

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

Le premier alinéa de l'article L. 625-1 du code l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) punit d'une amende administrative l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque ou fait transiter sur le territoire français, en provenance d'un autre Etat, un étranger non ressortissant d'un Etat de l'Union européenne et démuné des documents nécessaires – passeport et, le cas échéant, visa – à l'entrée sur le territoire national¹.

L'amende peut être prononcée par le ministre de l'intérieur (art. R. 625-2) autant de fois qu'il y a de passagers concernés (art. L. 625-2), sauf dans deux hypothèses, énumérées à l'article L. 625-5, qui quoique se présentant comme des causes d'exonération, reviennent en réalité à étendre, en le précisant, le champ de l'obligation énoncée à l'article L. 625-1. En vertu de cet article, les amendes ne sont pas infligées :

- « 1° Lorsque l'étranger a été admis sur le territoire français au titre d'une demande d'asile qui 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 et qu'ils ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste. »

Ces dispositions trouvent leur origine dans l'article 20 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, issu de l'article 3 de la loi n° 92-190 du 26 février 1992², dont l'objet principal est de mettre en œuvre en droit français les exigences résultant de la Convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990. L'article 26 de cette convention oblige en effet, dans le cadre de la suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union, les États qui y sont parties à insérer dans leur législation la règle selon laquelle « 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 » et à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent des étrangers qui ne sont pas en possession de ces documents.

¹ Cette obligation, sanctionnée par une amende, trouve son pendant à l'article L. 6421-2 du code des transports selon lequel « Le transporteur ne peut embarquer les passagers pour un transport international qu'après justification qu'ils sont régulièrement autorisés à atterrir au point d'arrivée et aux escales prévues ». Cette obligation figurait précédemment à l'article L. 322-2 du code de l'aviation civile.

² Codifiées aux articles L. 625-1 à L. 625-7 du CESEDA par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004.

Le montant de l'amende, initialement fixé à 10 000 francs puis à 1 500 euros³, a été porté en 2003 à 5 000 euros⁴ avant d'atteindre en 2016⁵ 10 000 euros.

C'est sur le fondement de ces dispositions que la société Air France s'est vue infliger, par deux décisions du 17 mai 2016, deux amendes, d'un montant de 5 000 euros chacune (soit le montant maximal en l'état des textes applicables⁶), pour avoir débarqué le 6 juillet 2015 deux passagers en provenance de Ouagadougou qui, bien que justifiant chacun d'un visa régulièrement émis par les autorités consulaires françaises de Kinshasa, étaient en possession d'un passeport contrefait.

La société Air France a contesté ces deux décisions par un recours de pleine juridiction (v. 2^{ème} alinéa de l'article L. 625-2 du code) en faisant valoir en particulier que les irrégularités en cause, qui avaient échappé à la vigilance des services consulaires français mais pas à ceux de la police aux frontières lors du débarquement, ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste. Ses conclusions ont été rejetées en première instance puis en appel.

A l'appui des deux pourvois en cassation qu'elle a formés, la société Air France a contesté la conformité à la Constitution de ces dispositions, par une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) que vos chambres réunies ont transmise le 31 juillet 2019 au Conseil constitutionnel en raison de son caractère nouveau, la nouveauté résidant dans la question de savoir s'il y avait lieu de transposer au contrôle de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de la Convention Schengen, intégrée en 1997 au droit communautaire par un protocole annexé au traité d'Amsterdam⁷, la jurisprudence *Economie numérique* du 10 juin 2004⁸, conçue à l'origine pour s'appliquer aux lois de transposition de directives européennes et, dans l'hypothèse d'une réponse positive, si l'interdiction de déléguer à des personnes privées des pouvoirs de police était au nombre des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

Dans la décision qu'il a rendue le 25 octobre 2019 (décision n° 2019-810 QPC)⁹, le Conseil constitutionnel n'a, grâce à l'interprétation des textes et de l'étendue des dispositions contestées qu'il a retenues, pas eu à trancher ces questions nouvelles.

³ Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000.

⁴ Transposition de la directive n° 2001/51/CE 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 par l'article 27 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003. Outre l'augmentation du montant maximal de l'amende encourue, la loi du 26 novembre 2003 étend la répression au débarquement d'étrangers en situation irrégulière dans le cadre du transit.

⁵ Article 52 de la loi n° 2016-911 du 7 mars 2016.

