrument became apparent when Germany and France had exceeded the 3 % limit in 2002 and 2003. Although the European Commission had proposed to publish its recommendation for both countries and to put them in arrears if they would not take the necessary countermeasures within a given time, the ECOFIN Council did not reach the required qualified majority to support that proposal and adopted instead legally non-binding conclusions on the basis of “promises” from both countries to return to the 3 % limit in 2005, and suspended the excessive deficit procedures. The Commission sued the Council before the European Court of Justice, but only in part successfully. The Court decided that the lack of the required majority in the Council could not give rise to

129. O. J. C 236, 02.08.1997, p. 1 et seq.

130. O. J. L 209, 02.08.1997, p. 1 et seq., amended by Council Regulations (EC) 1055/2005 and 1056/2005, of 27.06.2005, O. J. 2005 L 174, p. 1 et seq.

131. O. J. L 209, 02.08.1997, p. 6 et seq.

132. O. J. L 115, 09.05.1998, p. 279. See also Council Regulation (EC) No. 479/2009, O. J. L 145, 10.06.2009, p. 1.

a nullity suit, but that the “conclusions” could not be adopted by the Council without a respective proposal from the Commission¹³³.

As a consequence of the financial (banking) crisis of the year 2007 and after, the majority of the EU-Member States, those within as well as those outside the Euro-zone, exceeded the limits of the Stability and Growth Pact in their effort to save their banks. The European Commission refused to recognize exceptional circumstances and opened the excessive deficit procedure against 24 of the EU Member States, the Council following in deciding on the existence of such excessive deficit. The deadlines for correction, however, range until the year 2014¹³⁴.

In March 2011 the Ministers of Finance of the Euro-zone Member States were reported¹³⁵ to have agreed upon accepting two proposals from the Commission on amending Council Regulations 1466/97 and 1467/97¹³⁶, designed to sharpen the Stability and Growth Pact, although “automatic” sanctions are ruled out after a French-German agreement (the so-called “Deal of Deauville”). It remains to be seen whether the Pact will have more teeth in the future¹³⁷. It would in any case not make much sense to impose heavy financial sanctions under Art. 126 TFEU upon States on the edge of insolvency, perhaps forcing them to borrow money in order to be able to pay that fine and to thus additionally raise their already too high state debts. That leads us to the next serious problem, the sovereign debt crisis.

IV. The Sovereign Debt Crisis

It all started with Greece which, as it became obvious at least now, had already made its way into the Euro area on the basis of inaccurate fig-

133. ECJ, Case C-27/04, 13.07.2004, *Commission v. Council*, ECJ Reports 2004 I, 6649.

134. Excessive deficit procedure.country-specific procedures: http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/deficit/countries/index_en.htm.

135. Spiegel-online of 15 March 2011 („EU will Defizitsünder härter bestrafen“).

136. COM (2010) 526 final and COM (2010) 522 final, both of 29.09.2010.

137. See for the most recent proposals infra under VII.

ures and statistics¹³⁸. At the end of April 2010 Greece's credit-worthiness approached ground zero after its deficit had repeatedly to be corrected upwards. Greece had to offer over 15 % interest for two-year state bonds and became more and more unable to refinance itself through the normal financial markets, let alone to pay back in time previous loans. Some proposed that Greece should leave the Euro area, although that is not foreseen in the Treaties (a unanimous *actus contrarius* might nevertheless be possible - see Greenland), to return to the Drachma and to rearrange its debts ("hair cut")¹³⁹. It remains to be seen whether this will not become inevitable in the end, as we see now that the "rescue umbrella" for Greece has to be put up again.

But at the time euro-area Member States¹⁴⁰ engaged in a scheme of bilateral loan or guarantee agreements (80 billions), with the International Monetary Fund (IMF) complementing the agreement (30 billions), and under strict conditionality supervised by the Commission, the European Central Bank (ECB), which did in the beginning not provide own financial means, and by the IMF.

Already at that time there were very controversial statements in the literature as to whether these bilateral agreements were in line with Arts. 123, 124 and in particular 125 para 1 of the TFEU (the "no-bail-out" clause).

When shortly after serious financial problems became apparent also in other euro-area States, in Portugal, Italy, Ireland and Spain (in the cynical slang of the financial markets called "PIIGS"), a more ambitious scheme was adopted within a few days, which the media called "Euro Rescue Umbrella". That "umbrella" is based on a Council Regulation¹⁴¹, based on Art. 122 para 2 TFEU, providing for financial assistance amounting to approximately 60 billion euros from the European Union

138. Cf. K. Featherstone, Greece: A Suitable Accommodation, in: K. Dyson (ed.), *The Euro at 10. Europeanization, Power and Convergence*, Oxford University Press 2008, p. 165 et seq.

139. See P. Athanassiou, *Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU - Some Reflections*, ECB Legal Working Paper Series No. 10, December 2009

140. With the exception of Slovakia.

141. Council Regulation (EU) No. 407/2010 establishing a European financial Stabilisation mechanism, O. J. L 118, 12.05.2010, p. 1.

for Member States which are experiencing, or are seriously threatened with, a severe economic or financial disturbance caused by exceptional occurrences beyond its control. This financial assistance has to be claimed as a matter of priority, but is backed up by an intergovernmental agreement among the euro-area Member States, providing for 400 billion euros of additional financial aid, administered by a private law society established under Luxemburg Law, the “European Financial Stability Facility (EFSF)”¹⁴², limited in time until 2013, but again paralleled by a line of credit from the IMF up to 250 billion euros.

Critics again doubted whether the situation in Greece and in the other countries could be equated to natural disasters or exceptional occurrences beyond control (Art. 122 para 2 TFEU), and whether the ECB’s practice to buy State bonds at secondary markets did not circumvent the prohibition in Art. 123 TFEU. But others justified all that as “unconventional legal constructions” in times of crisis¹⁴³.

In early summer 2011 it became apparent that Greece needed more financial aid. On 21 July 2011 the Heads of State or Government of the Euro area agreed to support a new program, together with the IMF and a “voluntary contribution of the private sector”, the latter estimated at 37 billion euro, the official financing amounting to an estimated 109 billion euro, this time coming from the EFSF, with considerably longer maturity of future loans¹⁴⁴. But in early September 2011 it became doubtful whether the EFSF and the IMF would even deliver the next quota of the previous program, because Greece had not lived up to the adjustment program and budgetary conditions linked to that program¹⁴⁵.

142. For details see: G. Calliess, *Perspektiven des EURO zwischen Solidarität und Recht*, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS), 2011, p. 213 (220).

143. D. Thym, *Euro-Rettungsschirm: Zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle* EuZW 2011, p. 167. See also J. Wieland, *Der Rettungsschirm für Irland*, NVwZ 2011, p. 340, C. Herrmann, *Griechische Tragödie - der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone*, EuZW 2010, p. 413 and N. Horn, *Die Reform der Europäischen Währungsunion und die Zukunft des Euro*, NJW 2011, p. 1398.

144. A minimum of 15 years and up to 30 years with a grace period of 10 years.

145. Cf. *Bulletin Quotidien Europe* No. 10444, 3.9.2011, p. 6 (“Greece: Fact-Finding Commission leaves Athens”).

V. The European Stability Mechanism (ESM)

Since the EFSF and the bilateral aid for Greece were meant to be temporary, and since it became obvious that also other Euro area States needed help for a considerable time, the European Council of 28 and 29 October 2010 agreed “on the need for Member States to establish a permanent crisis mechanism to safeguard the financial stability of the Euro area as a whole”, a mechanism that was not supposed to modify Art. 125 TFEU (“no bail-out clause”), but nevertheless required a limited treaty change under Art. 48 para 6 TFEU (“simplified procedure”). The “simplified procedure” does require, however, unanimity within the European Council and the approval of all Member States in accordance with their respective constitutional requirements (which, e.g., in Germany means a law approved by both houses of the legislative).

The amendment to the TFEU is the new para. 3 to Art. 136, reading “The Member States whose currency is the Euro¹⁴⁶ may establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the Euro as a whole. The granting of any financial assistance under the mechanism will be made to strict conditionality”. The ESM, which is supposed to enter into force not later than June 2013 or prior thereto, shall take the form of an agreement under public international law and establish the ESM as an international organisation.

If the ESM does enter into force, Council Regulation (EU) 407/2010¹⁴⁷, based on Art. 122 para 2 TFEU will become void. It is remarkable that the Council at its meeting of 16 December 2010 formulated “that Art. 122 para. 2 TFEU will no longer be needed for such purposes”, as the new ESM is designed to safeguard the financial stability of the Euro area as a whole, and “that the Heads of State or government therefore agreed that it should not be used for such purposes”. Art. 122 para.

146. In the Conclusion of the European Council of 16 and 17 December 2010 it is said, however, that „Member States whose currency is not the Euro ...may decide to participate in operations conducted by the mechanism on an ad hoc basis“.

147. O. J. 2010, L 118, p. 1.

2 TFEU will certainly remain applicable in cases of natural disasters or exceptional occurrences beyond a Member State's control. But this formulation reads as a confession that treaty law was at least bent, if not broken, when Art. 122 were used to counter the Greek debt crisis.

We do not know yet how the ESM agreement will look like at the end, but according to the "Term Sheet on the ESM"¹⁴⁸ the ESM structure will parallel the structure of the IMF (Board of Governors consisting of the Ministers of Finance of the Euro area Member States, observers from the Commission and the ECB, a Board of Directors). Voting weights in both Boards will be proportional to the Member State's respective subscriptions to the capital of the ESM, which will be based on the paid-in capital key of the ECB (e. g. Germany 27.146 % on top and Malta 0.073 % at the end; France 20.386 % and Spain 11.904 %). It would again go beyond the scope of this paper to go into all the details of the envisaged ESM agreement¹⁴⁹, but that much can be said: The ESM will have a total subscribed capital of 700 billion euros, 80 billion of which will be in the form of paid-in capital provided by the Euro area Member States being phased in from July 2013 in five equal annual instalments. Financial assistance will be activated on request from a Member State and granted by unanimous decision only after a "rigorous analysis of the sustainability of the public debt of the Member State by the Commission and the ECB. "Private-sector involvement is addressed only in very vague terms ("will be expected in a case by case basis") and is more or less left to the beneficiary State that will "encourage" private investors or (in case of sovereign insolvency) is required to engage in "active negotiations with its creditors to secure their direct involvement in restoring debt sustainability". It is worth mentioning that the Term Sheet on the ESM provides that "the Member States of the Euro area will give to the ESM the financial sanctions received under the Stability and Growth Pact ... Such sanctions will form part of the paid-in capital". One is tempted to say: "If there should be any".

148. Agence Europe, Documents No. 2550, 16 March 2011, p. 9 et seq.

149. Cf. the in-depth analysis by J.-V. Louis, *The unexpected revision of the Lisbon Treaty and the establishment of a European Stability Mechanism*, to be published in: D. Ashgbor et al.; *The EU after Lisbon*, Cambridge UP, 2011.

At the time at which this paper is prepared, the reform of the Stability and Growth Pact, originally envisaged for adoption in June 2011, is still pending due to modifications France insists upon¹⁵⁰, modifications which will pull some of the teeth that were planned for this Pact even before implantation. But upon agreement on the reform of the Stability Pact do also depend the other elements of the reform of the European Monetary Union: The Pact for the Euro and the ESM. That brings us to the last tessera in that mosaic, the Pact for the Euro, or Euro Plus Pact.

