“ Non automaticité de la sanction forfaitaire contre l’employeur d’un étranger en situation irrégulière ”

David Ytier

▶ **To cite this version:**

David Ytier. “ Non automaticité de la sanction forfaitaire contre l’employeur d’un étranger en situation irrégulière ”: Note sous la décision CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 13/03/2019, n° 424565. Actualité juridique Droit administratif, 2019, pp.1522 - 1526. hal-03210037

HAL Id: hal-03210037
https://amu.hal.science/hal-03210037

Submitted on 27 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Non-automaticité de la sanction forfaitaire
contre l'employeur d'un étranger en situation irrégulière

Après avoir identifié la part de l'article L. 626-1 du CESEDA ne relevant que d'un simple concours à la transposition d'une directive européenne, le Conseil d'État démontre le caractère non-automatique de la contribution forfaitaire infligée en cas d'embauche d'un étranger en situation irrégulière et donc le caractère non sérieux de la QPC.

Il existe des situations dans lesquelles la transgression d'une règle engendre, pour un employeur, une sanction particulièrement vigoureuse. Le recours au travail illégal et, plus particulièrement, l'embauche de travailleurs étrangers en situation irrégulière en est une. Dans ce cas, l'article L. 626-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit une contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine. Cette disposition s'ajoute à l'article L. 8253-1 du Code du travail sanctionnant le recours à un travailleur étranger démuni de titre l'autorisant à exercer une activité salariée par une contribution spéciale visant à enlever tout intérêt financier à l'emploi irrégulier de main d'œuvre étrangère. Ces deux contributions mises à la charge de l'employeur constituent des sanctions administratives (v. 2016-621 QPC du 30 mars 2017, *Société Clos Teddi et autres*) prononcées par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). Elles ne poursuivent toutefois pas le même objet, la contribution forfaitaire visant spécifiquement à transférer sur l'employeur les frais supportés par l'État pour le réacheminent de l'étranger (v. CAA Paris, 29 juillet 2016, n° 15PA04296, *Société Chez Rebecca*).

Récemment, ces dispositions ont été soumises au contrôle de conventionnalité (v. CE, Ass., 12 oct. 2018, n° 408567, *Société Super coiffeur*). À cette occasion, le Conseil d'État a considéré que le principe *non bis in idem* résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvait trouver à s'appliquer à ces sanctions dès lors qu'une réserve française à ce traité international en limite le champ aux seules infractions pénales. Par conséquent, sur ce fondement, les sanctions administratives ne peuvent être considérées inconventionnelles.

L'échec de cette voie de contestation n'empêche pas l'exploration d'autres pistes. Dès lors, dans la présente affaire, la règle est cette fois discutée relativement à sa constitutionnalité. Or, cette voie avait déjà pu être exploitée à plusieurs reprises, mais de nombreuses tentatives ont été considérées comme non sérieuses et ont donc abouti à un échec. Échec, d'abord, au regard du principe d'égalité de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (v. CAA

Lyon, 22 mars 2011, n° 10LY02852). Échec, également, au regard de la nécessité de la peine au sens de l'article 8 de la DDHC (CAA Lyon, 22 mars 2011, n° 10LY02852), la nécessité ayant été analysée par rapport à l'objectif du législateur, à savoir dissuader un employeur de confier un travail illégalement. Échec, enfin, au regard du principe *non bis in idem* (CAA Paris, 29 juillet 2016, n° 15PA04296, *Société Chez Rebecca*).

La nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est soulevée à l'occasion d'un litige né de la contestation, par une exploitante d'un salon de coiffure de Perpignan, d'une décision de l'OFII faisant suite à un contrôle mené par la police nationale au cours duquel il a été constaté l'emploi d'une ressortissante étrangère démunie de titre de séjour et d'autorisation de travail. Le cumul initial des deux sanctions portées à la charge de l'employeur avait été ramené à la somme de 15 000 euros. Saisis, le tribunal administratif de Montpellier puis la Cour administrative d'appel de Marseille ont rejeté les prétentions du requérant. La présente QPC est donc soumise au Conseil d'État par un pourvoi aux moyens duquel l'employeur conteste la constitutionnalité spécifique de la sanction forfaitaire au visa de l'article 8 de la DDHC. Si la décision rendue en l'espèce concerne seulement l'article L. 626-1 du CESEDA, la solution prononcée peut être étendue, dans son raisonnement juridique, à l'article L. 8253-1 du Code du travail.

