

# Le visa humanitaire à la lumière du droit suisse et du droit européen

Mémoire

Présenté par

**Simon AIASSA**

sous la direction de

**Matthieu CORBAZ**

Lausanne, le 15 août 2020



## **REMERCIEMENTS**

Je remercie tout d'abord ma famille, mes amis et toute personne qui m'a soutenu de près ou de loin tout au long de cette recherche jusqu'à l'aboutissement de ce projet.

Je souhaite également exprimer ma reconnaissance à Matthieu Corbaz pour son accompagnement de qualité et sa disponibilité.

## TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.....	VI
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	X
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	XIII
<b>I. Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>II. De l’asile à l’ambassade au visa humanitaire Schengen.....</b>	<b>2</b>
A. La fin de la demande d’asile à l’étranger.....	2
B. Le visa humanitaire Schengen .....	2
1. La Suisse et son rapport à l’acquis de Schengen .....	2
2. L’application du droit de l’acquis de Schengen.....	3
i. Généralités.....	3
ii. La Suisse fait usage de sa marge d’appréciation .....	4
iii. La directive Syrie I et l’opération Syrie II .....	4
iv. D’autres États de l’UE s’inspirent du modèle suisse.....	5
C. Les effets constatés de la suppression de l’asile à l’ambassade.....	5
<b>III. Réaction de l’UE .....</b>	<b>6</b>
A. La Commission européenne réagit .....	6
B. La Cour de justice de l’Union européenne suit la Commission européenne dans <i>l’affaire X. et X. contre État belge</i> .....	6
1. La Cour prend position.....	6
2. Les conclusions de l’avocat général .....	7
3. L’arrêt rendu par la Cour : une décision critiquable.....	8
C. La Cour européenne des droits de l’homme emboîte le pas à la Cour de justice dans <i>l’affaire M.N. et autres contre la Belgique</i> .....	9
<b>IV. Conséquences de l’affaire X. et X. contre la Belgique pour la Suisse.....</b>	<b>11</b>
A. Généralités .....	11
B. Le TAF comble temporairement la lacune.....	12
C. Le législateur offre une base juridique au visa humanitaire .....	13
D. La distinction avec le visa territorial limité.....	14
<b>V. Conditions matérielles et procédure d’octroi du visa humanitaire .....</b>	<b>15</b>
A. Les conditions matérielles .....	16
1. Généralités.....	16
2. La menace directe, sérieuse et concrète à l’intégrité physique ou la vie .....	17
i. La situation générale de danger .....	17
ii. La situation individuelle de danger.....	17
3. Les critères dirimants et persuasifs.....	18
i. La présomption de l’État tiers sûr et les autres options .....	18
ii. Les critères persuasifs.....	20
B. La procédure d’octroi du visa .....	20
1. Le dépôt de la demande.....	21
2. L’examen de l’autorité .....	22
C. La distinction avec le regroupement familial .....	23
<b>VI. Projet d’harmonisation du visa humanitaire au niveau européen et enseignements pour la Suisse.....</b>	<b>24</b>

A.	Généralités .....	24
B.	Projet du Parlement européen .....	25
1.	L'étude « Humanitarian visas - European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report » .....	25
i.	Le constat de l'étude .....	25
ii.	Les options .....	27
(a)	L'exemption de visa .....	27
(b)	Le visa à territorialité limitée .....	28
(c)	Le visa humanitaire européen .....	29
2.	Le rapport d'initiative législative du Parlement européen .....	29
3.	L'applicabilité à la Suisse .....	30
C.	Les enseignements pour la Suisse .....	31
<b>VII.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>33</b>

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages et articles

CARONI MARTINA ET AL., *Migrationsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014 (cité : CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2014).

CARONI MARTINA ET AL., *Migrationsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2018 (cité : CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2018).

CORNU ANNE, *Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin*, in : Kaddous Christine, Jametti Greiner Monique (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Genève et al. 2006, p. 207 ss (cité : CORNU).

DONY MARIANNE, *Droit de l'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2015 (cité : DONY).

EPINEY ASTRID/METZ BEAT/PIRKER BENEDIKT, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz : ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der « Bilateralen Abkommen »*, Zurich 2012 (cité : EPINEY/METZ/PIRKER).

GONSETH NOÉMIE/CHATTON GREGORE T., *La notion d'intégration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral*, in : Achermann Alberto at al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2018/2019*, Berne 2019, p. 83 ss (cité : GONSETH/CHATTON).

HÄNNI JULIA, *Das Visum : Rechtsnatur und Rechtsformen*, in : Achermann Alberto at al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2016/2017*, Berne 2017, p. 117 ss (cité : HÄNNI).

FÉLIX SYLVAIN/SIEBER JÉRÔME/CHATTON GREGORE T., *Le « nouveau » visa humanitaire national : précision de cette notion à la lumière de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral*, *Asyl* 3/19, Berne 2019, p. 3 ss (cité : FÉLIX/SIEBER/CHATTON).

PIGUET ETIENNE, *Asile et réfugiés : repenser la protection*, Lausanne 2019 (cité : PIGUET).

ROMER ADRIANA, *Der Ablauf des Asylverfahrens vor dem SEM*, in : Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (édit.), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2015, p. 59 ss (cité : ROMER).

ROMER ADRIANA/NUFER SERAINA/FREHNER SARAH, *Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts*, in : Achermann Alberto at al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2017/2018*, Berne 2018, p. 173 ss (cité : ROMER/NUFER/FREHNER).

SPESCHA MARC ET AL., *Handbuch zum Migrationsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2020 (cité : SPESCHA ET AL.).

## Sources en ligne

FERNANDES MEENA/GENY BRITTONY, *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Economic Aspects*, in : Navarra Cecilia/van Ballegooij Wouter (édit.), *Humanitarian visas – European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report*, Bruxelles 2018, <<https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifiant=a3b57ef6-d66d-11e8-9424-01aa75ed71a1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=>> (consulté le 31.07.2020) (cité : FERNANDES/BRITTONY).

HANKE PHILIP/WIERUSZEWSKI MAREK/PANIZZON MARION, *The 'spirit of the Schengen rules', the humanitarian visa, and contested asylum governance in Europe – The Swiss case*, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 45 vol., n°8, p. 1361 ss, <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369183X.2018.1441615>> (consulté le 26.06.2020) (cité : HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON).

KRAUSS CAROLIN/ZELLER ELIAN, *Visas humanitaires en Suisse – Un instrument garantissant un accès durable à une protection internationale ?*, Wabern 2018, <<https://www.redcross.ch/de/file/29210/download>> (consulté le 30.07.2020) (cité : KRAUSS/ZELLER).

LENAIN ÉMILIE, *Il était une fois, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit*, *La Revue des droits de l'homme – Revue du Centre de recherches et des études sur les droits fondamentaux – Actualités Droits-Libertés 2020*, <<https://journals.openedition.org/revdh/9913>> (consulté le 27.07.2020) (cité : LENAIN).

MORENO-LAX VIOLETA, *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects*, in : Navarra Cecilia/van Ballegooij Wouter (édit.), *Humanitarian visas – European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report*, Bruxelles 2018, <<https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifiant=a3b57ef6-d66d-11e8-9424-01aa75ed71a1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=>> (consulté le 31.07.2020) (cité : MORENO-LAX).

PARISI CHIARA, *La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union Européenne au prisme de l'asile*, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies 2/19*, Naples 2019, p. 140 ss, <<http://elea.unisa.it:8080/xmlui/bitstream/handle/10556/3712/FSJ.2019.II.Parisi.8.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (consulté le 30.07.2020) (cité : PARISI).

PARROT KARINE, *Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale*, *Plein droit 1/18*, p. 45 ss, <<https://www.cairn.info/revue-plein-droit-2018-1-page-45.htm>> (consulté le 06.07.2020) (cité : PARROT).

PEYRONNET CHLOÉ/RACHO TANIA, « *Ceci n'est pas un visa humanitaire* » : *La Cour de justice neutralise l'article 25 § 1 a) du code des visas*, *La Revue des droits de l'homme – Revue du Centre de recherches et des études sur les droits fondamentaux – Actualités Droits-Libertés 2017*, <<https://journals.openedition.org/revdh/3047#quotation>> (consulté le 06.07.2020) (cité : PEYRONNET/RACHO).

SAROLEA SYLVIE/CARLIER JEAN-YVES/LEBŒUF LUC, *Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse*, Newsletter EDEM, Louvain 2017,

<<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/c-j-u-e-c-638-16-ppu-arret-du-7-mars-2017-x-et-x-ecli-eu-c-2017-173.html>> (consulté le 02.07.2020) (cité : SAROLEA /CARLIER /LEBŒUF).

SCHWENKEL CHRISTOPH ET AL., *Evaluation Praxis humanitäre Visa – Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration*, Lucerne 2013,

<<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/berichte/ber-visum-humanitaer-d.pdf>> (consulté le 25.06.2020) (cité : SCHWENKEL ET AL.).

WEBER NOÉMI/ MUGGLIN LEONI, *Visa humanitaire – Chemin de fuite sûr ou course d'obstacles ?*, Berne 2019,

<[https://odae-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2019/11/Bericht\\_H\\_Visum\\_F.pdf](https://odae-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2019/11/Bericht_H_Visum_F.pdf)> (consulté le 26.06.2020) (cité : WEBER/MUGGLIN).

WIERUSZEWSKI MAREK, *Visas humanitaires – Un état des lieux, la pratique suisse compte tenu de la jurisprudence de la CJUE et du TAF – Une étude sur mandat de la Croix-Rouge suisse*, Berne 2018,

<[https://www.redcross.ch/sites/default/files/field\\_related\\_attachment/srk-gutachtenhv-final\\_002\\_fr\\_0.pdf](https://www.redcross.ch/sites/default/files/field_related_attachment/srk-gutachtenhv-final_002_fr_0.pdf)> (consulté le 25.06.2020) (cité : WIERUSZEWSKI).

## Sources officielles

Monitoring des visas du SEM – Évolution de la délivrance des visas par les autorités suisses à l'étranger, éd. 2016, Berne 2017, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/visamonitoring/2016/visamonitoring-2016-f.pdf>> (consulté le 25.06.2020) (cité : Monitoring des visas 2016).

Monitoring des visas du SEM – Évolution de la délivrance des visas par les autorités suisses à l'étranger, éd. 2018, Berne 2019, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/visamonitoring/2018/visamonitoring-2018-f.pdf>> (consulté le 01.07.2020) (cité : Monitoring des visas 2018).

Directive du SEM du 04.09.2013 : Octroi facilité de visas de visite aux membres de la famille de ressortissants syriens, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20130904-weis-SYR-f.pdf>> (consulté le 01.07.2020) (cité : Directive Syrie I).

Directive du SEM du 25.02.2014 : Demandes de visa humanitaire pour motifs humanitaire (État au 30.08.2016), <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20140225-weis-visum-humanitaer-f.pdf>> (consulté le 25.06.2020) (cité : Directive visa humanitaire 2014).

Directive du SEM du 06.09.2018 : Visa humanitaire au sens de l'art. 4, al. 2, OEV (État au 30.08.2016), <<https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20180915-weis-visum-humanitaer-f.pdf.download.pdf/20180915-weis-visum-humanitaer-f.pdf>> (consulté le 17.07.2020) (cité : Directive visa humanitaire 2018).

Directive du SEM du 30.03.2019 : Octroie des visas nationaux, <<https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/rechtsgrundlagen/weisungen/visa/bfm/weisungen-bfm-national-f.pdf>> (consulté le 22.07.2020) (cité : Directive visa nationaux).

Décision de la Commission du 19.3.2010 établissant le Manuel relatif au traitement des demandes de visa et à la modification des visas délivrés, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2010/FR/3-2010-1620-FR-F-0.Pdf>> (consulté le 26.06.2020) (cité : Manuel des visa Schengen).

Manuel des Visas I et compléments du SEM du 04.08.2011 : <<https://www.sem.admin.ch/content/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/visa/bfm/vhb1-version-bfm-f.pdf>> (consulté le 26.06.2020) (cité : Manuel visa I).

Conclusions de l'avocat général P. Mengozzi, 7 février 2017, ECLI:EU:C:2017:93, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187561&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=888620>> (consulté le 05.07.2020) (cité : Conclusions de l'avocat général).

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

AAS	Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (RS 0.362.31)
al.	alinéa(s)
aOEV	ancienne Ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (RS 142.205)
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
CAAS	Acquis de Schengen - 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 (JO L 239 du 22.9.2000, p. 19 ss)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
CFS	Règlement (UE) 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 du 23.3.2016, p. 1 ss)
ch.	chiffre(s)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVS	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 du 15.9.2009, p. 1 ss)
Dublin III	Règlement (UE) N° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États

membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (JO L 180 du 29.6.2013, p. 31 ss)

éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
FF	Feuille fédérale
JO	Journal officiel de l'Union européenne
HCR	Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
LA <i>si</i>	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
let.	lettre(s)
LE <i>tr</i>	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n°	numéro
ODM	Office fédéral des migrations
Oem-LEI	Ordonnance du 24 octobre 2007 sur les émoluments perçus en application de la loi sur les étrangers et l'intégration (RS. 142.209)
OE <i>V</i>	Ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas (RS 142.205)
ONG	Organisation non gouvernementale
OVIS	Ordonnance du 18 décembre 2013 sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (RS 142.512)
PIB	Produit intérieur brut

PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
p.	page(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) (JO C 326 du 26.10.2012, p. 47 ss)
TUE	Traité sur l'Union européenne (version consolidée) (JO C 326 du 26.10.2012, p. 13 ss)
UE	Union européenne
vol.	volume

## TABLE DE JURISPRUDENCE

### Jurisprudence européenne

- Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, *X. et X. contre Etat Belge*, C-638/16 PPU
- Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18
- Arrêt de la CourEDH du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n° 14038/88

### Jurisprudence fédérale

- ATAF 2018 VII/5 du 1<sup>er</sup> novembre 2018
- ATAF 2015/5 du 10 février 2015
- ATAF 2011/24 du 27 octobre 2011
- ATAF 2011/48 du 6 juin 2011
- ATAF 2011/10 du 12 mai 2011
  
- Arrêt du TAF F-1633/2018 du 26 novembre 2018
- Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018
- Arrêt du TAF E-5414/2014 du 18 août 2018
- Arrêt du TAF F-3472/2017 du 1<sup>er</sup> mai 2018
- Arrêt du TAF F-7680/2016 du 1<sup>er</sup> mars 2018
- Arrêt du TAF F-899/2017 du 26 janvier 2018
- Arrêt du TAF E-597/2016 du 3 novembre 2017
- Arrêt du TAF F-2680/2017 du 28 septembre 2017
- Arrêt du TAF F- 1596/2017 du 1<sup>er</sup> septembre 2017
- Arrêt du TAF F-3748/2016 du 10 juillet 2017
- Arrêt du TAF F-F7298/2016 du 19 juin 2017
- Arrêt du TAF F-5790/2016 du 2 mai 2017
- Arrêt du TAF D-611/2016 du 25 mai 2016
- Arrêt du TAF D-1395/2016 du 3 mai 2016
- Arrêt du TAF E-4169/2015 du 3 décembre 2015
- Arrêt du TAF D-1899/2015 du 27 juillet 2015
- Arrêt du TAF E-2779/2015 du 10 juin 2015
- Arrêt du TAF E-835/2015 du 9 juin 2015
- Arrêt du TAF E-271/2015 du 18 mai 2015
- Arrêt du TAF E-4938/2014 du 17 février 2015
- Arrêt du TAF D- 5815/2014 du 11 février 2015
- Arrêt du TAF D-3869/2014 du 25 novembre 2014
- Arrêt du TAF D-5332/2013 du 27 novembre 2013
- Arrêt du TAF 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013

## I. Introduction

Depuis plusieurs années maintenant, l'Europe subit de plein fouet des flux migratoires importants liés en grande partie aux conflits qui font rage au Moyen-Orient et en Afrique. Ces arrivées massives de migrants, qui ont recours à des moyens irréguliers pour rejoindre « L'Eldorado » européen, n'a fait que remettre davantage en doute le système d'asile européen actuel dont les principes fondateurs tel que la solidarité entre les États membres, sont extrêmement fragilisés. En effet, les pays se trouvant aux frontières de l'Europe sont les premières cibles de l'immigration irrégulière et subissent la répartition inéquitable des flux migratoires liés à un système Dublin critiquable. La montée des partis politiques plus extrémistes et moins enclins à collaborer en matière de migration n'a évidemment pas non plus aidé à soutenir ce système. Il semble donc que le problème lié à la crise migratoire que traverse actuellement l'Europe n'est pas uniquement causé par l'arrivée massive de migrants mais également par la gestion de ces flux migratoires<sup>1</sup>.