VI. The Euro Plus Pact

It was the congenital defect of the European Monetary Union, to force (or allow to enter) Sovereign States with remaining sovereign budget authority and completely different economic starting points and developments into a single currency, leaving their sovereign freedom to decide about their economic and budgetary policies untouched. But the single currency system took away their possibility to react unilaterally to negative economic developments or to the consequences of a false economic or budgetary policy by devaluating their currency¹⁵¹.

The “Pact for the Euro - stronger Economic Policy Coordination for Competitiveness and Convergence”¹⁵², is designed to strengthen the economic pillar of the Monetary Union, achieve a new quality of economic policy coordination in the Euro area and improve competitiveness, thereby leading to a higher degree of convergence. Bravo. But how? The Pact, renamed “Euro Plus Pact” after it has been joined by Denmark, Poland, Latvia, Lithuania and - out of all choices - Bulgaria

150. Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 205, 3.9.2011, p. 14 („Frankreich gegen schärferen Stabilitätspakt“). Cf. also Bulletin Quotidien Europe No. 10442, 1.9.2011, p. 5 („France suggests a compromise“).

151. See Horn (Note 17), at p. 1399.

152. Agence Europe, Documents No. 2549, 13.3.11, p. 3 et seq.

and Romania¹⁵³, “focuses primarily on areas that fall under national competences and are key for increasing competitiveness and avoiding harmful imbalances”. “Participating Member States undertake all measures to pursue the following objectives: foster competitiveness, foster employment, contribute further to the sustainability of public finances and reinforce financial stability”. “The choice of the specific policy actions necessary to achieve the common objectives remains the responsibility of each country ...”. “Progress towards the common objectives will be politically monitored by the Heads of State or Government on the basis of a series of indicators ... Countries facing major challenges in any of these areas will be identified and will have to commit to addressing these challenges in a given time frame”.

Does that not sound familiar? It is the same cloudy rhetoric as in the EU 2020 strategy. One can read the “Euro Plus Pact” back and forth and will not find any kind of sanctions provided in case that a Member State does not fulfil the objectives¹⁵⁴. Does anybody believe that the Heads of State or Government will even use strong words (and more than words are not on the agenda of possible reactions), knowing that one might be the next candidate for those “strong words”? In that respect, the “EU 2020 Strategy” and the “Euro Plus Pact” are twins, almost identical twins, but it is hard to see how a “Synergy” in its correct meaning could come out of that similarity.

It is true that the Euro Plus Pact, in contrast to the EU 2020 strategy, addresses the sustainability of public finances and financial stability, proposing, i.a., a constitutional or at least legally binding “debt brake” for national and sub-national levels. But that depends upon whether national governments and parliaments agree. Germany has introduced such a “debt brake” in 2009, effective for the central State as of the 2011 budget, for the federal states as of the 2020 budgets, limiting the annual financing of the budget through credits to 0,35 % of the GNP. Spain has recently introduced a comparable provision into its constitu-

153. Agence Europe, Documents No. 2550, 26.3.11, p. 6 et seq.

154. See Horn (note 17), p. 1398: „The Pact does not foreseen sanctions and does, therefore, not give reason for hope“(Translation from the German original by the author).

tion (0,4 % of the GNP), effective as of 2020. But we hear of massive public protest against that constitutional reform. And even the German Constitution¹⁵⁵ allows for exceptions in words that more or less copy Art. 122 para. 2 TFEU; and we remember that this article has been used to “bail out” Greece, although there were certainly no natural disaster or exceptional occurrences beyond its control.

The same is true for “tax policy coordination”, also mentioned in the Euro Plus Pact. Direct taxation remains a national competence. Harmonisation requires a unanimous decision. That also holds true for the Commission’s Proposal for a Council Directive on an (optional) common consolidated Corporate Tax Base¹⁵⁶.

VII. The Thorny Way Ahead

The writing is now writ large on the wall: “Europe 2020” will remain dead letter and suffer the fate of the Lisbon Process, if Europe does not get the monetary instability under control. “Europe 2020” was designed as an exit strategy from the global economic and financial crisis that started in 2007/2008, but it now risks being overtaken by the events in 2010 and after¹⁵⁷. The financial crisis has reached its third stage, now also threatening core countries of the world economy. Bailing out those Member States of the Euro area that have piled up debts in sovereign disrespect for the rules of the monetary union will soon reach its limits. The people in those Euro area States which did more or less abide by those rules will not be prepared much longer to pay for the sins of others.

The German Constitutional Court, e.g., has declared the decisions so far taken by the German Government and Legislature in relation to

155. Arts. 109, 115 and 143d of the Basic Law (Constitution).

156. COM (2011) 121/4; 2011/0058 CNS.

157. A. Bongardt/F. Torres, *The Competitiveness Rationale, Sustainable Growth and the Need for Enhanced Economic Coordination*, *Intereconomics* 2010/3, p.136.

the “rescue umbrellas” to be in line with the constitution, but has also decided that the Government needs the previous consent at least of the Budget Committee of the Federal Parliament, if not the entire Parliament before agreeing to take on additional guarantee obligations. And the members of the Budget Committee are deputies who want to be re-elected and will, therefore, carefully listen to the public opinion¹⁵⁸. And on October 28, 2011, the Constitutional Court has decided in an interim measure¹⁵⁹ that the provision in the German law on the “rescue umbrella”, according to which in urgent cases only a group of nine deputies out of the forty-one members of the Budget Committee should decide about a serious extension of German financial guarantees shall not apply until the Constitutional Court has decided upon the merits of a constitutional complaint filed by two deputies. But the Constitutional Court has also decided *at interim* on a previous complaint that the opinion of the Government and the Legislator, according to which the now theoretically possible loss of 170 billion euros for the German State Budget could be refinanced, is not to be put in question by the Court (judicial restraint), but that there is a “constitutional lid” when amounts are reached that would destroy all room for manoeuvre for future parliaments and generations¹⁶⁰.

Newest estimates on what, e.g., Germany has to shoulder as guarantees under the different European “rescue umbrellas” amount to approx. 235 billion euro; that is more than 2/3 of the entire annual federal budget, and if that should become reality the next case before the Constitutional Court would be programmed.

“Eurobonds”, loans guaranteed by all Euro area States, will hardly be the solution, even in the form of “blue bonds” with very low interest rates up to 60 % of the GNP, guaranteed by all Euro area Member States, and “red bonds” with much higher interest rates beyond the

158. Federal Constitutional Court, Judgment delivered on 7 September 2011, dismissing several constitutional complaints (cases 2 BvR 987/10; 2 BvR 1485/10; 2 BvR 1099/10, so far only on the website of the Court (www.bundesverfassungsgericht.de))

159. 2 BvE 8/11, so far only on the website of the Court.

160. 2 BvR 987/11 of 7.9. 2011, so far only on the website of the Court.

60 % limit without that guarantee¹⁶¹, since the rating agency Standard & Poor's has announced that it would rate any Eurobonds as "CC"¹⁶², which would prevent a great number of institutional investors from buying those bonds. It is rather amusing to read in the "Statement by the Heads of State or Government of the Euro Area and EU Institutions" of 21 July 2011 under No. 15 that "We agree that reliance on external credit ratings in the EU regulatory framework should be reduced ... and we look forward to the Commission proposals on credit rating agencies". You don't fool the global financial markets through official or half-official EU credit ranking agencies that give "AAA" to all bonds carrying the EU label.

It is a "catch 22" situation. "Euro 2020" needs public spending to be successful. The beneficiaries of the "rescue umbrellas" have to cut public spending and those who provide the money for the "rescue umbrellas", be they bilateral or under the EFSF or later on under the ESM, cannot use it for making "Euro 2020" a reality; it is not excluded that the guarantees will be drawn and lost.

I would not be surprised to see that sooner or later Greece and maybe one or the other Euro area country will have to "voluntarily" and in consent with the others leave the Euro area, return to its previous national currency and restructure its debts in the way Argentina did a couple of years ago ("hair cut"). The Euro as the common currency of the others will survive that. They might come back to the Euro area afterwards, but then the Euro area has to be an area with a much stronger Stability and Growth Pact with more or less automatic sanctions already during what is called the "preventive arm".

And later or sooner the monetary union has to be paralleled by a fiscal and economic union, which should have been done already at the very beginning. That would mean another loss of national sovereignty, and it remains to be seen what kind of ideas a "European Economic Government" will produce, but it seems to be inevitable since the Euro

161. See Delpla/Weizsäcker, The Blue Bond proposal, in: Bruegel Policy Brief 2010/03.

162. Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 206, 5.9.2011, p.11.

area Member States have betrayed most of what they have promised to their people when introducing the new common currency regarding its stability.

On November 8, 2011 the Council of the European Union adopted a package of six legislative proposals aimed at strengthening economic governance in the EU – and more specifically in the euro area – as part of the EU’s response to the current turmoil on sovereign debt markets (the so-called “Six Pack”). Adoption of the so-called “six-pack” of governance measures follows a political agreement on

- a regulation on the prevention and correction of macroeconomic imbalances;
- a regulation on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area;
- a directive on requirements for the member states’ budgetary frameworks.

More specifically, the measures are set out to:

- enhance budgetary discipline under the EU’s Stability and Growth Pact, in order to ensure a satisfactory decline of public debt in the member states, as well as a decrease of high deficits to be followed by achieving ambitious, country-specific medium-term budgetary objectives (four proposals). This involves enhancing the surveillance of budgetary policies, introducing provisions on national fiscal frameworks, and applying enforcement for non-compliant euro area member states more consistently and at an earlier stage;
- broaden the surveillance of the member states’ economic policies, so as to cater adequately for macroeconomic imbalances (two proposals). An alert mechanism is introduced for the early detection of imbalances, to be assessed using a “scoreboard” of economic indicators. An “excessive imbalance procedure” is also introduced, with enforcement for non-compliant member states at the Council’s meeting on

4 October on the basis of a compromise reached with the European Parliament. The texts were approved by the Parliament on 28 September. The measures set out to ensure the degree of coordination necessary to avoid the accumulation of excessive imbalances and to ensure sustainable public finances. This will help enable the EU's monetary union to function properly in the long term.

They consist of:

a regulation amending regulation 1466/97 on the surveillance of member states budgetary and economic policies; a regulation amending regulation 1467/97 on the EU's excessive deficit procedure; a regulation on the enforcement of budgetary surveillance in the euro area.

To promote attainment by the member states of their medium term budgetary objectives (MTOs), the reform introduces an expenditure benchmark, which implies that annual expenditure growth should not exceed a reference medium-term rate of GDP growth. This is meant to ensure that revenue windfalls are not spent but instead allocated to debt reduction. If a euro area member state has not reached its MTO, a significant deviation in expenditure development from its reference expenditure growth path could eventually lead to sanctions in the form of interest-bearing deposits amounting to 0.2% of GDP.

Greater emphasis is placed on the debt criterion of the Stability and Growth Pact, with member states whose debt exceeds 60% of GDP (the EU's reference value for debt) required to take steps to reduce their debt at a pre-defined pace, even if their deficit is below 3% of GDP (the EU's deficit reference value).

To determine whether the debt ratio is sufficiently diminishing toward the 60% of GDP threshold, a numerical benchmark is introduced. A debt-to-GDP ratio above 60% will thus be considered to be sufficiently diminishing if its distance with respect to the 60% reference value has decreased over the previous three years at an annual rate of one twentieth.