⁶ Le texte applicable est celui en vigueur à la date à laquelle le manquement a été constaté, soit le 6 juillet 2015. A cette date, la version des articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA en vigueur était issue de l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du CESEDA, ratifiée par l'article 120 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

⁷ On parle de « communautarisation » de l'acquis Schengen, la convention de Schengen ayant la nature de traité international.

⁸ CC, 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance en l'économie numérique*.

⁹ Décision fraîchement accueillie par la doctrine. Voir en particulier les commentaires critiques des professeurs Mathieu Carpentier, « Plénitude de compétence, vacuité de son exercice », RFDA 2020 p. 184 et François Brunet, « Schengen, les transporteurs aériens et la QPC », AJDA 2020 p. 185.

En mobilisant 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, qui reprend et, s'agissant du montant, complète l'exigence de sanction des transporteurs instituée par la convention Schengen, le Conseil constitutionnel est resté dans le champ d'application initial de sa jurisprudence *Economie numérique*, sans prendre parti sur la question de savoir si celle-ci devait être étendue à « l'acquis Schengen ».

En excluant du champ de la QPC l'article L. 625-1, qui pose le principe d'une sanction et fixe son montant, la juridiction constitutionnelle a pu estimer n'être pas saisie de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Ce qui est présenté au 2° de l'article L. 625-5 comme une cause d'exonération de la responsabilité du transporteur lorsque les documents présentés « *ne comport[ai]ent pas d'élément d'irrégularité manifeste* », mais qui revient à étendre en réalité le champ du manquement, énoncé à l'article L. 625-1 uniquement comme le fait de laisser débarquer des étrangers « démunis » des titres requis pour leur entrée sur le territoire, n'est en effet ni exclu, ni commandé par la convention d'application de l'accord de Schengen ou la directive 2001/51/CE, et procède de la seule volonté du législateur français¹⁰. Circonscrire de cette façon le champ des dispositions qui lui étaient déférées a permis au Conseil constitutionnel d'exercer son contrôle au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles, et non au regard des seuls règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, qui correspond au contrôle limité qu'il effectue lorsqu'est en cause une loi transposant les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive.

Les différents griefs faits au 2° de l'article L. 625-5 du CESEDA ont ensuite été écartés.

Se fondant sur la définition donnée par la juridiction administrative des irrégularités manifestes susceptibles d'être sanctionnées¹¹ – irrégularités susceptibles d'apparaître à l'occasion d'un examen normalement attentif de ces documents par un agent du transporteur –¹² le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur n'avait pas entendu, en instaurant cette obligation, « *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.* ». Il en a déduit que 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 résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 n'était pas méconnue.

Il a en outre jugé 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

¹⁰ Le commentaire officiel précise que le 2° de l'article L. 625-5 « *procèd[e] 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* ».

¹¹ V. notamment un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 10 février 1998, *Compagnie nationale Air France*, n° 96PA02799.

¹² Et s'inspirant du contrôle exercé, au regard du droit d'asile, dans sa décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 de l'exonération de la responsabilité du transporteur dans l'hypothèse, codifiée depuis au 1° de l'article L. 625-5 du CESEA, où l'étranger entend bénéficier de l'asile politique et que sa demande n'est pas manifestement infondée.

détectée par les autorités publiques compétentes pour délivrer ce document n'avait pas pour effet de rendre le transporteur responsable du manquement imputable à ces autorités, ce qui l'a conduit à écarter le grief fondé sur la méconnaissance du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait.

Les griefs tirés de la méconnaissance des principes de proportionnalité et d'individualisation des peines ont quant à eux été écartés comme inopérants. Le commentaire officiel de la décision vous renvoie discrètement la balle dans une note en bas de page¹³, en relevant que « *le Conseil d'Etat 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* ».

C'est là en effet tout l'enjeu de ces deux pourvois, auxquels nous allons vous proposer de faire droit en accueillant non pas le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique des faits qu'aurait commise la cour quant aux manquements, mais celui tiré du caractère hors de proportion avec ces manquements des amendes infligées.

Si la constatation et la caractérisation des faits reprochés au transporteur aérien relèvent, dès lors qu'elles sont exemptes de dénaturation, du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, c'est bien un contrôle de qualification juridique des faits que vous exercez en cassation sur le caractère fautif de ces faits, de nature à justifier le prononcé d'une amende. Nous l'avons dit, les deux causes exonératoires énoncées l'article L. 625-5 s'incorporent en réalité à la définition du manquement donnée à l'article L. 625-1 : le fait d'avoir laissé débarquer sur le territoire un étranger ayant présenté des documents comportant des éléments d'irrégularité manifeste, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la décision n° 2019-810 QPC, « *susceptibles d'apparaître à l'occasion d'un examen normalement attentif de ces documents par un agent du transport* », est ainsi assimilé au fait d'avoir laissé débarquer un étranger démuné des titres nécessaires pour l'entrée sur le territoire national, au sens de l'article L. 625-1. C'est parce qu'il fait partie intégrante de la définition du comportement de nature à justifier le prononcé d'une amende que, contrairement à ce que soutient le ministre en défense, le caractère manifeste de ces irrégularités, souverainement constatées, doit faire l'objet en cassation, dans le cadre du recours de pleine juridiction prévu à l'article L. 625-2, d'un contrôle de qualification juridique des faits.

Sur la proportionnalité entre le manquement constaté et le montant des deux amendes infligées, vous n'avez, d'après nos recherches, jamais pris parti par une décision fichée sur le contrôle en cassation de la proportionnalité de sanctions administratives susceptibles d'un recours de pleine juridiction, soit – comme ici – en raison de la décision du législateur, soit par application de votre jurisprudence *ATOM* (CE Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000, p. 25), sans doute parce que vous connaissez plus souvent de ce type de sanctions en premier et dernier ressort qu'en cassation.

Le souci de cohérence et de lisibilité de votre jurisprudence nous conduit à vous proposer de vérifier en cassation que la solution retenue par les juges du fond quant au montant de la sanction n'est pas hors de proportion avec les manquements constatés.

¹³ Note en bas de page n° 27.

Les dernières années ont en effet été marquées par une convergence dans l'approfondissement du contrôle, par les juges du fond, de la qualification des faits de nature à justifier une sanction mais aussi de la proportionnalité de la sanction à ces faits, qu'il statuent comme juges disciplinaires, juges de plein contentieux¹⁴ ou, et c'est l'évolution la plus récente¹⁵, comme juge de l'excès de pouvoir.

Nous ne voyons pas quel critère pourrait justifier aujourd'hui, alors que la grille de contrôle des juges du fond est harmonisée, une différence dans l'intensité de votre contrôle de cassation en fonction des différents types de contentieux. Vous avez en effet fait le choix d'aligner la consistance de votre contrôle de cassation en excès de pouvoir sur celui que vous exercez sur les appréciations portées par les juridictions ordinaires sur la proportionnalité d'une sanction (v. votre décision CE, 27 février 2015, *La Poste*, n° 376598, 381828, p. 64, qui transpose dans le contentieux de l'excès de pouvoir statuant sur la légalité d'une sanction disciplinaire infligée à un agent public le contrôle de cassation de la décision d'une juridiction ordinaire prononçant décidé par votre jurisprudence CE Ass., 30 décembre 2014, *M. X...*, n° 381245, p. 443.). Or l'office d'un juge de plein contentieux est plus proche de celui d'une juridiction ordinaire que celui d'un juge de l'excès de pouvoir, en ce qu'il est habilité dans le cadre de son contrôle à modifier le quantum de la sanction¹⁶. L'option prise en excès de pouvoir par votre décision *La Poste* constitue donc, d'une certaine manière, un *a fortiori* pour les recours de pleine juridiction tel que celui dont vous avez à connaître aujourd'hui. C'est pourquoi nous excluons que vous en restiez au contrôle de dénaturation que vous avez par exemple pratiqué dans votre décision du 14 juin 2002, *Min. de l'intérieur c/ Compagnie nationale Air France*, n° 228549, aux tables sur un autre point¹⁷, à propos justement d'amendes infligées à la société Air France.

A cela s'ajoute un intérêt jurisprudentiel certain, compte tenu des facteurs à l'origine du mouvement jurisprudentiel d'unification du contentieux des sanctions – la soumission des sanctions de toute nature aux mêmes exigences constitutionnelles et conventionnelles –, à afficher que le contrôle de proportionnalité d'une sanction en cassation dans le cadre d'un recours de pleine juridiction est comparable, dans son intensité, à celui exercé dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

¹⁴ Votre décision *ATOM* du 16 février 2009, en faisant basculer les contestations des sanctions que l'administration inflige à un administré dans la catégorie des recours de pleine juridiction, a eu pour conséquence un entier contrôle par les juges du fond tant des manquements de nature à justifier une sanction que de la proportionnalité de la sanction à ces manquements.

