



## Commentaire

### Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021

*Société Air France*

*(Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 15 juillet 2021 par le Conseil d'État (décision n° 450480 du 9 juillet 2021) 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 de l'article L. 213-4 et du 1° de l'article L. 625-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Dans sa décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « *est tenue de ramener* » figurant à l'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 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. – Historique et objet des dispositions contestées**

###### **1. – Une obligation de réacheminement prévue par la convention de Schengen**

\* Les dispositions de l'article L. 213-4 du CESEDA trouvent leur origine dans la loi n° 92-190 du 26 février 1992<sup>1</sup> dont l'objet était de tirer les conséquences, en droit interne, de la convention d'application de l'accord de Schengen<sup>2</sup>, signée le 19 juin 1990 par les cinq États initiateurs de cet accord<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Soit la France, l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas.

Cette convention (ci-après désignée « *convention de Schengen* »), qui regroupe désormais vingt-six pays européens, a pour objet « *d’accomplir la volonté exprimée dans cet accord de parvenir à la suppression des contrôles aux frontières communes dans la circulation des personnes et d’y faciliter le transport et la circulation des marchandises* »<sup>4</sup>. En contrepartie, elle prévoit un renforcement des contrôles aux frontières extérieures des États signataires.

Outre des dispositions relatives au contrôle documentaire des personnes souhaitant entrer dans l’espace Schengen et aux sanctions applicables en cas de manquement à cette obligation<sup>5</sup>, l’article 26 de la convention prévoit, en particulier, l’engagement des parties contractantes de prévoir dans leur législation nationale que les transporteurs sont tenus de réacheminer les personnes dont l’entrée sur le territoire d’un État signataire est refusée.

En application du a) du paragraphe 1 de cet article, les États signataires s’engagent ainsi à prendre des dispositions prévoyant que « *si l’entrée sur le territoire d’une des Parties Contractantes est refusée à un étranger, le transporteur qui l’a amené à la frontière extérieure par voie aérienne, maritime ou terrestre est tenu de le reprendre en charge sans délai. À la requête des autorités de surveillance de la frontière, il doit ramener l’étranger dans l’État tiers à partir duquel il a été transporté, dans l’État tiers qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou dans tout autre État tiers où son admission est garantie* ».

\* Après avoir autorisé l’approbation de la convention de Schengen par une loi du 30 juillet 1991<sup>6</sup>, 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* »<sup>7</sup>. Cette loi avait principalement pour objet d’inscrire, dans le droit national, les obligations découlant de l’article 26 de la convention.

---

<sup>4</sup> Préambule de la convention d’application de l’accord de Schengen.

<sup>5</sup> En application du b) du paragraphe 1 et du paragraphe 2 de l’article 26 de la convention de Schengen, les États signataires s’engagent à prévoir dans leur législation nationale l’obligation pour les transporteurs de contrôler les documents de voyage de leurs passagers et des sanctions en cas de méconnaissance de ces obligations.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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<sup>e</sup> législature), déposé le 13 novembre 1991.

En matière de réacheminement consécutif à un refus d'entrée dans l'espace Schengen, le premier alinéa de l'article 35 *ter*, introduit dans cette ordonnance, posait en ces termes l'obligation de réacheminement mise à la charge des transporteurs aériens et maritimes : « *Lorsque l'entrée en France est refusée à un étranger non ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne, l'entreprise de transport aérien ou maritime qui l'a acheminé est tenue de ramener sans délai, à la requête des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière, cet étranger au point où il a commencé à utiliser le moyen de transport de cette entreprise, ou, en cas d'impossibilité, dans l'État qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou en tout autre lieu où il peut être admis* »<sup>8</sup>.

## **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 un protocole annexé au traité, relatif à ce qui est devenu « *l'acquis de Schengen* »<sup>9</sup>.

L'article 2 de ce protocole a plus précisément donné compétence au Conseil de l'Union européenne pour déterminer, « *conformément aux dispositions pertinentes des traités, la base juridique pour chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis de Schengen* »<sup>10</sup>. L'article 26 de la convention de Schengen trouve ainsi actuellement sa base juridique dans l'article 79 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), autrement dit dans ce qui relevait alors du premier pilier communautaire<sup>11</sup>.