However, a decision to subject a country to the excessive deficit procedure will not only be based on the numerical benchmark, but will also take into account other relevant factors. To strengthen the corrective arm of the Stability and Growth Pact, a new set of financial sanctions are introduced for euro-area member states; these will apply earlier on in the excessive deficit procedure, and using a graduated approach. A non-interest-bearing deposit amounting to 0.2% of GDP will apply once a decision has been taken to subject a country to the excessive deficit procedure, if an interest-bearing deposit has already been imposed under the preventive arm of the pact or if serious non-compliance is identified. The deposit will be converted into a fine of 0.2% of GDP if the Council's initial recommendation for correcting the deficit has not been followed. Further non-compliance will result in the sanction being stepped up, in line with the existing provisions of article 126(11) of the EU treaty (maximum fine: 0.5% of GDP).

To trigger the sanctions more automatically than at present, a so-called reverse majority rule is introduced, whereby the Commission's proposal for imposing sanctions related to non-compliance with the Pact will be considered adopted unless the Council turns it down by qualified majority (corrective arm of the Pact).

Alongside the reform of the Stability and Growth Pact, a draft directive sets out to ensure that the objectives of EU budgetary coordination are reflected in the member states' budgetary frameworks. Accounting, statistical and forecasting practices are brought into line with EU standards. Member states must adopt multi-annual fiscal planning to ensure that medium-term budgetary objectives set at EU level are achieved. They must also introduce rules to promote compliance with the deficit and debt thresholds.

Beyond budgetary surveillance, the legislative package is aimed at broadening the surveillance of the member states' economic policies.

It establishes a mechanism for the prevention and correction of excessive macroeconomic imbalances, made up of two regulations which outline an "excessive imbalance procedure" and introduce the pos-

sibility of fines being imposed on member states found to be in an “excessive imbalance position” and repeatedly failing to comply with recommendations.

The starting point of the new framework is an alert mechanism for the early detection of imbalances, which will be assessed using a “score-board” of economic indicators. This will be followed by country-specific qualitative expert analysis.

If the imbalance is considered to be excessive, the member state concerned could be subject to an “excessive imbalance procedure”, and would be called on to adopt a corrective action plan within a specific timeframe. The procedure gives the Council more flexibility in setting deadlines than the excessive deficit procedure in order to account for the less direct influence of government policies in addressing imbalances

If the Council decides that the member state concerned has taken appropriate action, the procedure will be held in abeyance, and can be closed if the Council concludes that the imbalance is no longer considered to be excessive.

On the other hand, repeated non-compliance with the recommendations can in the case of euro area member states eventually lead to sanctions. Specifically, a decision to impose a yearly fine equal to 0.1% of the member state's GDP will be adopted through the “reverse majority” rule described above.¹⁶³

It remains to be seen whether all these brave plans will in the end materialize, or whether they will have the fate of the old and quite clear Stability and Growth Pact, if one or more of the greater member states will be candidates for these measures.

Until then the “Euro 2020” and “Monetary Instability will remain a “paradox” in the less benign definition.

163. See the Council's Press Communication 413 of 8 November 2011 and the texts of the five Regulations and one Directive in O.J.L. 306 of 23.11.2011, p. 1-47.

LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES ET LA LIBRE CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ: UNE SYMBIOSE NÉCESSAIRE¹⁶⁴

Salomé Santos Lorenzo¹⁶⁵

“Mais l'exercice de la liberté naturelle de quelques individus, qui pourrait compromettre la sûreté générale de la société, est et doit être restreint par les lois, dans tout gouvernement possible, dans le plus libre comme dans le plus despotique.”

Adam Smith¹⁶⁶

Résumé. La question à laquelle cherche à répondre cet article est de savoir s'il est possible d'intégrer de façon efficace la responsabilité sociale des entreprises dans les processus de prises de décisions des entreprises. Afin d'aborder la question, l'auteure propose tout d'abord une brève analyse du modèle économique néolibéral actuellement en vigueur. Selon elle, un des principaux facteurs ayant contribué à sa crise est le rôle excessif que joue la loi du marché en tant qu'arbitre et garante de l'intérêt général. A partir de cette constatation, l'article propose la création d'un nouveau cadre réglementaire, dans lequel les

164. “Symbiose” est un terme d'origine grecque qui signifie “vie en communauté”. Il est défini dans le dictionnaire (CNRTL) comme une “association étroite et harmonieuse entre des personnes ou des groupes de personnes”.

165. Salomé Santos Lorenzo est professeure de droit européen et de la concurrence. Toutes les idées contenues dans cet article sont strictement personnelles. L'auteure tient à remercier Elías López Pérez pour sa précieuse contribution à l'élaboration de cet article. Cet article a été traduit de l'espagnol par Chloé Signès.

166. *La Richesse des nations*. Livre II, Chapitre II (Traduction de Germain Garnier, 1881).

lois qui encouragent et protègent la libre concurrence des entreprises sur le marché –appelées droit de la concurrence– seraient intégrées aux principes de la responsabilité sociale des entreprises. De cette symbiose pourrait naître une nouvelle branche du Droit destinée à promouvoir et à garantir le comportement responsable des entreprises sur le marché.

INTRODUCTION.– DIAGNOSTIC DU SYSTÈME ÉCONOMIQUE ACTUEL ET CONSTATATION DE LA NÉCESSITÉ D’UN CHANGEMENT

Nous sommes en pleine période charnière: le système néolibéral qui s’est imposé dans les années 90 du siècle dernier, qui plaidait pour un Etat réduit à sa plus simple expression et proposait que les marchés soient les seuls agents régulateurs de l’activité économique, flanche en raison de la crise financière et de ses conséquences sur l’économie réelle, l’endettement des États, ainsi que sur le taux de chômage, l’inégalité et l’exclusion sociale qui en découlent. Les perspectives ne sont pas encourageantes non plus en ce qui concerne l’environnement et la gestion des ressources naturelles, dont l’épuisement semble, pour certaines, une réalité proche.

Quelle est donc la cause de l’échec du système économique actuel qui nous a menés à une crise comme celle d’aujourd’hui et qui rend les perspectives de développement durable, tant du point de vue social qu’environnemental, si négatives? Sans aucun doute, les facteurs qui expliquent la crise actuelle et l’absence de durabilité du système sont nombreux: sociologiques, économiques, politiques, culturels... Cependant, du point de vue économique, il en est un qui se distingue comme étant un facteur déterminant: le rôle excessif de la loi du marché, ces dernières années, et l’encouragement d’une concurrence sans merci entre les entreprises comme seul arbitre garant du bien commun. Dans ce contexte de concurrence acharnée sur le marché, certaines entre-

prises ne peuvent probablement pas se permettre le luxe d'investir dans la technologie ou de dépenser plus pour diminuer leur consommation d'énergie, ni de réduire les horaires de travail de leurs employés, ni d'acheter leurs matières premières avec la garantie qu'elles proviennent de commerce équitable. Et elles ne peuvent le faire, tout simplement parce que si elles n'y renoncent pas, elles risquent d'être moins concurrentes sur le marché. En effet, ce type d'investissements ou de décisions entrepreneuriales engendreraient une augmentation des dépenses à court terme.

La plupart des économistes¹⁶⁷ considèrent donc que l'origine de la crise financière actuelle est liée à un excès de concurrence entre les entités financières pour capter leurs clients et gagner des places sur le marché ainsi qu'à l'absence de contrôle de la part des autorités régulatrices afin d'éviter que ces entités ne prennent trop de risques. Certes, la concentration excessive du secteur financier peut donner lieu à des taux d'intérêt injustement élevés et, par conséquent, à des difficultés accrues pour le paiement de crédits, mais la situation inverse, c'est-à-dire l'excès de concurrence entre les entités financières ainsi que l'absence de régulation, a provoqué d'autres problèmes: certaines entités ont adopté des politiques de prises de risques excessives, dans le but de capter des clients ou de conserver à tout prix leur portefeuille en offrant des prêts à des clients potentiellement insolvables, sans que les autorités régulatrices n'aient été capables d'adopter une quelconque mesure pour éviter la situation¹⁶⁸.

167. Jiménez, G. Lopez, J. A. et J. Saurina (2007): "How does competition impact bank risk taking?" *Working Paper 2007-23*, Federal Reserve Bank of San Francisco. Keeley, M.C. (1990): "Deposit insurance, risk and market power in banking" *American Economic Review*, 80, 1183-1200. Martínez-Miera, D. et Repullo, R. (2010): "Does competition reduce the risk of bank failure?" *Review of Financial Studies*, 23 (10), 3668-3664.

Salas, V. et Saurina, J. (2003): "Deregulation, market power and risk behavior in Spanish banks". *European Economic Review*, 47, 1061-1075. Saurina, J. (2011): "Integración, competencia y estabilidad del sistema financiero", Chapitre 9 du livre édité par J.L. Malo de Molina et P. Martín-Aceña intitulé *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza Editorial.

168. Voir par exemple l'article publié dans *The Economist* (2009): "Deliver us from competition" (25 juin 2009), qui indique:

That firms that strive hard to sustain profits may act incautiously is a concern in many industries. The severity of today's financial crisis is blamed by some on the pressure of competition on banks. There is a bulky academic literature that links liberalisation of markets with an increase of bank failures. It argues that

Il est donc nécessaire de reconnaître qu'une application stricte de la loi du marché, en l'absence de tout autre critère, peut donner lieu, à long terme, à des situations extrêmes dans lesquelles le marché lui-même se trouve en danger et peut même finir par disparaître. Le système actuel est ainsi fondé sur l'idée de "la croissance ou la mort" alors que, paradoxalement, la crise a mis en évidence que la croissance à n'importe quel prix pourrait finir par provoquer la mort.

On peut ainsi en déduire que la croissance économique doit à l'avenir être fondée sur la consolidation d'un système économique différent de celui qui a existé jusqu'à présent, qui apporte des solutions aux excès du modèle néolibéral. Mais, quel doit être ce système? Si l'origine de la crise s'explique, entre autres, par l'application trop stricte de la loi du marché, cela signifie-t-il que le nouveau système doit refuser les lois du libre échange et établir un type d'organisation économique révolutionnaire? La réponse à cette question est clairement négative. Bien au contraire, cet article part du principe qu'il est nécessaire de continuer à favoriser la libre concurrence sur le marché, étant donné qu'il s'agit d'un moyen efficace de répartition des ressources économiques. La concurrence incite les entreprises à s'efforcer d'être le plus efficaces possible en réduisant leurs dépenses pour assurer des prix le plus bas possible et en améliorant la qualité et la variété des produits qu'elles offrent aux consommateurs. Les entreprises doivent aussi, sans aucun doute, conserver pour objectif prioritaire, entre autres, la recherche de bénéfices entrepreneuriaux, car ces bénéfices sont une source génératrice de richesse et d'emploi.

Cependant, il est nécessaire que le système introduise de façon effective d'autres variables qui servent à moduler l'activité de l'entreprise afin que ses bénéfices entrepreneuriaux soient "durables" dans le temps. L'enjeu qui se présente est donc celui d'implanter un nouveau modèle qui, basé sur la recherche de bénéfices de l'entreprise et sur les lois de

the lifting of restraints, such as interest-rate caps on deposits or rules that prevent banks from operating in certain markets, leads to more intense competition. That is good for borrowers, but it also hurts banks' profit margins by reducing the "franchise value" that comes from expected earnings.

l'offre et de la demande, englobe, outre ces variables, d'autres objectifs, tels le bien-être social et la durabilité environnementale¹⁶⁹.

