



Commentaire

Décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019

Société Air France

*(Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger
dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 31 juillet 2019 par le Conseil d'État (décisions n°s 427744 et 427745 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Air France, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 625-1 et L. 625-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Dans sa décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le 2° de l'article L. 625-5 du CESEDA, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

I. – Les dispositions contestées

A. – Origine et objet des dispositions contestées

1. – Le dispositif originellement prévu en application de la convention de Schengen

* Les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA trouvent leur origine dans la loi n° 92-190 du 26 février 1992¹ visant à tirer les conséquences, en droit interne, de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

Cette convention (ci-après désignée « *convention de Schengen* »), signée le 19 juin 1990 par les cinq États initiateurs de l'espace Schengen², avait pour objet « *d'accomplir la volonté exprimée dans cet accord de parvenir à la suppression des*

¹ Loi n° 92-190 du 26 février 1992 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

² Il s'agissait de la France, l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas. De nos jours, l'espace Schengen regroupe vingt-six pays européens (dont vingt-deux font partie de l'Union européenne).

contrôles aux frontières communes dans la circulation des personnes et d'y faciliter le transport et la circulation des marchandises »³.

En contrepartie, la convention de Schengen prévoyait un renforcement des contrôles aux frontières extérieures des États signataires. Son article 26 contenait, en particulier, l'engagement des parties contractantes d'introduire dans leur législation des obligations et sanctions pesant sur les transporteurs aériens et maritimes en matière de contrôle documentaire de leurs passagers.

En application du b du paragraphe 1 de cet article, les États signataires s'engageaient à prévoir, outre la charge financière de la garde et du réacheminement effectif des passagers étrangers non admis, que « *Le transporteur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté par voie aérienne ou maritime est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur les territoires des Parties Contractantes* ».

En vertu du paragraphe 2 de l'article 26 de la convention de Schengen, ces États s'engageaient également, « *sous réserve des engagements qui découlent de leur adhésion à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967 et dans le respect de leur droit constitutionnel, à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime d'un État tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis* ».

* Après avoir autorisé l'approbation de la convention de Schengen par une loi du 30 juillet 1991⁴, le législateur français est intervenu, par la loi précitée du 26 février 1992, afin « *d'introduire dans l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers les modifications de nature législative rendues nécessaires en vue de l'entrée en vigueur au début de 1993 de la convention du 19 juin 1990* »⁵. L'objet de cette loi était principalement d'instaurer les obligations et sanctions prévues par l'article 26 de la convention de Schengen à l'égard des transporteurs ayant acheminé en France des étrangers non admissibles, afin d'inciter tout particulièrement « *les compagnies aériennes, qui acheminent chaque année en*

³ Préambule de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

⁴ Loi n° 91-737 du 30 juillet 1991 autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

⁵ Exposé des motifs du projet de loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 2338 (Assemblée nationale – IX^e législature), déposé le 13 novembre 1991.

France plus de 7 000 étrangers dépourvus de documents de voyage ou de visas, à effectuer un contrôle de ces pièces avant l'embarquement »⁶.

À cet effet, l'article 3 de la loi du 26 février 1992 a inséré au sein de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France un article 20 *bis* accordant au ministre de l'intérieur le pouvoir de punir « *d'une amende d'un montant maximum de 10 000 F l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français, en provenance d'un autre État, un étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne et démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable à raison de sa nationalité* ».

Le II de cet article prévoyait que « *L'amende prévue au premier alinéa du présent article n'est pas infligée : / 1° Lorsque l'étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne qui demande l'asile a été admis sur le territoire français ou lorsque la demande d'asile n'était pas manifestement infondée ; / 2° Lorsque l'entreprise de transport établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement ou lorsque les documents présentés ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste* ».

2. – Le dispositif résultant de la communautarisation de l'acquis de Schengen

* Avec la signature du traité d'Amsterdam le 2 octobre 1997, les instruments normatifs de l'espace Schengen ont été intégrés dans le cadre de l'Union européenne par l'effet d'un protocole annexé au traité, relatif à ce qui est devenu « *l'acquis de Schengen* »⁷.