C'est dans ce cadre normatif qu'a été adoptée 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. Présentée dans son

---

<sup>8</sup> Cet article, non soumis au contrôle du Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi, prévoyait la même obligation envers les transporteurs en cas de refus opposé à un étranger en transit aérien ou maritime.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Par deux décisions en date 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 communautaires. D'autre part, il a déterminé une telle base juridique pour chacune des autres dispositions ou décisions contraignantes appelées à être encore utilisées, en les ventilant entre les premier et troisième piliers de l'UE.

<sup>11</sup> C'est-à-dire sur les questions relevant des visas, de l'asile, de l'immigration et des autres politiques liées à la libre circulation des personnes. La structure du droit de l'UE en piliers a été abandonnée à la suite de l'adoption du traité de Lisbonne en 2009.

préambule comme constituant « *un développement de l'acquis de Schengen, conformément au protocole intégrant celui-ci dans le cadre de l'Union européenne* », cette directive, prise à l'initiative de la France, a pour objet, aux termes de son article 1<sup>er</sup>, « *de compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen le 19 juin 1990 et de préciser certaines conditions relatives à leur application* ».

Elle prévoit notamment que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les transporteurs remplissent l'obligation de réacheminement fondée sur l'article 26 précité de la convention d'application de l'accord de Schengen dans certains cas particuliers :

– son article 2 prévoit que, sous certaines conditions, « *l'obligation des transporteurs de réacheminer les ressortissants de pays tiers conformément à l'article 26, paragraphe 1, point a), de la convention de Schengen s'applique également lorsque l'entrée est refusée à un ressortissant de pays tiers en transit* » ;

– son article 3 précise que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour imposer aux transporteurs qui ne sont pas en mesure d'assurer le retour d'un ressortissant de pays tiers dont l'entrée est refusée l'obligation de trouver immédiatement le moyen de réacheminement et de prendre en charge les frais correspondants, ou, lorsque le réacheminement ne peut être immédiat, de prendre en charge les frais de séjour et de retour du ressortissant de pays tiers en question* ».

\* Ces dispositions, directement inspirées de celles que l'ordonnance du 2 novembre 1945 avait déjà prévues en droit français, ont été reprises, lors de la première codification du CESEDA<sup>12</sup>, aux articles L. 213-4 à L. 213-8 de ce code.

En application de l'article L. 213-4, les transporteurs aériens ou maritimes qui ont acheminé une personne à laquelle l'accès au territoire français a été refusé au motif que sa « *présence constituerait une menace pour l'ordre public* » ou qui fait l'objet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion<sup>13</sup>, sont ainsi « *tenues de ramener sans délai, à la requête des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière, cet étranger au point où il a commencé à utiliser le moyen de transport de cette entreprise, ou, en cas d'impossibilité, dans l'État qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou en tout autre lieu où il peut être admis* ».

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Article L. 213-1 du CESEDA. En application de l'article L. 213-2, ce refus fait l'objet d'une décision écrite et motivée.

### **3. – La sanction de la méconnaissance de l’obligation de réacheminement**

En cas de manquement à l’obligation de réacheminement des étrangers non admis sur le territoire national prévue par l’article L. 213-4 du CESEDA, les entreprises de transports s’exposent, en application de l’article L. 625-7 du même code, à une amende administrative d’un montant maximal de 30 000 euros.

Introduite par un amendement du Gouvernement lors de l’examen de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, cette disposition a pour principal objet « *d’assurer la pleine effectivité* » des obligations incombant au transporteur en prévoyant la possibilité de les sanctionner s’ils refusent de les accomplir ou ne le font qu’« *imparfaitement ou partiellement* »<sup>14</sup>.

Il convient de préciser que ces dispositions, comme celles de l’article L. 213-4 du CESEDA, ont été abrogées par l’ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant recodification de la partie législative de ce code. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2021, elles sont reprises, respectivement, par les articles L. 821-10 et L. 333-3 du CESEDA.

#### **B. – Origine de la QPC et question posée**

Le ministre de l’intérieur avait infligé deux amendes à la société Air France pour avoir manqué à son obligation de réacheminer deux passagers auxquels l’accès au territoire national avait été refusé.

Dans les deux cas, la société Air France avait, en vue du réacheminement, émis des billets et permis l’embarquement des intéressés dans l’avion. Toutefois, compte tenu de leur comportement non coopératif, le commandant de bord avait décidé de les débarquer, en application de l’article L. 6522-3 du code des transports<sup>15</sup>.

À la suite de recours formés contre ces amendes par la société Air France, le tribunal administratif de Paris puis la cour administrative d’appel de Paris en avaient réduit le montant.