Faire face à ce défi n'est pas simple. La croissance des bénéfices, l'efficacité, la réduction des dépenses et la croissance de la production d'une part et la satisfaction des employés, la gestion responsable, la préoccupation pour l'environnement et l'action sociale d'autre part sont autant d'objectifs qui, dans le système économique néolibéral actuel, ont toujours été perçus *de facto* comme différents, voire contradictoires. Parler des objectifs de bénéfices, d'efficacité ou de croissance des entreprises est une chose et parler des objectifs de satisfaction au travail, de gestion responsable, de respect de l'environnement ou de conscience sociale en est une autre. Les premiers sont considérés comme des objectifs réels et toute la stratégie de l'entreprise (commerciale, financière, de ressources humaines, etc.) est planifiée pour les atteindre. Les seconds sont considérés comme accessoires. Ainsi, dans la majorité des entreprises, la dimension sociale se trouve-t-elle dissociée de la dimension commerciale et le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) est-il une annexe, un poste supplémentaire de dépenses ou de réduction des bénéfices à inclure au budget.

Cet article cherche à démontrer qu'il est possible de modifier le système actuel et d'intégrer de façon effective et réelle les principes de la RSE dans le processus de prise de décisions des entreprises. Pour ce faire, il est nécessaire de créer un cadre réglementaire solide, qui ajoute aux règles du droit de la concurrence déjà existantes un nouvel ensemble de normes encourageant et garantissant un comportement responsable des entreprises sur le marché. L'objectif serait donc de parvenir à une application effective, transversale et conjointe du principe de la libre concurrence des entreprises sur le marché et des principes de la RSE, en créant pour ce faire une nouvelle branche du Droit, le **droit de la gestion responsable** des entreprises sur le marché.

169. Certains auteurs utilisent le concept de "triple bilan" ou "triple résultat" (en anglais *triple "P"*: *profit, planet and people*), pour parler de la nécessité d'intégrer ces valeurs dans le compte de résultat de l'entreprise. Voir le Rapport Brundtland.

Cet objectif peut paraître ambitieux –créer une nouvelle branche du Droit fait immédiatement penser à une révolution de l'ordre juridique d'un État–, mais il ne l'est pas tant que cela. Nous verrons d'ailleurs dans cet article qu'il suffirait:

- (i) d'une part d'étendre le champ d'application des principes de la RSE au domaine du droit de la concurrence;
- (ii) et d'autre part d'étendre les mécanismes qui garantissent l'application effective du droit de la concurrence au domaine de la RSE.

L'APPLICATION DES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES AU DOMAINE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence a pour objectif d'empêcher que le fonctionnement compétitif du marché soit dénaturé par le comportement d'entreprises qui abusent de leur position de domination ou qui passent des accords avec des concurrents pour augmenter les prix et se répartir les marchés.

Le droit de la concurrence poursuit donc un objectif social dans la mesure où il garantit que les consommateurs ne seront pas affectés par des pratiques anticoncurrentielles de la part d'entreprises dont le comportement fausse les règles du jeu concurrentiel. Agir tout en respectant la libre concurrence signifie agir avec responsabilité et avec éthique. En suivant les lois de la concurrence, les entreprises choisissent un comportement responsable vis-à-vis de leur clientèle, de leurs fournisseurs et des entreprises concurrentes, fondant leur croissance sur une attitude de plus en plus compétitive, réduisant leurs dépenses, offrant de meilleurs services à leurs clients et améliorant la qualité et la variété de leurs produits.

Puisqu'il s'agit de la raison d'être du droit de la concurrence, il semble logique que le respect de ces normes soit intégré dans le code de conduite des entreprises comme une obligation supplémentaire dérivée de la gestion responsable ou RSE.

Si c'est bien au sein de la RSE que la politique de respect des normes du droit de la concurrence s'intègre naturellement, il convient de se demander si le respect du droit de la concurrence est un objectif à poursuivre de façon isolée, comme s'il s'agissait d'une fin en soi ou si, au contraire, il devrait être englobé par le concept plus large de "gestion responsable de l'entreprise sur le marché" qui comprenne d'autres principes propres à la RSE.

Comme je l'ai déjà mentionné, à mon avis, l'application du droit de la concurrence devrait faire partie du domaine plus large de la RSE. L'objectif de garantir le libre jeu concurrentiel poursuivi par le droit de la concurrence ne devrait pas être considéré comme un objectif en soi, mais plutôt comme un instrument qui permet d'atteindre des objectifs plus larges, tels que le bien-être social, la répartition et la gestion efficace des ressources ou encore la durabilité environnementale.

Il est possible que la vision néolibérale qui a marqué le dernier cycle économique soit responsable du fait que le droit de la concurrence ait été perçu, dans certains secteurs décisionnels, comme une fin en soi, de façon isolée et décontextualisée, technicisée au point que son application a parfois perdu de vue la raison d'être ultime de ce cadre réglementaire, qui n'est autre que de procurer le bien commun à travers un comportement loyal et responsable des entreprises sur le marché.

Cependant, il nous faut rappeler qu'Adam Smith, grand défenseur du marché en tant qu'arbitre de la distribution efficace des ressources, auteur de l'expression "la main invisible" par laquelle on a dernièrement "sacralisé" le concept de "liberté de marché", ne défendait pas les postulats néolibéraux. Bien au contraire, il a toujours reconnu le bien commun comme l'objectif vers lequel devait tendre la loi du marché. Adam Smith fut en effet et avant tout un philosophe. Il fut maître de conférences de logique et de philosophie morale; sa première œuvre

s'intitule *La théorie des sentiments moraux*; en grande partie, *La richesse des nations*, livre dans lequel il introduit le concept de la "main invisible", est basé sur ce que lui avait enseigné Francis Hutcheson, maître de conférences de philosophie morale, essentiellement sur la partie de ses cours qui abordait le thème de la "morale pratique". La thèse que défend Adam Smith est que la conduite économique fondée sur l'intérêt individuel déclenche, grâce à la main invisible, un résultat qui échappe aux objectifs propres des individus: la croissance économique et la prospérité générale¹⁷⁰. Cependant, selon Adam Smith, l'État doit toujours avoir une marge de manœuvre pour empêcher que les intérêts de quelques individus mettent en danger les intérêts plus larges de la société¹⁷¹. Il semble paradoxal qu'on identifie souvent Adam Smith à l'image du capitalisme sauvage, cynique et sans merci, alors qu'il fut

170. "Puisque chaque individu tâche, le plus qu'il peut, d'employer son capital à faire valoir l'industrie nationale, et de diriger cette industrie de manière à lui faire produire la plus grande valeur possible, chaque individu travaille nécessairement à rendre aussi grand que possible le revenu annuel de la société. A la vérité, son intention, en général, n'est pas en cela de servir l'intérêt public, et il ne sait même pas jusqu'à quel point il peut être utile à la société. En préférant le succès de l'industrie nationale à celui de l'industrie étrangère, il ne pense qu'à se donner personnellement une plus grande sûreté; et en dirigeant cette industrie de manière à ce que son produit ait le plus de valeur possible, il ne pense qu'à son propre gain; en cela, comme dans beaucoup d'autres cas, il est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions; et ce n'est pas toujours ce qu'il y a de plus mal pour la société, que cette fin n'entre pour rien dans ses intentions. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler." *La richesse des nations*. Livre IV, Chapitre II.

171. À titre d'exemple, voir les extraits suivants de *La richesse des nations*:

"Mais l'exercice de la liberté naturelle de quelques individus, qui pourrait compromettre la sûreté générale de la société, est et doit être restreint par les lois, dans tout gouvernement possible, dans le plus libre comme dans le plus despotique". *La richesse des nations*. Livre II, Chapitre II.

"L'intérêt particulier de ceux qui exercent une branche particulière de commerce ou de manufacture est toujours, à quelques égards, différent et même contraire à celui du public. L'intérêt du marchand est toujours d'agrandir le marché et de restreindre la concurrence des vendeurs. Il peut souvent convenir assez au bien général d'agrandir le marché, mais de restreindre la concurrence des vendeurs lui est toujours contraire, et ne peut servir à rien, sinon à mettre les marchands à même de hausser leur profit au-dessus de ce qu'il serait naturellement, et de lever, pour leur propre compte, un tribut injuste sur leurs concitoyens". *La richesse des nations*. Livre I, Chapitre XI.

"Tout pour nous et rien pour les autres, voilà la vile maxime qui paraît avoir été, dans tous les âges, celle des maîtres de l'espèce humaine". *La richesse des nations*. Livre III, Chapitre IV.

"Mais quant à cet esprit de monopole, à cette rapacité basse et envieuse des marchands et des manufacturiers, qui ne sont, ni les uns ni les autres, chargés de gouverner les hommes, et qui ne sont nullement faits pour en être chargés, [...]" *La richesse des nations*. Livre IV, Chapitre III.

toute sa vie professeur de morale soucieux des règles éthiques qui limitent et restreignent la conduite de l'être humain.

L'origine du droit de la concurrence démontre également que, dans l'esprit des législateurs qui créèrent cet ensemble de normes, le bien-être social apparaît comme véritable toile de fond du marché. La première loi de défense de la concurrence, –le *Sherman Act*¹⁷²– fut établie en 1890 aux États-Unis afin de protéger les consommateurs, les agriculteurs et les petites entreprises contre les abus des grands *trusts* américains.

En Europe, le droit de la concurrence fut conçu comme un instrument destiné à atteindre l'objectif d'intégration des marchés des États membres. L'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*TFUE*) établit comme un des objectifs primordiaux de l'Union européenne la création d'un "marché intérieur" défini comme "un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités". Ainsi, le droit de la concurrence¹⁷³, ensemble de normes qui ont pour objectif d'interdire aux entreprises de développer des comportements qui puissent nuire à la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux, fait-il partie intégrante de la politique de l'UE.

Cependant, la création d'un marché unique n'est pas considérée comme un objectif isolé et inconditionnel. Au contraire, dans les dispositions du TFUE qui garantissent la libre circulation de marchandises¹⁷⁴, de personnes¹⁷⁵, de services¹⁷⁶ et de capitaux¹⁷⁷, et dans la jurisprudence qui développe ces dispositions, il est toujours fait référence à la possibi-

172. Le *Sherman Act* a été approuvé et inclus par le Congrès des États-Unis dans le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 (Public Law 94-435, Title 3, Sec. 305(a), 90 Stat. 1383 at p. 1397).

