

AMBITIONS ET INSUFFISANCES LÉGISTIQUES
EN MATIÈRE DE MIGRATION LÉGALE
L'APPLICATION DE LA STRATÉGIE « MIEUX LÉGIFÉRER »
À LA DIRECTIVE « CARTE BLEUE »

Romain FOU CART¹

Résumé

Le processus de révision de la directive « Carte bleue », relative à l'immigration hautement qualifiée dans l'UE, met en lumière les ambitions et les limites de la transposition du « Mieux légiférer » au domaine de l'immigration. La méthode retenue et les moyens alloués interrogent sur l'existence d'une réelle volonté d'améliorer la législation dans une matière particulièrement sensible sur le plan politique.

Abstract

The current legislative recast of the “blue card” directive on highly skilled migration to the European Union shows the ambitions and limits of the « Better regulation » agenda applied in migration issues. The method chosen as well as the resources allocated question the existence of a proper will to improve the EU legislative acquis in such a politically sensitive matter.

Conclu en mai 2016, l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » prévoit à son article 2 que les trois institutions principales de l'Union européenne promeuvent « la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction de la législation [...], ainsi qu'une plus grande transparence du processus législatif »². Cet accord s'inscrit dans le cadre d'une stratégie poursuivie par la Commission européenne depuis 2000³, destinée à répondre aux objectifs du protocole sur la bonne gouvernance annexé au Traité lors de la réforme d'Amsterdam. Pour reprendre la formule du professeur Jean-Paul Jacqué, mieux légiférer a, depuis Jacques Delors, « été une préoccupation constante des présidents successifs de la Commission »⁴.

1 Doctorant, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 13 avril 2016, *JOCE L* 123 du 12.05.2016, p.1, pt 2.

3 Notamment depuis les conclusions du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000.

4 J.-P. JACQUÉ, « Mieux légiférer », *RTDE*, 2015, p. 281.

Apparu outre-Atlantique, c'est au Royaume-Uni que cet impératif fait son entrée sur le continent européen dès le milieu des années 1980⁵. Son appropriation par les Communautés européennes opérera à partir du début de la décennie 1990, notamment à la suite des conclusions du Conseil européen d'Édimbourg. À cette occasion, les chefs d'État ou de gouvernement demandent à la Commission d'adopter des « mesures concrètes pour améliorer la qualité de la législation », en vue de « rendre la nouvelle législation communautaire plus claire et plus simple »⁶. Cette requête intervient après le développement exponentiel du volume de la législation communautaire au tournant des années 1990, qui accompagne l'achèvement du marché unique et l'accroissement continu des compétences des Communautés.

Cet accroissement s'illustre particulièrement par la construction de la structure en piliers du Traité de Maastricht, qui permet aux États membres d'appréhender de manière conjointe l'immigration des ressortissants de pays tiers. Aux termes de l'article K1 du Traité sur l'Union européenne (TUE) d'alors, l'immigration constitue une question d'intérêt commun partagée par les États membres, au même titre que les coopérations policière ou judiciaire, versée au sein du troisième pilier. Cette avancée fondamentale ne doit toutefois pas être surestimée, dans la mesure où elle exclut à l'origine les institutions communautaires de ces matières. Suite à l'incorporation de l'immigration dans le pilier communautaire opérée par la réforme d'Amsterdam, ces dernières devront encore attendre l'expiration d'une période transitoire de cinq ans avant de pouvoir user de leur compétence législative. Jusqu'à cette date, le Conseil demeure la seule institution capable de légiférer sur le sujet. L'institution représentant les intérêts des États s'assurera que les discussions à venir prennent comme point de référence les instruments adoptés avant la fin de la période transitoire, sous l'empire de la méthode intergouvernementale. Il faudra attendre la fin de la structure en piliers résultant de la réforme de Lisbonne de 2009 pour impliquer davantage les institutions communautaires dans le développement de la politique migratoire de l'Union, sans aller jusqu'à effacer la logique qui sous-tend l'adoption des instruments législatifs dans ce domaine particulièrement clivant.

Le choix de la méthode privilégiée dans ce domaine législatif, qui se caractérise par une approche segmentée et non transversale des problématiques posées, s'explique par différents facteurs. Il convient en effet de rappeler l'échec des propositions législatives transversales formulées par la Commission lors des premières années de la politique d'immigration de l'Union⁷. Ces revers ont amené la Commission à revoir ses ambitions à la baisse en évitant autant que possible de défendre des textes transversaux susceptibles de susciter la méfiance des États membres, pour qui l'admission de ressortissants de pays tiers demeure un attribut essentiel de la souveraineté. La logique initiale

5 M. HADJIISKY, « La *better regulation* entre coordination européenne et relations triangulaires : OCDE, États membres, Union européenne », *RFAP*, 2016/2, n° 158, p. 561-575, spéc. p.570.

