2018 VII/5

Extrait de l'arrêt de la Cour VI
dans la cause X., Y., A., B. et C. contre Secrétariat d'Etat aux migrations
F-5646/2018 du 1 novembre 2018

Visas. Visas octroyés pour des motifs humanitaires. Distinction entre visa Schengen et visa national. Comblement de lacune.

Art. 5 al. 4 LEtr. Art. 3 al. 1 et al. 4, art. 4 al. 2, art. 70 OEV. Art. 6 par. 5 let. a et c Code frontières Schengen. Art. 25 par. 1 let. a Code des visas.

- 1. Visas octroyés pour des motifs humanitaires. Distinction entre le visa Schengen à validité territoriale limitée de court séjour et le visa national de long séjour, selon l'art. 4 al. 2 OEV. Base légale suffisante (consid. 3.6.1 et 3.6.2).**
- 2. Comblement d'une lacune. Reprise et précision de la jurisprudence ayant prévalu sous l'ancienne ordonnance (consid. 3.6–3.6.3).**

Visa. Visaerteilung aus humanitären Gründen. Unterscheidung zwischen Schengen-Visum und nationalem Visum. Lückenfüllung.

Art. 5 Abs. 4 AuG. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 4, Art. 4 Abs. 2, Art. 70 VEV. Art. 6 Abs. 5 Bst. a und c Schengener Grenzkodex. Art. 25 Abs. 1 Bst. a Visakodex.

- 1. Visaerteilung aus humanitären Gründen. Unterscheidung zwischen Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit für einen kurzfristigen Aufenthalt und nationalem Visum für einen längerfristigen Aufenthalt nach Art. 4 Abs. 2 VEV. Genügende rechtliche Grundlage (E. 3.6.1 und 3.6.2).**
- 2. Lückenfüllung. Übernahme und Präzisierung der unter der alten Verordnung geltenden Rechtsprechung (E. 3.6–3.6.3).**

Visti. Visti concessi per motivi umanitari. Distinzione tra visto Schengen e visto nazionale. Colmatura di una lacuna.

Art. 5 cpv. 4 LStr. Art. 3 cpv. 1 e cpv. 4, art. 4 cpv. 2, art. 70 OEV. Art. 6 par. 5 lett. a e c Codice frontiere Schengen. Art. 25 par. 1 lett. a Codice dei visti.

1. **Visti concessi per motivi umanitari. Distinzione tra visto Schengen con validità territoriale limitata per soggiorno di breve durata e visto nazionale per soggiorni di lunga durata ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 OEV. Base legale sufficiente (consid. 3.6.1 e 3.6.2).**
2. **Colmatatura di una lacuna. Ripresa e precisazione della giurisprudenza vigente sotto il regime della vecchia ordinanza (consid. 3.6–3.6.3).**

En date du 2 août 2018, un couple (X. et Y.) et leurs trois enfants, tous ressortissants syriens, ont déposé des demandes de visas Schengen humanitaires auprès de la Représentation suisse à Beyrouth (ci-après: la Représentation suisse). A l'appui de leur démarche, ils ont invoqué des persécutions et menaces subies de la part des différentes parties au conflit syrien.

Par décision du 6 août 2018, la Représentation suisse a rejeté leurs demandes de visas.

En date du 11 septembre 2018, le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) a rejeté l'opposition formée par X. contre la décision précédente et a confirmé le refus d'autorisation d'entrée en Suisse prononcé par la Représentation suisse.

Par acte du 3 octobre 2018, X. a recouru contre cette décision.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

[Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur le recours par arrêt du 06.12.2018 (2C_1084/2018).]

Extrait des considérants:

3.

3.1 La politique des autorités suisses en matière de visa joue un rôle très important dans la prévention de l'immigration clandestine (cf. à ce sujet le Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 3493). Aussi, elles ne peuvent accueillir tous les étrangers qui désirent venir dans ce pays, que ce soit pour des séjours de courte ou de longue durée, et peuvent donc légitimement appliquer une politique restrictive d'admission (ATF 135 I 143 consid. 2.2; voir également arrêt du TAF F-7224/2016 du 10 octobre 2017 consid. 3).

La législation suisse sur les étrangers ne garantit aucun droit ni quant à l'entrée en Suisse, ni quant à l'octroi d'un visa. Comme tous les autres Etats, la Suisse n'est en principe pas tenue d'autoriser l'entrée de ressortissants étrangers sur son territoire. Sous réserve des obligations découlant du droit international, il s'agit d'une décision autonome (cf. FF 2002 3469, 3531, ad art. 3; voir également ATF 135 II 1 consid. 1.1, concernant une autorisation de séjour; ATAF 2014/1 consid. 4.1.1 et 2009/27 consid. 3).