173. Articles 101 à 106 du TFUE.

174. Articles 45 à 48 du TFUE.

175. Articles 28 à 37 du TFUE.

176. Articles 49 à 62 du TFUE.

177. Articles 63 à 66 du TFUE.

lité que ces libertés soient restreintes ou limitées par d'autres objectifs d'intérêt public, tels que la santé publique, la sécurité et la moralité publique, l'environnement, les droits sociaux, les traditions culturelles locales, etc.¹⁷⁸

En ce qui concerne les normes relatives au droit de la concurrence, il n'existe aucun article du TFUE dans lequel on parle spécifiquement de la possibilité de tenir compte d'autres objectifs d'intérêt public qui ne soient pas strictement commerciaux. L'article 101.3 du TFUE, reconnaît expressément que les accords qui limitent la libre concurrence peuvent engendrer des avantages économiques objectifs de nature à compenser les effets négatifs de cette restriction. Cependant, l'interprétation que la Commission européenne a faite de cette exception est limitée à l'analyse des avantages commerciaux qui compensent les effets négatifs sur la libre concurrence, sans prendre en considération les intérêts publics de nature autre qu'économique¹⁷⁹. De plus, l'interprétation qu'en ont faite les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence, qui ont le pouvoir de moduler l'application des normes de ce cadre réglementaire en fonction d'autres objectifs d'intérêt public, voire d'en dispenser, n'a été, jusqu'à présent, que très restrictive¹⁸⁰.

Il ne faut cependant pas oublier que le droit de la concurrence est une politique parmi tant d'autres au sein de l'ensemble des politiques de l'Union européenne et qu'il doit donc être appliqué de façon coordonnée et cohérente avec les autres objectifs d'intérêt public que poursuit l'UE. C'est pourquoi l'article 7 du TFUE indique expressément que "l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs". Plus loin, dans les articles 8, 9, 10 et 11, sont énumérés comme objectifs prioritaires de

178. Articles 36, 45.3, 52, 65 du TFUE et jurisprudence sur la *rule of reason* établie pour la première fois dans l'Arrêt du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, Affaire. 120/78, Recueil de jurisprudence 1979, p. 649.

179. Voir les alinéas 32 y 33 des Directives sur l'application de l'article 81.3 (actuellement article 101.3 du TFUE), JO C 101 du 27 avril 2004, pages 97 et suivantes.

180. Bien que dans certains arrêts, comme l'Arrêt *Métropole télévision/Commission* (Affaire T-528/93), le Tribunal ait expressément déclaré que la Commission, lorsqu'elle applique l'article 101.3 du TFUE, peut prendre en considération des arguments liés à la poursuite de l'intérêt public.

l'Union européenne la protection sociale, la lutte contre l'exclusion sociale, la lutte contre tout type de discrimination, la protection de l'environnement ou la protection des consommateurs, objectifs qui doivent être nécessairement pris en compte pour l'élaboration de toute politique communautaire ou l'adoption de toute décision. Par ailleurs, outre la politique de défense de la concurrence, il existe d'autres politiques européennes tout aussi importantes, telles que, par exemple, la politique environnementale¹⁸¹, la politique agricole¹⁸², la politique sociale¹⁸³, d'éducation¹⁸⁴, de santé publique¹⁸⁵ ou de cohésion économique, sociale et territoriale¹⁸⁶ devant être appliquées de façon cohérente par les autorités chargées de veiller à leur respect. Enfin, il ne faut pas oublier non plus que le TFUE définit l'Union européenne comme une économie sociale de marché et non comme une économie de marché tout court¹⁸⁷.

Rien n'empêche donc les autorités chargées d'appliquer les normes du droit de la concurrence de tenir compte d'autres intérêts publics, différents de ceux qui favorisent uniquement la libre concurrence sur le marché. Au contraire, à en juger par le contenu de l'article 7 du TFUE et de l'article 3 du TUE, les autorités devraient dans tous les

181. Articles 191 à 193 du TFUE.

182. Articles 38 à 44 du TFUE.

183. Articles 151 à 161 du TFUE.

184. Articles 165 à 166 du TFUE.

185. Article 168 du TFUE.

186. Articles 174 à 178 du TFUE.

187. Voir l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) qui établit que "L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une **économie sociale de marché** hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique". On pourrait penser que ces principes ne sont applicables qu'au territoire européen, mais ce n'est pas le cas étant donné que dans l'article 3.5 du TUE, il est signalé que "dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies".

cas et en toutes les circonstances, garantir l'application cohérente de toutes les normes concernant les intérêts publics protégés et reconnus par les différentes politiques de l'Union européenne. Car, lorsqu'il s'agit de décider de la compatibilité d'un accord entre plusieurs entreprises avec les normes de défense de la concurrence, en dehors du fonctionnement concurrentiel du marché, ne serait-il pas logique que les autorités compétentes tiennent aussi compte de la protection d'autres intérêts publics, tels que la protection de la biodiversité, la lutte contre le changement climatique, la protection des droits des travailleurs ou la conservation du monde rural dans certaines communautés? S'il existait un accord entre différents industriels pour ne pas commercialiser un certain type d'appareil électroménager, moins coûteux mais qui, par ses caractéristiques, serait beaucoup plus nocif pour l'environnement que d'autres appareils plus chers, de nouvelle génération, ne serait-il pas logique que les autorités compétentes analysent la légitimité de cet accord de restriction de la production non seulement du point de vue de la protection de la libre concurrence sur le marché mais aussi dans une optique environnementale? Si, dans le secteur de la biochimie, des entreprises concurrentes se mettaient d'accord pour ne pas vendre certains produits à des entreprises qui utilisent les produits chimiques pour l'armement, afin d'éviter que certaines d'entre elles puissent jouir d'un avantage compétitif lié à des ventes plus importantes à l'industrie de l'armement, ne serait-il pas logique que les autorités compétentes analysent la légitimité de ce boycott collectif non seulement en fonction du libre échange mais aussi du point de vue de la protection de la sécurité publique? Nous pourrions ainsi énumérer de nombreux cas possibles dans lesquels le comportement des entreprises sur le marché, bien que restrictifs quant à la libre concurrence, pourraient être bénéfiques pour la protection d'autres intérêts publics tout aussi importants.

Dans ce contexte, il est nécessaire que, du point de vue législatif et décisionnel, on privilégie définitivement l'intégration d'autres intérêts publics lorsqu'on analyse la compatibilité des comportements des entreprises sur le marché avec les normes du droit de la concurrence. C'est une vision "transversale" des différents intérêts publics qui s'impose afin d'éviter que le comportement des entreprises sur le marché ne soit jugé

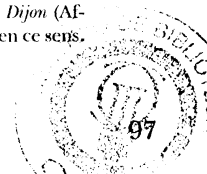
uniquement en fonction de l'objectif de protection du fonctionnement concurrentiel du marché, de façon isolée et indépendante des autres intérêts publics qui pourraient aussi être affectés. Il est donc nécessaire que l'analyse du comportement des entreprises sur le marché soit réalisée de façon plus sophistiquée, en tenant compte des différents intérêts publics en jeu afin d'arriver à des solutions équilibrées.

Comment y parvenir? Il existe sûrement différentes méthodes. Deux d'entre elles, dont la mise en place pratique, comme on le verra plus tard, serait relativement simple, méritent d'être signalées.

Une première méthode pourrait consister à étendre au domaine du droit de la concurrence le processus d'analyse des normes qui, au sein de l'Union européenne, garantissent la libre circulation des marchandises, des travailleurs, des services et des capitaux et dont le fonctionnement a été, jusqu'à présent, assez probant.

Comme je l'ai déjà signalé, les dispositions qui régulent ces quatre libertés permettent aux États membres d'adopter des mesures qui limitent l'accès sur le marché national de produits, services, personnes ou capitaux en provenance d'autres États membres lorsque d'autres intérêts publics dignes de protection peuvent être affectés. L'examen de conformité d'une mesure d'État limitant le libre échange est réalisé en deux phases. Dans un premier temps, on vérifie que la mesure poursuit un objectif légitime ou un intérêt public digne de protection. Dans un deuxième temps, on vérifie si cet objectif légitime ou cet intérêt public que l'on prétend protéger pourrait être atteint en prenant des mesures moins restrictives pour le libre échange (test de *proportionnalité*)¹⁸⁸. Si ces deux conditions sont remplies, on pourra en conclure que la mesure restrictive au libre échange est cependant nécessaire et légitime pour protéger d'autres intérêts publics tout aussi importants, bien que n'encourageant pas le libre échange en Europe. Cette méthodologie

188. Il résulte de la jurisprudence constante en la matière que "de telles restrictions ne sont justifiées que si elles sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci". Voir l'Arrêt *Cassis de Dijon* (Affaire 120/78, Recueil de jurisprudence 1979 p. 00649) du 20 février 1979, exemplaire en ce sens.



répond à une technique jurisprudentielle typiquement anglo-saxonne, appelée *rule of reason*, en vertu de laquelle un principe général doit être tempéré, atténué, modulé ou adapté à ce qui est raisonnable dans chaque cas concret.

Les exemples d'arrêts dans lesquels le Tribunal européen a appliqué la *rule of reason* sont très nombreux. D'ailleurs, bien que le TFUE ne considère qu'une liste assez restreinte de cas qui peuvent justifier des restrictions au libre échange entre les États membres¹⁸⁹, le Tribunal de justice de l'Union européenne, à travers la jurisprudence, a rallongé cette liste en y incluant tout intérêt public digne de protection en Europe. Ainsi le Tribunal européen a-t-il considéré légitime une mesure d'État qui interdisait, sans autorisation préalable, l'exportation de fours de fonderie à induction sous vide dans des pays tiers où il existait un risque de conflit, au motif qu'elle était nécessaire afin de "prévenir une perturbation de la coexistence pacifique des peuples"¹⁹⁰. Il a aussi permis une mesure d'État qui obligeait les entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité, "puisque cette réglementation est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où l'utilisation de sources d'énergie renouvelables contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques"¹⁹¹. D'autres intérêts publics qui ont justifié des restrictions imposées par les États membres au libre échange en Europe sont la protection des mineurs (en imposant par exemple des restrictions à la vente de DVD)¹⁹², la protection de la culture¹⁹³, le maintien du pluralisme de la presse¹⁹⁴, la sécurité routière¹⁹⁵, l'amélioration

189. Articles 36, 45.3, 52, 65 du TFUE.

190. Arrêt *Werner*, Affaire C-70/94, du 17 octobre 1995.

191. Arrêt *PreussenElektra*, Affaire C-379/98, du 13 mars 2001.

192. Arrêt *Dynamic Medien*, Affaire C-244/06, du 14 février 2008.

193. Arrêt *Cynéthèque*, Affaires 60/84 et 61/84.

194. Arrêt *Mamiliapress*, Affaire C-368/95.

195. Arrêt *Commission/Finlande*, Affaire C-54/05.

des conditions de travail¹⁹⁶, la lutte contre le crime organisé¹⁹⁷ ou la protection des animaux¹⁹⁸.

De la même façon qu'on autorise les États à restreindre le libre échange en Europe quand ces restrictions répondent à des objectifs légitimes d'intérêt public non commerciaux, on devrait donc pouvoir permettre aux entreprises d'adopter des comportements sur le marché qui, outre la poursuite logique des intérêts particuliers de l'entreprise, pourraient donner lieu à des restrictions de la libre concurrence si ces comportements servaient à la réalisation d'autres intérêts publics non commerciaux dignes de protection.

À mon avis, cette méthodologie pourrait facilement être adoptée dans le domaine du droit de la concurrence sans qu'il soit nécessaire de modifier la législation en vigueur. Il suffirait d'un développement jurisprudentiel clair du contenu de l'article 101.3 du TFUE –qui prévoit de possibles exceptions à l'application des normes du droit de la concurrence quand il existe une justification– permettant d'utiliser des raisons d'intérêt public non commercial. En effet, de même que le Tribunal européen, dans sa jurisprudence, utilisant la technique de la *rule of reason*, a allongé la liste des intérêts publics prévus par le TFUE en justifiant que les États membres imposent des restrictions au libre échange, il pourrait également élargir le champ d'application de l'article 101.3 du TFUE à des intérêts publics non commerciaux, ce qui permettrait de justifier des comportements pouvant restreindre la concurrence.