C'est face à ce constat que l'on peut s'interroger sur l'apport d'un instrument tel que le visa humanitaire pour la Suisse mais également, de manière plus globale, pour l'UE. Bien que spécifique, ce dernier pourrait, parallèlement à d'autres initiatives, permettre de réduire l'incitation à des voyages dangereux. Il serait donc également souhaitable de renforcer massivement les infrastructures de protection temporaire situées à proximité des zones de crise dans lesquels les personnes à la recherche de protection pourraient postuler afin d'intégrer un programme de réinstallation organisé par le HCR<sup>2</sup>.

Afin de prendre la mesure du potentiel de cet instrument qui n'est que très peu utilisé, il convient, dans le chapitre II, de situer l'émergence de ce type de visa dont l'histoire, en Suisse, est liée à la suppression, en 2010, de la possibilité de déposer une demande d'asile dans les représentations suisses à l'étranger. Le chapitre III s'attarde à analyser la réaction des différentes institutions de l'UE et, en particulier, de la CJUE face à une pratique du visa humanitaire des États membres de l'UE qu'elle a jugé erronée dans un arrêt vivement critiqué par la doctrine. Le chapitre IV tire, quant à lui, les conséquences pour la Suisse d'une telle décision, qui ont notamment contraint le TAF, puis le Conseil fédéral à réinventer cette pratique en se fondant sur le droit national. Cette pratique développée en grande partie dans une directive du SEM et la jurisprudence du TAF, est étudiée tant du point de vue matériel que formel dans le chapitre V. Le chapitre VI examine finalement les perspectives d'un tel instrument au niveau européen et les possibles améliorations qui pourraient s'appliquer à la procédure suisse.

---

<sup>1</sup> PARISI, p. 141 ss.

<sup>2</sup> PIGUET, p. 162.

## II. De l'asile à l'ambassade au visa humanitaire Schengen

### A. La fin de la demande d'asile à l'étranger

En phase avec la tradition humanitaire de la Suisse, la première loi sur l'asile du 5 octobre 1979 prévoyait la possibilité de déposer une demande d'asile auprès d'une représentation suisse à l'étranger. Ceci se justifiait notamment par la période instable que traversait le monde entre la guerre froide et les dictatures en Amérique du sud où les droits humains étaient bafoués<sup>3</sup>. Cette option a ensuite été reprise dans la nouvelle loi sur l'asile, qui a été acceptée par votation populaire le 13 juin 1999<sup>4</sup>.

Cependant, en 2010, face à une volonté politique tendant à un durcissement de la LAsi, le Conseil fédéral a transmis un projet de révision urgent de la loi au Parlement afin d'introduire des dispositions plus strictes et ceci en particulier au regard des conditions d'entrée. En effet, on observe notamment la suppression de la possibilité de demande d'asile au sein d'une représentation suisse à l'étranger et la qualification du refus de servir comme motif d'exclusion<sup>5</sup>. Le 28 septembre 2012, le Parlement a suivi le Conseil fédéral et a accepté ce durcissement faisant partie d'un vaste projet de révision prévoyant une accélération de la procédure et une restructuration du domaine de l'asile<sup>6</sup>. La révision est entrée en vigueur le lendemain et a résisté au référendum populaire, puisque le peuple suisse a décidé, le 9 juin 2013, d'accepter la révision à une large majorité de 78,4%<sup>7</sup>.

Ainsi, depuis le 29 septembre 2012, la Suisse n'offre plus la possibilité d'accéder à la procédure d'asile en se rendant dans une de ses ambassades alors qu'elle était le dernier États européen à la prévoir<sup>8</sup>. Toutefois, dans son Message, le Conseil fédéral, désireux de continuer à offrir une protection aux personnes réellement menacées dans leur pays d'origine ou de provenance et de préserver ainsi sa tradition humanitaire, rend attentif au fait qu'une personne, qui est exposée à une menace sérieuse et qui risque d'être directement et sérieusement mise en danger, pourra, néanmoins, requérir un visa sur la base de l'art. 2 al. 4 aOEV afin de venir déposer sa demande d'asile une fois en Suisse<sup>9</sup>.

### B. Le visa humanitaire Schengen

#### 1. La Suisse et son rapport à l'acquis de Schengen

En tant que non membre de l'UE, la Suisse a fait son entrée dans l'espace Schengen en 2004 en signant l'AAS dans le cadre des Accords bilatéraux II qui lient la Suisse et l'UE. À travers cet accord d'association, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2008, la Suisse s'est engagée à reprendre et à appliquer l'acquis de Schengen édicté jusqu'à la signature de l'accord ainsi que les développements de l'acquis pertinent et cela de manière dynamique. Cet engagement est conditionné au respect des exigences constitutionnelles de la Suisse, qui comprend notamment la possibilité de soumettre le texte au

---

<sup>3</sup> Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, p. 4048.

<sup>4</sup> Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 13 juin 1999, FF 1999 6571.

<sup>5</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 7.

<sup>6</sup> Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, p. 4036 ss.

<sup>7</sup> Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 9 juin 2013, FF 2013 5931.

<sup>8</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1367.

<sup>9</sup> Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, p. 4048.

référendum<sup>10</sup>. Les délais de mise en œuvre sont donc adaptés aux spécificités institutionnelles suisses<sup>11</sup>. De la sorte, la Suisse n'a pas transféré sa compétence législative à une instance supranationale dans les domaines de l'acquis pertinent, puisqu'elle reste libre de reprendre ou non un développement de celui-ci. La non reprise volontaire d'un développement de l'acquis n'est toutefois pas sans conséquences et peut aller jusqu'à la dénonciation de l'accord<sup>12</sup>.

En ce qui concerne la politique des visas, l'acquis de Schengen harmonise les visas relatifs à des séjours de courte durée. Sont ainsi concernés tous les séjours d'une durée maximum de 90 jours dans une période de 180 jours. De cette manière, l'UE établit un visa uniforme pour les séjours allant jusqu'à trois mois. Cela restreint, en effet, le pouvoir des États membres dans la mesure où l'UE établit des conditions et une procédure d'entrée uniformes<sup>13</sup>. Le fondement de l'introduction des visas uniformes de courte durée est régi par les articles 9 ss CAAS. L'harmonisation, quant à elle, prend forme en grande partie dans le code des visas Schengen et dans le code frontières Schengen. Ce sont notamment les articles 6 ss du code frontières Schengen et 4 ss du code des visas Schengen qui déterminent les conditions d'entrée dans l'espace Schengen et de délivrance d'un visa<sup>14</sup>.

Le visa fait partie du domaine de l'entrée des étrangers initialement réglé au niveau fédéral par deux bases légales principales : la LEI<sup>15</sup> et l'OEV. Ces dernières ont été adoptées par la Confédération sur la base de l'art. 121 Cst. qui lui octroie une compétence dans le domaine des étrangers. Cependant, l'art. 2 al. 4 LEI rappelle expressément qu'en cas de divergence entre les dispositions de la LEI et de l'AAS concernant la procédure en matière de visa et d'entrée en Suisse, ce sont les dispositions de l'accord qui s'appliquent.

## 2. L'application du droit de l'acquis de Schengen

### *i. Généralités*

Comme il le relève dans son Message, le Conseil fédéral assure que la suppression de la possibilité de présenter la demande d'asile à l'étranger serait compensée par l'application de l'art. 2 al. 4 aOEV. Ce dernier renvoie à l'art. 6 par. 5 let. c CFS qui s'adresse principalement aux fonctionnaires frontaliers. Ceux-ci peuvent de cette manière exceptionnellement permettre à une personne ne remplissant pas les conditions posées à l'art. 6 par. 1 CFS d'entrer dans l'espace Schengen<sup>16</sup>. Dans ce cas, le droit Schengen offre la possibilité d'obtenir un visa territorial limité (ci-après VTL). Ce VTL est un moyen pour les personnes provenant d'un État tiers ne remplissant pas toutes les conditions d'obtention du visa Schengen uniforme de séjourner, en principe, uniquement sur le territoire de l'État qui l'a délivré et pour une durée 90 jours sur une période n'excédant pas 180 jours<sup>17</sup>. Il convient de relever ici le caractère exceptionnel du VTL, puisque ce dernier, comme l'indique l'art. 25 par. 1 let. a CVS, ne peut être délivré par un État membre que pour des raisons humanitaires, des motifs d'intérêt national ou afin d'honorer des obligations internationales<sup>18</sup>.

---

<sup>10</sup> HÄNNI, p. 120 s.

<sup>11</sup> Art. 7 ASS.

<sup>12</sup> CORNU, p. 231 ss.

<sup>13</sup> HÄNNI, p. 122.

<sup>14</sup> HÄNNI, p. 123.

<sup>15</sup> LEtr jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

<sup>16</sup> WIERUSZEWSKI, p. 11.

<sup>17</sup> Art. 25 par. 2 CVS.

<sup>18</sup> HÄNNI, p. 131 s.

## *ii. La Suisse fait usage de sa marge d'appréciation*

Les autorités des États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'elles examinent si la requête de visa remplit l'un des trois motifs prévus par le code. En effet, bien que ces trois cas qualifiés d'« exceptions » soient énumérés de manière exhaustive, aucun d'entre eux n'est défini dans le code des visas Schengen<sup>19</sup>. Dans la prise de décision, les États membres de l'UE peuvent tout de même s'aider du manuel des visas<sup>20</sup> établi par la Commission européenne afin d'appliquer au mieux ces notions juridiques indéterminées et d'assurer une application ainsi qu'une interprétation aussi uniformes que possible des dispositions du droit Schengen<sup>21</sup>. Afin d'harmoniser sa pratique, le SEM (l'ODM jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015) a publié une version non contraignante de ce manuel en y ajoutant certains compléments<sup>22</sup>. On notera toutefois que lorsque le SEM définit les « raisons humanitaires » au complément 32 du manuel, il ne fait à aucun moment référence à des personnes à la recherche de protection internationale.

Les choses changent donc lorsqu'en profitant toujours de la marge de manœuvre laissée aux États quant aux critères et à la procédure applicables au visa humanitaire Schengen, le SEM publie, suite à la révision de 2012 et sous la pression des lobbys dans le domaine<sup>23</sup>, une directive adressée aux représentations suisses à l'étranger ainsi qu'aux autorités compétentes en matière de migration des cantons<sup>24</sup>. Cette directive reprend quasiment mot pour mot la description des conditions de délivrance du visa humanitaire qui se trouve dans le Message du Conseil fédéral du 26 mai 2010<sup>25</sup>. On observe que dans cette directive le SEM fait, cette fois-ci, directement référence aux personnes exposées à une menace directe et sérieuse. De cette manière, le SEM élargit le cercle des personnes qui peuvent requérir ce type de visa.

Le « visa humanitaire », tel qu'il est mentionné dans le Message du Conseil fédéral<sup>26</sup>, se base dès lors sur l'art. 2 al. 4 aOEV, qui renvoie au droit de l'UE. La directive<sup>27</sup> correspondante du SEM qui a suivi la révision de 2012 vient, quant à elle, compléter le droit supranational.

## *iii. La directive Syrie I et l'opération Syrie II*

En raison de la situation particulièrement précaire qui régnait en Syrie en 2013, le SEM a publié le 4 septembre 2013, une directive<sup>28</sup> qui s'adressait en particulier aux représentations suisses des pays voisins afin de simplifier l'accès au visa humanitaire. À nouveau, la Suisse use de la marge de manœuvre offerte par la notion juridique indéterminée de « raison humanitaire » dans le but de faciliter l'accès au VTL à ces personnes qui se trouvent dans une situation de détresse extrême. En substance, le SEM prévoyait que la preuve que l'intéressé est exposé à un danger personnel et imminent ne ferait pas l'objet d'un contrôle approfondi. Cette exception était possible uniquement

---

<sup>19</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1366.

<sup>20</sup> Manuel des visa Schengen, p. 80.

<sup>21</sup> Art. 8 par. 1 ASS.

<sup>22</sup> Manuel des visas I.

<sup>23</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1364 et 1367.

<sup>24</sup> Directive visa humanitaire 2014.

<sup>25</sup> Directive visa humanitaire 2014, p. 2.

<sup>26</sup> Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035.

<sup>27</sup> Directive visa humanitaire 2014.

<sup>28</sup> Directive Syrie I.

pour un cercle restreint de personnes dont un parent séjournait en Suisse au titre d'une autorisation B ou C ou qui était naturalisé. Cependant, en date du 23 novembre 2013, le SEM a soudainement annulé les facilités accordées aux citoyens syriens. Sur la base de cette directive, 4'674 ressortissants syriens ont tout de même pu rejoindre la Suisse<sup>29</sup>.

Toutefois, le 6 mars 2015, dans le cadre de l'opération « Syrie II », le Conseil fédéral a adopté, dans une décision, de nouvelles mesures afin de venir en aide aux victimes du conflit syrien. Il a notamment décidé d'admettre de manière échelonnée et sur une période de trois ans, un maximum de 3'000 ressortissants syriens victimes du conflit dont 1'000 devaient se voir octroyer un visa humanitaire Schengen<sup>30</sup>. Finalement, ce ne sont que 501 visas humanitaires qui ont été délivrés entre le 6 mars 2015 et le 8 février 2018<sup>31</sup>. Ces visas ont ainsi permis à certains ressortissants syriens admis à titre provisoire en Suisse de faire venir leur conjoint et/ou enfant(s) en Suisse de manière légale sur la base de l'opération « Syrie II »<sup>32</sup>.

#### *iv. D'autres États de l'UE s'inspirent du modèle suisse*

Cette marge de manœuvre laissée à l'interprétation de la notion juridique indéterminée de « raison humanitaire » dont la Suisse a fait usage a, d'une certaine manière, inspiré d'autres États membres de l'UE, puisque notamment l'Italie, la France et la Belgique ont également profité de cette marge de manœuvre afin d'utiliser cet instrument en réponse à la crise migratoire de 2015. De cette manière, la Belgique a, en 2015, délivré au moins 596 visas de courte durée basés sur l'art. 25 par. 1 let. a CVS. L'Italie, quant à elle, a accueilli près de 700 réfugiés sur la base du VTL entre 2015 et début 2017. Ici, les acteurs non-étatiques tels que les ONG ont joué un rôle central dans l'application de ce visa aux réfugiés, même si, à la différence de ces pays, en Suisse ce sont les autorités qui étaient en contact direct avec les familles de réfugiés et non les ONG<sup>33</sup>.