La réglementation Schengen reprise par la Suisse dans le cadre de la conclusion des Accords d'association à Schengen limite toutefois les prérogatives des Etats parties à ces accords, dans le sens où cette réglementation, d'une part, prévoit des conditions uniformes pour l'entrée dans l'Espace Schengen et la délivrance des visas y relatifs et, d'autre part, oblige les Etats parties à refuser l'entrée et l'octroi du visa requis si les conditions prescrites ne sont pas remplies. En outre, lorsque l'autorité compétente pour se prononcer sur la demande de visa parvient à la conclusion que toutes les conditions auxquelles est subordonnée l'obtention d'un visa d'entrée sont réunies et qu'il n'existe aucun motif de refus, le visa doit en principe être délivré au requérant. Il reste que, dans le cadre de cet examen, ladite autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation, d'autant que la réglementation Schengen ne confère pas – à l'image de la législation suisse – de droit à l'entrée dans l'Espace Schengen, ni de droit à l'octroi d'un visa (ATAF 2014/1 consid. 4.1.1 et 4.1.5; 2011/48 consid. 4.1).

3.2 Les dispositions sur la procédure en matière de visas ainsi que sur l'entrée en Suisse et la sortie de ce pays ne s'appliquent que dans la mesure où les Accords d'association à Schengen, qui sont mentionnés à l'annexe 1 ch. 1 LEtr (RS 142.20), ne contiennent pas de dispositions divergentes (art. 2 al. 4 et 5 LEtr).

3.3 L'ancienne ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (aOEV, RO 2008 5441) a été remaniée et remplacée par l'ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV, RS 142.204), entrée en vigueur le 15 septembre 2018. L'art. 70 de cette nouvelle ordonnance prévoit que le nouveau droit s'applique aux procédures pendantes à la date de son entrée en vigueur. C'est ainsi ce nouveau texte légal qui est applicable au cas d'espèce (arrêt du TAF F-190/2017 du 9 octobre 2018 consid. 4.1).

3.4 S'agissant des conditions d'entrée en Suisse pour un séjour n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours, l'art. 3 al. 1 OEV, dont la teneur correspond à l'art. 2 al. 1 aOEV, renvoie à l'art. 6 du Règlement

(UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen, JO L 77/1 du 23.03.2016; modifié par le Règlement (UE) n° 2017/458 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement [UE] n° 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, JO L 74/1 du 18.03.2017). Les conditions d'entrée ainsi prévues correspondent, pour l'essentiel, à celles posées par l'art. 5 LEtr. Aussi, la pratique et la jurisprudence relatives à l'art. 5 LEtr, notamment celles concernant la garantie de sortie prévue par l'art. 5 al. 2 LEtr, peuvent-elles être reprises *in casu* (sur les détails de cette problématique, cf. ATAF 2009/27 consid. 5.2 et 5.3; voir également arrêt F-190/2017 consid. 4.3 et 8.3). Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par le Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (Code des visas, JO L 243/1 du 15.09.2009), aux termes duquel il appartient au demandeur de visa de fournir des informations permettant d'apprécier sa volonté de quitter le territoire des Etats membres avant l'expiration du visa demandé (cf. art. 14 par. 1 let. d Code des visas) et une attention particulière est accordée à cette volonté (cf. art. 21 par. 1 Code des visas).

3.5 Si les conditions pour l'octroi d'un visa uniforme pour l'Espace Schengen ne sont pas remplies, un Etat partie peut accorder l'entrée sur son territoire pour un court séjour pour des motifs humanitaires, pour sauvegarder des intérêts nationaux ou en raison d'obligations internationales (visa à validité territoriale limitée; cf. art. 2 let. d ch. 2, art. 3 al. 4 et al. 5, art. 11 let. b OEV, dont la teneur correspond à l'art. 2 al. 4 et à l'art. 12 al. 4 aOEV; art. 32 par. 1 en relation avec l'art. 25 par. 1 let. a et par. 2 Code des visas et art. 6 par. 5 let. c Code frontières Schengen).

Dans un arrêt rendu le 7 mars 2017, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a toutefois précisé qu'une demande de visa à validité territoriale limitée, introduite par un ressortissant d'un pays tiers pour raisons humanitaires, sur la base de l'art. 25 Code des visas, auprès de la représentation de l'Etat membre de destination, située sur le territoire d'un pays tiers, dans l'intention d'introduire, dès son arrivée dans cet Etat membre, une demande de protection internationale et, par suite, de séjourner dans ledit Etat membre plus de 90 jours sur une période de 180 jours, ne relevait pas de l'application dudit code, mais en l'état actuel du droit de l'Union, du seul droit national (arrêt de la CJUE du 7 mars 2017 C-638/16, X et X

contre Etat belge, publié au Recueil numérique [Recueil général] sur < <https://curia.europa.eu> >).

Par arrêt F-7298/2016 du 19 juin 2017, le Tribunal administratif fédéral a pris acte de l'arrêt précité de la CJUE. Il a relevé que la pratique développée par le législateur suisse pour délivrer des visas humanitaires ne pouvait plus s'appuyer sur la notion retenue à l'art. 2 al. 4 aOEV, en ce sens qu'elle renvoyait à la notion de visa à validité territoriale limitée telle que définie à l'art. 25 par. 1 Code des visas. Dans la mesure où le législateur suisse avait expressément prévu un visa humanitaire pour les personnes exposées à une menace sérieuse et que la CJUE avait conclu qu'il appartenait à chaque Etat de déterminer sur la base de son droit national les critères d'octroi d'un tel visa, il y avait néanmoins lieu de retenir que la pratique pour l'octroi de visas humanitaires devait pouvoir continuer de s'appliquer, jusqu'à ce que le législateur suisse comblât la lacune induite par l'interprétation donnée par la CJUE à l'art. 25 par. 1 Code des visas (arrêt F-7298/2016 consid. 4.3).

3.6 Dans le cadre de la révision de l'OEV du 15 août 2018, le Conseil fédéral a introduit un nouvel art. 4 al. 2 OEV réglant les conditions d'octroi d'un visa humanitaire à un étranger déposant auprès d'une représentation suisse une demande d'entrée en Suisse, dont la teneur est la suivante:

Dans des cas dûment justifiés, un étranger qui ne remplit pas les conditions de l'al. 1 peut être autorisé pour des motifs humanitaires à entrer en Suisse en vue d'un long séjour. C'est le cas notamment lorsque sa vie ou son intégrité physique est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays de provenance.

3.6.1 Au regard des principes applicables en matière de délégation législative, l'art. 5 LEtr, spécifiquement son al. 4, aux termes duquel le Conseil fédéral désigne les pièces de légitimation reconnues pour le passage de la frontière (cf. pour une version antérieure plus détaillée de cette disposition, mentionnant les visas: RO 2007 5437, 5439), constitue une clause de délégation dont la densité normative est suffisante pour permettre au Conseil fédéral d'édicter cette disposition réglementaire de substitution, contenant des normes primaires (cf. art. 164 al. 2 Cst.; ATF 103 IV 192 consid. 2a; arrêt du TF 2C_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 7.1).

Conformément à l'art. 4 al. 2 OEV, le visa octroyé n'est dorénavant plus un visa de court séjour comme sous l'empire de l'art. 2 al. 4 aOEV, mais un visa de long séjour (visa national D). En revanche, le champ d'application, les critères matériels pour l'octroi du visa et les compétences demeurent

inchangés. En effet, si le mot « notamment » suggère que d'autres critères que le risque de menace concrète et sérieuse pour la vie ou l'intégrité physique du requérant sont susceptibles de justifier l'octroi d'un visa humanitaire, tant l'expression « dans des cas dûment justifiés » (*in begründeten Fällen; [i]n casi motivati*) que les versions germano- et italo-phones plus pertinentes du mot « notamment » précité (*insbesondere; in particolare*) indiquent que cet octroi doit être conditionné à des critères très restrictifs et à une motivation spécifique au cas par cas. Il reste permis, en conséquence et mutatis mutandis, de se référer à la jurisprudence ayant prévalu sous le régime de l'aOEV (voir également Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à la révision totale de l'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas [OEV], SEM [éd.], 2018, p. 4–7 [ci-après: Rapport explicatif OEV] < <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/vo-eu-grenz-kuestenwache/erlaeuterungen-vev-f.pdf> >, consulté en octobre 2018).

3.6.2 Il est vrai que la terminologie choisie par le nouvel art. 4 al. 2 OEV en vue d'explicitier sa ratio legis, à savoir « pour des motifs humanitaires » (*aus humanitären Gründen; per motivi umanitari*), peut prêter à confusion à l'aune des « raisons humanitaires » ou « motifs humanitaires » justifiant l'octroi d'un visa à validité territoriale limitée en vertu de l'art. 25 par. 1 let. a Code des visas et de l'art. 6 par. 5 let. a et c Code frontières Schengen (cf. aussi art. 3 al. 4 OEV: « pour des motifs humanitaires, pour sauvegarder des intérêts nationaux ou en raison d'obligations internationales »).

Or, il y a lieu de soigneusement distinguer ces différentes bases normatives. En effet, l'octroi d'un visa au sens des art. 25 par. 1 let. a Code des visas, art. 6 par. 5 let. a et c Code frontières Schengen et art. 3 al. 4 OEV s'inscrit dans le cadre des visas de *court* séjour n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours autorisés par le droit de Schengen (consid. 3.5); dans ce contexte, l'entrée en Suisse peut être autorisée, par exemple, en cas de maladie grave ou de décès d'un parent ou d'une personne proche (Rapport explicatif OEV, p. 6; cf. pour une affaire concernant ce type de visa de court séjour, actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme [Cour EDH], *M. N. et autres c. Belgique*, 3599/18, introduite le 10 janvier 2018).

En revanche, les « motifs humanitaires » au sens de l'art. 4 al. 2 OEV débouchent sur la délivrance d'un visa de *long* séjour (visa national D), à l'instar des visas qui prévalaient sous l'empire de l'art. 2 al. 3 aOEV, et qui ont été précisés par la jurisprudence y relative. Il s'agit là de visas qui

échappent entièrement au droit de Schengen. Par ailleurs, les « motifs humanitaires » qui sont visés dans ce cadre restrictif sont remplis, en particulier, lorsque l'intéressé a l'intention d'introduire, dès son arrivée en Suisse, une demande de protection internationale (arrêt C-638/16; voir aussi Rapport explicatif OEV, p. 6 *ad* art. 4 al. 2).

3.6.3 A l'aune de ce qui précède, un visa (national) humanitaire au sens de l'art. 4 al. 2 OEV peut, partant, être octroyé si, dans un cas d'espèce, il est manifeste que la vie ou l'intégrité physique d'une personne ou de ses biens juridiques ou intérêts essentiels d'une importance équivalente (p. ex. l'intégrité sexuelle) sont directement, sérieusement et concrètement menacés dans son pays d'origine ou de provenance. L'intéressé doit ainsi se trouver dans une situation de détresse particulière qui exige l'intervention des autorités et justifie l'octroi d'un visa d'entrée en Suisse. Tel peut être le cas, par exemple, dans les situations de conflit armé particulièrement aiguës ou pour échapper à une menace personnelle réelle et imminente. Cela étant, si l'intéressé se trouve déjà dans un Etat tiers, on peut considérer en règle générale qu'il n'est plus menacé, si bien que l'octroi d'un visa humanitaire pour la Suisse n'est plus indiqué (ATAF 2015/5 consid. 4.1.3 et arrêt du TAF F-5845/2017 du 8 juin 2018 consid. 5).

L'octroi d'un visa au sens de l'art. 4 al. 2 OEV exige uniquement le respect de ces conditions; l'inobservation d'autres conditions d'entrée – telle que la preuve de l'existence de moyens financiers suffisants – ne saurait justifier une non-entrée en matière (cf. Directive du SEM du 6 septembre 2018 n° 322.123/2018/00045, Visa humanitaire au sens de l'art. 4, al. 2, OEV, < <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20180915-weis-visum-humanitaer-f.pdf> >, consulté en octobre 2018). La demande de visa doit être examinée avec soin, en tenant compte de la menace actuelle, de la situation personnelle de l'intéressé et de la situation prédominante dans son pays d'origine ou de provenance. Par ailleurs, les conditions d'entrée dans le cadre de la procédure d'octroi d'un visa ont été voulues plus restrictives qu'en cas de dépôt d'une demande d'asile à l'étranger. Un visa humanitaire sera donc uniquement délivré en présence de conditions très restrictives (cf. consid. 3.6.1), à savoir notamment, outre une mise en danger au sens de l'art. 3 LAsi (RS 142.31), l'existence de relations étroites avec la Suisse, l'impossibilité pratique et l'inexigibilité objective de solliciter une protection dans un autre pays, ainsi que les possibilités d'intégration des personnes concernées (ATAF 2015/5 consid. 4.1.3; arrêts du TAF F-6698/2017 du

17 août 2018 consid. 4.4; F-1596/2017 du 1^{er} septembre 2017 consid. 7.1 et F-7298/2016 consid. 4.3).