La société requérante avait alors formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt, à l’occasion duquel elle avait soulevé la QPC suivante : « *Les dispositions des articles L. 213-4 et L. 625-7, 1° du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit*

---

<sup>14</sup> Exposé sommaire de l’amendement n° 398 du Gouvernement.

<sup>15</sup> Cet article prévoit que notamment que « *Le commandant de bord a autorité sur toutes les personnes embarquées. Il a la faculté de débarquer toute personne parmi l’équipage ou les passagers, ou toute partie du chargement, qui peut présenter un danger pour la sécurité, la santé, la salubrité ou le bon ordre à bord de l’aéronef* ».

*d’asile, dans leur rédaction applicable au litige, sont-elles conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux exigences découlant des articles 9, 12 et 13 de la Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et de l’article 66 de la Constitution ? »*

Dans sa décision précitée du 9 juillet 2021, le Conseil d’État avait considéré que cette question présentait un caractère sérieux au regard de l’atteinte portée « *notamment aux droits garantis par l’article 12 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 et au principe d’égalité devant les charges publiques* ». Il l’avait donc renvoyée au Conseil constitutionnel.

## **II. – L’examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

### **A. – Les questions préalables**

#### **1. – La version des dispositions renvoyées**

Le Conseil d’État n’avait pas précisé la version des dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel. Il revenait donc à ce dernier de la déterminer.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé qu’il était saisi de l’article L. 213-4 du CESEDA, dans sa rédaction résultant de l’ordonnance du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile<sup>16</sup>, et de l’article L. 625-7 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France (paragr. 1).

#### **2. – Les griefs et la restriction du champ**

\* La société requérante reprochait à ces dispositions d’obliger les entreprises de transport aérien à réacheminer les personnes étrangères auxquelles l’accès au territoire national a été refusé, le cas échéant en exerçant des contraintes sur celles dont le comportement présente un risque pour la sécurité à bord de l’aéronef. Selon elle, ces dispositions avaient ainsi pour effet de déléguer à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l’exercice de la force publique, en violation de l’article 12 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789.

Elle reprochait également à ces dispositions d’obliger ces entreprises à détenir contre

---

<sup>16</sup> 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.

leur gré, au cours de ce réacheminement, les personnes qui refuseraient de se soumettre à cette mesure, en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution. En outre, elle faisait valoir que ces dispositions permettaient d'engager la responsabilité des entreprises de transport quand bien même l'inexécution de cette obligation n'était imputable qu'au comportement du passager. Elles méconnaissaient ainsi l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Par ailleurs, la société requérante soutenait que ces dispositions, en imposant aux entreprises de transport de prendre en charge l'ensemble des coûts liés à l'obligation de réacheminement, les soumettaient à des sujétions excessives, en méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration de 1789.

Enfin, elle faisait valoir que, en ne prévoyant aucune exception à cette obligation de réacheminement, ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative.

\* Après avoir relevé que les griefs soulevés par la société requérante étaient « *ainsi dirigés contre l'obligation de réacheminement mise à la charge des transporteurs aériens* », le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait sur les mots « *est tenue de ramener* » figurant à l'article L. 213-4 du CESEDA (paragr. 7).

Par ailleurs, la partie intervenante soutenait, pour les mêmes raisons que la société requérante, que ces dispositions méconnaissaient l'article 12 de la Déclaration de 1789.

## **B. – Sur la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel**

### **1. – La jurisprudence constitutionnelle**

#### ***a. - La jurisprudence constitutionnelle sur les lois de transposition des directives de l'Union européenne***

Depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004<sup>17</sup>, précisée par sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006<sup>18</sup>, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence spécifique aux lois ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7 et 9.

<sup>18</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19.

<sup>19</sup> Ce contrôle a été étendu par le Conseil constitutionnel aux stipulations d'un accord international relevant d'une compétence exclusive de l'Union européenne (décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et*

Selon cette jurisprudence, s'il résulte de l'article 88-1 de la Constitution une exigence constitutionnelle de transposer les directives de l'Union européenne<sup>20</sup>, la transposition d'une directive ne saurait toutefois 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<sup>21</sup>. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent – ni en saisine *a priori*, ni dans le cadre d'une QPC<sup>22</sup> – 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 de l'Union européenne.