### **C. Les effets constatés de la suppression de l'asile à l'ambassade**

Selon certains auteurs, la solution adoptée par le Conseil fédéral ne saurait remplacer de manière adéquate la procédure à l'ambassade<sup>34</sup>. En effet, bien que, comme mentionné auparavant, la Suisse a usé du pouvoir d'interprétation de manière particulièrement large, les conditions d'entrée sont devenues somme toute plus restrictives. Ainsi, l'introduction du visa humanitaire Schengen a eu pour effet de réduire le nombre d'arrivées en Suisse. Alors que, dans son Message, le Conseil fédéral estimait que la baisse du nombre d'arrivées liées à l'abandon de la demande d'asile à l'étranger s'élèverait à 20%<sup>35</sup>, une évaluation du visa humanitaire commandée par le SEM et réalisée entre septembre 2012 et septembre 2013, révèle que seuls six visas humanitaires basés sur une menace directe ont été délivrés durant cette période<sup>36</sup>. La baisse prévue par le Conseil fédéral a donc été nettement sous-estimée puisqu'elle s'élève en réalité à 94% à fin 2013. Ce chiffre s'est ensuite

---

<sup>29</sup> CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2018, p. 378.

<sup>30</sup> WIERUSZEWSKI, p. 19.

<sup>31</sup> Monitoring des visas 2018, p. 26.

<sup>32</sup> CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2018, p. 378 s.

<sup>33</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1368 s.

<sup>34</sup> CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2014, p. 303.

<sup>35</sup> Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, p. 4036 ss.

<sup>36</sup> SCHWENKEL ET AL., p. 15.

atténué avec le temps pour atteindre 36% en 2016, le nombre de visas délivrés sur la base de la Directive Visa humanitaire s'élevait, cette année-là, à 228<sup>37</sup>.

### III. Réaction de l'UE

#### A. La Commission européenne réagit

Face à l'application étendue du VTL pour des raisons humanitaires par les autorités suisses, ces dernières ont fait l'objet d'un blâme de la part de la Commission européenne. En effet, celle-ci considérait que tout en respectant la lettre du Code des visas Schengen, les autorités suisses ne respectaient pas la volonté du législateur et s'éloignaient ainsi de l'esprit même de ce code. La Commission européenne souligne que la volonté du législateur n'a jamais été d'appliquer ce type de visa à des personnes à la recherche d'une protection internationale, puisque ces personnes auraient l'intention de résider dans un des États membres pour une durée qui excède les 90 jours dans une période de 180 jours du champ d'application matériel de l'art. 1 par. 1 CVS. De la sorte, le visa adéquat dans ce genre de cas de figure serait le visa de longue durée qui trouve, lui, sa source dans le droit national des États membres<sup>38</sup>.

#### B. La Cour de justice de l'Union européenne suit la Commission européenne dans *l'affaire X. et X. contre État belge*

##### 1. La Cour prend position

Dans la continuité de la prise de position de la Commission européenne à l'égard de l'application de l'art. 25 par. 1 let. a CVS, la grande chambre de la CJUE a rendu dans *l'affaire X. et X. contre État belge*<sup>39</sup> une décision confirmant l'interprétation restrictive faite par la Commission européenne, elle-même soutenue par les différents États membres.

Cette affaire a trait à un refus des autorités belges de délivrer un VTL à une famille syrienne qui se trouvait dans une situation particulièrement précaire et qui souhaitait se rendre en Belgique afin d'y déposer une demande d'asile. La famille, composée d'un couple et de trois enfants, invoquait une « [...] situation sécuritaire précaire en Syrie en général et à Alep en particulier, ainsi que sur le fait que, étant de confession chrétienne orthodoxe, ils risquaient d'être persécutés en raison de leurs croyances religieuses »<sup>40</sup>. Les membres de cette famille alléguaient également l'impossibilité de se faire enregistrer comme réfugiés dans un des pays limitrophes suite à la fermeture des frontières<sup>41</sup>.

L'affaire a été portée devant le Conseil des contentieux étrangers – l'instance de recours belge – qui a, lui, saisi la CJUE par renvoi préjudiciel. La Cour s'est ainsi vu demander si l'art. 25 par. 1 let. a CVS doit être interprété en ce sens qu'en cas de risque de violation d'une obligation internationale, tels

---

<sup>37</sup> Monitoring des visas 2016, p. 7.

<sup>38</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1370.

<sup>39</sup> Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, *X. et X. contre État Belge*, C-638/16 PPU.

<sup>40</sup> Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, *X. et X. contre État Belge*, C-638/16 PPU, point 20.

<sup>41</sup> Ibid.

que les articles 4 et 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'État saisi d'une telle demande se trouve dans l'obligation de délivrer un visa<sup>42</sup>.

Dans son arrêt, la Cour n'a finalement pas examiné la question de l'application de la Charte ainsi que des éventuelles obligations en découlant puisqu'elle s'est limitée à démontrer que la question qui lui était présentée ne relevait pas du champ d'application du droit de l'UE<sup>43</sup>. Ce dernier est circonscrit à l'art. 51 de la Charte qui prévoit à son paragraphe 1 que « *[l]es dispositions de la [Charte] s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. [...]* »<sup>44</sup>.

Dans sa décision, la Cour a confirmé l'interprétation des gouvernements intervenants et de la Commission selon laquelle un ressortissant d'un État tiers qui dépose une demande de visa dans le but d'obtenir un titre de séjour d'une durée supérieure à 90 jours doit requérir un visa de longue durée. De la sorte, une demande de visa telle que celle déposée dans l'affaire X. et X. doit être considérée comme relevant du droit national et non du droit Schengen<sup>45</sup>. Ainsi, d'après la Cour, il n'y a aucune obligation ou même possibilité d'octroyer un VTL pour raison humanitaire sur la base du droit de l'UE<sup>46</sup>. À l'appui de son raisonnement, elle ajoute que le fait d'offrir la possibilité aux ressortissants d'États tiers de choisir, par le biais du code des visas, l'État membre dans lequel ils souhaitent obtenir une protection internationale, « *[...] porterait atteinte à l'économie générale du système institué par le règlement [Dublin III]* »<sup>47</sup>. Ce dernier n'impose aux États membre d'examiner les demandes d'asile que si celles-ci sont déposées sur le territoire de l'un d'entre eux<sup>48</sup>.

## 2. Les conclusions de l'avocat général

La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi. Dans un long argumentaire, qui constitue probablement la partie la plus intéressante de l'affaire au niveau juridique, l'avocat général, contrairement à la Cour, prend position sur les deux questions initialement posées par la juridiction de renvoi.

L'avocat général conclut, d'une part, que le code des visas Schengen était applicable et, d'autre part, que l'article 25 par. 1 let. a CVS devait être interprété « *[...] en ce sens que, eu égard aux circonstances de l'affaire au principal, l'État membre sollicité par un ressortissant d'un pays tiers afin de lui délivrer un visa à validité territoriale limitée au motif de l'existence de raisons humanitaires est tenu de délivrer un tel visa s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le refus de procéder à la délivrance de ce document conduira à la conséquence directe d'exposer ce ressortissant à subir des traitements prohibés par l'article 4 de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], en le privant d'une voie légale pour exercer son droit de solliciter une protection internationale dans cet État membre* »<sup>49</sup>. Selon l'avocat général, les États membres doivent non seulement assurer le respect des droits garantis par la Charte mais ils ont également le devoir d'agir lorsqu'il semble nécessaire de

---

<sup>42</sup> SAROLEA /CARLIER /LEBŒUF.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Art. 51 par. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>45</sup> Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, X. et X. contre Etat Belge, C-638/16 PPU, point 51 s.

<sup>46</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1370.

<sup>47</sup> Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, X. et X. contre Etat Belge, C-638/16 PPU, point 48.

<sup>48</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 4.

<sup>49</sup> Conclusions de l'avocat général, point 163.

prendre des mesures en vue de pallier un risque de violation de la Charte et en particulier de son article 4<sup>50</sup>. Selon l'analyse du code des visas faite par l'avocat général, les États membres conservent une certaine marge lors de l'appréciation des faits constitutifs de « raisons humanitaires ». Cependant, lorsque l'une de ces « raisons humanitaires » est retenue, ils sont liés et l'art. 25 par. 1 let. a CVS met à leur charge une obligation positive de délivrer un VTL<sup>51</sup>. Finalement, il soutient que la volonté d'introduire une demande d'asile une fois arrivé dans l'État membre ne devrait en aucun cas altérer la nature du visa humanitaire<sup>52</sup>.

### 3. L'arrêt rendu par la Cour : une décision critiquable

Il est intéressant de constater que la Cour ne s'est pas déclarée incompétente sur le fond afin d'éviter de répondre à une question préjudicielle, qui selon elle, n'entraîne pas matériellement dans son champ d'application. Il semble que sa stratégie était, au contraire, de se déclarer compétente afin d'écarteler elle-même l'application du droit de l'UE<sup>53</sup>.

Cette affaire met en lumière une stratégie d'évitement adoptée par la Cour sur un sujet politiquement sensible : celui de l'effectivité du droit d'asile en Europe. Pour ce faire, les juges de la Grande Chambre ont, comme nous l'avons vu précédemment, conclu qu'un visa demandé en vue d'introduire une demande d'asile correspond matériellement à une demande de visa de long séjour (plus de 90 jours dans une période de 180 jours) et ont ainsi écarté l'application du droit de l'UE<sup>54</sup>.

L'argumentation de la CJUE, jugée par certains comme fallacieuse<sup>55</sup>, repose principalement sur la prise en compte de l'intention avec laquelle le visa est demandé<sup>56</sup>. En adoptant une interprétation finaliste, la Cour évite, par la même occasion, de répondre aux questions de fond qui concernaient notamment la marge d'appréciation des États membres s'agissant des notions de « raisons humanitaires » et d'« obligations internationales ». En effet, si la Grande Chambre de la Cour avait admis l'applicabilité du droit de l'UE, il aurait ensuite été très compliqué de démontrer que la torture et les traitements inhumains ou dégradants, qui sont prohibés à la fois par la Charte et par les principes généraux du droit de l'UE<sup>57</sup>, ne s'inscrivent ni dans la catégorie des « raisons humanitaires », ni dans celle des « obligations internationales ». Dans l'hypothèse où la Cour aurait admis que la torture et les traitements inhumains ou dégradants s'inscrivaient dans l'une ou l'autre catégorie susmentionnée, celle-ci n'aurait quasiment eu d'autre choix que de suivre l'argumentation de l'avocat général<sup>58</sup> et de mettre à la charge des États membres une obligation positive de délivrer un VTL. Soutenir que les États membres disposent d'une marge d'appréciation leur offrant la possibilité de refuser un visa à une personne qui risque de subir de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants semble, en effet, dénué de chance de succès<sup>59</sup>.

---

<sup>50</sup> SAROLEA /CARLIER /LEBCEUF.

<sup>51</sup> Conclusions de l'avocat général, point 127 ss.

<sup>52</sup> PARISI, p. 152.

<sup>53</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 14.

<sup>54</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 9.

<sup>55</sup> Dans ce sens PARROT, p. 45.

<sup>56</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 11.

<sup>57</sup> Ce qui inclut notamment la CEDH, à laquelle tous les États membres étaient parties.

<sup>58</sup> Conclusions de l'avocat général, point 134.

<sup>59</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 15.

Bien que la Cour n'ait pas traité la question préjudicielle posée par le Conseil des contentieux des étrangers concernant la notion autonome de « raison humanitaire », cette dernière peut tout de même être encadrée de manière indirecte<sup>60</sup>. D'une part, le manuel des visas établi par la Commission européenne illustre, dans de brefs exemples, des situations dans lesquelles le VTL peut être délivré<sup>61</sup>. On constate cependant qu'aucun des exemples présentés par la Commission ne fait référence aux « raisons humanitaires » ou aux « obligations internationales ». On peut donc raisonnablement en déduire que les institutions européennes ne désirent pas harmoniser ces pratiques déjà existantes. D'autre part, et non pas des moindres, la Cour interprète elle-même de manière indirecte la notion de « raison humanitaire ». En effet, puisqu'elle considère que la volonté d'obtenir une protection internationale exclut de fait l'applicabilité du CVS, la notion de « raisons humanitaires » se rapporte à un nombre de situations restreint excluant celle où l'on trouve une volonté d'obtenir l'asile. La Cour érige donc l'intention de demander l'asile en motif de refus de VTL<sup>62</sup>.

Au sein de son argumentaire, la Cour de justice s'est ainsi uniquement attardée à présenter les conséquences et les implications d'une interprétation large de l'art. 25 par. 1 let. a CVS sans chercher à contrer les arguments présentés par l'avocat général. Par ailleurs, l'argument soulevé par la Cour selon lequel une application du CVS porterait atteinte à l'économie générale du système Dublin ne semble que peu convaincant alors même que le système dans son ensemble paraît être remis en cause<sup>63</sup>.

Par son attitude, la Cour fait totalement abstraction de l'effet utile de l'art. 25 par. 1 let. a CVS afin de faire primer l'efficacité de sa politique de gestion intégrée des frontières qui se base avant tout sur l'anticipation de la mobilité des ressortissants d'États tiers ne satisfaisant pas aux critères d'immigration légale<sup>64</sup>. Cette interprétation de la Cour qui semble aller à l'encontre de la nature même du visa humanitaire laisse perplexe. À se demander si cela ne cache pas une confusion de la part de la Cour entre les droits qui sont déduits de l'octroi d'un VTL et la protection qu'offre le statut de demandeur d'asile, qui permet notamment à ce dernier de demeurer sur le territoire de l'État d'accueil le temps que sa demande soit traitée par les autorités<sup>65</sup>.

### C. La Cour européenne des droits de l'homme emboîte le pas à la Cour de justice dans *l'affaire M.N. et autres contre la Belgique*

Le 5 mars 2020, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a, à son tour, pris position de manière indirecte sur le sujet du visa humanitaire dans une affaire aux enjeux politiques et juridiques importants. Dans cette affaire également, une famille syrienne résidant à Alep se voit refuser l'octroi d'un visa humanitaire fondé sur l'art. 25 par. 1 let. a CVS. Victime de la guerre qui sévit en Syrie et des bombardements incessants sur la ville d'Alep, la famille désirait entrer en Belgique afin d'y déposer une demande d'asile<sup>66</sup>. C'est au terme d'une procédure compliquée que les requérants ont saisi la CourEDH en invoquant principalement que le refus des autorités belges les

---

<sup>60</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 16.

<sup>61</sup> Manuel des visa Schengen, p. 80.

<sup>62</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 16.

<sup>63</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 12.

<sup>64</sup> PEYRONNET/RACHO, par. 17.

<sup>65</sup> PARISI, p. 152.

<sup>66</sup> Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18, par. 9 ss.

avait exposés à des traitements contraires à l'art. 3 CEDH. Sur des fondements différents de *l'affaire X. et X. contre État Belge*, l'affaire devant la CourEDH aurait pu permettre d'enfin reconnaître l'obligation d'octroi de visa pour des personnes à la recherche de protection internationale. Malheureusement, dans cette affaire aussi, la Grand Chambre a éludé la question en déclarant la demande irrecevable.

En effet, c'est sur la base du principe de la territorialité de la juridiction que la CourEDH a fondé son argumentation. La Cour a, tout d'abord, rappelé que « [...] l'article 1er de la Convention limite son champ d'application aux « personnes » relevant de la « juridiction » des États parties à la Convention. »<sup>67</sup>. Elle a ensuite jugé nécessaire de délimiter la notion de « juridiction » qui permet d'ouvrir la porte à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et ainsi de rendre l'État en question responsable des actes et omissions ayant entraîné la violation de la Convention<sup>68</sup>.

Dans un premier temps, les requérants ont tenté d'établir une juridiction « territoriale » en relevant que ce ne sont pas les agents du Consulat belge à Beyrouth qui ont pris la décision portant sur les conditions d'entrée mais bien l'administration centrale basée sur le territoire belge, qui exerçait ainsi une prérogative de puissance publique. La Cour a cependant jugé que cet argument ne suffisait pas à lui seul pour attirer les requérants sous la juridiction « territoriale » de l'État belge<sup>69</sup>.