Il s'agit pour le Conseil d'État dans la présente décision d'envisager d'abord la nature de la disposition interne par rapport à la transposition de la directive européenne, ce lien modulant la possible transmission de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Après avoir identifié dans quelle mesure l'article L. 626-1 du CESEDA peut faire l'objet de ce contrôle *a posteriori*, le Conseil d'État a pu vérifier le caractère non-automatique de la sanction administrative et conclure au caractère non sérieux de la question lui ayant été transmise par application de l'article 61-1 de la Constitution.

I. L'analyse de la constitutionnalité restreinte aux dispositions concourant à la transposition de la directive européenne

Dans un premier temps, l'analyse de la QPC contraint le Conseil d'État à vérifier l'origine de la disposition contestée. Au cours de ce contrôle, le juge confirme d'une part la jurisprudence déjà établie qui consiste à refuser la transmission d'une loi transposant une directive précise et inconditionnelle. D'autre part, il identifie la fraction de celle-ci ne concourant qu'à la transposition et dont la nature la rend susceptible d'une transmission au Conseil constitutionnel.

A. La confirmation du refus de transmission d'une disposition interne transposant une directive précise et inconditionnelle

L'analyse de la constitutionnalité de l'article L. 626-1 du CESEDA passe d'abord dans cette décision par le rappel de l'origine de la contribution. La disposition contestée est la transposition, en droit interne, de la directive européenne 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009. Par cette initiative, les États européens ont notamment reconnu que les mesures contre l'emploi illégal devaient être intensifiées. Message entendu par le législateur français à travers la contribution forfaitaire mise à la charge de l'employeur pour frais de réacheminement.

L'origine de cette norme doit-elle moduler le traitement de la QPC par la haute juridiction ? Oui, car une jurisprudence constante refuse le renvoi de la question au Conseil constitutionnel dès lors que celle-ci porte sur l'acte transposant « des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive en droit interne (v. CE, 14 sept. 2015, n° 389806, *Société NotreFamille.com*). Seule une mise en cause de l'identité constitutionnelle de la France peut justifier pour le Conseil d'État une transmission de la question. Cette solution exige pour le juge de déterminer ce qui relèverait ou non d'une transposition de dispositions inconditionnelles et précises, ce que faisait déjà le Conseil constitutionnel dans son contrôle *a priori* (v. par exemple Cons. const., 1er juillet 2006, n° 2006-540, *Loi relative au droit d'auteur*, § 19), puis dans celui *a posteriori* (Cons. Const., 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*). La décision doit sur ce point être analysée comme la confirmation d'une jurisprudence constante.

Appliquant cette position de principe à l'article L. 626-1 du CESEDA, le Conseil d'État a été amené à identifier ce qui relèverait d'une transposition « des dispositions inconditionnelles et précises » de la directive. Il en est ainsi des éléments relatifs au principe et au montant de la contribution pour lesquels il ne convient donc pas, pour la juridiction, d'examiner leur conformité à la nécessité des peines et à la règle *non bis in idem*, ni d'envisager une transmission au Conseil constitutionnel de la question posée à ce propos. Sur l'existence même de cette sanction, le Conseil d'État avait déjà établi le lien étroit avec la directive européenne, ainsi que l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (v. CE, 30 juin 2017, n° 407711, *SARL New Coiffure*).

B. L'identification d'une part de la disposition interne concourant seulement à la transposition de la directive

La décision s'avère plus intéressante en ce qu'elle illustre l'hypothèse par laquelle une QPC soulevée sur des dispositions législatives transposant une directive européenne pourrait toutefois être transmise au Conseil constitutionnel. Il faut pour cela en revenir à la double condition précédemment développée. Pour ne pas être transmise, la règle contestée doit « tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive », et ne pas mettre en cause « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». *A contrario*, si une disposition « concourt » seulement à la transposition d'une directive, c'est-à-dire qu'elle ne participe qu'à la mise en œuvre de son esprit en droit interne par une certaine marge de manœuvre laissée au législateur interne, alors la transmission doit être envisagée selon le caractère nouveau et sérieux de la question.

Face à une norme de transposition d'une directive, le juge peut donc être amené à emprunter deux voies : soit la directive est précise et inconditionnelle, et dans ce cas la transmission de la QPC est subordonnée à la mise en cause par la disposition interne de l'identité constitutionnelle de la France ; soit la directive n'est pas précise ou n'est pas inconditionnelle, et dans ce cas le renvoi de la QPC est subordonnée au caractère nouveau et sérieux de la contestation comme le prévoit, d'une manière générale, la procédure de l'article 61-1 de la Constitution. Par conséquent, afin de déterminer si la règle interne transpose à la lettre ou seulement dans l'esprit la directive, le juge doit confronter les deux normes et donc opérer un certain contrôle de la nature des dispositions et de la marge de manœuvre laissée au législateur lors de l'opération de transposition.

Ce qui s'avère être plus remarquable et inédit dans cette décision, c'est la capacité du juge à organiser cette confrontation et à établir cette distinction au sein d'une même disposition. En effet, dans la présente décision, le Conseil d'État distingue au sein même de l'article L. 626-1 du CESEDA ce qui relève d'une part du principe et du montant de la contribution, c'est à dire de la lettre de la directive, et d'autre part des conditions de sa mise en œuvre, autrement dit de son esprit.

Approfondissons cette distinction opérée par le Conseil d'État et interrogeons-nous sur le fondement de cette différence établie. La directive est-elle réellement moins précise et inconditionnelle quant aux conditions de mise en œuvre de la contribution forfaitaire ? Le texte européen du 18 juin 2009 aborde ce point à deux reprises. D'abord dans les considérants initiaux et plus précisément dans le onzième : « *Les employeurs ayant respecté les obligations imposées par la présente directive ne devraient pas être tenus pour responsables du recrutement de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment si l'autorité compétente constate ultérieurement que le document présenté par un travailleur avait été*

falsifié ou utilisé abusivement, sauf si l'employeur savait que ce document était falsifié ». Ensuite, au 3) de l'article 4 : « *Les États membres veillent à ce que les employeurs qui remplissent les obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 1 ne puissent être tenus pour responsables d'une violation de l'interdiction visée à l'article 3, à moins que les employeurs n'aient su que le document présenté comme titre de séjour ou autorisation de séjour valable était faux* ». L'emploi de formules telles que « *les employeurs* […] *ne devraient pas* », ou encore « *les États membres veillent à* […] » démontrent que la directive comporte sur ce point des préconisations, et non des consignes précises et inconditionnelles.

Dans cette mesure, la directive contraint le Conseil d'État à emprunter pour cette QPC la seconde voie évoquée plus haut, à savoir celle de la vérification du caractère nouveau et sérieux de la contestation, mais seulement dans la mesure où la loi fixe les conditions de mise en œuvre de la sanction. Pour la première fois, la juridiction administrative opère une telle distinction, en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, et au sein d'une même disposition, entre ce qui relève d'une transposition à la lettre de la directive et ce qui ne relèverait que de son esprit. C'est cet esprit, retranscrit au travers des conditions dans lesquelles la sanction est prononcée par l'Office français de l'immigration et de l'intégration, qui va faire l'objet d'une confrontation à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et plus précisément au principe de non-automaticité des sanctions.

II. La constatation du caractère non-automatique de la sanction forfaitaire infligée à l'employeur

Après avoir considéré que les conditions de mise en œuvre de la sanction prévue à l'article L. 626-1 du CESEDA ne relèvent que d'un simple concours à la transposition de la directive européenne, le Conseil d'État vérifie le caractère sérieux de la QPC en examinant l'automaticité de la disposition. Au regard des excuses dont bénéficie l'employeur de bonne foi et des garanties encadrant le prononcé puis le contrôle de la sanction, le caractère non-automatique de la sanction forfaitaire conduit à un rejet de la QPC.

A. L'existence d'excuses applicables pour l'employeur de bonne foi

La recherche du caractère automatique de la sanction passe d'abord par la constatation des situations dans lesquelles l'employeur de l'étranger en situation irrégulière pourrait ne pas se voir infliger la contribution. Deux situations sont relevées par le Conseil d'État.

D'une part, doit être évoqué le cas où l'employeur aurait opéré les diligences prescrites par l'article L. 5221-8 du Code du travail, à savoir s'assurer auprès des administrations territorialement compétentes de l'existence du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France. Lorsque cette démarche a été accomplie par l'employeur, mais qu'il aurait été, de surcroît, trompé par l'usage d'un document frauduleux ou par une usurpation d'identité de la part de l'employé, alors l'OFII le prend en en compte avant l'établissement de la sanction, voire pour ne pas la prononcer si les faits sont avérés. D'autre part, le non-accomplissement à tort des vérifications qui incombent à l'employeur peut ne pas engendrer une sanction dès lors que celui-ci s'est assuré de la nationalité du salarié et que ce dernier aurait présenté à cette occasion un document, même frauduleux, justifiant d'une nationalité n'impliquant pas un tel contrôle.

Ces deux cas d'excuses pour l'employeur d'un travailleur en situation irrégulière ne relèvent pourtant pas de la lettre de l'article L. 626-1 du CESEDA. La disposition interne est donc sur ce point interprétée à la lumière de l'esprit de la directive européenne dont le juge a connaissance. Cette analyse a déjà pu être développée par le Conseil d'État dans une précédente décision (v. CE, 26 nov. 2018, n° 403978, *Société Boucherie de la paix*). Elle permet, en justifiant les cas d'exclusion de la sanction forfaitaire pour l'employeur de bonne foi d'apporter un premier élément de réponse à la question du caractère automatique de la sanction.

Cette interprétation à la lumière de la directive peut être critiquée. En effet, et alors que la disposition peut en partie faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, le juge rend une analyse en partie imprégnée de l'esprit de la directive européenne. Alors que le refus par le Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives inconditionnelles et précises se justifie par le refus d'un contrôle des directives elles-mêmes, cette décision illustre la porosité du contrôle de constitutionnalité de dispositions internes concourant à la transposition d'une directive même lorsque seul l'esprit de celle-ci est transposé.

D'autre part, les garanties fondamentales bénéficiant à l'employeur de bonne foi ne relevant pas de la loi elle-même, l'interprétation de celle-ci n'aurait-elle pas nécessité la formulation d'une réserve ? Sans doute que sur ce point, le Conseil constitutionnel aurait pu en examiner l'intérêt. Car la garantie des droits et libertés constitutionnels ne peut reposer sur une interprétation trop extensive des dispositions légales.

B. L'application de garanties pour l'ensemble des employeurs

Deux garanties pour l'ensemble des employeurs concernés démontrent, elles aussi, la non-automaticité de la contribution forfaitaire. D'une part, une procédure contradictoire a lieu

préalablement à toute décision rendue par l'OFII. C'est au cours de cet échange que l'employeur peut faire valoir les excuses précédemment présentées, et tout élément de preuve relatif à la fraude du salarié. Il revient alors à l'Office de vérifier ces faits et de prendre la décision de mettre ou non à la charge de l'intéressé la contribution forfaitaire.

D'autre part, à l'issue d'une vérification des faits et de la qualification retenue, le juge est compétent pour maintenir la contribution ou en décharger l'employeur. Le Conseil d'État a d'ailleurs illustré ce « plein contrôle » dans une décision antérieure en déchargeant un intéressé considéré de bonne foi (v. CE, 26 nov. 2018, n° 403978, *Société Boucherie de la paix*). En revanche, le juge ne peut conditionner le maintien de la contribution au caractère effectif du réacheminement du salarié auquel elle est pourtant censée correspondre (v. CAA Marseille, 28 sept. 2018, n° 16MA04800 ; CAA Versailles, 26 mars 2019, n° 16VE01973, *Société C*).

Ces garanties invoquées dans la décision sont pourtant absentes de l'énoncé de l'article L. 626-1 du CESEDA dont le Conseil d'État examine pourtant la constitutionnalité. Elles sont toutefois prévues par les mesures réglementaires vers lesquelles renvoie la disposition législative. Ainsi, le principe du contradictoire est fondé sur l'article R. 626-2 du CESEDA, et la compétence du juge est mentionnée à l'article R. 626-1 du CESEDA. Alors qu'en ce qui concerne les excuses, le Conseil d'État avait interprété l'article à la lumière de la directive, il examine cette fois les garanties pour l'employeur conformément aux mesures réglementaires.

Quelle que soit la méthode d'interprétation suivie par le juge dans la présente décision, les excuses et garanties dont peut bénéficier un employeur ayant embauché un étranger en situation irrégulière permettent de constater le caractère non-automatique de la sanction, et, par conséquent, le caractère non sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité. Après ce refus de transmission au Conseil constitutionnel, la juridiction a pu appliquer un plein contrôle aux faits de l'espèce. Pour cela, et au vu des procès-verbaux d'audition de l'exploitante du salon de coiffure, la haute juridiction n'a relevé aucune dénaturation des faits ayant conduit à la sanction administrative. Par conséquent, ne pouvant se prévaloir d'une quelconque bonne foi, le Conseil d'État a rejeté le pourvoi et a maintenu la décision de l'OFII.

Voilà donc une employeuse ayant permis au Conseil d'État de détailler, à l'occasion de cette affaire, les garanties et excuses découlant de l'article L. 626-1 du CESEDA… sans pouvoir elle-même en bénéficier. Que sa contribution à notre connaissance de la mise en œuvre de cette sanction administrative soit néanmoins pour elle, comme pour nous, une source de satisfaction pleine et entière.