L'article 2 de ce protocole a plus précisément amorcé une substitution des bases juridiques applicables à ces instruments ainsi qu'aux décisions prises dans ce cadre en donnant compétence au Conseil de l'UE pour déterminer, « *conformément aux dispositions pertinentes des traités, la base juridique pour chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis de Schengen* ».

⁶ *Ibid.* Précisons que l'article L. 322-2 du code de l'aviation civile (devenu l'article L. 6421-2 du code des transports) imposait déjà aux transporteurs de n'admettre à l'embarquement, pour les transports internationaux, que les voyageurs justifiant qu'ils sont régulièrement autorisés à atterrir au point d'arrivée et aux escales prévues.

⁷ Par « acquis », il faut donc entendre l'accord signé à Schengen le 14 juin 1985, la convention d'application de cet accord en date du 19 juin 1990, les protocoles et accords d'adhésion à ces deux instruments conclus ultérieurement avec d'autres États et les décisions et déclarations adoptées par le comité exécutif institué par la convention de Schengen.

Par deux décisions du 20 mai 1999, le Conseil a, d'une part, défini ce qui constituait l'acquis de Schengen en « cristallisant » les dispositions ou décisions à l'égard desquelles il n'était pas nécessaire de déterminer une base juridique dans les traités communautaires⁸. D'autre part, il a déterminé une telle base juridique pour chacune des autres dispositions ou décisions contraignantes appelées à être encore utilisées⁹, en les ventilant entre les premier et troisième piliers de l'UE. À ce titre, il a considéré que l'article 26 de la convention de Schengen devait désormais trouver sa base juridique dans l'article 63, paragraphe 3, du traité instituant la Communauté européenne (TCE)¹⁰, autrement dit dans le premier pilier communautaire, « *tout en reconnaissant qu'il appartient aux États membres de décider de la forme, des modalités et du niveau des sanctions prévues à cet article* ».

C'est en vertu de ce nouveau cadre normatif que le Conseil, se substituant au Comité exécutif de Schengen, a adopté la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

Cette directive, présentée par son préambule comme constituant « *un développement de l'acquis de Schengen, conformément au protocole intégrant celui-ci dans le cadre de l'Union européenne* », a principalement eu pour objet d'« *harmoniser autant que possible les sanctions pécuniaires actuellement prévues par les États membres en cas de violation des obligations de contrôle qui incombent aux transporteurs* ».

Dans cette optique, son article 4 a imposé, dans son paragraphe 1, aux États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer que les sanctions applicables aux transporteurs en vertu de l'article 26, paragraphes 2 et 3, de la convention de Schengen sont dissuasives, effectives et proportionnelles* », en fixant des sanctions pécuniaires dont le montant maximal ou minimal, selon le choix retenu par chaque État, devait être fixé en considération de l'un au moins des seuils suivants :

« *a) soit le montant maximal des sanctions pécuniaires applicables ainsi instaurées n'est pas inférieur à 5000 euros ou à l'équivalent en monnaie nationale au cours publié dans le Journal officiel le 10 août 2001, par personne transportée ;*

⁸ Décision 1999/435/CE du Conseil, du 20 mai 1999, relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis.

⁹ Décision 1999/436/CE du Conseil, du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen.

¹⁰ À la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cet article est devenu l'article 79 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

« b) soit le montant minimal de telles sanctions n'est pas inférieur à 3000 euros ou à l'équivalent en monnaie nationale au cours publié dans le Journal officiel le 10 août 2001, par personne transportée ;

« c) soit le montant maximal de la sanction appliquée forfaitairement à chaque infraction n'est pas inférieur à 500 000 euros, ou à l'équivalent en monnaie nationale au cours publié dans le Journal officiel le 10 août 2001, indépendamment du nombre de personnes transportées ».

* Le législateur français a transposé la directive 2001/51/CE à l'occasion de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. L'exposé des motifs de cette loi précise que *« L'article 15 transpose la directive 2001/51/CE du Conseil de l'Union européenne, qui généralise au plan communautaire le système des amendes aux transporteurs, pour contraindre ces derniers à s'assurer que les personnes transportées sont en possession des documents requis pour l'entrée et la circulation dans les États membres, en application des stipulations de la convention de Schengen. Ce dispositif existait déjà dans l'ordonnance de 1945, seul le seuil du montant maximal de l'amende est modifié. Il est porté, en application de la directive précitée, de 1 500 à 5 000 €. Les infractions commises à l'occasion du transit sont également expressément visées »*¹¹.

Les modifications apportées en conséquence à l'article 20 *bis* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 se sont limitées, pour l'essentiel, à intégrer les exigences issues de la directive 2001/51/CE :

- d'une part, en portant à 5 000 euros le montant maximal de l'amende encourue par le transporteur pour chaque passager (ce qui traduit le choix du législateur de privilégier la première option offerte à cet égard par l'article 4 de la directive) ;
- d'autre part, en étendant la répression au débarquement d'étrangers en situation irrégulière dans le cadre du transit.

Le législateur a, par ailleurs, restreint le périmètre des causes d'exonération possibles du transporteur en exigeant notamment de ce dernier qu'il établisse que les

¹¹ Exposé des motifs du projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, n° 823 (Assemblée nationale – XII^e législature), déposé le 30 avril 2003.

documents requis lui avaient été présentés au moment de l'embarquement et qu'ils ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste¹².

Avec la codification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004¹³, le contenu de l'article 20 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 a été scindé en plusieurs articles.

Les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA ont respectivement repris, sous une forme inchangée, l'incrimination et les causes d'exonération applicables aux transporteurs en matière de contrôle documentaire des ressortissants étrangers non communautaires.

En dernier lieu, la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016¹⁴ a doublé le montant maximal de l'amende susceptible d'être prononcée à l'encontre du transporteur sur le fondement de l'article L. 625-1 du CESEDA, ce montant étant désormais de 10 000 euros par personne transportée.

B. – Origine de la QPC et question posée

Le 6 juillet 2015, la société Air France avait fait débarquer sur le territoire français deux personnes en provenance d'Ouagadougou. Bien que justifiant chacune d'un visa régulièrement émis par l'autorité compétente, celles-ci étaient en possession d'un passeport qui s'était révélé contrefait.

Par deux décisions du 17 mai 2016, le ministre de l'intérieur avait infligé à la société Air France deux amendes de 5 000 euros chacune. La société Air France avait sollicité l'annulation de ces deux décisions devant la juridiction administrative.

Ses recours avaient été rejetés successivement par le tribunal administratif de Paris, par deux jugements du 3 octobre 2017, puis par la cour administrative d'appel de Paris, par deux arrêts du 10 décembre 2018.

¹² Auparavant, l'exonération était possible à partir du moment où le transporteur établissait soit que les documents requis lui avaient été présentés au moment de l'embarquement, soit que les documents présentés – sans qu'ils soient nécessairement les documents requis – ne comportaient pas un élément d'irrégularité manifeste.

¹³ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 120 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

¹⁴ Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

La société Air France avait alors formé un pourvoi en cassation contre ces arrêts. À cette occasion, elle avait posé deux QPC relatives aux articles L 625-1 et L. 625-5 du CESEDA.

Par la décision précitée du 31 juillet 2019, le Conseil d'État, après avoir joint les QPC, a décidé d'en ordonner le renvoi au Conseil constitutionnel aux motifs, d'une part, que *« les dispositions contestées procèdent, en ce qu'elles exigent que le transporteur contrôle la détention des documents de voyage requis et en ce qu'elles le sanctionnent pour avoir transporté un étranger qui ne les détient pas, de l'exécution d'une obligation précise et inconditionnelle posée par la convention de Schengen, laquelle a été intégrée au droit de l'Union européenne. Dans cette mesure, le moyen soulève, s'agissant du contrôle de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la convention de Schengen, une question qui présente un caractère nouveau »*. D'autre part, il a considéré que *« le moyen soulevé par la société Air France, tiré de ce que les dispositions qu'elle critique portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à ceux qui sont garantis par l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 soulève une question qui présente un caractère sérieux »*.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

* La décision de renvoi du Conseil d'État ne précisant pas dans quelle version les dispositions contestées étaient renvoyées, le Conseil constitutionnel a jugé, conformément à sa jurisprudence habituelle, que *« la question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée »*. Il s'agissait en l'occurrence des dispositions des articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA résultant de l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁵ (paragr. 1).

* La société requérante, rejointe par l'association intervenante, reprochait à ces dispositions de permettre qu'un transporteur aérien soit sanctionné pour avoir débarqué sur le territoire français un étranger démuné de documents de voyage ou de visa, même lorsqu'il a procédé au contrôle de ces documents à l'embarquement et que l'irrégularité qui les affecte n'a pas été détectée par les services compétents de l'État lors de leur délivrance. Ces dispositions avaient ainsi pour effet, selon elles, de déléguer au transporteur, en violation de l'article 12 de la Déclaration des droits de

¹⁵ Pour rappel, cette ordonnance a été ratifiée par l'article 120 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

l'homme et du citoyen de 1789, l'accomplissement d'opérations de contrôle incombant aux seules autorités publiques. Il en résultait également, selon la société requérante, une atteinte aux principes de proportionnalité et d'individualisation des peines et une violation du principe de la responsabilité personnelle en matière pénale. La société requérante soutenait, par ailleurs, qu'il résultait de l'article L. 5421-1 du code des transports une différence de traitement inconstitutionnelle entre les transporteurs aériens et maritimes.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur le 2° de l'article L. 625-5 du CESEDA (paragr. 5).

A. – Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les lois de transposition de directives de l'Union européenne

La question du contrôle à opérer sur les dispositions contestées se présentait ici sous un jour inédit, ainsi que le Conseil d'État l'avait jugé en attribuant un caractère nouveau à la QPC, car la généalogie de ces dispositions faisait apparaître que leur cadre normatif « externe » avait muté sous l'effet de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'UE.

Le Premier ministre faisait valoir que, dans la mesure où les dispositions contestées appliquaient les dispositions inconditionnelles et précises de la directive 2001/51/CE du 28 juin 2001, il n'y avait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, de se prononcer sur leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. La société requérante et l'association intervenante soutenaient, pour leur part, que ces dispositions adaptaient en droit interne les stipulations de l'article 26 de la convention de Schengen, qui ne constitue ni une directive ni un règlement européen, de sorte qu'il n'y avait pas lieu pour le Conseil constitutionnel de limiter son contrôle sur ces dispositions.

Le Conseil était ainsi invité à préciser si le cadre normatif externe dans lequel s'inscrivaient les dispositions contestées était à situer dans le droit originaire de la convention de Schengen ou dans le droit dérivé de l'UE et, en fonction de la source retenue, à opérer un contrôle plein ou restreint de ces dispositions.

Depuis sa décision n° 2018-765 DC, le Conseil constitutionnel a étendu aux règlements sa jurisprudence initialement limitée aux directives pour juger désormais que « *la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité*

constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne (...) »¹⁶. Dans la décision commentée, il a, pour la première fois, repris cette formulation dans le cadre d'une décision QPC, en l'adaptant au contentieux *a posteriori* (paragr. 7).

Le Conseil constitutionnel a relevé que les États signataires de la convention de Schengen s'étaient engagés, en application de son article 26, à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent, par voie aérienne ou maritime, d'un État tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis (paragr. 8). Il a toutefois observé que « *l'exigence qui en découle a été reprise et, s'agissant du montant des sanctions applicables aux transporteurs, complétée par la directive du 28 juin 2001* » (même paragr.).

Contrairement à ce que soutenaient les parties requérante et intervenante, le Conseil en a déduit que « *les articles L. 625-1 et L. 625-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile visent à assurer la transposition de cette directive* » (paragr. 9).

Compte tenu du rattachement de ces dispositions à la directive du 28 juin 2001, il restait au Conseil constitutionnel à déterminer l'étendue de son contrôle en considération des limites résultant, en matière de lois de transposition, de l'article 88-1 de la Constitution. Il ressort de la jurisprudence développée depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004¹⁷ que le Conseil n'effectue un contrôle restreint des lois de transposition des directives, limité au contrôle de l'absence de méconnaissance des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle française, que si les dispositions en cause se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles de la directive.

Toutefois, le Conseil constitutionnel estime pouvoir faire un contrôle entier quand une directive, bien que prévoyant des dispositions précises et inconditionnelles, accorde au législateur des marges d'appréciation discrétionnaires. Ainsi, le Conseil constitutionnel a récemment jugé, à propos de la loi relative à la protection du secret des affaires qui visait à transposer la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués que,

¹⁶ Décision n° 2018-765 QPC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, paragr. 3.

¹⁷ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

« Sans dispenser les États membres de l'Union européenne de leur obligation de transposer les dispositions résultant de cette directive, cet article 1^{er} leur confère une marge d'appréciation pour prévoir des dispositions complémentaires renforçant la protection du secret des affaires. Dès lors, il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu la liberté d'entreprendre en ne prévoyant pas de telles dispositions complémentaires, s'ajoutant à celles tirant les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive »¹⁸. Ce faisant, il s'est pour la première fois expressément reconnu compétent pour contrôler, au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles, les dispositions de la loi de transposition qui interviennent dans le champ de la marge de manœuvre expressément reconnue par le droit dérivé au législateur national.

En l'espèce, les dispositions contestées de l'article L. 625-5 du CESEDA précisait que l'amende encourue par le transporteur aérien qui a débarqué un étranger non pourvu des documents requis n'est pas infligée lorsque l'entreprise établit que lesdits documents lui ont été présentés au moment de l'embarquement et qu'ils ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste.

Ces dernières dispositions procédant de la seule volonté du législateur de prévoir une cause exonératoire de responsabilité du transporteur tirée de l'absence d'élément d'irrégularité manifeste des documents requis, qui n'était ni exclue ni imposée par le droit de l'UE, le Conseil a considéré qu'elles « *ne se born[ai]ent pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001* » (paragr. 10). En conséquence, il a jugé qu'il était compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit.

B. – Le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789

1. – La jurisprudence constitutionnelle

Selon l'article 12 de la Déclaration de 1789 : « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

¹⁸ Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, paragr. 14.

* Jusqu'à une époque récente, le Conseil constitutionnel n'avait eu que très rarement l'occasion de se fonder sur cet article. La décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 lui avait permis d'en déduire, pour la première fois, qu'une personne privée ne peut être investie de pouvoirs de police administrative générale, inhérente à l'exercice de la force publique :

« Considérant qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords "immédiats" de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, doivent être déclarés contraires à la Constitution le douzième alinéa du 1° ainsi que les b) et c) du 2° de l'article 18 »¹⁹.

Cette solution était largement inspirée de sa jurisprudence bien établie suivant laquelle la délégation législative de fonctions régaliennes au profit de personnes privées n'est pas conforme à la Constitution²⁰.

Elle était également contenue en creux dans la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 par laquelle le Conseil constitutionnel avait été saisi pour la première fois des dispositions de l'article 20 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945. À cette occasion, il avait jugé que ces dispositions n'étaient pas contraires aux principes de valeur constitutionnelle régissant le prononcé d'une sanction et n'emportaient pas non plus violation des exigences du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Pour admettre la constitutionnalité, au regard du droit d'asile, de l'exonération de la responsabilité du transporteur dans l'hypothèse où « *l'étranger entend bénéficiaire de l'asile politique et où sa demande n'était pas "manifestement infondée"* », il avait toutefois formulé deux réserves d'interprétation, dont l'une faisait directement écho à l'interdiction pour l'État de déléguer des missions de police à des personnes

¹⁹ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 18 et 19.

²⁰ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 8 ; décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 97 et 98 ; décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 89.

privées : « cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ; que le paragraphe II de l'article 20 bis ne saurait ainsi s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique ; qu'il a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France »²¹.

* Depuis 2017, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois a permis au Conseil de développer sa jurisprudence sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789.

Dans sa décision n° 2017-637 QPC, après avoir rappelé qu'il résulte de cet article « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits », il a considéré qu'« en conférant aux organisateurs de manifestations sportives à but lucratif le pouvoir de refuser l'accès à ces manifestations [aux personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations], le législateur ne leur a pas délégué de telles compétences. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 12 de la Déclaration de 1789 doit être écarté »²². En statuant sur le bien-fondé de ce grief, le Conseil constitutionnel a implicitement considéré que cette exigence constitutionnelle était directement invocable en QPC.

Puis, dans sa décision n° 2017-695 QPC, le Conseil a jugé que la possibilité que des agents agréés exerçant une activité privée de sécurité assistent les agents de la force publique dans la mise en œuvre d'opérations de fouilles pour l'accès aux périmètres de sécurité institués sur le fondement de l'article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure ne méconnaissait pas l'article 12 de la Déclaration de 1789, sous réserve que les autorités publiques s'assurent qu'est continûment garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnels par les agents de l'État (en l'espèce des officiers de police judiciaire) :

« Les dispositions contestées confèrent aux agents de la force publique la possibilité de se faire assister, pour la mise en œuvre des palpations de sécurité et des

²¹ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 32.

²² Décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, *Association nationale des supporters (Refus d'accès à une enceinte sportive et fichier d'exclusion)*, paragr. 4 et 5.

inspections et fouilles de bagages, par des agents agréés exerçant une activité privée de sécurité. Ce faisant, le législateur a permis d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique. Il résulte des dispositions contestées que ces personnes ne peuvent toutefois qu'assister les agents de police judiciaire et sont placées "sous l'autorité d'un officier de police judiciaire". Il appartient aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que soit continûment garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire. Sous cette réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas les exigences découlant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 »²³.

Dernièrement, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de ce que les modalités selon lesquelles sont désignés les dirigeants d'Aéroports de Paris chargés de la sécurité portaient atteinte aux exigences découlant de l'article 12, après avoir considéré qu'en prévoyant « *que le cahier des charges doit déterminer les modalités selon lesquelles les dirigeants d'Aéroports de Paris chargés notamment des principales fonctions opérationnelles relatives à la sûreté et à la sécurité sont agréés par l'État sur la base de critères objectifs relatifs à leur probité et à leur compétence, le législateur a entendu, compte tenu des compétences déjà attribuées par la loi aux exploitants d'aérodromes en matière de sécurité et de sûreté, s'assurer du bon exercice de ces compétences. Il n'en résulte aucune délégation de compétence* »²⁴.

2. – L'application à l'espace

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé les termes de l'article 12 de la Déclaration de 1789 avant d'affirmer, selon la formulation qu'il a consacrée sur ce fondement, qu'il en résulte l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits (paragr. 11).

Le Conseil a ensuite précisé la portée des dispositions contestées afin de s'assurer de la teneur de l'obligation de contrôle documentaire qui pèse sur les transporteurs aériens. À cet égard, il a relevé que les irrégularités manifestes qu'il appartient à ces entreprises de déceler au moment de l'embarquement, lors du contrôle des documents requis, sont « *celles susceptibles d'apparaître à l'occasion d'un examen normalement attentif de ces documents par un agent du transporteur* » (paragr. 12).

²³ Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre (Mesures administratives de lutte contre le terrorisme)*, paragr. 27.

²⁴ Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, paragr. 79.

Cette lecture, qui rejoint celle que la jurisprudence administrative a pu faire des dispositions contestées du 2° de l'article L. 625-5 du CESEDA²⁵, sous-tend l'idée que le contrôle qui peut être exigé des transporteurs n'a pas vocation à être d'une même intensité que celui auquel doivent se livrer les autorités publiques. En ce sens, elle peut être rapprochée de l'une des réserves d'interprétation que le Conseil constitutionnel avait formulées, dans sa décision précitée du 25 février 1992, pour admettre la validité des dispositions voisines – codifiées depuis au 1° du même article – prévoyant l'exonération de la responsabilité du transporteur dans l'hypothèse où l'étranger, bien que démuné des documents requis, entendait bénéficier de l'asile politique et où sa demande n'était pas « *manifestement infondée* ». Le Conseil avait en effet jugé que « *cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche* »²⁶.

Sous ce regard, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *En instaurant cette obligation, le législateur n'a pas entendu associer les transporteurs aériens au contrôle de la régularité de ces documents effectué par les agents de l'État en vue de leur délivrance et lors de l'entrée de l'étranger sur le territoire national* » (même paragr.). En réfutant toute délégation de compétence par l'effet des dispositions contestées, il a manifesté que le contrôle supplémentaire exigé de la part du transporteur aérien ne se substituait pas aux contrôles qui devaient être opérés par les autorités étatiques, mais qu'il correspondait à une exigence propre, faite à ce transporteur, de ne pas participer, par sa négligence, à une immigration illégale.

Par conséquent, le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789.

C. – Les autres griefs

Le Conseil constitutionnel était également saisi de griefs tirés de la méconnaissance des principes de proportionnalité et d'individualisation des peines, du principe de la responsabilité personnelle en matière pénale et du principe d'égalité devant la loi.

²⁵ La cour administrative d'appel de Paris a ainsi eu l'occasion d'affirmer que « *si ces dispositions n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de conférer au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique, elles lui imposent de vérifier que l'étranger est muni des documents de voyage et des visas éventuellement requis et que ceux-ci ne comportent pas des éléments d'irrégularité manifeste, décelables par un examen normalement attentif des agents de la compagnie* » (Cour administrative d'appel de Paris, 10 février 1998, *Compagnie nationale Air France*, n° 96PA02799).

²⁶ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 précitée, cons. 32.

* S'agissant, tout d'abord, du grief tiré de la méconnaissance des principes de proportionnalité et d'individualisation des peines, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait qu'être écarté dès lors que « *les dispositions contestées sont sans incidence sur le quantum de la sanction encourue et les règles de son individualisation* » (paragr. 13). En effet, ces dispositions se bornent à prévoir une cause d'exonération du transporteur. Elles ne concernent donc pas le montant de l'amende. Elles n'affectent pas non plus le pouvoir qu'ont l'administration et le juge de tenir compte de la matérialité du contrôle réalisé par le transporteur pour l'exonérer de sa responsabilité ou moduler sa sanction²⁷.

* S'agissant, ensuite, du grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité personnelle, qui a été rattaché aux articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 par la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999²⁸, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le fait que le transporteur puisse être sanctionné alors même que l'irrégularité manifeste affectant le document présenté par l'étranger en cause n'a pas été détectée par les autorités publiques compétentes pour délivrer ce document n'a pas pour effet de rendre le transporteur responsable du manquement imputable à ces autorités* » (paragr. 14). Ce faisant, il a rappelé que l'amende encourue par le transporteur venait sanctionner la violation d'une obligation incombant à lui seul, lorsqu'il ne s'assure pas de la situation d'un passager étranger qu'il s'apprête à débarquer sur le sol français, et qu'il n'y avait donc pas lieu d'en faire une application à géométrie variable selon le degré de vigilance dont ont fait preuve les autres autorités de contrôle des documents requis. Par suite, il a également écarté le grief tiré de la méconnaissance de ce principe.

* Enfin, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi dans la mesure où les dispositions contestées de l'article L. 625-5 du CESEDA, qui faisaient seules l'objet de la décision commentée et qui imposent aux transporteurs aériens comme aux transporteurs maritimes un contrôle

²⁷ En ce sens, le Conseil d'État a jugé à plusieurs reprises que le juge administratif pouvait réduire le montant de l'amende infligée au transporteur en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce (voir, par exemple, la décision du 14 juin 2002, n° 228549, dans laquelle il a jugé que s'il incombe à l'entreprise de transports de procéder à la vérification des documents de voyage de ses passagers lors de l'embarquement, l'attitude adoptée par cette entreprise au moment du débarquement, notamment le fait qu'elle collabore avec les services de police, est au nombre des circonstances de l'affaire qu'il revient au juge d'apprécier et qui peuvent justifier de sa part la réduction du montant de l'amende infligée).

²⁸ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, cons. 7. Le Conseil constitutionnel déduit de ces articles que « *nul n'est punissable que de son propre fait ; que ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition* » (Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence]*, cons. 18).

des documents de voyage requis pour le débarquement sur le territoire national, n'opèrent aucune différence de traitement entre ces transporteurs (paragr. 15).

En définitive, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du 2° de l'article L. 625-5 du CESEDA.