Cette jurisprudence, qui trouve son équivalent devant le juge administratif lorsqu'il est saisi de dispositions réglementaires transposant une directive européenne<sup>23</sup>, vise à assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne.

Lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés protégés par la Constitution trouve son origine dans un acte de l'Union européenne alors que ces droits et libertés sont également protégés par l'ordre juridique européen, le Conseil constitutionnel laisse le soin d'en assurer le respect au juge de droit commun du droit de l'Union – c'est-à-dire aux juridictions administratives et judiciaires françaises et, le cas échéant, à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Si, en revanche, sont en cause des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, c'est au Conseil constitutionnel lui-même qu'il revient d'en assurer le respect.

Cette réserve de compétence propre du Conseil constitutionnel, également connue

---

*commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, paragr. 13 et 14) et aux lois ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne (décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, paragr. 2).

<sup>20</sup> Selon lequel : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

<sup>21</sup> Avant la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 précitée, le Conseil constitutionnel employait l'expression « *une disposition expresse contraire de la Constitution* ». Voir les décisions n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, et n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

<sup>22</sup> Décisions n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d'une directive)* ; n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora (Conditions de recours au travail de nuit)*, cons. 6 et 7 (*a contrario*) ; n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*, cons. 9.

<sup>23</sup> CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 ; CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649 ; Ass., 21 avril 2021, *French Data Network et autres*, n° 393099.

sous l'expression de « clause de sauvegarde », ne fait que traduire les termes de l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, selon lequel « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* ».

***b. – La jurisprudence relative aux règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France***

Le Conseil constitutionnel a déjà eu, depuis 2004, à connaître de la question de savoir si une règle ou un principe est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Dans sa décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, il a jugé que des dispositions relatives à la brevetabilité de certaines inventions se bornaient à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive et que l'article 11 de la Déclaration de 1789, protégeant la liberté d'expression et de communication, ne pouvait être utilement invoqué dans la mesure où « *cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »<sup>24</sup>.

De même, dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, le Conseil a jugé que ne peut pas être utilement présenté le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée invoqué contre des dispositions qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive<sup>25</sup>.

Enfin, dans sa décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, le Conseil a écarté la qualification de règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France en ce qui concerne :

– le principe d'égalité devant la loi, au motif que « *Ce principe est également protégé par le droit de l'Union européenne, notamment par l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »<sup>26</sup> ;

---

<sup>24</sup> Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, précitée, cons. 6.

<sup>25</sup> Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, précitée, cons. 8.

<sup>26</sup> Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, paragr. 38

– la liberté d’entreprendre, au motif que « *Cette liberté est également protégée par le droit de l’Union européenne, notamment par l’article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union* »<sup>27</sup> ;

– ou encore la liberté d’expression et de communication au motif que « *Cette liberté est également protégée par le droit de l’Union européenne, notamment par l’article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne* »<sup>28</sup>.

En revanche, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel n’a pas tranché la question de savoir si l’article 9 de la Charte de l’environnement ou le principe de participation des travailleurs ont ce caractère, en considérant que « *en tout état de cause* » les dispositions contestées ne les méconnaissaient pas<sup>29</sup>.

\*

En définitive, il ressort de la jurisprudence exposée que, pour écarter la qualification de règle ou de principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, le Conseil s’est jusqu’à présent toujours appuyé sur le fait que cette règle ou ce principe était « *également protégé* » par le droit de l’Union européenne. Cette conception de la « clause de sauvegarde » traduit ainsi la complémentarité des offices constitutionnel et européen, et non leur concurrence comme il ressort des termes mêmes du paragraphe 2 de l’article 4 précité du Traité sur l’Union européenne.

## **2. – L’application à l’espèce**

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a tout d’abord rappelé les termes de l’article 88-1 de la Constitution et les limites qui en découlent s’agissant du contrôle des dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d’une directive (paragr. 9).

\* En l’espèce, pour déterminer l’étendue du contrôle à opérer, il lui fallait apprécier si les dispositions contestées résultaient de la transposition d’une directive européenne et, dans cette hypothèse, si ces dispositions se bornaient à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de cette directive.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, paragr. 12.

<sup>28</sup> *Ibid.*, paragr. 10.

<sup>29</sup> *Ibid.*, paragr. 27 et 33.