La Cour a, dans un deuxième temps, cherché à établir un éventuel exercice « extraterritorial » de juridiction. Ce dernier ne peut être retenu qu'en présence de circonstances exceptionnelles et relève des faits<sup>70</sup>. Pour ce faire, la Cour a étudié trois hypothèses susceptibles d'établir ce caractère « extraterritorial ». La première se base sur le contrôle administratif des locaux consulaires à Beyrouth exercé par l'État belge. Eu égard à sa jurisprudence, cet argument a été jugé insuffisant pour établir, à lui seul, la compétence extraterritoriale de la Belgique<sup>71</sup>. La deuxième se fonde sur la décision de refus de visa qui constitue, selon la Cour, l'exercice d'une prérogative publique. Cependant, la jurisprudence en matière d'actes consulaires et diplomatiques retenue par la Cour a permis d'écarter cette éventualité. En effet, cette jurisprudence retient que la juridiction de l'État défendeur est établie uniquement si le requérant est un ressortissant de ce dernier ou que ses agents ont exercé un contrôle physique sur les requérants ressortissant d'un État tiers<sup>72</sup>. Toutefois, comme les requérants n'ont, d'une part, aucun lien préexistant avec la Belgique et qu'ils n'ont, d'autre part, subi aucun contrôle physique de la part des agents consulaires, cette hypothèse a été écartée par la Cour<sup>73</sup>. La troisième hypothèse repose sur l'idée selon laquelle la juridiction « extraterritoriale » existe par la simple introduction, de manière unilatérale, d'une procédure juridictionnelle en Belgique par le requérant<sup>74</sup>. La Cour a, néanmoins, également écarté cette dernière hypothèse. En effet, tout en se référant à sa jurisprudence antérieure, elle constate qu'en décider autrement aboutirait à consacrer une application quasi universelle de la Convention<sup>75</sup>. Elle

---

<sup>67</sup> Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18, par. 96.

<sup>68</sup> Ibid., par. 97.

<sup>69</sup> Ibid., par. 111 s.

<sup>70</sup> Ibid., par. 113.

<sup>71</sup> Ibid., par. 119.

<sup>72</sup> LENAIN, par. 14.

<sup>73</sup> Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18, par. 115 ss.

<sup>74</sup> Ibid. par. 121.

<sup>75</sup> Ibid. par. 123.

ajoute finalement qu'« [u]ne telle extension du champ d'application de la Convention aurait en outre pour effet de réduire à néant le principe bien établi en droit international et reconnu par la Cour selon lequel les États parties ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, y compris la Convention. »<sup>76</sup>.

Au terme de son argumentation, la Cour a ainsi estimé que les requérants ne relevaient pas de la juridiction de la Belgique et que par conséquent la CEDH n'était pas applicable au cas d'espèce<sup>77</sup>. De la sorte, elle a conclu à l'irrecevabilité de la requête.

Ainsi, la Cour de Strasbourg assied davantage la politique de non-entrée instaurée par l'Union européenne à l'égard des personnes à la recherche de protection internationale<sup>78</sup>. L'argumentation de la Cour fragilise également encore un peu plus le principe de non-refoulement, qui peut être déduit de l'art. 3 CEDH. En effet, la Grande Chambre rejette l'application par analogie de l'*arrêt Soering*<sup>79</sup> à l'affaire en question considérant que les deux affaires sont fondamentalement différentes. D'après elle, le principe de non-refoulement ne peut s'appliquer que dans les cas d'éloignement du territoire ou de non-admission à la frontière. De cette manière, le Cour réduit le champ d'application *ratione loci* de ce principe fondamental de manière douteuse puisque seules les personnes se trouvant déjà dans l'État partie ou se situant, tout au moins, à sa frontière physique extérieure pourront bénéficier d'une protection contre le refoulement<sup>80</sup>.

La CJUE avait déjà conclu, dans *l'affaire X. et X. contre la Belgique*, à la non-application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour les personnes à la recherche de protection internationale au motif que le visa humanitaire à des fins d'asile relevait du seul droit national et non du droit Schengen. À son tour, CourEDH a réduit davantage cette protection déjà insuffisante en refusant d'étendre l'application de la CEDH lorsque ces personnes déposent, comme indiqué par la CJUE, des demandes de visa humanitaire de long séjour selon les droits nationaux<sup>81</sup>.

## IV. Conséquences de *l'affaire X. et X. contre la Belgique* pour la Suisse

### A. Généralités

Contrairement aux États membres de l'UE, la Suisse n'est pas liée par la jurisprudence de la CJUE. Ainsi, les autorités suisses restent libres quant à l'interprétation et l'application de l'acquis de Schengen. Elles pourraient donc maintenir leur pratique de visa humanitaire délivré sous la forme de VTL afin d'assurer un accès sûr aux personnes à la recherche de protection internationale<sup>82</sup>. Cette solution n'assurerait cependant pas la pérennité de l'accord, qui érige en objectif « [l'] application et [l'] interprétation aussi uniformes que possible des dispositions visées à l'art. 2 [...] »<sup>83</sup>.

---

<sup>76</sup> Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18, par. 124.

<sup>77</sup> Ibid., par. 125.

<sup>78</sup> LENAIN, par. 19.

<sup>79</sup> Arrêt de la CourEDH du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n°14038/88.

<sup>80</sup> LENAIN, par. 20.

<sup>81</sup> LENAIN, par. 21.

<sup>82</sup> HANKE/WIERUSZEWSKI/PANIZZON, p. 1372.

<sup>83</sup> Art. 8 AAS.

En effet, pour la doctrine majoritaire<sup>84</sup>, bien qu'il n'y ait pas d'obligation expresse de reprise de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il est dans l'intérêt des parties contractantes à l'AAS d'adopter une interprétation et une mise en œuvre aussi uniformes que possible des normes communes. C'est également la position qu'a adopté le Conseil fédéral qui s'était exprimé sur le sujet dans son Message au Parlement relatif à l'approbation des Accords bilatéraux II. Il avait ainsi déclaré qu'« [e]n principe, les parties contractantes jouissent de l'autonomie dans l'interprétation et l'application de l'acquis de Schengen, respectivement de l'acquis de Dublin. Toutefois, il est dans leur intérêt que les règles instaurées par Schengen et Dublin soient interprétées et appliquées de manière identique de part et d'autre »<sup>85</sup>. Finalement, le TAF a, à travers plusieurs arrêts, confirmé cette solution qui paraît s'imposer aux yeux des autorités suisses<sup>86</sup>.

On retient que, bien qu'il n'y ait pas d'obligation directe et express de reprise de la jurisprudence rendue par la CJUE, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la signature de l'accord, les autorités suisses s'efforcent d'interpréter et d'appliquer l'acquis de Schengen pertinent de manière aussi uniforme que possible. Ainsi, la Suisse ne devrait pas s'écarter de cette jurisprudence, à moins qu'un motif impératif ne le justifie<sup>87</sup>.

## B. Le TAF comble temporairement la lacune

Suite à l'arrêt rendu dans *l'affaire X. et X. contre la Belgique*, le TAF, qui est l'autorité compétente en matière de recours sur décision et décision sur opposition rendue par le SEM<sup>88</sup>, ne s'est pas tout de suite prononcé sur l'interprétation de la CJUE et a de fait confirmé la pratique du SEM appliquée jusqu'alors en matière de visa humanitaire<sup>89</sup>. Ce dernier étant de nature potestative, le TAF statue de manière définitive. En effet, l'art. 83 let. c ch. 1 LTF n'ouvre pas la voie du recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral dans ce cas de figure<sup>90</sup>.

Ce n'est que dans un arrêt rendu le 2 mai 2017, que le TAF fait, pour la première fois, référence à l'arrêt de la CJUE. Dans cet arrêt, le tribunal considère toutefois que la jurisprudence européenne n'empêche pas la Suisse de continuer à appliquer la pratique des visas à territorialité limitée pour des raisons humanitaires développées sur la base de l'article 2 al. 4 aOEV<sup>91</sup>.

Les principes de l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour ont finalement été intégrés par le TAF dans l'arrêt rendu le 19 juin 2017<sup>92</sup>. Dans ce dernier, le TAF rappelle, dans un premier temps, l'interprétation retenue par la Cour de justice de l'Union européenne concernant le VTL et le principe selon lequel le TAF se doit de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE<sup>93</sup>. Il poursuit ensuite par un

---

<sup>84</sup> Dans ce sens CORNU, p. 241 ; EPINEY/METZ/PIRKER, p. 176.

<sup>85</sup> Message du 1<sup>er</sup> octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), FF 2004 5593, p. 5757.

<sup>86</sup> Dans ce sens, ATAF 2010/27 consid. 5.3.2 ; arrêt du TAF 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.

<sup>87</sup> Arrêt du TAF 6B\_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.1.

<sup>88</sup> Art. 31 ss LTAF.

<sup>89</sup> WIERUSZEWSKI, p. 23.

<sup>90</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 15.

<sup>91</sup> Arrêt du TAF F-5790/2016 du 2 mai 2017 consid. 4.9.

<sup>92</sup> Arrêt du TAF F-7298/2016 du 19 juin 2017.

<sup>93</sup> Ibid, consid. 4.1.

bref rappel historique, qui présente notamment la pratique des autorités suisses depuis l'abandon de la possibilité de déposer l'asile dans une représentation suisse à l'étranger<sup>94</sup>. Finalement, il conclut « [...] que la pratique développée par le législateur suisse pour délivrer des visas humanitaires ne peut plus s'appuyer sur la notion retenue à l'art. 2 al. 4 OEV, en ce sens qu'elle renvoie à la notion de visa à validité territoriale limitée telle que définie à l'art. 25 par. 1 du Code des visas »<sup>95</sup>.

Il ne ferme cependant pas la possibilité d'octroyer un visa humanitaire à des requérants d'asile mais ce type de visa ne peut se fonder que sur le droit national. Par conséquent, la pratique des autorités suisses peut continuer à s'appliquer jusqu'à ce que le législateur suisse complète dans une nouvelle norme la lacune juridique que la CJUE a mise en évidence dans *l'affaire X. et X. contre la Belgique*<sup>96</sup>. Les critères fixés dans la *directive visa humanitaire 2014* restent dès lors applicables<sup>97</sup>. Ainsi, un visa national pour raisons humanitaires peut être délivré si « [...] dans un cas d'espèce, la vie ou l'intégrité physique d'une personne sont directement, sérieusement et concrètement menacées dans son pays d'origine ou de provenance »<sup>98</sup>. Le TAF rend également attentif au fait que les conditions d'entrée dans le cadre d'un visa humanitaire ont été voulues, comme indiqué dans le Message du Conseil fédéral, plus restrictives que lorsqu'il était possible de déposer une demande d'asile directement dans une représentation suisse à l'étranger<sup>99</sup>.

Par la suite, dans un arrêt rendu le 10 juillet 2017, le TAF vient confirmer son interprétation de l'art. 25 par. 1 let. a CVS qui intègre les principes découlant de l'arrêt de la CJUE. Par la même occasion, il clarifie également deux points importants résultant de cette jurisprudence. Tout d'abord, le tribunal constate que par ce changement d'interprétation, il comble une lacune et crée, de la sorte, une nouvelle catégorie de visa national bien que le but et les conditions de fond restent inchangées par rapport à celui qui se fondait sur le droit Schengen. Puis, il rappelle que ce « nouveau » visa est valable uniquement sur le territoire suisse<sup>100</sup>.

Le TAF s'est finalement conformé à l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, il a dû réorienter la pratique des autorités suisses compétentes pour l'octroi des visas en attendant que le législateur suisse adopte un nouveau texte afin de combler cette lacune induite par la CJUE.

### C. Le législateur offre une base juridique au visa humanitaire

C'est finalement un peu plus d'une année après l'arrêt du TAF intégrant les principes de *l'affaire X. et X. contre la Belgique* que cette lacune juridique provisoirement comblée par le Tribunal administratif fédéral a été comblée par une base réglementaire nationale. En effet, lors de la révision de l'aOEV intervenue le 15 septembre 2018, le Conseil fédéral a introduit un nouvel art. 4 al. 2 OEV offrant la possibilité aux personnes dont « [...] [la] vie ou [l'] intégrité physique est directement, sérieusement et

---

<sup>94</sup> Arrêt du TAF F-F7298/2016 du 19 juin 2017, consid. 4.2.

<sup>95</sup> Ibid, consid. 4.3.

<sup>96</sup> ROMER/NUFER/FREHNER, p. 225.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid., p. 4048.

<sup>100</sup> Arrêt du TAF F-3748/2016 du 10 juillet 2017 consid. 4.

*concrètement menacée dans [leur] pays de provenance* »<sup>101</sup> d'entrer sur le territoire suisse pour un long séjour et ceci sans devoir remplir les conditions prévues à l'art. 4 al. 1 OEV. Ces personnes se voient dorénavant octroyer un visa long séjour (visa national D) pour raisons humanitaires.

La question de la compétence du Conseil fédéral et donc de la base légale s'est tout de même posée. En effet, dans un arrêt, le TAF a confirmé que la délégation législative, au sens de l'art. 164 al. 2 Cst., qui se trouve à l'art. 5 al. 4 LEtr était de densité normative suffisante pour également permettre au Conseil fédéral d'édicter dans une ordonnance des dispositions réglementaires de substitution contenant des normes juridiques primaires, telles que l'art. 4 al. 2 OEV<sup>102</sup>. Cependant, suite à la prise de position du TAF dans le cadre d'une consultation externe de la révision totale de l'OEV, l'Assemblée fédérale a néanmoins offert une base légale formelle au visa humanitaire en adoptant un nouvel alinéa 3 à l'art. 5 LEI<sup>103</sup>. Ce dernier est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2019 et prend la forme d'une clause de délégation offrant la possibilité au Conseil fédéral de prévoir des exceptions aux conditions d'entrée prévues à l'alinéa 1 et, ceci, « [...] pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales »<sup>104</sup>.

#### D. La distinction avec le visa territorial limité

Le visa humanitaire basé sur le droit national et délivré à des personnes à la recherche de protection internationale a enfin été consacré par le Conseil fédéral à l'art. 4 al. 2 OEV. Il paraît, néanmoins, nécessaire de le distinguer du VTL qui reste valable mais dont l'octroi se justifie pour un séjour de courte durée et dont l'application se fonde sur le droit Schengen. C'est, du moins, ce qu'a jugé le TAF en consacrant un considérant à cette distinction dans un arrêt partiellement publié aux ATAF et qui sera approfondi dans les chapitres suivants<sup>105</sup>. En effet, la sixième Cour du Tribunal administratif fédéral, consciente que la terminologie choisie par le Conseil fédéral peut prêter à confusion, commande de soigneusement distinguer les deux bases normatives<sup>106</sup>.

L'art. 25 par. 1 let. a CVS permet, si les conditions de délivrance d'un visa uniforme ne sont pas remplies, de délivrer un visa pour une durée de 90 jours sur une période de 180 jours<sup>107</sup>. Ce type de visa est ainsi délivré dans des cas exceptionnels qui concernent souvent des cas de maladie grave où l'accès aux soins est nécessaire ou lors du décès d'un parent proche. Il peut néanmoins être délivré pour d'autres motifs impérieux afin, par exemple, de lever une interdiction d'entrée. On parle alors de suspension<sup>108</sup>. Le visa est, en règle générale, valable uniquement dans l'État membre qui l'a délivré mais il peut également être valable dans plusieurs États membres si ces derniers l'ont

---

<sup>101</sup> Art. 4 al. 2 OEV.

<sup>102</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.2.

<sup>103</sup> Message du Conseil fédéral, du 21 novembre 2018, concernant l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225 ; développements de l'acquis de Schengen) et modification de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI), FF 2019 175, p. 207 et 217 s.

<sup>104</sup> Art. 5 al. 3 LEI.

<sup>105</sup> Cf. *infra* chapitre V.A. et arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018.

<sup>106</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.2, en effet, les termes « pour motifs humanitaires » choisis par le législateur suisse pour le nouvel art. 4 al. 2 OEV sont quasiment identiques que les termes « raisons humanitaires et « motifs humanitaires » utilisés à l'art. 25 par. 1 let. a CVS.

<sup>107</sup> SPESCHA ET AL., p. 130.

<sup>108</sup> Monitoring des visas 2018, p. 26, dans ce sens CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2018, p. 157 et arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.2.

convenu ainsi<sup>109</sup>. Il est essentiel de comprendre que le VTL ne peut expressément être demandé par l'intéressé, car l'octroi de ce type de visa relève de la libre appréciation de l'État. Du point de vue procédural, l'intéressé déposera en premier lieu une demande de visa uniforme. S'il ressort de ce premier examen que l'intéressé ne remplit pas les conditions nécessaires à l'octroi d'un visa uniforme, l'autorité compétente examinera si, au vu de la situation de l'intéressé, il paraît nécessaire d'autoriser son entrée pour un court séjour sur la base de l'art. 25 par. 1 let. a CVS<sup>110</sup>. Par conséquent, il n'est en principe pas possible de recourir contre un refus d'octroi de VTL. Cependant, l'autorité de recours, en l'occurrence le TAF, n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours<sup>111</sup>. Dès lors, même si l'intéressé n'a fait valoir que des motifs d'octroi d'un visa uniforme dans son recours, l'autorité reste libre d'examiner les conditions d'octroi d'un VTL<sup>112</sup>.

La nuance entre le VTL Schengen et le visa national pour des motifs humanitaires peut néanmoins être moindre lorsqu'une personne demande l'octroi d'un visa dans le but d'accéder à des soins médicaux. En effet, si la personne se trouve dans une situation qui l'empêche d'avoir accès dans son pays à des soins médicaux nécessaires et adéquats et que, de ce fait, sa vie ou son intégrité physique se trouvent menacés, on peut légitimement se poser la question de savoir si l'octroi d'un visa national pour motifs humanitaires n'est pas également approprié<sup>113</sup>. Ce genre de situation de mise en danger individuelle s'examine à la lumière de différents éléments tels que des certificats médicaux ou des rapports d'ONG sur l'accès aux soins dans l'État concerné. Afin qu'une telle situation de mise en danger individuelle soit reconnue par l'autorité, il est indispensable que l'absence d'un traitement médical adéquat entraîne rapidement une grave atteinte à l'état de santé de l'intéressé<sup>114</sup>. La présence sur place d'organisations d'entraide peut également jouer un rôle lors de l'examen de l'accès aux soins médicaux nécessaires<sup>115</sup>.

## V. Conditions matérielles et procédure d'octroi du visa humanitaire

C'est à travers une large jurisprudence que les conditions nécessaires à l'obtention du visa humanitaire se sont, en quelque sorte, façonnées. En effet, c'est le TAF qui a, en grande partie, déterminé la portée du nouvel art. 4 al. 2 OEV. On constatera néanmoins que la pratique des autorités administratives et du TAF est finalement quasiment identique à celle appliquée lorsque la Suisse octroyait les visas humanitaires sur la base de l'art. 25 par. 1 let. a CVS. Quant à la procédure, bien qu'inchangée, elle est déterminée par le SEM dans la directive sur le visa humanitaire<sup>116</sup> qui a été, elle, modifiée également suite à l'entrée en vigueur, le 18 septembre 2018, de l'art. 4 al. 2 OEV.

---

<sup>109</sup> SPESCHA ET AL., p. 130.

<sup>110</sup> WIERUSZEWSKI, p. 30.

<sup>111</sup> Art. 62 al. 4 PA.

<sup>112</sup> Dans ce sens ATAF 2011/48 du 6 juin 2011 ; arrêt du TAF F-2680/2017 du 28 septembre 2017 consid. 6.6 et arrêt du TAF F-5543/2016 du 19 septembre 2017 consid. 6.8.

<sup>113</sup> WIERUSZEWSKI, p. 32.

<sup>114</sup> Arrêt du TAF F-3748/2016 du 10 juillet 2017 consid. 8.1.

<sup>115</sup> Arrêt du TAF F- 1596/2017 du 1<sup>er</sup> septembre 2017.

<sup>116</sup> Directive visa humanitaire 2018.

## A. Les conditions matérielles

### 1. Généralités

Dans un arrêt de principe, rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2018 et partiellement publié à l'ATAF 2018 VII/5, le TAF s'est tout d'abord efforcé de faire un bref rappel historique du visa humanitaire allant jusqu'à l'adoption de l'art. 4 al. 2 OEV, fondement de l'actuel visa humanitaire<sup>117</sup>. Il souligne également que ce type de visa n'est dorénavant plus un visa délivré sur la base du droit Schengen mais un visa national de long séjour (visa national D). Puis, dans l'analyse de la lettre de l'art. 4 al. 2 OEV, le tribunal indique que, malgré l'utilisation du terme « notamment », les critères matériels appliqués jusqu'alors demeurent inchangés. En effet, bien que ce terme semble ouvrir la porte à la possibilité d'octroi du visa humanitaire, dans d'autres cas que ceux dans lesquels « [...] [la] vie ou ['] intégrité physique [du requérant] est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays de provenance. »<sup>118</sup>, l'emploi de l'expression « dans des cas dûment justifiés » indique, néanmoins, une volonté de conserver des critères restrictifs qui s'apprécieront ensuite au cas par cas<sup>119</sup>. Par conséquent, il reste possible de se référer *mutatis mutandis* à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'aOEV<sup>120</sup>.

Dans cet arrêt de principe, le TAF ajoute, comme il est déjà indiqué dans la directive du SEM, que la menace faite à la vie ou à l'intégrité physique doit également être « manifeste ». Ceci signifie concrètement que le fardeau de la preuve incombe au requérant et que la maxime inquisitoire est atténuée<sup>121</sup>. Ainsi, malgré que la procédure administrative soit en principe guidée par les maxime inquisitoire et d'office, c'est le requérant lui-même qui doit prouver qu'il se trouve effectivement dans une situation de mise en péril de sa vie ou de son intégrité physique. Cela est d'autant plus important pour les situations peu évidentes dans lesquelles le requérant fait l'objet d'une mise en danger individuelle. Le requérant sera souvent mieux à même de prouver ce type de mise en danger<sup>122</sup>. Ici encore, on voit de manière claire la volonté du législateur d'être plus restrictif concernant l'octroi de visa humanitaire que concernant l'asile. Cette approche a été confirmée par le TAF, qui a notamment refusé d'assouplir le fardeau de la preuve qui incombe au requérant<sup>123</sup>. Dans son examen, l'autorité contrôlera uniquement le respect des conditions qui seront présentées ci-dessous. Ainsi, comme le rappelle le TAF, le non-respect des conditions usuelles d'entrée prévue dans la LEI, telle que la preuve de l'existence de moyens financiers suffisants, ne justifierait pas une non entrée en matière de la part de l'autorité compétente<sup>124</sup>.

À travers sa jurisprudence et notamment son arrêt de principe<sup>125</sup>, le TAF a, d'une part, interprété les termes dont le législateur a fait usage dans l'art. 4 al. 2 OEV et, ceci, tant dans des situations générales qu'individuelles de danger. D'autre part, il a encadré la marge d'appréciation laissée à

---

<sup>117</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.5 s.

<sup>118</sup> Art. 4 al. 2 OEV.

<sup>119</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 consid. 3.6.1.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Arrêt du TAF D- 5815/2014 du 11 février 2015 consid. 4.5.

<sup>122</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 14.

<sup>123</sup> Arrêt du TAF F-1633/2018 du 26 novembre 2018 consid. 6.2.

<sup>124</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.3.

<sup>125</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018.

l'autorité s'agissant de son obligation d'intervenir en dégageant des critères dirimants et persuasifs qui vont permettre à l'autorité d'asseoir son avis sur la situation du requérant.

## 2. La menace directe, sérieuse et concrète à l'intégrité physique ou la vie

Au fond, l'autorité doit, selon le TAF, examiner « [...] 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 »<sup>126</sup>. D'après la lettre de l'art. 4 al. 2 OEV, le requérant doit se trouver dans une situation où sa vie ou son intégrité physique sont menacées dans son État d'origine ou de provenance et, ceci, de manière directe sérieuse et concrète. Cela signifie que la menace doit être immédiate, qu'elle doit atteindre un niveau de gravité objectif suffisant et qu'elle ne doit pas être théorique ou abstraite<sup>127</sup>. Une fois toutes les conditions remplies, l'autorité doit s'assurer que la situation de détresse dans laquelle se trouve le requérant exige une intervention des autorités suisses<sup>128</sup>. Dans ce contexte, on distingue en principe deux types de situations qui vont potentiellement conduire à l'octroi d'un visa humanitaire.

### i. La situation générale de danger

La menace peut en premier lieu provenir d'une situation générale de danger qui règne dans l'État d'origine ou de provenance. Le TAF a retenu une telle menace lors de conflits armés particulièrement aigus ou de catastrophes naturelles<sup>129</sup>. Lors de son examen, le TAF va se référer à des sources variées. En effet, il consultera tant les représentations suisses à l'étranger, que les médias locaux. Les rapports établis par des organisations non gouvernementales comme *Amnesty international* ou par des organisations nationales ou internationales telles que le HCR ou le Conseil des droits de l'homme de l'ONU sont également d'une importance considérable dans l'examen des autorités administratives suisses<sup>130</sup>.

### ii. La situation individuelle de danger

En outre, il est possible, qu'indépendamment de la situation globale qui règne au sein de l'État d'origine ou de provenance, le requérant se trouve dans une situation individuelle de danger. Pour cela, il faut que ce dernier se trouve « dans une situation de détresse particulière – c'est-à-dire être plus particulièrement exposé à des atteintes [...] que le reste de la population »<sup>131</sup>. Cette situation doit ainsi rendre impérative l'intervention des autorités suisses. Les cas les plus fréquemment retenus sont ceux dans lesquels le requérant rencontrait des problèmes de santé et qu'il ne pouvait obtenir de façon urgente les soins nécessaires dans l'État de provenance ou d'origine<sup>132</sup> ou lorsqu'il appartenait à une minorité particulière<sup>133</sup>. À travers sa jurisprudence et en particulier dans un arrêt qui analyse la situation politique au Sri Lanka, le TAF définit un cercle de personnes pouvant être exposées plus que quiconque à un danger de persécution et dont les biens juridiques de l'intégrité

<sup>126</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.3.

<sup>127</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 14.

<sup>128</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.3.

<sup>129</sup> Dans ce sens arrêt du TAF D-3869/2014 du 25 novembre 2014 consid. 5.5 et arrêt du TAF D-5815/2014 du 11 février 2015 consid. 4.5.

<sup>130</sup> WIERUSZEWSKI, p. 23.

<sup>131</sup> Arrêt du TAF F-1633/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.3.

<sup>132</sup> Arrêt du TAF E-2779/2015 du 10 juin 2015 consid. 6.2.

<sup>133</sup> Dans ce sens arrêt du TAF E-835/2015 du 9 juin 2015 et arrêt du TAF E-4169/2015 du 3 décembre 2015 consid. 7.2.3.

physique et de la vie se trouvent menacés. On retrouve notamment dans ce cercle les personnes qui travaillent au sein de médias<sup>134</sup>, les victimes et témoins de violations de droits humains<sup>135</sup>, les représentants internationaux et locaux des organisations non gouvernementales qui travaillent pour assurer le respect des droits de l'homme<sup>136</sup>, les femmes<sup>137</sup> ou encore les enfants<sup>138</sup>. Le TAF rappelle néanmoins que seuls les biens juridiques de l'intégrité physique et de la vie sont en principe protégés et qu'un simple risque pour un migrant d'être privé de liberté suite à son entrée dans un État de manière illégale n'est pas protégé<sup>139</sup>.

### 3. Les critères dirimants et persuasifs

Parallèlement à l'examen des conditions susmentionnées, l'autorité va étudier d'autres critères qui ont été développés par le TAF. Ainsi, dans l'arrêt de principe susmentionné<sup>140</sup>, le TAF établit une liste non exhaustive de critères dont l'autorité devra tenir également compte dans sa prise de décision.

#### *i. La présomption de l'État tiers sûr et les autres options*

Le critère de la présomption de l'État tiers sûr, que l'on peut qualifier de dirimant, est très souvent invoqué par l'autorité lorsque celle-ci refuse l'octroi du visa humanitaire national alors même que le requérant remplit les conditions nécessaires à son obtention. Cette présomption, consacrée à la fois par la directive du SEM<sup>141</sup> et par la jurisprudence du TAF<sup>142</sup>, est l'expression du principe de subsidiarité qui veut que la Suisse intervienne uniquement en cas d'absence de protection et si la menace directe ne peut être écartée que par l'intervention de ses autorités<sup>143</sup>. Ce principe, qui était déjà consacré par la jurisprudence du TAF lorsqu'il était encore possible de déposer une demande d'asile auprès des représentations suisses à l'étranger<sup>144</sup>, a pour but de favoriser les solutions locales afin d'éviter que le requérant ne soit totalement déraciné de ses milieux géographique et/ou socio-culturel d'origine<sup>145</sup>.

Cette présomption peut être renversée par l'intéressé mais également par l'autorité compétente qui, sur la base de la maxime inquisitoire, est tenue d'examiner tous les éléments du cas d'espèces pouvant entraîner le renversement de la présomption de l'État tiers sûr<sup>146</sup>. S'il apparaît, par exemple, qu'il existe dans l'État tiers sûr un risque clair de renvoi dans l'État de persécution, on peut considérer que la présomption est renversée. C'est notamment ce qu'a jugé le TAF dans une affaire dans laquelle un requérant tamoul se trouvant en Thaïlande avait déposé une demande de VTL pour raison humanitaire auprès de la représentation suisse à Bangkok. En effet, selon le TAF, les faits que, d'une part, l'intéressé était considéré comme ressortissant illégal et que, d'autre part, la Thaïlande

---

<sup>134</sup> ATAF 2011/24 du 27 octobre 2011 consid. 8.3.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid., consid. 8.2.

<sup>137</sup> Ibid., consid. 8.3.1.

<sup>138</sup> Ibid., consid. 8.3.2.

<sup>139</sup> Arrêt du TAF E-4938/2014 du 17 février 2015 consid. 6.10.1.

<sup>140</sup> Arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018.

<sup>141</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 3.

<sup>142</sup> Dans ce sens notamment ATAF 2015/5 du 10 février 2015 consid. 4.1.3 et arrêt du TAF F-5646/2018 du 1<sup>er</sup> novembre 2018 consid. 3.6.3.

<sup>143</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 23.

<sup>144</sup> ATAF 2011/10 du 12 mai 2011 consid. 5.2.

<sup>145</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 15.

<sup>146</sup> Arrêt du TAF D-1395/2016 du 3 mai 2016 consid. 2.8 ss.

n'était pas partie à la Convention relative au statut des réfugiés<sup>147</sup> et de ce fait ne respectait pas le principe de non-refoulement constituait des preuves suffisantes permettant de renverser la présomption de l'État sûr<sup>148</sup>. Le TAF admet cependant que dans un cas où le requérant se trouve dans l'État tiers, les « [...] conditions sont encore plus restrictives que celles, déjà exceptionnelles, prévalant pour un requérant se trouvant encore dans son pays d'origine »<sup>149</sup>.

À titre complémentaire, les juges administratifs fédéraux ont également clarifié deux scénarios particuliers. Le premier concerne le cas où le requérant séjourne artificiellement dans une zone considérée à risque alors qu'il a la possibilité de se rendre dans un État voisin sûr dans lequel il s'est déjà rendu par le passé et, ceci, afin de pouvoir choisir « librement » l'État où il souhaite résider. Dans ce cas de figure, comme le requérant est en mesure de se rendre dans un État voisin sûr, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il était possible d'étendre l'application du critère dirimant de l'État sûr malgré le fait que le requérant n'y séjourne pas<sup>150</sup>. Par cette fiction, le TAF souhaite éviter des situations d'abus de droit et assurer une certaine égalité de traitement entre les requérants qui se trouvent dans une situation semblable<sup>151</sup>. Le deuxième scénario que le tribunal souhaitait éclaircir est celui dans lequel le requérant se rend uniquement dans l'État voisin afin de répondre à une convocation à l'ambassade ou d'y déposer une demande de visa. Dans cette situation, on ne peut, selon le tribunal, considérer que le requérant réside de manière durable dans l'État voisin et, par conséquent, qu'il bénéficie d'une protection de ce dernier<sup>152</sup>.

On observe donc dans la pratique des autorités suisses que ces dernières appliquent de manière rigoureuse le principe de subsidiarité en invoquant régulièrement le critère de l'État tiers sûr. Ce principe trouve également application lorsque les autorités suisses invoquent les possibilités telles que la protection du HCR et d'autres organisations internationales<sup>153</sup> ou des membres de la famille du requérant<sup>154</sup> afin que la menace directe ne soit pas reconnue et que l'autorité puisse refuser l'octroi d'un visa humanitaire. Dès lors, l'attitude de la Suisse qui consiste à invoquer l'existence d'une alternative de protection laisse penser que cette dernière préfère déléguer la mission de protection aux États voisins réputés sûrs, aux organisations internationales ou locales et aux individus<sup>155</sup>.

Au vu de ce qui précède, on peut se demander si l'application du critère de l'État tiers sûr de manière aussi extensive n'est pas quelque peu inéquitable. En effet, pour nombre de personnes qui font face à des conflits armés sur leur territoire, il est tout simplement impossible de se rendre dans une représentation suisse dans leur pays, celle-ci étant la plupart du temps fermée<sup>156</sup>. C'est en se

---

<sup>147</sup> Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS. 0.142.30).

<sup>148</sup> Arrêt du TAF D-1395/2016 du 3 mai 2016.

<sup>149</sup> Arrêt du TAF E-4938/2014 du 17 février 2015 consid. 6.10.1.

<sup>150</sup> Dans ce sens arrêt du TAF E-597/2016 du 3 novembre 2017 consid. 4.2 et arrêt du TAF F-1633/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.3.

<sup>151</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 15.

<sup>152</sup> Dans ce sens arrêt du TAF E-271/2015 du 18 mai 2015 consid. 6.5.2 ; arrêt du TAF D-1899/2015 du 27 juillet 2015 consid. 6.6.2 et arrêt du TAF D-611/2016 du 25 mai 2016 consid. 6.3.6.

<sup>153</sup> Dans ce sens arrêt du TAF E-5414/2014 du 18 août 2018 consid. 6.1 et arrêt du TAF F-3472/2017 du 1<sup>er</sup> mai 2018 consid. 4.3.

<sup>154</sup> Arrêt du TAF D-5332/2013 du 27 novembre 2013 consid. 4.5.

<sup>155</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 25.

<sup>156</sup> ROMER, p. 74.

rendant, sans autre alternative, sur le territoire d'un État voisin qu'ils se voient souvent opposer ce critère<sup>157</sup>.

C'est dans ce contexte que la conseillère nationale PBD Rosemarie Quadranti s'est exprimée sur le problème que pose la présomption de l'État tiers sûr. En effet, le 10 décembre 2018, elle a déposé une motion à la chambre basse afin de demander au Conseil fédéral de réexaminer ce critère<sup>158</sup>. Selon la parlementaire, ce critère doit être repensé car il ne permet pas d'appliquer l'outil du visa humanitaire de manière cohérente. Le Conseil fédéral s'est alors contenté de proposer de rejeter la motion au prétexte que le visa humanitaire ne peut être octroyé aux personnes menacées indépendamment du lieu où elles se trouvent. Un argument jugé insuffisant par certains<sup>159</sup>. La position reste tout de même cohérente avec le caractère restrictif de la procédure d'octroi du visa humanitaire voulue par le législateur suisse.

## ii. Les critères persuasifs

Parallèlement aux critères dits « dirimants », le TAF a établi une liste non exhaustive de critères qui vont au contraire plaider en faveur de l'octroi d'un visa humanitaire, mais qui ne représentent pas à eux seuls un motif d'admission. Ainsi, le TAF prendra également en compte « [...] en particulier 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 [...] »<sup>160</sup>.

Selon certains auteurs, les critères de « l'existence de relations étroites avec la Suisse » et « des possibilités d'intégration des personnes concernées » peuvent même, suivant leur intensité, permettre exceptionnellement de ne pas tenir compte du critère dirimant de l'État tiers sûr<sup>161</sup>. L'importance de ces critères s'explique en grande partie par le fait que l'intéressé, en requérant un tel visa, prévoit de déposer une demande de protection internationale sur le territoire suisse et ainsi d'y séjourner pour une durée relativement longue<sup>162</sup>. De manière générale, il ne sera pas exigé, au nom du principe de subsidiarité, que l'intéressé démontre « l'impossibilité pratique » et « l'inexigibilité objective » de solliciter une protection dans un autre État et, notamment dans les pays limitrophes. Cependant, si l'intéressé entretient des liens particuliers avec un État, en y ayant séjourné auparavant ou en ayant de la famille proche y résidant, l'autorité attendra toutefois que celui-ci prouve qu'il a vainement entrepris les démarches auprès de cet État ou que, pour un quelconque autre motif, il lui est impossible de les entreprendre<sup>163</sup>.

## B. La procédure d'octroi du visa

Le chemin menant jusqu'à l'octroi du visa humanitaire est long et peu clair. En effet, de l'accès aux informations jusqu'au recours au Tribunal administratif fédéral, la pratique des autorités

---

<sup>157</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 17.

<sup>158</sup> Motion Rosemarie Quadranti, 18.4157 : « Octroi facilité de visas humanitaire », déposé le 10 décembre 2018.

<sup>159</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 27.

<sup>160</sup> Arrêt du TAF F-1633/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.3.

<sup>161</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 16.

<sup>162</sup> GONSETH/CHATTON, p. 97.

<sup>163</sup> FÉLIX/SIEBER/CHATTON, p. 16.

administratives n'est pas uniforme et regorge d'imperfections. Tout cela ne facilite donc pas réellement la tâche déjà ardue des personnes concernées.

## 1. Le dépôt de la demande

Le peu d'informations officielles existantes se trouvent principalement dans la directive du SEM<sup>164</sup>. Cette dernière, qui n'est déjà que peu fournie, est en principe adressée aux autorités administratives compétentes dans les trois langues nationales les plus parlées. Il n'y a par conséquent pas de document uniforme et adéquat adressé aux personnes concernées fournissant les informations nécessaires quant à la procédure à suivre et aux conditions à remplir<sup>165</sup>. Dans ce contexte, la Croix-Rouge suisse, consciente des difficultés qu'entraîne le manque notable d'information, a rédigé et publié sur son site Internet divers documents informatifs au sujet de la procédure de demande de visas humanitaires<sup>166</sup>. Ces documents ont par ailleurs été traduits dans plusieurs langues dont l'arabe, et contiennent en plus des informations élémentaires, des conseils pratiques adressés aux demandeurs.

Afin de déposer une demande de visa humanitaire, la personne intéressée doit obtenir un rendez-vous auprès de la représentation suisse à l'étranger. Lors de cet entretien sommaire, la représentation suisse sur place va évaluer de manière informelle les chances de succès de la demande afin de conseiller l'intéressé<sup>167</sup>. Le dépôt de la demande exige, en principe, une comparution personnelle de l'intéressé à la représentation suisse. L'autorité peut néanmoins y renoncer dans des cas exceptionnels<sup>168</sup>. Ainsi, d'entente avec le SEM, la comparution personnelle n'est pas exigée pour les personnes malades, âgées, emprisonnées ou les enfants mineurs si la situation de fait et de droit est claire<sup>169</sup>.

La demande doit être déposée au moyen d'un formulaire et accompagnée de diverses pièces<sup>170</sup>. En l'occurrence, il s'agit du formulaire ordinaire pour les demandes de visa de long séjour (visa national D). Il y aura lieu de cocher la rubrique "Autre" et d'y indiquer que l'intéressé souhaite obtenir un "Visa humanitaire"<sup>171</sup>. Le cas du visa humanitaire représentant un cas d'exception, les documents nécessaires à la demande d'octroi du visa peuvent, selon le DFAE, varier selon les circonstances du cas d'espèce. Le défaut de document et de moyens de preuve de manière générale aura inmanquablement pour conséquence de réduire les chances d'aboutissement de la demande<sup>172</sup>. Néanmoins, comme le signale le SEM dans sa directive, « *[I]nobservation d'autres conditions d'entrée, telles que la présentation d'un document de voyage valide ou la preuve de l'existence de moyens financiers suffisants, ne saurait justifier une non-entrée en matière.* »<sup>173</sup>.

---

<sup>164</sup> Directive visa humanitaire 2018.

<sup>165</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 11.

<sup>166</sup> CRS, Demandes de visa humanitaire – Informations relatives aux visa humanitaires, <<https://www.redcross.ch/fr/chronologie-des-catastrophes/conflit-syrien/informations-relatives-aux-visas-humanitaires>> (consulté le 22.07.2020).

<sup>167</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 4.1.

<sup>168</sup> Art. 23 al. 3 OEV.

<sup>169</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 13.

<sup>170</sup> Directive visa nationaux, ch. 2.3.

<sup>171</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 2.

<sup>172</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 13.

<sup>173</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 4.1.

## 2. L'examen de l'autorité

Lors de l'examen de la demande, que ce soit la phase préliminaire réalisée par la représentation suisse à l'étranger<sup>174</sup> ou la seconde phase, plus approfondie, réalisée par le SEM<sup>175</sup>, c'est la maxime inquisitoire qui guide la procédure<sup>176</sup>. Dès lors, les autorités sont tenues de constater les faits d'office. Cependant, comme indiqué précédemment<sup>177</sup>, les autorités appliquent une maxime inquisitoire atténuée en comparaison à celle normalement appliquée en procédure d'asile. La directive du SEM signale que l'intéressé est tenu de collaborer à la constatation des faits. Dans la procédure d'octroi du visa humanitaire, la collaboration de l'intéressé est, quoi qu'il en soit, particulièrement importante au vu du degré probatoire exigé par l'autorité. Notons néanmoins qu'en principe, la représentation suisse sur place ne va pas interroger l'intéressé dans le but d'éclaircir de manière détaillée sa situation mais seulement de manière schématique. Il en résulte que, dans sa demande, l'intéressé doit être aussi complet et clair que possible afin de mettre toutes les chances de son côté<sup>178</sup>.

Une fois la demande de visa déposée auprès de la représentation suisse, cette dernière effectue un examen sommaire à la fin duquel deux options s'offrent à elle. Si la représentation suisse considère que les conditions d'octroi du visa au sens de l'art. 4 al. 2 OEV sont réunies ou qu'un doute subsiste à ce sujet, elle transmet la demande au SEM qui traitera de manière plus approfondie le dossier. Au contraire, si la représentation suisse considère que les conditions de l'art. 4 al. 2 OEV ne sont pas remplies, elle notifie une décision de refus sans consulter le SEM<sup>179</sup>. Dans les deux cas, les données du demandeur sont saisies dans le système national d'information sur les visas (ORBIS) qui contient toutes les données relatives aux demandes de visa<sup>180</sup>.

Si le SEM considère que le demandeur remplit les conditions requises par l'art. 4 al. 2 OEV, il délivre le visa dans ORBIS et le transmet à la représentation suisse qui, depuis septembre 2018, prend la forme d'un visa national D<sup>181</sup>. À l'inverse, si le SEM considère que les motifs invoqués par le demandeur ne sont pas des motifs humanitaires, le SEM rend une décision négative dans le système ORBIS accompagné du formulaire ad hoc contenant les motifs du refus<sup>182</sup>. Dans les deux cas, c'est la représentation suisse qui transmettra au demandeur, soit la décision négative d'octroi de visa, soit directement le visa.

Sur le formulaire accompagnant la décision négative, l'autorité doit simplement cocher un des cinq motifs listés<sup>183</sup>. L'un des motifs prévoit l'option « autres motifs » mais l'explication qui y est jointe ne permet souvent pas de comprendre en détail les raisons du refus et rend difficile l'éventuelle préparation d'une opposition convenable<sup>184</sup>. En effet, en cas de rejet de la demande, le demandeur peut demander au SEM de se prononcer à nouveau sur la demande en formant opposition dans les

---

<sup>174</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 4.1.

<sup>175</sup> Ibid., ch. 5.

<sup>176</sup> Art. 12 PA.

<sup>177</sup> Cf. *supra* chapitre V.A.

<sup>178</sup> ROMER, p. 72.

<sup>179</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 4.1.

<sup>180</sup> Art. 5 al. 1 OVIS.

<sup>181</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 5.

<sup>182</sup> ROMER, p. 73.

<sup>183</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 8.

<sup>184</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 20.

30 jours suivant la notification de la décision<sup>185</sup>. L'opposition doit être formulée par écrit et dans une langue officielle de la Suisse<sup>186</sup>. Relevons également que dans sa pratique, le SEM perçoit une taxe de 200 CHF lors du dépôt de l'opposition par l'intéressé<sup>187</sup>. Si la décision sur opposition est une nouvelle fois négative, le demandeur peut adresser un recours au Tribunal administratif fédéral<sup>188</sup>. Comme indiqué dans la directive, en principe aucun émolument n'est perçu pour le traitement des demandes de visa humanitaire<sup>189</sup>. L'autorité se réserve tout de même le droit d'en réclamer si la demande est manifestement infondée ou si celle-ci fait suite à d'autres demandes identiques et que la situation n'a pas changé<sup>190</sup>. Notons tout de même que, bien que le visa humanitaire semble être une exception au visa de long séjour prévu à l'art. 4 OEV, ce type de visa n'est délivré que pour une durée de 90 jours<sup>191</sup>.

### C. La distinction avec le regroupement familial

Il convient finalement de distinguer le visa humanitaire tel qu'il a été présenté précédemment du regroupement familial prévu dans la LEI, qui permet, à certaines conditions, aux personnes titulaires d'une autorisation d'assurer leur vie de famille en Suisse<sup>192</sup>. En effet, si le premier est octroyé dans des cas où l'intéressé se trouve dans une situation où « [...] sa vie ou son intégrité physique est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays de provenance »<sup>193</sup>, et que l'intervention des autorités suisses est nécessaire, il n'a pas pour but premier de regrouper des familles<sup>194</sup>. Cependant, certaines personnes l'utilisent à titre subsidiaire lorsqu'une procédure de regroupement familial n'a pas abouti afin de faire venir un ou plusieurs membres de leur famille sur le territoire suisse<sup>195</sup>. En effet, pour les personnes qui se trouvent en pleine procédure d'asile, le regroupement familial n'est jamais autorisé. Quant aux personnes au bénéfice d'une autorisation provisoire, l'art. 85 al. 7 LEI ne permet de le demander qu'après un délai de trois ans et est limité aux membres de la famille nucléaire<sup>196</sup>. C'est naturellement que ces personnes tentent également de faire venir leurs proches par le biais d'autres moyens. À vrai dire, comme en témoigne un cas relayé par l'observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse), même les autorités suisses ne sont pas tout à fait au clair quant à la distinction entre les deux instruments. En effet, dans ce cas, une femme éthiopienne admise provisoirement et qui a dû quitter son pays en laissant derrière sa jeune fille, se voit refuser une demande de visa humanitaire déposée en 2016 en faveur de sa fille. La situation particulièrement précaire dans laquelle se trouve la jeune fille pousse la mère à ensuite déposer une demande de regroupement familiale, qui elle aussi sera refusée par le SEM. Néanmoins,

---

<sup>185</sup> Art. 68 al. 2 OEV en relation avec l'art. 6 al. 2<sup>bis</sup> LEI.

<sup>186</sup> Formulaire de refus de 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-anh1-f.pdf>> (consulté le 23.07.2020).

<sup>187</sup> ROMER, p. 72.

<sup>188</sup> Art. 31 ss LTAF.

<sup>189</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 6 en relation avec l'art. 12 al. 2 let. b Oem-LEI.

<sup>190</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 15.

<sup>191</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 7.

<sup>192</sup> Art. 42 à 52 LEI et art. 85 al. 7 LEI.

<sup>193</sup> Art. 4 al. 2 OEV.

<sup>194</sup> Arrêt du TAF F-899/2017 du 26 janvier 2018 consid. 6.4.

<sup>195</sup> Arrêt du TAF F-7680/2016 du 1<sup>er</sup> mars 2018 consid. 5.6.

<sup>196</sup> CARONI ET AL., *Migrationsrecht* 2018.

ce dernier indique dans sa décision la possibilité d'un visa humanitaire. C'est ainsi que, lors du deuxième dépôt de demande de visa humanitaire, la fille s'est vu octroyer le visa<sup>197</sup>.

## VI. Projet d'harmonisation du visa humanitaire au niveau européen et enseignements pour la Suisse

### A. Généralités

Suite aux différentes prises de positions des institutions de l'Union européenne ainsi que de la CourEDH, le paradoxe juridique concernant la politique d'asile en Europe s'est considérablement renforcé. En effet, refusant de reconnaître l'applicabilité du droit Schengen et en particulier du Code des visas Schengen ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aucune obligation de délivrer le visa humanitaire sur la base de l'art. 25 par. 1 let. a CVS n'est admise<sup>198</sup>. Les États membres, qui se basent sur leur droit interne afin d'octroyer ce type de visa, jouissent d'une grande liberté quant aux conditions d'octroi. Cependant, mis à part le modèle suisse, quasiment aucun État n'a mis en place un cadre juridique clair. Même si, comme en France ou en Belgique, ce type de visa existe en pratique, il relève exclusivement de l'appréciation discrétionnaire des autorités. En l'absence de procédure claire et de critères objectifs permettant de déterminer les conditions d'accès au visa humanitaire, le risque de décision arbitraire est donc tangible<sup>199</sup>. Les personnes souhaitant obtenir une protection internationale sont par conséquent contraintes de recourir à une procédure nationale « boiteuse » afin d'entrer dans un État Schengen pour finalement y déposer leur demande d'asile. Ces personnes n'ont paradoxalement pas d'autres choix que de franchir les frontières de manière irrégulière<sup>200</sup>. C'est peut-être ce constat qui a notamment mené la CourEDH à faire une ultime observation dans l'arrêt *M.N. et autres contre la Belgique* sur les efforts entrepris par les États pour faciliter l'accès aux procédures d'asile<sup>201</sup>. Ces efforts entrepris par certains États européens n'ont pas été jugés suffisants par l'étude « *Humanitarian visas – European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report* » publiée en octobre 2018 puisque cette dernière pointe du doigt les conséquences désastreuses du manque de voies légales d'accès à la procédure d'asile et, ceci, tant pour les personnes à la recherche de protection internationale que pour l'UE et ses États membres. La portée de cette étude est considérable : c'est en effet sur cette dernière que la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen s'est appuyée afin d'adresser à la Commission européenne un rapport d'initiative législative contenant les recommandations sur les visas humanitaires.

Dans ce dernier chapitre, il s'agira, tout d'abord, d'étudier sommairement les observations et les solutions formulés par l'étude. Il conviendra ensuite de comprendre la position adoptée par le Parlement européen dans son rapport. Puis, il conviendra de prendre la mesure de l'impact pour la Suisse d'un éventuel changement de réglementation de la part de l'UE. Finalement, il semble

---

<sup>197</sup> Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers, Cas 318, 2017, <<https://odae-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2017/12/Case318.pdf>> (consulté le 14.08.2020).

<sup>198</sup> Arrêt de la CJUE du 7 mars 2017, *X. et X. contre Etat Belge*, C-638/16 PPU, point 45.

<sup>199</sup> PARIS, p. 154.

<sup>200</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 19.

<sup>201</sup> Arrêt de la CourEDH du 5 mars 2020, *M.N. et autres contre la Belgique*, n° 3599/18, par. 126.

pertinent d'émettre quelques remarques sur le modèle suisse à la lumière du rapport du Parlement européen.

## B. Projet du Parlement européen

### 1. L'étude « Humanitarian visas - European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report »

#### *i. Le constat de l'étude*

L'étude commandée par le Secrétariat Général du Parlement européen a pour but d'offrir aux députés européens une analyse indépendante, objective et fiable concernant la pratique du visa humanitaire. L'étude a mis en lumière différents éléments ayant finalement conduit le Parlement à adresser à la Commission européenne un rapport qui demande à cette dernière de présenter un acte législatif indépendant réglant de manière claire le cas du visa humanitaire. En effet, cette étude dévoile, d'une part, les différentes failles du système européen d'asile actuel ainsi que leurs impacts sur les personnes et les États membre. D'autre part, elle évalue la valeur ajoutée potentielle de trois options qui, en harmonisant la politique d'admission des personnes à la recherche de protection internationale dans l'espace Schengen, pourraient constituer des voies d'accès légales plus sûres et plus avantageuses pour l'UE, ses États membres et évidemment les personnes concernées. L'étude menée sous la direction des docteurs Wouter van Ballegooij et Cecilia Navarra, membres de la direction de l'Évaluation de l'impact et de la Valeur ajoutée européenne, est composée d'une première analyse juridique, et d'une seconde, économique. C'est principalement la partie juridique qui va nous intéresser dans ce chapitre afin de mieux comprendre les différentes options qui s'offrent à l'UE.

C'est par une statistique alarmante que l'étude fait d'abord état de la situation des personnes bénéficiant de protection internationale dans l'UE. Selon elle, 90% des personnes qui bénéficient d'une protection internationale dans l'UE ont rejoint un État membre par des moyens irréguliers<sup>202</sup>. Ce constat n'est pas sans explications, ce que l'étude se charge de démontrer afin d'imaginer une solution optimale pour toutes les parties.

D'après l'étude, la source du dysfonctionnement du système européen d'asile réside dans le manque de réglementation claire et homogène concernant l'entrée des personnes à la recherche de protection internationale dans le droit de l'UE. En effet, que ce soit le code frontières Schengen<sup>203</sup>, le régime d'asile européen commun<sup>204</sup> ou le Code des visas Schengen<sup>205</sup>, aucun de ces instruments ne prévoit de règles spécifiques régissant l'entrée des demandeurs d'asile au sein de l'espace Schengen. Par conséquent, les États membres ont considéré n'être soumis à aucune obligation d'offrir ou de faciliter l'accès à leur territoire aux personnes à la recherche de protection internationale. Malgré le pouvoir discrétionnaire laissé aux États membres, nombre d'entre eux ont, suite à l'embrasement du conflit syrien et au manque d'action homogène de l'UE, vu émerger différents dispositifs afin d'offrir

---

<sup>202</sup> MORENO-LAX, p. 13.

<sup>203</sup> Ibid., p. 19 ss.

<sup>204</sup> Ibid., p. 22 ss.

<sup>205</sup> Ibid., p. 25 ss.

des voies d'accès sûres à leur territoire aux demandeurs d'asile<sup>206</sup>. On trouve ainsi, à côté de programmes de réinstallation « classiques » promus par le HCR en collaboration avec les gouvernements des États<sup>207</sup>, des initiatives telles que des parrainages communautaires<sup>208</sup> ou privés<sup>209</sup> ou encore des corridors humanitaires<sup>210</sup>. Cependant, ces dispositifs ont ceci en commun que le cercle de personnes pouvant en bénéficier est relativement restreint puisqu'il se limite en principe aux personnes qui se sont vues reconnaître le statut de réfugiés. La durée de la procédure constitue également un bémol de ces dispositifs mis en place par les États<sup>211</sup>. Des programmes d'accueil de personnes à la recherche de protection internationale ont émergé au bon vouloir des États membres, mais leur nombre et le manque d'organisation commune et institutionnalisée ne s'accorde pas avec le désir d'une politique d'asile européenne harmonisée<sup>212</sup>.

Dans son analyse, la partie de l'étude qui se penche sur les aspects économiques tire également les conséquences d'un statu quo de la pratique européenne en matière d'asile et, plus précisément, en matière d'octroi du visa humanitaire, qui est géré par certains États membres en l'absence de réglementation européenne commune. La conséquence immédiate est, comme nous l'avons vu, la perte de contrôle de la migration due au nombre élevé d'entrées irrégulières sur le territoire de l'UE. Cette conséquence a également un coût, que ce soit pour les personnes à la recherche de protection internationale ou pour l'UE et ses États membres<sup>213</sup>.

En effet, sans parler de l'impact considérable sur les droits fondamentaux des demandeurs d'asile qu'aurait le statu quo, l'étude relève tout d'abord les impacts clés sur les individus. Elle constate que l'insuffisance de voies légales d'accès à l'UE entraîne, entre autres, un coût important lié au trafic des migrants qui recourent souvent à des passeurs<sup>214</sup>, un risque de traite d'êtres humains et d'autres exploitations dont 90% des cas rapportés se situent en Libye<sup>215</sup>, un risque de mort et de mauvaise santé des migrants qui empruntent des routes toujours plus dangereuses pour atteindre leur objectif<sup>216</sup> et un risque permanent de persécution pour le 71% de personnes ayant besoin de protection restés dans leur pays<sup>217</sup>.

Pour leur part, l'UE et ses États membres pâtissent également des retombées négatives engendrées par l'afflux non contrôlé des migrants. Bien que pour eux l'impact ne se mesure pas en nombre de morts, les coûts liés aux différentes mesures sont importants. Les principaux aspects concernent notamment le coût de surveillance et de gestion des frontières<sup>218</sup>, le coût de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme<sup>219</sup> ou encore le coût lié aux accords conclus avec les États tiers comme, par

---

<sup>206</sup> MORENO-LAX, p. 29.

<sup>207</sup> Ibid., p. 31 ss.

<sup>208</sup> Ibid., p. 33 ss.

<sup>209</sup> Ibid., p. 35 ss.

<sup>210</sup> Ibid., p. 37 ss.

<sup>211</sup> Ibid., p. 41.

<sup>212</sup> PARISI, p. 156.

<sup>213</sup> FERNANDES/BRITNEY, p. 11.

<sup>214</sup> Ibid., p. 14 s.

<sup>215</sup> Ibid., p. 16.

<sup>216</sup> Ibid., p. 16 s.

<sup>217</sup> Ibid., p. 14.

<sup>218</sup> Ibid., p. 23 ss.

<sup>219</sup> Ibid., p. 25 et 27.

exemple, celui conclu avec la Turquie en mars 2016<sup>220</sup>. De plus, il convient de souligner que les États membres ne sont pas tous égaux face à cet afflux de migrants, notamment en ce qui concerne le contrôle et la gestion des frontières externes de l'UE dont la charge est laissée en grande partie aux États tels que l'Italie ou la Grèce. En effet, malgré le soutien de l'UE par le biais du Fonds pour la sécurité intérieure ou par l'engagement de Frontex, ces États, qui se trouvent aux frontières extérieures de l'UE, subissent de plein fouet les difficultés liées au flux massif de migrants<sup>221</sup>.

Face à ces constats, l'intervention de l'UE paraît plus que nécessaire. En effet, depuis la mise en place de l'ELSJ, qui a permis de faciliter le franchissement des frontières étatiques à l'intérieur de l'UE, le problème s'est déplacé, car c'est maintenant la gestion du franchissement des frontières extérieures de l'UE qui se montre compliquée<sup>222</sup>. L'ELSJ est un domaine où la compétence est partagée entre l'UE et ses États membres. Cela implique notamment que lorsque l'UE use de sa compétence, elle doit le faire au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité ancrés à l'art. 5 TUE<sup>223</sup>. Avant toute chose, les auteurs de l'étude ont jugé nécessaire de trouver la base légale adéquate qui servirait de fondement au « nouveau » visa humanitaire. Plusieurs solutions ont été citées mais c'est finalement l'art. 77 par. 2 let. a et b TFUE, seul ou en lien avec l'art. 78 par. 2 let. g TFUE, qui semble se présenter comme la base légale appropriée<sup>224</sup>. Après avoir déterminé cette dernière, les auteurs de l'étude démontrent, qu'en application du principe de subsidiarité inscrit à l'art. 5 par. 3 TFUE, l'intervention de l'UE est nécessaire afin de répondre au mieux aux objectifs du régime européen commun en matière de droit d'asile et de migrations<sup>225</sup>. Finalement, l'étude propose trois possibilités potentiellement aptes à répondre au problème qui a été traité dans les paragraphes précédents. Chacune de ces trois options présente un degré d'intervention différent afin de pouvoir choisir celle qui répond au mieux au principe de proportionnalité imposé par l'art. 5 par. 4 TUE<sup>226</sup>. Notons également que l'approche des auteurs n'est pas binaire, en ce sens qu'une solution n'est pas meilleure que les deux autres. En effet, les auteurs envisagent également que les options puissent se succéder dans un certain ordre afin de parachever l'évolution par celle qui répond de la meilleure manière aux objectifs de l'UE. Le but est de ne pas effrayer les États membres avec un degré d'intervention de l'UE trop conséquent<sup>227</sup>. Ces trois options seront donc brièvement développées ci-après en abordant leurs caractéristiques essentielles.

## *ii. Les options*

### *(a) L'exemption de visa*

La première solution proposée par l'étude consiste à suspendre définitivement ou temporairement l'obligation de visa pour les ressortissants de pays tiers réputés non sûrs jusqu'à ce que la situation dans le pays revienne à la normale. Cette option paraît être la plus simple et la plus efficace ainsi que celle qui implique le degré d'intervention de l'UE le moins important<sup>228</sup>. Comme vu précédemment, aucun régime juridique européen ne prévoit de règle claire et spécifique pour les personnes à la

---

<sup>220</sup> FERNANDES/BRITTNY, p. 26.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>222</sup> PARISI, p. 143.

<sup>223</sup> MORENO-LAX, p. 54 s.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 57 ss.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 64.

recherche de protection internationale désirant obtenir l'asile. L'intéressé doit par conséquent remplir les conditions usuelles d'admission prévues aux articles 21 CVS et 6 al. 1 CFS. Ces dernières exigent, entre autres, que l'intéressé démontre sa volonté de retourner dans l'État d'origine ou de provenance. Cette condition est par définition contraire au statut de réfugié et donc impossible à démontrer. De cette manière, la suspension de l'obligation du visa permettrait déjà de contourner le premier obstacle juridique<sup>229</sup>. En outre, cette solution permettrait d'éviter un obstacle pratique majeur auquel les personnes à la recherche de protection doivent faire face : l'absence de représentation étrangère dans l'état d'origine<sup>230</sup>. En effet, faute de représentation étrangère ouverte dans leur pays d'origine, les intéressés sont obligés d'entreprendre un voyage, la plupart du temps dangereux, dans un État voisin afin d'y déposer une demande de visa. Afin de dissiper la crainte d'un afflux massif de migrants qui a notamment été soulevée par la Belgique dans l'*affaire X. et X. contre État belge*, l'étude prend comme exemple la suspension de visa à l'encontre de certains pays des Balkans entre 2009 et 2010 qui n'a entraîné aucune recrudescence significative<sup>231</sup>. L'étude évoque tout de même quelques inconvénients, notamment en ce qui concerne les contrôles de sécurité et la répartition des candidats à l'asile entre les différents États membres. En effet, les contrôles ne pourront s'effectuer qu'à l'arrivée aux frontières extérieures, ce qui limitera le nombre de contrôles possibles. Concernant la répartition, bien qu'elle se fasse de manière « naturelle », elle n'est pas forcément incompatible avec les critères Dublin<sup>232</sup>.