6 Conseil européen, Conclusions de la présidence, 11 et 12 décembre 1992, Annexe 3 à la partie A, p. 4-7.

7 Commission européenne, Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM (2001) 386 final, adoptée le 11 juillet 2001 et retirée le 17 mars 2006 devant les refus répétés d'examen au Conseil. Voir aussi dans le même ordre d'idées la proposition de méthode ouverte de coordination de la politique communautaire, qui restera elle aussi lettre morte : Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM (2001) 387 final, 12 juillet 2001.

a fait place à une approche ciblée, qui vise à réguler l'admission de catégories précises de ressortissants de pays tiers. Ce basculement se manifeste entre autres par l'adoption de textes relatifs à l'admission des chercheurs, des étudiants, des travailleurs saisonniers, au regroupement familial ou au séjour des résidents de longue durée⁸. Malgré ce changement stratégique, la réticence des États membres demeure. L'admission de ressortissants de pays tiers constitue une attribution régaliennne que ces derniers ne sont pas prêts à céder automatiquement à l'Union, en dépit de la compétence législative en la matière accordée par le Traité. Cette réserve s'exprime avec une récurrence incontestable à chaque étape du processus décisionnel. Elle s'illustre par l'atténuation systématique des propositions de la Commission par le Conseil avant adoption définitive, et se concrétise en pratique par des textes adoptés sur la base du plus petit dénominateur commun.

Ces difficultés emportent plusieurs conséquences négatives. Les outils adoptés se caractérisent tout d'abord par leur émiettement, leur chevauchement et leur manque de cohérence, qui sont les conséquences de la stratégie législative privilégiée depuis le milieu de la décennie 2000. Cet obstacle se conjugue au manque d'efficacité et à la multiplication de dispositions dérogatoires à l'intérieur même d'instruments pourtant supposés participer à la mise en œuvre d'une politique commune. La base de cet écueil supplémentaire se trouve dans la réserve qu'expriment les États membres lorsqu'il s'agit d'accorder des concessions dans le processus législatif. Cette réticence trouve, de plus, un argument de poids dans les dispositions mêmes du Traité qui fondent la compétence de l'Union en matière d'immigration. Le paragraphe 5 de l'article 79 TFUE précise en effet que les États membres demeurent compétents pour fixer le volume d'admission de ressortissants de pays tiers sur leur territoire à des fins de travail⁹.

La critique du manque d'efficacité de la politique de migration légale de l'Union apparaît dans les faits aussi ancienne que la politique elle-même. Depuis la création d'une politique de l'Union dédiée à l'immigration de ressortissants de pays tiers par le Traité d'Amsterdam, il n'est de projet législatif qui ne soit critiqué pour son absence de vision ou son caractère au mieux superflu, au pire inefficace¹⁰.

8 Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, *JOCEL* 289 du 3.11.2005, p. 15-22 ; Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat ; *JOCEL* 375 du 23.12.2004, p. 12-18 ; Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, *JOUE L* 94 du 28.3.2014, p. 375-390 ; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOCEL* 251 du 3.10.2003, p. 12-18 ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOCE L* 16 du 23.01.2004, p. 44-53.

9 Cette réticence trouve une autre déclinaison dans le paragraphe 4 de l'article 79 TFUE, qui précise : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

10 À titre non exhaustif : D. ACOSTA ARCAZARO, « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive) », *EJML*, vol. 11., 2009, p.19-39 ; C. BERTRAND, « Les conditions d'une politique commune de l'immigration : apport et limites du traité de Lisbonne », *Europe* n° 2, Février 2010, étude 2 ; R. CHOLEWINSKI, « The EU acquis on irregular migration ten years on: still reinforcing security at the expense of rights ? », in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds), *The first decade of Eu migration and asylum law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, 485 p., p. 127-177 ; P. DE BRUYCKER, « The European Border and Coast Guard : A new model built on an old logic », *European Papers*, Vol.1, 2016, n° 2, p. 559-569 ; P. DEVISSCHER, « Legal migration in the relationship between the European union and ACP countries : The absence of true global approach continues », *EJML*, vol. 13, 2011, p. 53-94 ; E. LOPATIN, « The changing position of the European Parliament on Irregular Migration and Asylum under Co-decision », *JCMS*, 2013, vol. 51,

Peu médiatisée, la dimension légale de l'immigration de ressortissants de pays tiers se situe au cœur de l'actualité législative. Elle constitue l'un des éléments clés sur lesquels la Commission Juncker a décidé d'axer son programme relatif à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. L'une des dix priorités poursuivies sur la période 2015-2019 est d'aller vers un « agenda européen en matière de migration »¹¹, sur la base du programme politique du candidat Juncker, qui ambitionnait avant son élection de développer une nouvelle politique en matière d'immigration légale¹². Cet engagement se concrétise, moins d'un an après l'entrée en fonction de la nouvelle Commission, par l'adoption d'un agenda européen en matière de migration en mai 2015. Basé sur quatre piliers complémentaires, ce document doit fournir les lignes directrices nécessaires aux institutions de l'Union dans l'appréhension des problèmes posés par la migration. Prenant en compte l'asile, l'immigration illégale et le renforcement de la gestion des frontières extérieures, cette feuille de route fait de la migration légale son quatrième pilier. Elle prévoit qu'« un cadre clair et bien mis en œuvre relatif aux voies légales d'entrée dans l'Union (au moyen d'un régime d'asile et d'un système des visas efficaces) atténuera les facteurs d'incitation au séjour et à l'entrée dans des conditions irrégulières, contribuant ainsi à accroître la sécurité des frontières européennes et la sûreté des migrants »¹³. Loin du simple rappel de principe, ce quatrième pilier envisage rien de moins que la mise en place d'un « nouveau modèle de migration légale »¹⁴, après avoir réitéré le constat du manque d'efficacité de la politique actuelle.