Reprenant sur ce point le cheminement qu'il avait suivi dans le cadre de la décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019<sup>30</sup>, qui portait déjà sur des dispositions trouvant leur source à la fois dans la convention d'application de l'accord de Schengen et dans le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel a relevé que, « *En application de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990, les États signataires se sont engagés à instaurer l'obligation pour les entreprises de transport de "reprendre en charge sans délai" les personnes étrangères dont l'entrée sur le territoire de ces États a été refusée et de les ramener vers un État tiers. Cette obligation a été reprise et précisée par la directive du 28 juin 2001* » (paragr. 10).

Puis, le Conseil a considéré que « *Les dispositions contestées de l'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile visent à assurer la transposition de cette directive en prévoyant que l'entreprise de transport aérien ou maritime est tenue de ramener une personne étrangère non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne en cas de refus d'entrée sur le territoire national* » (paragr. 11).

Dès lors, le Conseil constitutionnel en a conclu que les dispositions contestées de l'article L. 213-4 « *se bornent ainsi à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001* » (paragr. 12).

\* Conformément à sa jurisprudence, le Conseil en a tiré la conséquence qu'il n'était compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit « *que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » (paragr. 13).

Par cette formule inédite, d'une part, le Conseil a classiquement rappelé les limites du contrôle qu'il est susceptible d'opérer à l'égard de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive.

D'autre part, il a pour la première fois explicité un critère de détermination d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France en indiquant

---

<sup>30</sup> 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)*, paragr. 6 à 10.

que sont à ce titre visés des règles ou principes qui ne trouvent pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne.

Il restait au Conseil à examiner, à l'aune de ce cadre de contrôle, les griefs de la société requérante.

## **C. – La reconnaissance du principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France d'interdiction de déléguer l'exercice de la force publique à des personnes privées**

### **1. – La jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 12 de la Déclaration de 1789**

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* ». Le Conseil en a déduit un principe interdisant 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.

\* Jusqu'à une époque récente, le Conseil constitutionnel n'avait eu que très rarement l'occasion de fonder ses décisions 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* »<sup>31</sup>.

Cette solution était largement inspirée de sa jurisprudence bien établie suivant

---

<sup>31</sup> 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.

laquelle la délégation législative de fonctions régaliennes au profit de personnes privées n'est pas conforme à la Constitution<sup>32</sup>.

Dans sa décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, le Conseil était ainsi saisi de dispositions permettant à l'État, à titre expérimental, de passer avec des personnes de droit public ou privé, bénéficiant d'un agrément à cette fin, des marchés relatifs aux transports de personnes retenues en centre de rétention ou maintenues en zone d'attente. Alors que les requérants considéraient que ces dispositions conduisaient à déléguer à une personne privée une mission de souveraineté incombant par nature à l'État, il a jugé « *qu'aux termes mêmes du deuxième alinéa de l'article 35 octies, les marchés en cause "ne peuvent porter que sur la conduite et les mesures de sécurité inhérentes à cette dernière, à l'exclusion de ce qui concerne la surveillance des personnes retenues ou maintenues au cours du transport qui demeure assurée par l'État" ; qu'une telle habilitation limite strictement l'objet des marchés à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules ; que, par l'exclusion de toute forme de surveillance des personnes transportées, elle réserve l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État ; qu'il s'ensuit que le grief est infondé* »<sup>33</sup>.

Cette solution était également contenue en creux dans la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 par laquelle le Conseil constitutionnel avait jugé, dans un cadre plus proche de la décision commentée, que des dispositions sanctionnant le manquement des transporteurs aériens ou maritimes à leur obligation de contrôle documentaire des passagers à destination du territoire national 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 bénéficier 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 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 ;*

---

<sup>32</sup> Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 8 et décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 97 et 98.

<sup>33</sup> 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.

*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 »<sup>34</sup>.*

\* Avec le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, le Conseil a été amené à développer sa jurisprudence sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789.

Dans sa décision n° 2017-637 QPC relative aux conditions dans lesquelles l'accès à des manifestations sportives pouvait être refusé, le Conseil, en statuant sur le bien-fondé de ce grief, a implicitement considéré que cette exigence constitutionnelle était directement invocable en QPC<sup>35</sup>.

Puis, dans sa décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, 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 la réserve que les « *autorités publiques [prennent] les dispositions afin de s'assurer que soit continûment garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire* »<sup>36</sup>.