¹⁵ Pour les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics : CE Ass., 13 novembre 2013, *M. D...*, n° 347704, p. 279 ; pour les sanctions disciplinaires infligées aux personnes détenues : CE, 1^{er} juin 2015, *M. B...*, n° 380449, p. 185 ; pour les sanctions disciplinaires infligées aux militaires : CE, 25 janvier 2016, *M. P...*, n° 391178, T. p. 643-904 ; CE, 14 mars 2016, *M. M...*, n° 389361, T. pp. 643-904 ; CE, 22 septembre 2017, *M. Y...*, n° 404921, T. pp. 467-766 ; CE, 28 février 2020, *M. A...*, n° 428711, à mentionner aux tables.

¹⁶ Voir CE, 14 juin 2002, *Min. de l'intérieur c/ Compagnie nationale Air France*, n° 228549, T. p : « Il appartient au juge administratif, saisi d'un recours de pleine juridiction contre la décision infligeant une amende sur le fondement des dispositions de l'article 20 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, de statuer sur le bien-fondé de la décision attaquée et de réduire, le cas échéant, le montant de l'amende infligée en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. »

¹⁷ Et illustré dans plusieurs décisions de chambre jugeant seule.

En l'espèce, les irrégularités entachant les passeports souverainement constatées sont les suivantes : fond d'impression de mauvaise qualité, imperfection dans le blason de la RDC et faute d'orthographe, le mot « expiration » comportant un accent aigu sur le « e ». La cour a jugé dans l'arrêt attaqué que l'une de ces anomalies, la faute d'orthographe entachant une mention essentielle dans le contrôle de la validité du titre de voyage, était manifeste et aisément décelable à l'œil nu par le personnel d'embarquement, sans que la société puisse utilement se prévaloir de ce que cette falsification était passée inaperçue du service ayant apposé un visa Schengen sur le même passeport.

Nous partageons cette appréciation. La faute d'orthographe, sur une mention en principe standardisée du passeport obligatoirement vérifiée est flagrante, nonobstant la petite taille des caractères. Elle nous paraît décelable à l'œil nu par un agent normalement attentif du transporteur, en principe formé par son employeur afin de lui permettre de respecter l'obligation qui lui est faite de ne pas laisser voyager des personnes en situation irrégulière.

Contrairement à ce qui est soutenu par la société, la circonstance qu'un visa ait été régulièrement apposé sur le passeport n'est pas déterminante au stade de la caractérisation du manquement, sauf à atténuer très fortement l'effectivité du dispositif institué par le législateur français, dans le cadre d'une obligation fixée par la convention d'application des accords de Schengen et reprise dans le droit dérivé par la directive 2001/51/CE, dont il a d'ailleurs souhaité renforcer l'efficacité en 2016 par le doublement du montant de l'amende encourue¹⁸.

L'appréciation portée par le personnel du transporteur aérien sur les documents dont sont munis les voyageurs, quoique plus distanciée, est autonome de celle que peuvent avoir les services consulaires en amont, dans le cadre de la délivrance d'un visa, ou encore de celle que peuvent porter, en aval, les services de la police aux frontières. Chacun des intervenants dans le transport de voyageurs à destination du territoire à une responsabilité propre, en fonction des missions qui sont les siennes : délivrer des autorisations d'entrée sur le territoire ; ne pas contribuer, par sa négligence, à la lutte contre l'immigration illégale ; vérifier les autorisations présentées par les passagers lors de l'entrée en France. C'est ce qu'a rappelé en substance le Conseil constitutionnel en écartant le grief tiré de la méconnaissance du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait La caractérisation d'un éventuel manquement, dans le cadre de l'une de ces missions, est donc autonome. C'est pourquoi la cour a pu, sans erreur de droit, juger que l'erreur commise par les services consulaires consistant à avoir apposé un visa schengen sur un passeport manifestement contrefait était sans incidence au stade de la caractérisation du manquement commis par le transport aérien.

¹⁸ Suivant une recommandation issue d'un rapport conjoint en date de mars 2013 de l'inspection générale de l'administration et de l'inspection générale de la police nationale, ainsi que le précise le rapport du sénateur François-Noël Buffet au nom de la commission des lois, déposé le 30 septembre 2015, sur le projet de loi relatif au droit des étrangers : « Constatant que le dispositif d'amende aux transporteurs, ancien et désormais connu de ces derniers, avait conduit beaucoup d'entre eux à réaliser des « efforts conséquents pour instaurer des contrôles de bonne qualité à l'embarquement », il convenait de sanctionner plus lourdement ceux qui ne s'étaient pas encore mis en capacité de le faire. Le rapport concluait donc au doublement du montant unitaire de l'amende tout en maintenant la faculté de modulation de ce montant en fonction des éléments concrets. Il indiquait en outre que cela placerait le montant de l'amende en France à un niveau comparable à celui de l'Espagne (amende allant de 5 000 à 10 000 euros), mais inférieur à celui pratiqué en Autriche (de 5 000 à 15 000 euros). »

Cet élément paraît en revanche devoir être pris en compte dans la détermination du montant de l'amende à infliger au transporteur, au même titre par exemple que l'attitude qu'il a adoptée au moment du débarquement, notamment lorsqu'il collabore avec les services de police, attitude qui peut justifier – c'est ce que vous avez jugé par votre décision du 14 juin 2002 n° 228549 précitée – de réduire le montant de l'amende infligée.

Nous sommes en effet aussi soucieuse de ne pas vider de sa portée l'article L. 625-1 par une acception trop étroite de la qualification du manquement de nature à justifier une amende, qui démobiliserait les transporteurs aériens quant au respect de leurs obligations de contrôle, que de veiller à une individualisation fine du montant des sanctions, en fonction de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, et ce d'autant que le montant maximal de l'amende encourue atteint aujourd'hui 10 000 euros.

Ici, les deux amendes en litige correspondent au plafond alors autorisé par la loi en l'état des textes applicables au litige, soit 5 000 euros. Les circonstances de l'espèce, et notamment l'apposition d'un visa valide sur le passeport manifestement contrefait, justifiaient cependant que ne soit pas infligée l'amende maximale. Votre contrôle du « hors de proportion » en cassation, à mi-chemin entre la dénaturation et l'erreur de qualification juridique, vous permet de vous en saisir, notamment parce que l'utilisation du plafond révèle le refus de moduler le montant des amendes aux circonstances particulières de l'espèce.

Si vous nous suivez, vous annulerez pour ce motif l'arrêt attaqué.

Réglant l'affaire au fond, vous statuerez sur les deux requêtes d'appel de la société Air France, en grande partie similaires, sauf pour ce qui concerne la possibilité laissée à la société de consulter, dans le cadre de la procédure contradictoire préalable au prononcé de la sanction, l'original du passeport contrefait.

Dans un cas (affaire n° 427744), l'affirmation du ministre en défense selon laquelle le représentant de la société a pu consulter l'original du passeport contrefait n'est pas contestée. D'autre l'autre (affaire n° 427745), la société n'a pu avoir accès qu'à une copie du passeport. Toutefois, compte tenu de la nature des anomalies entachant ces documents, aisément décelable à l'œil nu et dont la copie n'a pas accentué le caractère manifeste, l'absence au dossier des deux procédures préalables à la sanction de l'original des deux passeports n'a pas privé la possibilité de faire valoir utilement ses observations.

Le reste des requêtes d'appel est identique.

Ce que nous avons dit à propos de la caractérisation du manquement en cassation, au prisme d'un contrôle de qualification juridique des faits, emporte la solution dans le cadre du règlement au fond.

Sur la proportionnalité de la sanction, nous vous invitons à faire usage des pouvoirs de pleine juridiction que vous a confiés le législateur en réduisant le montant de chacune des sanctions à 3 000 euros, et ce afin de tenir compte du fait que les agents du transporteur chargés du contrôle des documents de voyages des passagers ont pu être induits en erreur par l'apposition

par les autorités consulaires françaises, d'un visa Schengen dont la validité n'est pas contestée.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation des deux arrêts ;
- dans le cadre du règlement au fond, à ce que le montant des deux amendes en litige soit ramené à 3 000 euros et à la réformation dans cette mesure du jugement du tribunal administratif de Paris ;
- au rejet du surplus des conclusions des requêtes d'appel et des pourvois en cassation d'Air France.