La question de l'efficacité se situe au cœur des préoccupations de la nouvelle Commission. Comme le candidat du Parti populaire européen le prévoyait dans ses grandes orientations politiques, plusieurs instruments législatifs de la politique de migration légale vont faire l'objet d'examen détaillés peu de temps après sa prise de fonction. Jean-Claude Juncker envisageait par exemple de « réexaminer la législation sur la Carte bleue et sa mise en œuvre peu satisfaisante »¹⁵. Moins d'un an plus tard, l'agenda européen sur la migration pointera lui aussi les difficultés rencontrées par ce dispositif¹⁶. Une consultation publique est prévue sur l'avenir de ce texte afin de pallier les difficultés relevées, qu'il convient d'appréhender en relation avec l'évaluation de l'acquis existant en matière de migration légale actuellement en cours. Mentionnée dans l'agenda sur les migrations et dans le programme REFIT adopté par la Commission en 2013, cette dernière a pour but « de répertorier les lacunes et les incohérences et d'étudier les moyens de simplifier et de rationaliser le cadre actuel de l'Union de manière à contribuer à une meilleure gestion des flux de migration légale »¹⁷. La feuille de

n° 4, p. 740-755 ; G. PAPAGIANNI, « Forging an external EU migration policy : from externalisation of border management to a comprehensive policy ? », *EJML*, vol. 15., 2013, p. 283-299.

11 Voir le lien suivant qui résume les différentes priorités de la Commission européenne pour la période 2014-2019 : https://ec.europa.eu/commission/priorities_fr

12 J.-C. JUNCKER, « Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'emploi, la croissance, l'équité et le changement démographique », Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne, Discours d'ouverture de la session plénière du Parlement européen, Strasbourg, 15 juillet 2014, p. 10.

13 Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, COM (2015) 240 final, Bruxelles, 13 mai 2015, p. 8.

14 Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, *op. cit.*, p. 21.

15 J.-C. JUNCKER, « Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'emploi, la croissance, l'équité et le changement démographique », *op. cit.*, p. 10.

16 Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, *op. cit.*, p. 18. La Commission rappelle à cette occasion que, « au cours de ses deux premières années d'existence, seules 16 000 cartes bleues ont été délivrées, dont 13 000 par un seul et unique État membre ».

17 *Ibid.*, note de bas de page 38 : « La Commission procèdera à un examen et à une évaluation (*fitness check*) de l'acquis existant en matière de migration légale dans le but d'en répertorier les lacunes et les incohérences et d'étudier les moyens de simplifier et de rationaliser le cadre actuel de l'UE, de manière à contribuer à une meilleure gestion des flux de migration légale ». Cette formule est reprise telle quelle dans le programme d'évaluation législative en matière de migration légale : Commission européenne, *Fitness check legal migration, Consultation strategy*,

route de cette évaluation législative prévoit un achèvement en janvier 2018, mais précise néanmoins que son intensité pourra varier en fonction de la longévité des instruments législatifs : « la pertinence et la cohérence de toutes les directives sera évaluée, mais le champ et l'ampleur de l'analyse sur les autres aspects sera différente »¹⁸.

L'agenda européen des migrations et l'évaluation de l'acquis législatif amorcée depuis septembre 2016 indiquent que les objectifs du « Mieux légiférer » sont pris en compte par la politique de migration légale de l'Union. Comment se manifeste la transposition de ces objectifs à cette politique dans les faits ? La volonté de renforcer efficacité et transparence s'accorde-t-elle avec les spécificités propres à l'objet visé ? Le « Mieux légiférer » peut-il être efficacement transposé à la politique de migration légale, malgré son caractère clivant et la marge de manœuvre conservée par les États membres ? Plutôt que de dresser un panorama global de cette politique et de ses instruments, nous nous concentrerons sur l'un de ses textes emblématiques, la directive 2009/50/CE dite « Carte bleue » établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié¹⁹. Résumant presque à lui seul la difficulté d'appliquer le « Mieux légiférer » au domaine de la migration légale, cet instrument fait aujourd'hui l'objet d'une proposition de refonte législative de la Commission²⁰, dont le Parlement européen vient de finir la première lecture²¹. La présidence maltaise du Conseil l'a, quant à elle, intégrée à ses priorités en matière de migration légale lors de sa prise de fonction²². L'examen de l'application du « Mieux légiférer » à ce texte pilier de la politique de migration légale révèle un décalage entre l'ambition des objectifs affichés (1) et les limites de la méthode retenue pour les réaliser (2).

1) Le « Mieux légiférer » et la directive « Carte bleue » : l'ambition des objectifs

L'application du programme « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue » doit renforcer la cohérence et l'efficacité d'un dispositif clé de la politique de migration légale. La transposition de principes cardinaux du REFIT vise autant à honorer l'engagement politique de la construction d'une nouvelle politique de migration légale (1.1) qu'à réagir aux critiques récurrentes adressées précisément à l'encontre de cette directive (1.2).

Version 1.2.2017, p. 1 : « *Its aim is to evaluate the existing EU legislation on legal migration ; try to identify any possible gaps or inconsistencies ; and analyse if it contributes to an effective management of migratory flows* », disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/legal_migration/fitness_check_legal_migration_-_consultation_strategy_1.2.2017_en.pdf.

18 Commission européenne, Evaluation and fitness check roadmap, Legal migration, 1^{er} septembre 2016, p. 6, « *the relevance and coherence of all directives will be assessed, but the scope and depth of the analysis on other aspects will differ* » (nous traduisons), disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_home_199_fitnesscheck_legal_migration_en.pdf.

19 Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JOCE L 155 du 18.6.2009, p. 17-29.

20 Commission européenne, Proposition de directive du Parlement et du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi nécessitant des compétences élevées, COM (2016) 378 final, Strasbourg, 7 juin 2016.

21 Parlement européen, Commission LIBE, Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi nécessitant des compétences élevées (COM (2016) 0378, C8-0213/2016 – 2016/0176 (COD), 26 janvier 2017.

22 Programme national de la présidence maltaise, janvier 2017, p. 23 : « Dans le même temps, les efforts se poursuivront dans le domaine de la migration légale, afin de faire en sorte que l'Europe dispose des conditions nécessaires pour attirer les travailleurs possédant les compétences dont elle a besoin. En gardant cet objectif à l'esprit, la Présidence fera avancer les négociations sur la révision de la directive Carte bleue ».

1.1 Contribuer à la construction d'une nouvelle politique de migration légale

Lors du discours précédant son élection à la présidence de la Commission prononcé devant le Parlement européen le 15 juillet 2014, Jean-Claude Juncker rappelait qu'il souhaitait « promouvoir une nouvelle politique européenne en matière de migration légale », en vue de remédier aux « pénuries de qualifications spécifiques et à attirer des talents afin d'être mieux à même de relever les défis démographiques qui se posent à l'Europe »²³. Afin de concrétiser cet objectif politique, de nombreuses initiatives vont être prises par le nouveau président de la Commission. Ainsi, est créée une Direction générale « Migration, Affaires intérieures et citoyenneté », dirigée par le Commissaire grec Dimitris Avramopoulos. Cette nomination vise à honorer l'engagement du président de la Commission, qui entendait conduire la politique migratoire de la nouvelle Commission dans un « esprit de solidarité »²⁴ en donnant une visibilité accrue aux États situés en première ligne sur le front migratoire. L'impulsion nouvelle donnée à la politique migratoire de l'Union doit se concrétiser par l'amélioration de la qualité de la législation, portée par l'impératif « Mieux légiférer ». L'application de cette stratégie au droit dérivé de la politique de migration légale de l'Union doit contribuer à renforcer sa légitimité et à montrer que la Commission met en œuvre les engagements politiques pris avant la nomination du nouveau président.

La mise en œuvre de l'évaluation réglementaire de la politique de migration légale constitue un jalon important de la tentative de re-légitimation de la Commission européenne depuis la prise de fonction de Jean-Claude Juncker. L'objectif de cette évaluation est, en effet, de repérer les éventuelles lacunes ou incohérences de la politique pour améliorer l'efficacité et l'adéquation de la législation en cause avec les objectifs de transparence et de cohérence structurant l'initiative « Mieux légiférer »²⁵. Cette évaluation lancée sous le mandat de la Commission actuelle trouve son origine dans une décision de 2013. La communication REFIT indiquait alors qu'une évaluation réglementaire de ce type serait effectuée sur la politique de migration légale²⁶. La Commission Juncker saisit l'occasion de montrer qu'une action est entreprise en vue de renforcer la cohérence globale de la politique de migration légale de l'Union. Elle procède à une réutilisation politique de décisions prises avant son entrée en fonction, pour servir un même but de renforcement de sa légitimité sur l'un de ses textes les plus critiqués. Elle fait, sur ce dossier, preuve d'une attitude particulièrement volontariste. Outre l'évaluation réglementaire actuellement en cours, elle proposera également une révision législative à la suite d'un rapport sur la mise en œuvre du texte produit au premier semestre 2014.

23 J.-C. JUNCKER, « Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'emploi, la croissance, l'équité et le changement démographique », *op. cit.*, p. 10.

24 Sur l'émergence du concept en matière de migration et sa transformation récente en solidarité flexible opérée sous l'impulsion de plusieurs États membres, voir P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI, « The Bratislava Declaration on migration : European irresponsibility instead of solidarity », OMNIA Odysseus Blog, 27 septembre 2016.

25 Commission européenne, « Terms of reference for a study in support of a Fitness Check and compliance assessment of existing EU legal migration Directives », disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/legal_migration/tor-fitnesscheckstudyv15-clean-annex_i-v_en.pdf, p. 3.

26 Commission européenne, *Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes*, COM (2013) 685 final, Bruxelles, 2 octobre 2013, p. 13 de l'annexe.

L'entreprise de renforcement de la légitimité de la Commission Juncker sur la migration légale, qui insiste particulièrement sur la directive « Carte bleue », se base sur des initiatives déjà engagées avant son entrée en fonction. Sans procéder à une remise à plat complète de la législation en matière de migration légale, la Commission Juncker réussit à insuffler son rythme propre à cette légitimation de la politique de migration légale, en s'appropriant les initiatives arrêtées antérieurement comme l'évaluation réglementaire, qu'elle fait précéder d'une initiative législative sur une nouvelle directive « Carte bleue » au printemps 2016. L'objectif poursuivi est de montrer que la nouvelle Commission appréhende le problème dans ses multiples facettes, en vue d'atteindre deux buts distincts. Il s'agit, bien sûr, d'essayer de concrétiser l'engagement politique du président Juncker et de renforcer ainsi la légitimité de la Commission. Il s'agit également de réagir aux critiques récurrentes adressées à l'encontre de la Commission sur la « Carte bleue ».

1.2 Répondre à la récurrence des critiques

Instrument phare de la politique de migration légale, la directive « Carte bleue » entre dans le champ de l'évaluation législative (*fitness check*) lancée en septembre 2016 après proposition d'une directive modificative le 7 juin 2016²⁷. La feuille de route de cette évaluation précise que les résultats à venir seront utilisés « comme base afin de déterminer quelles actions pourraient être requises afin d'améliorer la cohérence de la législation en matière de migration légale »²⁸. L'application du programme « Mieux légiférer » à la politique de migration légale vise un renforcement de ses différents instruments. Une évaluation « horizontale » doit à cette fin être mise en œuvre en vue de déterminer la compatibilité du droit dérivé avec les principes directeurs du programme REFIT que sont la pertinence, la cohérence, l'efficacité, l'efficience et la plus-value européenne de l'action entreprise²⁹.

La directive « Carte bleue » a déjà fait l'objet de plusieurs rapports et analyses, pour un constat sévère. Lors de son adoption en 2009, la directive « Carte bleue » précisait à son article 21 que la Commission serait tenue de produire un rapport sur son application au Parlement européen et au Conseil, « tous les trois ans et pour la première fois le 19 juin 2014 au plus tard [...] et propose, le cas échéant, les modifications nécessaires »³⁰. Sur cette base, la Commission a produit un rapport d'évaluation le 22 mai 2014³¹, qui pointe les nombreuses difficultés rencontrées. D'après ses conclusions, le nombre extrêmement faible de cartes délivrées sur la période étudiée impose de relativiser l'idée d'un quelconque renforcement de l'attractivité de l'Union pour les ressortissants d'État tiers hautement

27 Commission européenne, Proposition de directive du Parlement et du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi nécessitant des compétences élevées, *op. cit.*

28 Commission européenne, *Evaluation and fitness check roadmap, Legal migration, op. cit.*, p. 1 : « The results of the Fitness Check will be used as a basis to assess what actions (both legislative and non- legislative) might be required to improve the coherence of the legal migration legislation ».

29 Ouverture, transparence, efficacité, voir Commission européenne, *Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes, op. cit.*

30 Directive 2009/50, *op. cit.*, article 21.

31 Commission européenne, Communication au Parlement et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2009/50/CE du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (« Carte bleue européenne »), COM (2014) 287 final, Bruxelles, 22 mai 2014.

qualifiés porté par la directive. Cette difficulté tenant au volume numérique des cartes délivrées se conjugue avec le problème des autorités émettrices. L'immense majorité des cartes distribuées est, en fait, issue d'un seul État membre³². D'après la Commission, l'attractivité du système mis en place par la « Carte bleue » est minée par la possibilité laissée aux États de conserver leurs systèmes nationaux, sur la base de l'article 79 § 5 TFUE³³. Adoptée avant la réforme de Lisbonne, la directive « n'a finalement fixé que des normes minimales et a laissé une marge de manœuvre aux États membres grâce à de nombreuses dispositions facultatives et renvois à la législation nationale »³⁴. La Commission éclaire les difficultés sérieuses rencontrées par la pièce maîtresse du dispositif de l'Union en matière d'immigration qualifiée, sans proposer de modification substantielle. Deux ans plus tard, des conclusions similaires sont dressées dans l'étude d'impact qui accompagne la proposition législative de nouvelle « Carte bleue »³⁵. Ces rapports pointent de manière récurrente la possibilité de perpétuer les systèmes nationaux d'admission, ce qui réduit considérablement l'efficacité globale de la directive et confirme les interrogations récurrentes des ONG et du monde académique sur cette incohérence majeure.

Ce problème sera particulièrement mis en lumière par la Commission dans sa proposition législative communiquée au Conseil en 2016, qui propose la suppression pure et simple des systèmes nationaux au sein du nouveau dispositif de « Carte bleue ». La tentative d'application du « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue », en ce qu'elle tente de répondre aux critiques récurrentes adressées à l'encontre de la directive « Carte bleue » et de la politique migratoire dans son ensemble, doit participer à la construction d'une nouvelle politique de migration légale défendue par la nouvelle Commission. En proposant des solutions aux incohérences des textes de droit dérivé existants, elle s'inscrit clairement dans le cadre de la stratégie « Mieux légiférer » tout en essayant de formuler des réponses satisfaisantes aux critiques récurrentes adressées à la directive « Carte bleue ». Toutefois, le nombre de plus en plus important de documents de la Commission relatifs à la Carte bleue confine à la profusion. Aux documents cités, qui représentent des centaines de pages dédiées à la « Carte bleue », s'ajoute depuis septembre 2016 l'évaluation de l'acquis législatif dans le domaine de la migration légale. Alors même que l'on se cantonne à l'étude d'un seul instrument législatif, on est frappé par l'abondance des rapports, de documents dans lesquels la Commission reconnaît ses torts. Quels enseignements sur le « Mieux légiférer » peut-on tirer de ce constat ?

32 *Ibid.* p. 3 : « En 2013, le nombre de cartes bleues délivrées, à la hausse, s'est établi à 15 261, celles-ci ayant essentiellement été délivrées en Allemagne (14 197) au Luxembourg (306) et en France (304) ».

33 *Ibid.*, p. 4 : « l'existence de dispositifs nationaux destinés aux travailleurs hautement qualifiés pourrait avoir une incidence sur le nombre de cartes bleues européennes délivrées par certains États membres ».

34 *Ibid.*, p. 11.

35 Voir les 6 annexes accompagnant la proposition de nouvelle carte bleue, Commission européenne, Proposition de directive du Parlement et du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi nécessitant des compétences élevées, *op. cit.*

2) Le « Mieux légiférer » et la directive « Carte bleue » : les insuffisances de la méthode

L'application du programme « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue » interroge sur la possibilité d'atteindre les objectifs poursuivis par l'évaluation de l'acquis législatif, indifféremment de la manière dont elle est organisée (2.1) ou des outils privilégiés pour sa mise en œuvre (2.2).

2.1 Les carences de l'organisation

L'organisation de la mise en œuvre des préconisations du programme « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue » conduit à douter de la possibilité d'atteindre les objectifs poursuivis, tant les carences sont nombreuses.

La logique ayant présidé à l'adoption du calendrier d'application du « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue » est difficilement compréhensible. L'évaluation législative susmentionnée est le troisième acte de ce type pris en trois ans à l'égard de la directive « Carte bleue ». Comment conjuguer cet élément avec l'impératif d'efficacité revendiqué par le programme « Mieux légiférer » ? Cette contradiction entre l'objectif affiché et l'organisation arrêtée pour mettre en œuvre l'évaluation de l'acquis législatif amène à relativiser la portée de son application à la migration légale. Selon la feuille de route, il est convenu que la « Carte bleue » « ne sera pas complètement examinée une nouvelle fois, mais l'examen et l'étude d'impact entrepris dans [le contexte de nouvelle proposition législative de la Commission] rentreront dans cette évaluation »³⁶. Cette manière de procéder ampute manifestement l'audit entrepris sur la politique de migration légale d'informations cruciales quant à son efficacité et à la pertinence de ses instruments. Les arguments avancés au soutien de cette stratégie emportent difficilement l'adhésion, si bien qu'il est permis de se demander si l'évaluation enclenchée ne vise pas, en laissant à l'écart de nombreux éléments, à renforcer en définitive le *statu quo*.

Cette limitation n'est pas le seul motif de circonspection suscitée par l'organisation de la mise en œuvre du « Mieux légiférer ». La feuille de route de l'évaluation de l'acquis législatif précise en effet que les instruments les plus récents de la politique étudiée seront exclus du champ de l'analyse³⁷. La principale raison avancée, à savoir leur adoption récente, soutient difficilement l'analyse. Certains de ces outils, comme la directive sur les travailleurs saisonniers, ont en effet commencé à s'appliquer en 2014. Le souhait de la Commission d'économiser ses ressources et ses moyens se justifie tout à fait dans un souci d'efficacité de l'action publique. On rappellera simplement que, depuis 2014, la directive « Carte bleue » a fait l'objet de trois rapports d'évaluation en comptant le processus actuel, duquel elle n'est pas totalement exclue.

³⁶ Commission européenne, *Evaluation and fitness check roadmap, Legal migration, op cit.*, p.6.

³⁷ Et en particulier : Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, *op. cit.* ; Directive (UE) 2016/801 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, *JOUE* L 132 du 21.05.2016, p. 21-57.

La logique qui sous-tend cette exclusion est difficile à saisir. Sous prétexte de transpositions trop récentes, la Commission recommande d'exclure de l'examen global de la politique de migration légale de l'Union nombre de ses instruments. L'examen de la cohérence transversale des différents instruments ne pourra être réalisé de manière optimale, certains en étant partiellement ou totalement exclus. Cette situation est d'autant plus regrettable que cet examen constituait sans doute la principale plus-value de l'évaluation actuellement mise en œuvre. Si on note, de plus, que les textes écartés de cette évaluation sont tous des instruments au sujet desquels la compétence de la Commission ne faisait pas débat, on peut s'interroger sur le but poursuivi. Est-il réellement de renforcer la législation existante ?

Quoi qu'il en soit, l'organisation du processus d'évaluation actuelle de la politique de migration légale apparaît largement perfectible. Elle ne permet pas de répondre aux objectifs de renforcement de la cohérence entre la directive « Carte bleue » et le reste du droit dérivé de la migration légale, et ne favorise aucunement l'émergence de synergies entre des textes qui revêtent pourtant une importance bien réelle au sein de cette politique publique. Cette analyse n'est pas démentie par l'étude rapide des moyens utilisés pour réaliser l'évaluation de l'acquis législatif.

2.2 Les lacunes des moyens utilisés

L'autre élément qui conduit à douter de la faisabilité des objectifs poursuivis et révèle le décalage entre l'ambition de l'application du « Mieux légiférer » et la méthode pour la concrétiser est le choix des moyens utilisés à cette fin.

L'audit horizontal mis en œuvre dans le cadre de l'évaluation réglementaire de la politique de migration légale doit se faire en quatre phases. Il s'articule autour de questions posées aux principales parties intéressées lors de la troisième phase de l'analyse, après avoir procédé à une analyse contextuelle des problèmes posés ainsi qu'à des recherches documentaires en vue de construire les questions pertinentes. Les annexes de la stratégie « Mieux légiférer » fournissent des exemples de questions susceptibles d'être posées afin de mettre en lumière les contradictions ou oppositions existant entre les différents instruments législatifs. La Commission en tire ensuite les conséquences et propose les mesures qui s'imposent.

Cette méthode classique d'évaluation réglementaire répond à un impératif répété à plusieurs reprises par la Commission, notamment dans sa Communication de 2017 sur l'application du droit de l'Union³⁸. On la retrouve dans d'autres évaluations réglementaires déjà achevées, dans des secteurs aussi divers que les directives oiseaux et habitats, les dispositions relatives au droit de la consommation ou encore au raffinage des produits du pétrole³⁹. La méthode choisie est identique à

38 Commission européenne, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, COM 2017 C18/10, janvier 2017.

39 Commission européenne, Commission Staff Working Document, *Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives) Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds and Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora*, SWD (2016)472 final, 16 décembre 2016 ; Commission européenne, Commission Staff Working document, « Sectoral fitness check of the petroleum refining sector », SWD(2015) 284/2,

d'autres évaluations législatives. On peut toutefois se demander si des aménagements auraient pu être envisagés en raison du caractère sensible de la matière. Outre le fait que le principal document d'appui ne peut pas vraiment être considéré comme affûté lui-même⁴⁰, la méthode retenue pour l'évaluation actuelle de la « Carte bleue » ressemble en de nombreux points à celle retenue lors de l'étude d'impact sur la nouvelle « Carte bleue » de 2016. La question de la pertinence de l'évaluation de la réglementation sur la « Carte bleue », un an à peine après la production d'une étude d'impact portant sur sa nouvelle version, mérite d'être posée. Il est probable que les parties prenantes interrogées lors de l'évaluation réglementaire de la « Carte bleue »⁴¹ soient identiques à celles interrogées un an auparavant, ce qui pose une nouvelle fois la question de la synergie et de l'efficacité.

Cette question se pose également si on considère la dimension horizontale de l'examen de la législation réalisé pour la politique de migration légale. On peut en effet douter que cette enquête horizontale permette un examen complet de la législation, dans la mesure où certaines questions ne seront délibérément pas posées sur la directive « Carte bleue », pour lesquelles on préférera procéder à un renvoi aux études réalisées précédemment. La principale difficulté de la méthode retenue est sa similarité quasi parfaite avec celle utilisée pour conduire l'étude d'impact de 2016. La lecture conjointe de la *factsheet* sur la refonte de la directive « Carte bleue » et la stratégie REFIT adoptée moins d'un an après sur toute la dimension légale révèle un nombre important de similarités⁴², qui peuvent être interprétées comme les signes d'une grande coordination en la matière. On a toutefois du mal à voir comment la méthode retenue peut simplifier le droit de l'immigration légale, en particulier l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins de travail hautement qualifié. Il s'agit davantage d'une entreprise de compilation d'études distinctes concernant la « Carte bleue » qu'une véritable analyse globale au sein de laquelle elle serait versée. Une adaptation de la méthode aurait-elle dû être envisagée ? La plus value pour la « Carte bleue » apparaît assez relative. Les quelques dérogations à la méthode générale dont bénéficie la « Carte bleue » mettent à mal la synergie et la cohérence de l'ensemble de l'examen du droit de la migration légale. Cela est regrettable dans la mesure où la confrontation croisée de la directive « Carte bleue » aux textes législatifs plus récents, totalement exclus de l'évaluation réglementaire réalisée, aurait pu se révéler intéressante pour la poursuite des objectifs portés par la stratégie « Mieux légiférer ».

7 janvier 2016 ; Commission européenne, Evaluation and Fitness check roadmap of Consumer law, http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/index_en.htm.

40 Commission européenne, « Terms of reference for a study in support of a Fitness Check and compliance assessment of existing EU legal migration Directives », *op. cit.*, document supposé expliquer la marche à suivre et dont on ne peut pas réellement dire qu'il soit facilement compréhensible.

41 *Ibid.*, p.5 « The key stakeholders to be consulted are government administrations, trade unions, business, educational institutions, international organisations and civil society, including migrants' organisations ».

42 Commission européenne, Factsheet, Révision de la directive Carte bleue européenne, 7 juin 2016.

Le processus d'évaluation réglementaire de la politique migratoire actuellement en cours ne permet que d'émettre des suppositions sur le résultat à venir de l'application du programme « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue », texte emblématique de la difficulté de légiférer en matière de migration légale. Une fois le processus terminé, il faudra s'interroger sur le devenir des recommandations élaborées par la Commission. Il est permis de douter que ces dernières soient éloignées de celles formulées dans l'étude d'impact accompagnant la proposition de nouvelle « Carte bleue » de 2016. Dans tous les cas, on ne voit pas comment la mise en application du « Mieux légiférer » permettrait de dépasser les écueils qui se dressent face à cette politique de l'Union, cristallisés dans la directive « Carte bleue ». On a du mal à voir, au-delà du caractère cosmétique de la révision proposée par la Commission, comment les préconisations pourront vraiment être mises en œuvre à cause de la clause prévue à l'article 79 § 5.

La nature des rapports entretenus par la directive « Carte bleue » et le « Mieux légiférer » reste incertaine. Cette relation témoigne-t-elle d'un contournement ou d'un remplacement de la stratégie légistique revendiquée par la Commission ? La réforme actuelle de la « Carte bleue » s'est affranchie des contraintes procédurales du programme « Mieux légiférer », dans la mesure où elle a été proposée par la Commission avant le début de l'évaluation réglementaire de la politique de migration légale. Assiste-t-on à un processus d'intériorisation du « Mieux légiférer » par la Commission, qui mettrait ses préconisations en œuvre sans faire référence au programme du même nom ? Il convient de rester prudent, dans la mesure où l'évaluation réglementaire de la migration légale était programmée depuis 2013. L'application implicite des préconisations du « Mieux légiférer » à la « Carte bleue » doit-elle être envisagée comme un succès ou un échec de cette stratégie légistique ? D'un côté, l'adoption des documents prospectifs sur la « Carte bleue » a pu entraîner une mise à l'agenda plus rapide de l'évaluation de l'acquis législatif. De l'autre, cette accélération peut être vue comme la volonté de s'affranchir des contraintes imposées par la future feuille de route mise en œuvre pour le *fitness check*. On peut supposer que la Commission prend ce programme tellement à cœur qu'elle l'intériorise et applique automatiquement ses préconisations. Une autre lecture laisse à penser que l'évaluation réglementaire sert d'autres fins que l'amélioration de la qualité de la législation. L'exemple de la « Carte bleue » le montre particulièrement bien. Les dates choisies laissent à peine le temps de lire les études d'impact que d'autres sont déjà commandées. Quel intérêt, si ce n'est celui de fournir de nouveaux contrats aux sociétés de consultance auxquelles ces opérations sont facturées⁴³ ? Quelle efficacité pour l'action publique ? L'impact de l'évaluation entreprise promet en tout état de cause d'être extrêmement faible pour la directive « Carte bleue ».

En définitive, on peine à déterminer le véritable but de l'application du programme « Mieux légiférer » au texte le plus emblématique de la politique de migration légale. L'objectif affiché d'amélioration de la législation est loin d'emporter l'adhésion, et il semble difficile de réussir à se projeter au-delà de l'affichage. On peut considérer que l'application du « Mieux légiférer » à la directive

⁴³ Commission européenne, « Terms of reference for a study in support of a Fitness Check and compliance assessment of existing EU legal migration Directives », *op. cit.* Ce document dont le but est d'éclairer sur la stratégie pratique à mettre en œuvre pour procéder à l'évaluation législative de la politique de migration légale fait à 36 reprises référence au terme « contractor ».

« Carte bleue » ne parvient pas à dépasser le *statu quo*⁴⁴. Les principaux défauts de la première version du texte n'ont pas disparu, alors qu'on se trouve pour le moment au stade de la proposition législative. La proposition actuelle de réforme de la Carte bleue se rapproche d'une tentative de recyclage, et le « Mieux légiférer » apparaît finalement impuissant face à des forces qui dépassent la simple légistique.

Initiative visant principalement à la re-légitimation politique de la Commission, l'application du « Mieux légiférer » à la directive « Carte bleue » ne constitue pas autre chose qu'un instrument d'affichage politique, comme en atteste le décalage entre l'ambition affichée et l'organisation définie pour la réaliser. L'avenir dira si ces conclusions doivent être étendues à l'ensemble de la politique de migration légale de l'Union européenne.

44 P. DE BRUYCKER, « Transformer la « Carte blues » en véritable Carte bleue », *GDR ELSJ*, 12 novembre 2014.