Une seconde méthodologie pourrait consister à appliquer, dans le domaine du droit de la concurrence, la *multi-stakeholder theory*¹⁹⁹. Selon cette théorie, le comportement des entreprises sur le marché devrait

196. Arrêt *Orbel*, Affaire 155/80.

197. Arrêt *Commission/Portugal*, Affaire C-265/06.

198. Arrêt *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers and Andibel*, Affaire C-219/07.

199. La *multi-stakeholder theory* est une théorie de gestion organisationnelle, exposée pour la première fois par R. Edward Freeman dans son livre intitulé *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. La théorie consiste à identifier tous les groupes dont les intérêts se trouvent affectés par l'activité d'une entreprise, afin de mettre en place par la suite les mécanismes nécessaires pour que la gestion de l'entreprise tienne compte de toutes les parties prenantes.

être analysé en tenant compte des effets de ce comportement sur toutes les parties prenantes concernées, c'est-à-dire non seulement sur les consommateurs (ce qui est le cas actuellement) mais aussi sur les travailleurs de l'entreprise, les fournisseurs et les citoyens, sujets passifs de ce comportement. Ainsi un accord entre plusieurs entreprises pourrait-il être légitime même si, potentiellement, il était susceptible de produire des restrictions à la libre concurrence sur le marché, dans le cas où cet accord serait pris en tenant compte des intérêts de tous les agents affectés par ledit accord, c'est-à-dire non seulement les consommateurs mais aussi les autres parties prenantes concernées. Par exemple, promouvoir le boycott collectif d'entreprises qui commercialisent des produits sans garantie de commerce équitable, même si cela limite l'éventail des produits offerts au consommateur et peut éventuellement provoquer une augmentation du prix de ces produits, pourrait être bénéfique pour protéger les intérêts des groupes ayant le plus besoin de protection, tels que les fournisseurs de pays tiers dans lesquels il n'existe aucune garantie sociale minimum.

Pour incorporer la *multi-stakeholder theory* au droit de la concurrence, il ne serait pas non plus nécessaire de procéder à une réforme législative, puisque aucune disposition du droit de la concurrence n'établit que le seul sujet passif digne de protection soit le consommateur. Il suffirait que, dans la jurisprudence, on interprète que ces dispositions incluent en tant que sujets passifs dignes de protection toutes les parties prenantes affectées par le comportement des entreprises, et plus seulement les consommateurs.

En conclusion, il est donc nécessaire d'opérer un net tournant jurisprudentiel dans l'application du droit de la concurrence et de remplacer le concept de "consommateur" en tant qu'unique sujet passif bénéficiaire de la lutte concurrentielle entre les entreprises par un concept plus large, celui de "citoyen", qui englobe tous les groupes concernés par le comportement de l'entreprise, tels que les fournisseurs, les clients, les travailleurs ou les habitants de la communauté dans laquelle l'entreprise développe son activité. Il ne s'agit pas seulement que le consommateur jouisse d'un large éventail de produits de qualité au prix le plus bas possible, mais aussi que ce même consommateur, considéré au sens plus

large de citoyen, ait le droit de réclamer que la lutte concurrentielle entre les entreprises ne mette pas en danger la durabilité sociale et environnementale de la région dans laquelle il vit.

Ces deux méthodes –qu’il s’agisse de considérer le “citoyen” comme sujet passif bénéficiaire de la lutte concurrentielle entre les entreprises ou d’exiger que les autorités chargées d’appliquer la réglementation de défense de la concurrence tiennent compte d’autres intérêts publics non commerciaux– permettraient d’intégrer naturellement le droit de la concurrence dans un domaine plus large du Droit qui favoriserait et garantirait la gestion responsable des entreprises sur le marché.

L'APPLICATION DES RÈGLES QUI GARANTISSENT L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES

Les organisations entrepreneuriales ne se sentiront pas dans l’obligation de changer leur système de gestion si la législation ne les y encourage pas. Il est donc nécessaire que la politique des États tende à créer les mécanismes nécessaires pour que la RSE devienne un véritable instrument de gestion de l’entreprise.

Jusqu’à présent, la RSE a été comprise comme étant un instrument de gestion dont l’intégration dans l’entreprise était “volontaire”. C’est pourquoi l’une des définitions les plus diffusées est celle qu’utilise la Commission européenne dans son *Livre vert pour la promotion de la responsabilité sociale des entreprises*²⁰⁰. Selon la Commission européenne, la RSE est “l’intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec

200. COM/2001/0366 final.

leurs parties prenantes”. De son côté, le Conseil mondial des affaires pour le développement durable (*World Business Council for Sustainable Development, WBCSD*) définit la responsabilité sociale des entreprises comme “un engagement à contribuer au développement économique durable à travers la collaboration avec leurs employés, leurs familles, les communautés locales et la société en général, afin d’améliorer leurs conditions de vie grâce à des actions positives pour l’entreprise et pour le développement”²⁰¹.

C’est pourquoi, même s’il existe actuellement un consensus pour dire que le système actuel n’est pas durable et devrait changer, nombreux sont les sceptiques qui considèrent qu’il est impossible de doter d’une effectivité réelle les objectifs de la RSE et que, tout au plus, ils pourraient être une “volonté”, un “engagement” de la part des entreprises. En effet, selon ces personnes, les valeurs de bien-être social ou de développement durable ont un caractère trop “flou” pour que leurs bénéfices puissent être quantifiés, pour que l’on puisse légiférer sur elles et pour que leur application puisse être mesurée et contrôlée.

Cependant, la prétendue difficulté à quantifier les bénéfices de ces valeurs et leur caractère flou ne semblent pas une excuse suffisante pour nier la possibilité de les réglementer et de les incorporer de façon efficace à la gestion d’entreprise.

En premier lieu, les bénéfices économiques des entreprises dérivés de l’incorporation des principes de la RSE peuvent être quantifiés. Par exemple, une bonne gestion des ressources humaines de l’entreprise entraîne la loyauté et la motivation des employés et permet également de conserver et d’attirer de nouveaux talents. Le respect des principes de la RSE améliore la réputation de l’entreprise sur le marché, ce qui augmente la fidélité des consommateurs. Il peut également engendrer une réduction des dépenses quand, par exemple, on adopte des me-

201. Document préparatoire pour le Sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg en 2002, intitulé *Business Case for Sustainable Development*.

N. du T.: Citation en français traduite de l’original en espagnol, *El caso empresarial para el desarrollo sostenible*.

sures énergétiques efficaces. Il peut encore servir à resserrer les liens de confiance entre l'entreprise –surtout quand il s'agit de petites et moyennes entreprises– et ses fournisseurs, qui apprécient l'engagement de l'entreprise à leur égard. Le respect des principes de la RSE peut par ailleurs servir à ouvrir de nouveaux marchés et de nouveaux produits liés au concept de développement durable. Enfin, la RSE peut également servir à établir des relations plus solides avec d'autres agents, tel que les administrations publiques ou les ONG, ce qui peut rapporter des bénéfices stratégiques à l'entreprise²⁰².

En second lieu, ce n'est pas vrai qu'il soit impossible de légiférer ni de contrôler l'application d'un principe général de caractère plus ample comme celui de la gestion responsable des entreprises sur le marché. L'imprécision de la définition du concept vient probablement du fait qu'il est rattaché à d'autres concepts également abstraits, tels que la sécurité publique, la santé publique ou le principe de non discrimination. Cependant, ces principes, énoncés dans les textes légaux des ordres juridiques de tous les États de droit malgré leur caractère abstrait, ont été développés avec succès par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle des autorités et des tribunaux chargés de leur application, qui ont interprété et jugé comment ils devaient être appliqués dans chaque cas concret. La construction du système juridique européen est un bon exemple de la possibilité de garantir que des principes généraux de l'ordre juridique soient appliqués de façon effective dans toutes les situations où ils se montrent importants. Ainsi, par exemple, la liste des arrêts, décisions et communications de la part des autorités communautaires et nationales sur la façon d'interpréter et d'appliquer le principe général communautaire de non discrimination dans des situations concrètes est-elle infinie. Or, si dans le domaine communautaire il est possible de garantir l'application

202. L'absence de communication entre les entreprises et les ONG ou les administrations publiques empêche les entreprises d'identifier avec suffisamment d'avance les demandes de ces entités et donc de neutraliser les risques engendrés par l'absence de réponse à ces demandes. En particulier lorsque ces collectivités sont en rapport entre elles (par exemple, une région affectée par l'activité d'une entreprise, une ONG et un moyen de communication) et sont donc à même de publier leurs réclamations, elles peuvent être à l'origine de conséquences très négatives sur l'image et le prestige de l'entreprise.

du principe de non discrimination et de tous ses dérivés, pourquoi ne serait-il pas possible de garantir l'application de ce qui pourrait être un nouveau principe général de droit, le principe de la gestion responsable des entreprises sur le marché?

De plus, il existe déjà plusieurs instruments de mesure du degré de respect des principes de la RSE dans les entreprises, auxquels je ferai référence plus tard. Bien que l'application de ces principes n'ait, pour le moment, qu'un caractère volontaire, l'existence de ces instruments de mesure montre à quel point leur interprétation et leur application sont déjà développées et réglementées. À l'avenir, les connaissances sur l'application du principe général de la gestion responsable des entreprises sur le marché devraient s'enrichir à mesure que les décisions des autorités compétentes pour appliquer ce principe se multiplieront, de telle façon que les entreprises auront de plus en plus de références et d'éléments de jugement pour savoir comment appliquer ce principe au sein de leur affaire.

En définitive, la RSE peut donc devenir un instrument de gestion entrepreneuriale à respecter obligatoirement et non plus simplement volontaire. Pour ce faire, il est indispensable que soient créés:

- un cadre réglementaire de reconnaissance, promotion et protection du principe de la gestion responsable de l'entreprise sur le marché;
- un organisme d'inspection et des tribunaux compétents avec des ressources suffisantes pour appliquer et faire respecter de façon efficace ce principe.

L'expérience prouve que les êtres humains (et les entreprises ne sont guère qu'un ensemble d'êtres humains) ont besoin de sentir la menace de l'amende, de la sanction ou de la pénalisation pour prendre au sérieux une obligation. C'est pourquoi, dans le domaine du droit de la concurrence, les statistiques démontrent que les entreprises mettent généralement en pratique des politiques effectives de respect du droit de la concurrence en réaction à une sanction préalable. Une fois la

nouvelle politique implantée, celle-ci se consolide petit à petit jusqu'au point de faire partie de la culture entrepreneuriale de l'entreprise, de telle façon que celle-ci finit par respecter les normes du droit de la concurrence parce qu'elle est convaincue de son bien-fondé et non plus par crainte de la sanction. Dans le domaine de la RSE, le législateur pourrait mettre en place les instruments dissuasifs nécessaires pour que ce même processus –de la crainte de la sanction à la conviction– se développe.

Le Droit de la concurrence comme modèle dans le domaine politique/législatif

Les instruments habilités par le législateur dans le domaine du droit de la concurrence qui pourraient servir de référence et être étendues au domaine de la RSE sont les suivants:

Sanctions pour le non respect

L'élément dissuasif par excellence en droit de la concurrence est l'amende ou la sanction. En guise d'exemple, notons que la Commission européenne peut infliger aux entreprises en infraction des sanctions qui peuvent atteindre 10% du total de la facturation du groupe auquel appartient l'entreprise²⁰³. De plus en plus d'amendes ont été infligées au cours des dernières années, dans un but clairement dissuasif²⁰⁴.

Pour que le principe de la gestion responsable soit effectif, on pourrait établir un mécanisme de sanctions similaire à celui qui existe dans le domaine du droit de la concurrence pour les entreprises dont le

203. Voir la *Communication de la Commission pour le calcul des amendes*. Journal officiel C-210 du 1^{er} septembre 2006, p. 2-5.

204. Ainsi, dans la *Communication de la Commission pour le calcul des amendes*, il est expressément signalé qu'"il y a lieu de fixer les amendes à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause (effet dissuasif spécifique), mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 du traité (effet dissuasif général)".

comportement enfreindrait ce principe, avec un niveau de sanctions à caractère suffisamment dissuasif.

Dommmage versus bénéfice réputationnel

Le second élément dissuasif utilisé traditionnellement dans le domaine du droit de la concurrence est celui du “dommmage réputationnel”. En Espagne, par exemple, on impose généralement aux entreprises en infraction de publier le résultat de leur sanction dans certains journaux nationaux. Les autorités publient également des communiqués de presse concernant les dernières sanctions infligées qu’elles envoient par la suite aux médias. En général, les médias se font écho de ces communiqués, ce qui donne une publicité négative, un “dommmage réputationnel”, aux entreprises en infraction.

Le même type de politique pourrait être efficace comme élément dissuasif dans le cas d’entreprises qui seraient sanctionnées pour ne pas avoir respecté le principe de la gestion responsable.

D’un autre côté, il existe aussi des mesures d’incitation, qui sont également importantes et efficaces. Ainsi, parallèlement à la publication des décisions déclarant qu’une entreprise a enfreint ses obligations dérivées du principe de la gestion responsable pour éviter ce genre d’infractions, il serait aussi possible de créer des mécanismes qui amélioreraient activement l’image des entreprises qui, quant à elles, respectent ce principe. En effet, l’éloge public des entreprises faisant preuve d’un comportement adéquat en matière de RSE pourrait leur apporter des bénéfices réputationnels. Cette publicité institutionnelle pourrait également inciter les consommateurs à acheter les produits et services des entreprises qui seraient classées parmi les entreprises responsables. Ce soutien institutionnel aux entreprises qui contribuent activement à la durabilité sociale et environnementale permettrait au consommateur de tenir compte de ces critères au moment de faire ses achats. Grâce à ce type de mesures, les entreprises responsables seraient récompensées par la publicité institutionnelle ainsi que par la possibilité d’augmenter leurs ventes. Pour leur part, les consommateurs pourraient effectuer leurs achats en fonction de leurs principes et de leurs idéaux.

Du point de vue de la libre concurrence sur le marché, ce type de mesures aurait un effet clairement positif puisque, d'un côté, elles encourageraient l'innovation et le développement de produits et de services durables et, d'un autre côté, elles permettraient au consommateur de choisir les produits et services qu'il achète en étant mieux informé.

Comme commenté antérieurement, il existe déjà divers instruments établis et fiables de mesure du degré de respect des principes de la RSE de la part des entreprises, qui pourraient guider l'administration publique dans l'organisation d'un système de publicité institutionnelle pour les entreprises respectant ces principes. Parmi les plus connus, la norme SA8000 de la *Social Accountability International* est destinée à l'amélioration des conditions de travail et à la lutte contre le non respect des droits du travail. Les entreprises peuvent exiger à leurs usines de production et à leurs fournisseurs qu'elles respectent ces principes et les faire contrôler par des cabinets d'audit indépendants. Il faut aussi noter l'existence d'un autre instrument: les directives de la *Global Reporting Initiative* (Initiative mondiale de *reporting*), norme qui donne des informations sur le comportement des entreprises en fonction du triple compte de résultats –intégration des résultats économiques, sociaux et environnementaux– qui est devenue la plus utilisée pour l'élaboration des rapports sur le développement durable en Europe. En ce qui concerne l'impact environnemental, l'*International Organisation for Standardization* (ISO, Organisation internationale de normalisation) a créé les normes ISO 1400 et ISO 26000 sur la responsabilité sociale. De son côté, l'institut international *AccountAbility* a créé l'*Assurance Standard AA1000* (norme d'assurance AA1000) qui a pour objectif de vérifier la crédibilité et la qualité des données que les entreprises fournissent aux différentes parties prenantes concernant leur activité sociale et environnementale.

Il serait souhaitable que la visibilité de tous ces instruments de mesure du degré de respect des entreprises au principe de la gestion responsable soit favorisée au maximum par l'administration publique.

Enfin, la politique fiscale des États pourrait aussi être utilisée pour favoriser le respect de ce principe par des dégrèvements et des prélèvements fiscaux.

Déclaration d'inaptitude

Un troisième élément dissuasif utilisé habituellement dans le domaine du droit de la concurrence est celui de la déclaration d'inaptitude des directeurs qui ont participé activement à des pratiques anticoncurrentielles illégales. Au Royaume Uni, les directeurs d'entreprises ayant participé activement à des pratiques anticoncurrentielles ou ayant admis ces pratiques par négligence peuvent être déclarés inaptes à l'exercice de leurs fonctions dans l'entreprise en infraction et dans toute autre entreprise pendant une durée déterminée par la réglementation en vigueur²⁰⁵. En Espagne, les directeurs d'entreprises qui ont activement enfreint la réglementation peuvent aussi être sanctionnés individuellement par des amendes qui peuvent atteindre 60.000 euros.

La déclaration d'inaptitude des directeurs responsables de comportements contraires au principe de la gestion responsable particulièrement graves pourrait être un élément dissuasif important pour garantir l'efficacité de ce principe.

Réclamation de dommages et intérêts

Un quatrième élément de dissuasion consiste à donner la possibilité à des tiers affectés par l'infraction de réclamer des dommages et intérêts. C'est ainsi que, dans le domaine du droit de la concurrence, les autorités prennent depuis un certain temps des initiatives visant à inciter les consommateurs affectés par un comportement anti concurrentiel des entreprises à réclamer une indemnisation²⁰⁶. Ce serait par exemple le cas des consommateurs ayant dû payer un produit déterminé plus cher à cause d'un cartel entre différentes entreprises pour augmenter le prix de ce produit.

Des initiatives de ce type pourraient également être prises pour permettre aux personnes gravement affectées par une pratique contraire

205. *Guidance on Competition Disqualification Orders* de l'Office of Fair Trade.

206. Voir le *Ligne blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, publié par la Commission le 2 avril 2008.

au principe de la gestion responsable de réclamer des dommages et intérêts.

Sanctions pénales

Enfin, dans certaines juridictions, comme en Grande Bretagne ou aux États-Unis, le droit de la concurrence est allé jusqu'à infliger des sanctions pénales, ce qui prouve que dans ces sociétés, le dommage social causé par les infractions au libre échange est considéré comme suffisamment important et dangereux pour que leurs responsables encourrent des peines de prison.

Dans le domaine de la RSE, il serait possible d'identifier certaines infractions qui, par leur gravité et les dommages qu'elles engendrent, rendraient les responsables passibles de peines de prison. Cela est déjà arrivé dans certains cas de délits écologiques²⁰⁷.

En conclusion, pour que le principe de la gestion responsable de l'entreprise sur le marché soit effectivement intégré par la culture entrepreneuriale, comme c'est le cas dans pour le domaine du droit de la concurrence, il serait souhaitable que les législateurs adoptent les mesures nécessaires afin de mettre en pratique une politique efficace d'incitation au respect de la gestion responsable et des mesures dissuasives contre son non respect.

Le droit de la concurrence en tant que modèle dans le domaine de l'entreprise

Comme nous l'avons déjà indiqué, nombreuses sont les entreprises qui ont développé une politique interne respectueuse du droit de la concurrence afin d'éviter d'enfreindre la réglementation. Les autorités chargées de son application ont publié des conseils adressés aux

207. Voir la Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

entreprises pour les aider à mettre en place une politique efficace de respect du droit de la concurrence²⁰⁸. L'historique de cette expérience nous permet de trouver un certain nombre de propositions qui seraient applicables au domaine de la RSE, à savoir:

Engagement de la direction

Rien ne change dans une entreprise si les employés ne perçoivent pas un engagement clair et manifeste de la part de la direction. L'avocat interne d'une entreprise, chargé d'assurer que l'entreprise respecte le droit de la concurrence, ne pourrait pratiquement rien faire si la direction n'indiquait pas clairement à tous les employés que le respect de cette réglementation était essentiel et qu'avant de mettre en place une stratégie commerciale quelconque, ils devaient consulter l'avocat interne et suivre ses recommandations.

Pour que le principe de la gestion responsable soit perçu comme un engagement sérieux de la part de l'entreprise, il faut donc que les dirigeants de l'entreprise soient les premiers à le respecter et que, dans leurs messages au personnel, ils s'expriment sans aucune ambiguïté quant à son importance.

Ainsi, la RSE doit-elle faire partie du code génétique de l'entreprise et entrer en ligne de compte dans l'adoption de toutes ses décisions stratégiques. Pour ce faire, il est nécessaire que les dirigeants soient capables d'en considérer les différents aspects et de trouver un équilibre entre les différents intérêts en jeu, puisqu'ils devront ajouter à leur objectif de bénéfices d'autres valeurs qui, parfois, pourront aller à l'encontre de ces bénéfices.

En outre, il est important qu'une personne parmi les dirigeants soit désignée comme responsable de la direction et de la gestion de l'application de la politique de respect du principe de la gestion responsable

208. Voir le document publié en octobre 2010 par l'Office of Fair Trade intitulé *How your business can achieve compliance*.

et d'établir des rapports sur les progrès accomplis au sein de l'entreprise. Bien entendu, cette personne devra posséder un certain nombre de qualités telles l'empathie, le don de communication, la cohérence, l'autorité et elle devra aussi inspirer confiance. Toutes ces qualités sont essentielles pour que la politique de respect du principe de la gestion responsable fonctionne. En outre, elle devra posséder des connaissances détaillées et transversales sur les affaires menées par l'entreprise, afin de pouvoir identifier les secteurs à risque –auxquels nous ferons référence ci-après– dans lesquels le respect du principe doit être particulièrement considéré. Enfin, elle devra également posséder une formation juridique, car certaines des obligations dérivées du principe de la gestion responsable ont déjà un caractère légal et il est prévisible et souhaitable que cette tendance à l'obligation réglementaire se consolide à l'avenir.

Identification des secteurs et groupes à risque

Pour mettre en place une politique de respect du droit de la concurrence il convient toujours de commencer par identifier les risques. Il y a plus de probabilités qu'une entreprise en position dominante sur le marché enfreigne les normes concurrentielles qu'une petite entreprise. Il en va de même pour une entreprise travaillant sur un marché régulé par rapport à celle qui travaille sur un marché libre. Le cas de figure est encore différent si l'entreprise œuvre sur un marché en maturité ou sur un marché aux technologies émergentes. Cette même réflexion pourrait s'appliquer au domaine de la RSE. En effet, les enjeux de développement durable d'une multinationale qui soustrait sa production dans un pays développé ou dans un pays à régime politique non démocratique et ceux d'une petite entreprise locale sont fort différents. Il en est de même pour une entreprise qui achète des produits agricoles et celle qui fabrique des produits chimiques. L'impact social et environnemental des entreprises dépend, logiquement, de leur taille, de la zone géographique où elles opèrent et du type de produit qu'elles fabriquent ou du service qu'elles offrent. Pour mettre en place une politique efficace de respect du principe de la gestion responsable, il faut donc, en premier lieu, identifier les secteurs à risques de l'entreprise.

Par ailleurs, dans le domaine du respect du droit de la concurrence, on cherche généralement à identifier le groupe d'employés qui risquent le plus de ne pas le respecter (par exemple, les personnes en contact avec des concurrents, ou celles qui font partie des dirigeants de la compagnie, ou encore celles qui prennent les décisions en matière de prix). On peut ainsi cibler au mieux les nécessités de formation du personnel. On pourrait en faire de même pour garantir le respect du principe de la gestion responsable. Comme dans tous les groupes humains, des individus dont les préférences, les valeurs et l'idéologie sont différentes coexistent au sein de l'entreprise. Ainsi, après avoir analysé les différentes sensibilités des employés d'une entreprise, on pourrait répartir le personnel en deux groupes: les employés qui considèrent qu'il est impossible de rendre compatibles les objectifs de la RSE et la recherche de bénéfices de l'entreprise et ceux qui, au contraire, estiment que cela est possible. Le premier groupe pourrait s'appeler "groupe à risque" et serait celui qui aurait davantage besoin de formation à la RSE.

Politique de formation

Il devrait exister une politique sérieuse et des ressources suffisantes pour la formation des employés, adressée essentiellement à ceux qui se trouvent dans le groupe à risque. La formation ne peut consister en un simple discours sporadique sur les valeurs de l'entreprise et leur importance. Une formation pratique est nécessaire pour que les employés soient confrontés à des cas réels où ils devront prendre des décisions. Les cours de formation en RSE doivent s'adapter à l'entreprise et aux marchés dans lesquels elle opère, comme c'est déjà le cas pour les cours de formation sur le respect du droit de la concurrence. Par exemple, s'il s'agit d'une entreprise qui sous-traite dans des pays sous développés, les problèmes à aborder concerneront les mesures à adopter pour garantir que l'entreprise paye un salaire équitable à son personnel dans ces pays ou bien les mesures à adopter pour éviter les nuisances environnementales, même si celles-ci ne sont pas interdites par les règlements locaux. S'il s'agit d'une entreprise active dans le secteur des moyens de communication, les cours de formation devront être centrés en particulier sur des questions comme celle de la légitimité des

moyens de communication desquels on peut obtenir des informations, le type d'informations qui doivent être publiées ou encore la façon dont l'entreprise garantit l'indépendance du journaliste.

De même que dans le domaine de la politique de respect du droit de la concurrence, l'entreprise pourra décider si la formation doit se dérouler uniquement au cours de sessions périodiques avec des formateurs ou si elle doit inclure des cours de formation on-line intégrant des questionnaires qui permettent de juger du degré de connaissances des employés à propos de leurs obligations en matière de RSE. L'intensité et la périodicité de cette formation pourra être modulée en fonction des groupes et des secteurs à risque identifiés au préalable.

Système de reporting

Il est important que l'entreprise tienne compte des opinions de tous les individus ou groupes d'individus qui s'intéressent au comportement de l'entreprise, indépendamment de leur capacité d'influence. Ainsi, pour que le principe de la gestion responsable soit le mieux respecté possible, est-il important d'établir un système opérationnel et efficace de *reporting*, concernant aussi bien des initiatives que des plaintes, à disposition de toutes les parties prenantes potentiellement affectées par le comportement de l'entreprise²⁰⁹.

Le *reporting* concernant les initiatives est très important car il favorise le sentiment d'appartenance des employés et autres parties prenantes qui sentent que, grâce à leurs idées, ils peuvent apporter des valeurs positives à l'entreprise. Il devrait nécessairement concerner toutes les parties prenantes, tels que les fournisseurs, les clients et les citoyens de la communauté dans laquelle l'entreprise opère, surtout s'il s'agit de groupes ayant peu d'influence sur les prises de décisions de l'entreprise. Il est à prévoir que ces groupes auront souvent des intérêts opposés à ceux des actionnaires de l'entreprise, mais c'est justement pour cette raison que leur façon de voir les choses est particulièrement intéres-

209. Voir la référence antérieure à propos de la "*multi-stakeholder theory*".

sante du point de vue du respect du principe de la gestion responsable. Leurs opinions doivent donc être évaluées, soupesées par l'entreprise afin que les décisions prises soient équilibrées et non fondées uniquement sur les intérêts du groupe dominant.

Il est important que les initiatives rapportées soient évaluées et qu'une décision fondée et raisonnée soit prise à propos de chacune d'entre elles afin que, au cas où la décision ne serait pas conforme au principe de la gestion responsable, les parties prenantes affectées puissent éventuellement demander aux autorités compétentes à ce qu'elle soit revue.

Le *reporting* concernant les plaintes est essentiel. Pour éviter qu'à cause de notre mentalité latine, qui pénalise le "délateur", certains puissent se méfier d'un tel système, il faut le concevoir non pas comme un instrument d'accusation, mais comme un moyen d'identifier ce qui a été mal fait, tout en garantissant au lanceur d'alerte –qu'il s'agisse d'un employé, d'un fournisseur, d'un client ou d'un citoyen affecté par le fonctionnement de l'entreprise– un traitement confidentiel et l'absence totale de représailles. Le système des lanceurs d'alerte (*whistleblower system*) est habituellement utilisé dans le contexte de la politique de respect du droit de la concurrence des grandes entreprises. Pour garantir son effectivité, la dénonciation ne suit généralement pas la hiérarchie habituelle. Elle est remise à une tierce personne indépendante, qui à son tour la rapporte directement au responsable de la politique de respect du droit de la concurrence de l'entreprise. Un système équivalent pourrait être utilisé dans le domaine de la RSE.

Système d'incitation et de dissuasion

Pour que la politique de respect du principe de la gestion responsable de l'entreprise sur le marché soit le plus efficace possible, elle pourrait être accompagnée d'un système d'incitation et de dissuasion au sein de l'entreprise, selon le respect ou non respect du principe.

On pourrait ainsi faire dépendre les bonus des employés de variables autres que celle des bénéfices entrepreneuriaux comme, par exemple,

l'obtention d'un prix, d'un certificat ou d'un label de qualité pour avoir atteint des objectifs environnementaux ou de responsabilité corporative, ou encore pour avoir apporté des idées et des projets qui permettent l'amélioration du respect de ce principe

Au contraire, le bonus pourrait être retiré et on pourrait infliger des sanctions aux employés qui œuvreraient de façon contraire au principe de la gestion responsable sur le marché.

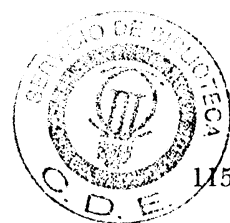
Système d'évaluation et audit

De même que dans le domaine des politiques de respect du droit de la concurrence, pour que la politique de respect du principe de la gestion responsable soit efficace, il est nécessaire d'établir des mécanismes d'évaluation permanente et d'audit.

L'évaluation permanente exige que le responsable de la politique de respect du principe de la gestion responsable soit constamment informé de toutes les tractations préalables à l'adoption de décisions stratégiques de l'entreprise. De plus, il doit être consulté et doit revoir toutes les décisions qui affectent les secteurs ou personnes à risque préalablement identifiés pour s'assurer que les principes de la RSE ont une influence sur la décision adoptée.

Pour garantir cet objectif, il est souhaitable que le responsable de la politique de respect du principe de la gestion responsable soit membre du conseil d'administration de la compagnie.

Il est aussi important d'implanter des systèmes d'audits périodiques, par lesquels on révisera la politique de respect du principe de la gestion responsable de l'entreprise sur le marché, c'est-à-dire si les secteurs à risque et les groupes à risque ont été identifiés correctement et si les politiques de formation, de *reporting* et d'évaluation permanente mises en place sont réellement efficaces.



CONCLUSION.- DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU DROIT DE LA GESTION RESPONSABLE DES ENTREPRISES SUR LE MARCHÉ

Pratique des entreprises *versus* éthique, bénéfices entrepreneuriaux *versus* bien commun, encouragement de la lutte concurrentielle *versus* développement durable... Ces concepts sont-ils opposés ou, au contraire, peuvent-ils et doivent-ils aller de pair?

Personne ne remet en question le fait que, idéalement, ces concepts doivent fonctionner ensemble. Le doute surgit lorsqu'il s'agit de savoir si leur intégration est réellement possible et, le cas échéant, comment la réaliser. Avec cet article, nous prétendions contribuer au débat en affirmant que cette intégration est bien possible et qu'elle peut être réalisée tout en conservant l'essentiel du système actuel.

Nous n'avons pas besoin de détruire le système, aucune révolution n'est nécessaire. La loi du marché, l'encouragement à la concurrence et la recherche de bénéfices entrepreneuriaux doivent rester le moteur du développement économique et continuer à être considérés comme valables pour promouvoir l'innovation et produire efficacement. Cependant, le système devrait incorporer un certain nombre d'éléments transformateurs qui garantissent le développement durable à long terme.

La méthodologie que nous proposons dans cet article afin de garantir le développement durable du système est relativement simple. Nous suggérons, d'une part, d'étendre l'application des concepts de la RSE au domaine du droit de la concurrence et, d'autre part, d'étendre les mécanismes qui garantissent l'application effective du droit de la concurrence au domaine de la RSE.

L'intégration du droit de la concurrence et des principes de la RSE dans une réglementation unique serait bénéfique à trois niveaux:

- En premier lieu, elle permettrait aux autorités chargées d'appliquer cette nouvelle réglementation d'avoir une vision plus ample du bien commun (et non plus limitée à la seule protection de la concurrence des marchés), ce qui garantirait que les consommateurs aient non seulement accès à un large éventail de produits de qualité à des prix les plus bas possibles, mais aussi que la lutte concurrentielle entre les entreprises ne se fasse pas au risque de mettre en danger la durabilité sociale et environnemental des citoyens.
- En deuxième lieu, elle permettrait de donner aux principes de la RSE un caractère réglementaire obligatoire, rendant ainsi leur application pratique aussi efficace que celle du droit de la concurrence.
- En troisième lieu, elle permettrait que les entreprises mettent en place des politiques efficaces de respect des principes de la RSE, équivalentes à celles qu'elles ont déjà adopté en matière de respect de la réglementation sur la défense de la concurrence.

En définitive, il s'agirait donc d'appliquer la théorie des vases communicants et de "mélanger" le droit de la concurrence et la responsabilité sociale des entreprises au sein d'une seule et unique réglementation –le droit de la gestion responsable de l'entreprise sur le marché– de telle sorte que les objectifs poursuivis par les deux concepts ne soient pas considérés ni défendus séparément, mais qu'ils s'assemblent et s'alimentent réciproquement pour donner lieu à un nouveau système économique qui, outre son encouragement à la concurrence des entreprises sur le marché, protège aussi de façon effective les droits sociaux et environnementaux des citoyens.