Dans le même sens, dans sa décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, le Conseil a validé, sous une réserve d'interprétation, l'extension des cas dans lesquels les agents privés de sécurité peuvent exercer des missions de surveillance sur la voie publique. Il a ainsi jugé que ces derniers devaient, à cette fin, être autorisés par le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, par le préfet de police, que l'objet de cette mission de surveillance était strictement limité et que ces agents « *lorsqu'ils exercent leur mission de surveillance sur la voie publique conformément au second alinéa de l'article L. 613-1, [...] ne disposent pas des pouvoirs de fouille et de palpations de sécurité mentionnés à l'article L. 613-2 du code de la sécurité intérieure* ». Enfin, il a constaté que les dispositions contestées « *prévoient que la mission de surveillance des agents privés de sécurité peut s'exercer sur la voie publique et présenter un*

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre (Mesures administratives de lutte contre le terrorisme)*, paragr. 27.

*caractère itinérant. Toutefois, cette mission de surveillance itinérante ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'article 12 de la Déclaration de 1789, s'exercer au-delà des abords immédiats des biens dont les agents privés de sécurité ont la garde ».*

\* Deux décisions récentes du Conseil constitutionnel se sont enfin prononcées sur le respect de l'article 12 de la Déclaration de 1789 par des dispositions relatives au transport aérien.

Dans sa décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, 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* »<sup>37</sup>.

Dans sa décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019 précitée relative aux sanctions applicables en cas de manquement par les transporteurs aériens ou maritimes à leurs obligations de contrôle documentaire des passagers, le Conseil a également écarté le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 après avoir considéré que « *Les irrégularités manifestes qu'il appartient au transporteur de déceler sous peine d'amende, en application des dispositions contestées, lors, au moment de l'embarquement, 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. 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* »<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, paragr. 79.

<sup>38</sup> Décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019 précitée, paragr. 12.

## 2. – L'application à l'espèce

\* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, écarté la qualification de règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France pour le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et le principe d'égalité devant les charges publiques. Il a donc jugé implicitement que ces principes bénéficiaient d'une protection équivalente dans le droit de l'Union européenne.

\* En second lieu, le Conseil a jugé 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* », fondée sur l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » (paragr. 15).

Le Conseil a ainsi jugé que cette interdiction est bien propre à l'ordre constitutionnel français : elle traduit, en effet, une exigence particulière des conditions du recours à la force publique et de l'exercice des pouvoirs de police qui n'a pas d'équivalent au sein du droit de l'Union européenne. Des dispositions qui délégueraient des pouvoirs de police en méconnaissance de l'article 12 de la Déclaration de 1789 ne pourraient ainsi pas être utilement contestées sur le fondement du droit de l'Union européenne dès lors qu'aucune norme européenne n'empêche actuellement une telle délégation.

Dès lors qu'aucun autre juge ne disposait des normes pour effectuer un tel contrôle, il appartenait au Conseil de s'assurer que les dispositions qui lui étaient soumises, bien qu'étant des dispositions de transposition de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, respectaient bien cette interdiction.

Sur ce point, après avoir rappelé 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 résulte de l'article 12 de la Déclaration de 1789 (paragr. 15), le Conseil a recherché si les dispositions contestées procédaient à une telle délégation.

Le Conseil a d'abord relevé que « *La décision de mettre en œuvre le réacheminement d'une personne non admise sur le territoire français relève de la compétence exclusive des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière* » et qu'« *En application des dispositions contestées, les entreprises de transport aérien ne sont tenues, à la requête de ces autorités, que de prendre en charge ces personnes et d'assurer leur transport* » (paragr. 16).

Ainsi, alors qu'une décision de réacheminement d'une personne étrangère refusée sur le territoire français constitue une mesure de police, les dispositions contestées ne confèrent pas aux transporteurs le pouvoir de prendre une telle mesure qui reste de la compétence des pouvoirs publics.

Ensuite, le Conseil constitutionnel a constaté que « *les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte, de telles mesures relevant des seules compétences des autorités de police* » (paragr. 17).

Il a également relevé que ces dispositions « *ne privent pas non plus le commandant de bord de sa faculté de débarquer une personne présentant un danger pour la sécurité, la santé, la salubrité ou le bon ordre de l'aéronef, en application de l'article L. 6522-3 du code des transports* » (même paragr.).

En définitive, les dispositions contestées ne transfèrent aux transporteurs aucun pouvoir de décision ni ne les rendent comptables d'aucune obligation de surveiller la personne ou d'exercer sur elle une contrainte pour l'accomplissement de leur obligation de réacheminement.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 et a déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées.