

N° 372832

M. K...

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies

Séance du 2 décembre 2013

Lecture du 18 décembre 2013

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Les faits à l'origine de la présente demande d'avis seront vite présentés. M. K..., ressortissant algérien arrivé en Espagne sous couvert d'un visa de court séjour est ensuite venu en France où il s'est marié le 19 janvier 2013 avec une ressortissante de nationalité française et a sollicité le 25 janvier 2013 auprès du préfet du Puy-de-Dôme la délivrance d'un certificat de résidence d'un an sur le fondement de l'article 6 de l'accord franco-algérien aux termes duquel « *le certificat de résidence d'un an portant la mention "vie privée et familiale" est délivrée de plein droit : (...) 2. au ressortissant algérien, marié avec un ressortissant de nationalité française, à condition que son entrée sur le territoire français ait été régulière (...)* ».

Sa demande a été rejetée par le préfet au motif que l'arrivée régulière de l'intéressé dans l'espace Schengen via l'Espagne ne conférerait pas « un caractère régulier à son entrée en France », faute pour lui de s'être déclaré aux autorités compétentes lors de son entrée en France, conformément à ce que prévoit l'article 22 de l'accord de Schengen.

L'intéressé a saisi le tribunal administratif de Clermont-Ferrand qui a estimé que la difficulté posée par la résolution de la requête justifiait de vous saisir d'une demande d'avis en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative.

Par jugement du 15 octobre 2013, il a donc posé la question de savoir si « la preuve de la régularité de l'entrée en France pendant la durée de la validité du visa Schengen ne peut être apportée qu'en établissant avoir souscrit la déclaration prévue à l'article 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 et reprise à l'article R. 211-33 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou si elle peut être rapportée par tout moyen ». En réalité, il faut se demander plus largement si la régularité de l'entrée des étrangers en provenance d'un Etat partie à l'espace Schengen est ou non subordonnée à la souscription de la déclaration prévue à l'article 22 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Cette demande d'avis est sans conteste recevable.

1. Nous devons commencer par vous présenter rapidement le droit applicable

a. Nous commencerons par rappeler ce que le droit Schengen prévoit de la circulation des étrangers régulièrement entrés dans l'un des pays membres de l'espace Schengen au moyen d'un visa de court séjour.

L'article 19 de la convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 prévoit ces étrangers « *peuvent circuler librement sur le territoire de l'ensemble des Parties contractantes pendant la durée de validité du visa, pour autant qu'ils remplissent les conditions d'entrée visées à l'article 5, paragraphe 1, points a, c, d et e ...* ». Ces conditions aujourd'hui prévues à l'article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006, qui s'est substitué à l'article 5 de la convention du 19 juin 1990, sont les suivantes *a) être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière ; (...) c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants ... ; d) ne pas être signalé aux fins de non-admission [dans le SIS] ; e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public ...* ».

Le dernier alinéa de l'article 19 prévoit toutefois que « *Les dispositions du présent article relatif à la libre circulation s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article 22* ».

Si l'on se reporte à cet article 22, on y trouve que : « *I- Les étrangers entrés régulièrement sur le territoire d'une des Parties contractantes sont tenus de se déclarer, dans des conditions fixées par chaque Partie contractante, aux autorités de la Partie contractante sur le territoire de laquelle ils pénètrent./ Cette déclaration peut être souscrite au choix de chaque Partie contractante, soit à l'entrée, soit, dans un délai de trois jours ouvrables à partir de l'entrée, à l'intérieur du territoire de la Partie contractante sur lequel ils pénètrent...* ».

On notera que le règlement (UE) n° 610/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 a modifié le texte de cet article 22 pour prévoir désormais que « les étrangers entrés régulièrement sur le territoire d'une des Parties Contractantes **peuvent être tenus de se déclarer**, dans les conditions fixées par chaque Partie Contractante [le reste sans changement substantiel] ». Mais cette transformation de l'obligation en possibilité de prévoir une telle obligation ne nous paraît avoir d'incidence sur le raisonnement.

Enfin, on mentionnera que le règlement (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) dispose en son article 21 que « la suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte: d)) à l'obligation des ressortissants de pays tiers de signaler leur présence sur le territoire d'un État membre conformément aux dispositions de l'article 22 de la convention d'application de l'accord de Schengen »

A première vue, l'expression figurant à l'article 19 qui indique la libre circulation s'applique aux étrangers « sans préjudice » de l'obligation pour eux de se déclarer pourrait

laisser accroire que la libre circulation des étrangers titulaires d'un visa en cours de validité d'une part, et la formalité de déclaration de leur arrivée dans un autre état d'autre part sont deux choses distinctes, l'une n'interférant pas avec l'autre. Mais nous devons avouer que nous ne sommes pas certains que cette lecture orthodoxe légistiquement parlant de l'expression soit forcément très significative. A notre sens, autant le droit Schengen implique qu'aucune restriction illégitime ne soit imposée aux étrangers circulant dans l'espace Schengen, autant il ne tranche pas dans un sens prédéterminé la question de la portée de la déclaration obligatoire qu'il prévoit. Aucune décision de la CJUE ne vient éclairer la question.

b. Passons maintenant au droit national

Le législateur français a prévu, par des dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 531-2 du CESEDA, que l'étranger qui, en provenance du territoire d'un Etat partie à la convention de Schengen, est entré ou a séjourné sur le territoire métropolitain sans souscrire, au moment de l'entrée sur ce territoire, la déclaration obligatoire prévue par l'article 22 de cette convention, alors qu'il était astreint à cette formalité, peut être remis aux autorités compétentes de l'Etat membre qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire ou dont il provient directement.

La France a par ailleurs prévu, à l'article R. 211-32 du CESEDA, que la déclaration est souscrite à l'entrée sur le territoire métropolitain, l'article R. 212-6 du même code prévoyant que sont toutefois dispensés de cette formalité, les étrangers qui ne sont pas astreints à l'obligation de visa pour un séjour inférieur à trois mois et ceux qui sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité, d'une durée supérieure ou égale à un an, délivré par un Etat partie à la convention de Schengen. Signalons que jusqu'en 1998, l'étranger ayant manqué à cette obligation risquait rien moins qu'une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 25 000 F.

3. Ce cadre étant posé, la question se comprend mieux, du moins l'espère-t-on : la déclaration, obligatoire sauf exceptions, qui est prévue par la convention Schengen doit-elle être regardée, dans notre droit interne comme une condition de régularité d'entrée en France ?

La condition d'entrée régulière en France est en effet très souvent posée dans le droit national ou des conventions bilatérales, comme la convention franco-algérienne en l'espèce, pour obtenir le bénéfice de titres de séjour.

a. Nous observons que les cours se sont divisées sur la question.

La CAA de Bordeaux a jugé dans un arrêt du 16 décembre 2010 **M. B...** (10BX00070, C+) qu'« un ressortissant étranger soumis à l'obligation de présenter un visa ne peut entrer régulièrement sur le territoire français au moyen d'un visa Schengen délivré par un Etat autre que la France que s'il a effectué, conformément à l'article 22 de la convention de Schengen, une déclaration d'entrée sur le territoire français » ; voir aussi, de la même cour, 22 mars 2011 **M. B...** (10BX01623) ; 12 juin 2012 **Mme H...** (11BX03097).

Les CAA de Lyon (13 juillet 2012 **Mme M...** ; 29 novembre 2012 **M. C...**) et de Nancy (10 octobre 2013 **Mme D...**) comme d'ailleurs la CAA de Bordeaux dans un arrêt plus récent du 20 décembre 2012 **M. H...** ont quant à elles jugé qu'était irrégulière une entrée en France dès lors que la déclaration n'avait pas été souscrite et dès lors qu'aucune autre pièce n'est fournie permettant d'attester de l'entrée en France pendant la période de validité du visa, ce qui révèle une analyse tout de même différente.

La CAA de Douai, pour sa part, dans un arrêt très motivé du 25 octobre 2012, **Préfet du Pas-de-Calais c/ M. K... N...**, a jugé que cette déclaration constitue une formalité administrative dont le non-respect peut être uniquement sanctionné par la remise de l'étranger aux autorités compétentes de l'Etat membre qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire » (voir aussi, de la même cour, 2 avril 2013 **Préfet du Nord c/ M. H...** et, dans le même sens, de la CAA de Nantes 20 décembre 2012 **M. B...**).

b. Il est vrai qu'on pourrait hésiter, car le système Schengen semble affirmer le principe de libre circulation sans préjudice de cette obligation. Mais dans la pratique, cette procédure est nécessaire à la vérification par les autorités nationales de ce que les conditions mises par les textes à la libre circulation sont réunies, ce qui plaide pour y voir une condition de cette régularité. D'autant que le défaut de cette formalité est un cas de réadmission, ce qui ne plaide pas pour regarder l'entrée comme régulière.

c. Mais malgré cette diversité des solutions retenues, il nous semble que l'avis que vous allez rendre est en réalité très directement dicté par une décision du Conseil constitutionnel.

Il s'agit de la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré que n'était pas contraire à la Constitution la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Le Conseil constitutionnel était directement saisi d'un grief tiré de ce que l'absence de toute formalité pour la circulation des étrangers titulaires d'un visa Schengen était contraire au principe de la souveraineté nationale.

Il a jugé au point 26 de sa décision que « *la déclaration exigée par l'article 22 constitue une formalité à laquelle sont astreintes les personnes visées par le texte pour pouvoir pénétrer en France ; qu'il appartient aux autorités nationales de fixer les règles qui leur sont applicables et d'en tirer les conséquences appropriées* » et il en a déduit que « *l'article 22 n'est en rien contraire à la Constitution* ».

Il résulte à notre sens directement de cette décision que la régularité de l'entrée en France de l'étranger soumis à l'obligation de visa et en provenance directe d'un Etat partie à la convention de Schengen qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire, est **conditionnée à la souscription de la déclaration** prévue par l'article 22 de cette convention et dont l'obligation figure à l'article L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La question est de savoir avec quelle force cette décision s'impose à vous : celle de l'autorité persuasive de la jurisprudence, ou celle de l'autorité absolue que prévoit l'article 62 de la Constitution.

Vous le savez, si les dispositions de l'article 54 de la Constitution prévoient s'agissant des engagements internationaux la possibilité d'une saisine directe du Conseil Constitutionnel, dès la signature du traité et avant toute mise en œuvre de la procédure de ratification ou approbation, le Conseil Constitutionnel a accepté d'exercer ce même contrôle de constitutionnalité d'un engagement international, de manière indirecte, au visa des dispositions de l'article 61 de la Constitution, à l'occasion de l'examen de la loi autorisant sa ratification (voyez les décisions n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, cons. 4, Rec. p. 15 ; et n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 cons. 1, Rec. p. 36). Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel, tout en fondant son examen expressément sur la loi autorisant la ratification considère être saisi, par voie de conséquence, de l'examen de la convention elle-même.

En l'espèce, pour juger que la loi de ratification de la convention d'application de l'accord de Schengen n'était pas contraire au principe de souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel a interprété l'article 22 comme posant une obligation de déclaration à laquelle les étrangers sont astreints pour pouvoir pénétrer en France. Ce faisant, il a clairement donné un sens explicitant les stipulations de l'article 22.

Vous n'aurez pas à vous interroger sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel aurait ou non pu se passer de ce motif pour juger *in fine* comme il l'a fait la convention conforme : le motif est quoi qu'il en soit le soutien nécessaire du dispositif, vous n'avez pas de marge à cet égard : voyez par exemple pour un exemple récent, la reprise à votre compte de la qualification de sanction donnée par le Conseil constitutionnel aux décisions de retrait d'une autorisation de concentration sous condition, alors qu'une telle qualification n'allait pas forcément de soi et qu'elle n'était pas incontournable pour que le CC statue.

Même si nous n'avons pas trouvé que la question ait déjà été jugée, ni par le Conseil constitutionnel lui-même, ni par vous ni par la Cour de Cassation¹, il nous semble que les interprétations des stipulations d'une convention auxquelles le Conseil constitutionnel procède lorsqu'il examine la constitutionnalité d'un traité dans le cadre de l'article 61 et qui sont le soutien nécessaire du dispositif de conformité à la Constitution qui est celui de la décision sont revêtues de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel.

Raisonnement autrement reviendrait à faire une place à part à ce contrôle, il est vrai un peu particulier, de la constitutionnalité des traités, dans votre jurisprudence sur l'autorité de la

¹ Sur l'ampleur et la teneur de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel, voir dans le dossier des Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 30 ('Autorité des décisions) - janvier 201, notamment les contributions de Marc GUILLAUME, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?*, et de J. Arrighi de Casanova, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'Etat*.

chose jugée s'attachant aux décisions du Conseil constitutionnel. Conformément à ce qu'a jugé de longue date le Conseil constitutionnel (décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962) vous jugez que cette autorité s'étend aussi nécessairement aux motifs qui en sont le soutien nécessaire en constituent le fondement même (voyez en ce sens CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Etablissements Outers* n° 31927, A). La Cour de cassation a la même approche (CCass, Ass. Plén, 10 octobre 2001, *B...*). Vous jugez d'ailleurs que cette autorité s'étend aussi aux réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel (Assemblée, 11 mars 1994, *S.A. « La Cinq »*, n° 115052, p. 117 ; et pour les réserves émises dans le cadre d'une QPC, 26 mars 2012, *Mme D...*, n° 340466, A), et qu'il vous revient d'en faire application y compris d'office (CE, 15 mai 2013, n° 340554, *Commune de Gurmençon*, n° 340554, B).

En l'espèce, c'est donc l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel qui nous semble imposer de voir dans la déclaration prévue à l'article 22 de la Constitution une condition de la régularité de l'entrée sur le territoire d'un étranger titulaire d'un visa Schengen, seule cette déclaration pouvant faire regarder l'entrée comme régulière, à l'exclusion de tout autre moyen de preuve : il ne s'agit en effet pas de permettre d'attester de la date de son entrée, mais de justifier de l'accomplissement d'une formalité, jugée nécessaire par le Conseil constitutionnel, à l'entrée sur le territoire.

Tel est le sens de nos conclusions.