(b) *Le visa à territorialité limitée*

La deuxième option consiste en l'adoption d'un nouvel instrument législatif inspiré du visa à territorialité limitée existant. Le visa humanitaire serait ainsi délivré par les consulats et ambassades des États membres sur la base d'une procédure et de critères harmonisés. Une fois les conditions remplies par l'intéressé, les États devront, si aucun motif de refus prévu par le nouvel instrument n'est retenu, lui octroyer le visa. De cette manière, les États n'auront plus de pouvoir discrétionnaire quant au refus d'octroi du visa humanitaire<sup>233</sup>. Ainsi, l'étude propose un système plus clair et élargi du VTL actuel de manière à se conformer aux obligations de l'UE concernant le respect des droits fondamentaux et, en particulier, le principe de non-refoulement. Afin d'éviter la création d'un système complètement externalisé avec des centres d'accueil dans les États tiers où les garanties procédurales seraient médiocres, l'étude insiste sur le maintien de l'accès aux représentations des États membres à l'étranger, que ce soit physiquement ou en ligne<sup>234</sup>. Les décisions devront être rendues par des agents de l'État membre dûment formés par l'autorité nationale compétente en matière d'asile. Ceux-ci se trouvant soit à la représentation de l'État membre, soit au centre de l'autorité compétente sur le territoire de l'État membre. Un droit de recours sera évidemment prévu en cas de décision négative. Face à une menace imminente, un permis d'évacuation immédiate pourra être également délivré à l'intéressé<sup>235</sup>. Cette option permettra également de continuer à assurer un contrôle de sécurité avant l'arrivée à la frontière. L'étude évoque tout de même le risque de pratiques divergentes voire même de resquillage de la part des États membres afin d'éviter la responsabilité liée au système de Dublin. En réponse à cette crainte, l'étude prévoit d'instaurer une

---

<sup>229</sup> MORENO-LAX, p. 65.

<sup>230</sup> Ibid., p. 66.

<sup>231</sup> Ibid., p. 67.

<sup>232</sup> Ibid., p. 67 s.

<sup>233</sup> Ibid., p. 69.

<sup>234</sup> Ibid., p. 71.

<sup>235</sup> Ibid., p. 73.

autorité indépendante de surveillance qui agira en coopération avec le HCR et les ONG spécialisées<sup>236</sup>.

(c) *Le visa humanitaire européen*

Finalement, la troisième possibilité, qui est probablement la plus ambitieuse, consiste à créer un nouvel instrument afin de centraliser intégralement la gestion des visas au sein d'une autorité commune à tous les États membres de l'UE. Cela permettrait d'éviter les pratiques divergentes des États et d'avoir une application aussi harmonisée que possible. Les difficultés majeures sont, d'une part, d'obtenir la confiance totale des États membres dans la gestion des flux migratoires et, d'autre part, de restructurer les critères de répartition de l'État responsable de la demande d'asile dans le système Dublin<sup>237</sup>. Les décisions seront rendues, au nom des États membres, par une nouvelle autorité indépendante et spécialisée de l'UE. L'intérêt majeur est la répartition des intéressés dans les États membres selon une clé de répartition prédéfinie basée sur des critères précis tels que le territoire, la population ou le PIB de l'État membre. Il sera également nécessaire d'instaurer un quota d'admission. Ce dernier sera réévalué chaque année afin de s'adapter au mieux à l'évolution démographique ou encore économique des États membres. De façon à éviter autant que possible une répartition inégale des candidats provoqués par une « cote de popularité » différente entre chaque État membre, l'instauration d'un mécanisme de répartition selon la situation personnelle de chaque individu tels que la famille, la langue ou les liens culturels, est préconisée. Comme pour l'option précédente, un contrôle de sécurité sera fait avant le départ<sup>238</sup>. Il est également souhaitable d'organiser une coordination avec des institutions externes telles que des organisations internationales spécialisées afin d'assurer un système de suivi efficace, capable de corriger les erreurs qui font surface. En outre, l'étude propose d'accroître la capacité de traitement des demandes en mettant en place une procédure en ligne<sup>239</sup>. Finalement, un droit de recours devra évidemment être prévu. Reste encore à déterminer quelle sera l'autorité compétente capable de traiter les recours de manière rapide et efficace<sup>240</sup>. Ce nouvel instrument représenterait, en définitive, une première étape préalable à la demande d'asile qui sera, elle, déposée dans l'État membre d'accueil<sup>241</sup>.

## 2. Le rapport d'initiative législative du Parlement européen

Le 10 octobre 2018, un pas décisif a été franchi : la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen a décidé à une large majorité<sup>242</sup> de demander à la Commission européenne de présenter une proposition législative visant à mettre sur pied un visa humanitaire européen aux fins de demande d'asile. Cette initiative du Parlement européen, qui se fonde sur l'art. 225 TFUE, permet ainsi d'intégrer l'étude présentée dans le chapitre précédent<sup>243</sup>. Dans ce rapport, on constate que la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires

---

<sup>236</sup> MORENO-LAX, p. 75.

<sup>237</sup> Ibid., p. 76 s.

<sup>238</sup> Ibid., 77 s.

<sup>239</sup> Ibid., p. 79.

<sup>240</sup> Ibid., p. 80.

<sup>241</sup> PARISI, p. 142 s.

<sup>242</sup> Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen du 16.10.2010 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires (2017/2270(INL)), p. 24 s., <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328_FR.html)> (consulté le 07.08.2020).

<sup>243</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 17.

intérieures a fait le choix de retenir l'option d'un visa humanitaire européen basé sur ce qui a été présenté précédemment, en proposant l'adoption d'un nouvel acte juridique comme base de cet instrument<sup>244</sup>.

Le rapport rappelle tout d'abord brièvement l'état de la crise humanitaire actuelle et le manque d'harmonisation des instruments sensés y répondre dans la proposition de résolution. Dans un deuxième temps, le rapport développe davantage la position du Parlement européen, notamment en ce qui concerne la base légale du nouvel acte juridique, ses dispositions générales ou encore les questions procédurales et organisationnelles. Le rapport relève également que l'adoption d'un tel acte entraînera sans aucun doute la modification d'une série d'actes relatifs à l'acquis dans le domaine des visas, notamment le code des visas et le code frontières Schengen<sup>245</sup>. Selon le rapporteur, « [l]e cloisonnement actuel entre les acquis en matière de visas, d'une part, et en matière d'asile, d'autre part, est artificiel et n'est pas adapté aux réalités d'aujourd'hui. »<sup>246</sup> et il donc impératif de trouver une solution adaptée à ce constat.

Malheureusement, alors qu'il était demandé à la Commission européenne de proposer un règlement portant sur le visa humanitaire européen avant le 31 mars 2019, rien n'a encore été fait. Au vu de la position de la Commission dans les débats institutionnels qui ont suivi *l'affaire X. et X. contre État belge*, il est difficile d'envisager une réponse positive de sa part, même si rien n'est joué<sup>247</sup>. Cependant, quand bien même elle proposerait un texte, son adoption finale n'est de loin pas acquise au vu de la procédure qui l'attend. En effet, le règlement défini à l'art. 288 al. 2 TFUE, est un acte directement applicable dans tous les États membres de l'UE, dont adoption nécessite également l'acceptation du Conseil de l'UE (représentant des États)<sup>248</sup>. L'option choisie par le Parlement européen est la plus intrusive dans la souveraineté des États membres. Il y a donc fort à parier que les États membres ne lâcheront pas facilement une part de leur souveraineté à l'UE.

### 3. L'applicabilité à la Suisse

Bien que très incertaine, l'adoption d'un tel acte juridique par les institutions de l'UE soulève la question de l'éventuel développement pertinent de l'AAS qui devrait être mis en œuvre et appliqué par la Suisse. En effet, tout nouveau développement de l'acquis doit, en principe, entrer simultanément en vigueur pour les États participant à Schengen. La Suisse dispose cependant d'un délai de mise en œuvre adapté à ses spécificités constitutionnelles<sup>249</sup>. Ce sont les institutions de l'UE qui décideront si l'acte adopté constitue un développement pertinent de l'acquis de Schengen qui devra ainsi être repris par la Suisse selon la procédure prévue à l'art. 7 AAS. La Suisse n'a pas son mot à dire sur cette décision, mais elle pourra néanmoins exprimer son avis dans le cadre du comité mixte ou en *ultima ratio* dénoncer l'accord d'association<sup>250</sup>. Les critères permettant de déterminer la pertinence Schengen des développements ultérieurs sont fixés dans l'AAS lui-même et

---

<sup>244</sup> Cf. *supra* chapitre VI.A.1.iii.

<sup>245</sup> Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen du 16.10.2010 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires (2017/2270(INL)), p. 15, <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328_FR.html)> (consulté le 07.08.2020).

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>247</sup> PARISI, p. 158.

<sup>248</sup> DONY, p. 255 s.

<sup>249</sup> CORNU, p. 233 et art. 7 par. 1 AAS.

<sup>250</sup> Art. 4 et 5 AAS.

unilatéralement par l'UE<sup>251</sup>. En fin de compte la question de la pertinence de Schengen est une décision plus politique que juridique<sup>252</sup>.

Dans le cas d'espèce, il semble vraisemblable que l'adoption d'un acte juridique en lien avec le visa humanitaire se fondant sur l'art. 77 par. 2 let. a et b TFUE, soit notifiée à la Suisse par les institutions de l'UE comme développement de l'acquis de Schengen<sup>253</sup>. À notre sens, il semble que, au vu de ce qui a été exposé dans les chapitres précédents, la participation aux discussions et l'inclusion de la Suisse dans un régime de visa humanitaire harmonisé au niveau européen servirait ses intérêts. Rappelons néanmoins que l'adoption d'un tel acte sur cette base juridique reste très hypothétique.

### C. Les enseignements pour la Suisse

Bien que la Suisse ait pris les devants en comblant la lacune concernant le visa humanitaire laissée par l'affaire *X. et X. contre État belge*, certains points peuvent être davantage améliorés et, ceci, malgré sa politique restrictive en matière d'asile. En effet, à la lumière de l'étude commandée par le Parlement européen, les propositions d'ordre organisationnel et administratif qui y sont exposés permettent d'adopter un regard critique face à la pratique des autorités suisses. Il s'agira ainsi, dans ce dernier chapitre, de traiter des éléments sur lesquels on peut, à notre sens, encore raisonnablement attendre une amélioration de la part des autorités suisses.

L'accessibilité et la clarté des informations concernant le visa humanitaire suisse basé sur l'art. 4 al. 2 OEV paraît être le premier élément où il y a une marge de progression. En effet, force est de constater que bien que la directive du SEM<sup>254</sup> soit accessible en ligne, cette dernière est, avant tout, adressée aux autorités suisses et n'est rédigée qu'en allemand, français et italien. Les termes utilisés dans la directive ne sont donc pas adaptés pour tout un chacun, ce qui rend difficile sa compréhension pour les personnes intéressées<sup>255</sup>. Malgré l'existence de notices d'informations telles que celle rédigées par la Croix-Rouge suisse<sup>256</sup>, il semble qu'une fiche d'information officielle destinée aux candidats et indiquant notamment la marche à suivre serait souhaitable. Ainsi, une fiche claire, uniforme et rédigée dans une langue accessible à chaque intéressé ou, du moins en anglais, permettrait, d'une part, d'éviter aux candidats de présenter des demandes de visa humanitaire dénuées de chance de succès et, d'autre part, d'alléger la charge de travail des autorités suisses chargées de traiter ces demandes<sup>257</sup>.

Le formulaire de demande de visa humanitaire prescrit par la directive ne semble, lui, également pas adapté à la situation. En effet, selon dite directive, les personnes souhaitant déposer une demande

---

<sup>251</sup> Art. 2 par. 2 AAS, Décision 1999/437/CE et avis du Service juridique du Conseil.

<sup>252</sup> GOOD, p. 91 s.

<sup>253</sup> Réponse du 16 août 2020 du Professeur Francesco Maiani à l'auteur : « [...] si par hypothèse absolument théorique l'UE venait à adopter un système de protected entry sur la base de l'art. 77, il est vraisemblable que la mesure serait notifiée à la Suisse comme développement Schengen : en tout ce qui concerne l'art. 77, la Schengen-relevance est pratiquement automatique (comparer Dec. 1999/437 avec Art. 77) ».

<sup>254</sup> Directive visa humanitaire 2018.

<sup>255</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 30.

<sup>256</sup> CRS, Demande de visa humanitaire – Information relative aux visas humanitaire,

<<https://www.redcross.ch/fr/chronologie-des-catastrophes/conflit-syrien/informations-relatives-aux-visas-humanitaires>> (consulté le 10.08.20).

<sup>257</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 21.

de visa humanitaire doivent utiliser le formulaire de demande pour un visa de long séjour (Visa D)<sup>258</sup>, sur lequel il faut cocher, sous le chiffre 21, la case « Autre » dans les différents buts du séjour proposés et indiquer qu'il s'agit d'un visa humanitaire<sup>259</sup>. Ce procédé n'offre pas la possibilité au candidat de fournir les renseignements nécessaires pour démontrer qu'il se trouve dans une situation où « [...] sa vie ou son intégrité physique est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays de provenance. »<sup>260</sup> et réduit les chances que la procédure aboutisse<sup>261</sup>. La mise en évidence de la possibilité de requérir un visa humanitaire ainsi que l'indication des documents requis serait déjà une amélioration notable<sup>262</sup>. Idéalement, il faudrait standardiser certaines réponses requises par le formulaire tel que les motifs. Cela permettrait que le candidat n'omette aucune information nécessaire à l'établissement de sa situation personnelle ainsi que des motifs de la demande et rendrait la procédure plus efficace tant pour le candidat que pour la représentation suisse<sup>263</sup>. En outre, comme le recommande l'étude commandée par le Parlement européen<sup>264</sup>, la mise en place d'une procédure sous forme électronique permettrait d'éviter aux candidats d'entreprendre un voyage périlleux dans un pays voisin afin d'y trouver une représentation suisse ouverte<sup>265</sup>.

Comme évoqué au chapitre V.B.2., le formulaire de refus de visa humanitaire, bien qu'adapté suite à l'introduction du nouvel art. 4 al. 2 OEV, ne permet pas aux candidats de comprendre clairement la raison du refus de l'autorité, ce qui rend difficile la préparation d'une éventuelle opposition. Par conséquent, comme le suggère l'étude menée en droit européen, la décision rendue devrait être motivée de manière à renvoyer à la situation personnelle du candidat pour ainsi garantir la prise en compte de tous les éléments exposés dans la demande<sup>266</sup>.

Finalement, malgré le fait que le visa humanitaire offre une voie supplémentaire d'accès légal au territoire suisse, il n'en demeure pas moins que cette solution n'est pas durable. En effet, contrairement aux réfugiés bénéficiant d'un programme de réinstallation et dont le statut de réfugié est déjà reconnu par le HCR, les personnes au bénéfice d'un visa humanitaire ne sont pas assurées de recevoir une autorisation de séjour. En règle générale, ces personnes, une fois arrivées en Suisse, déposent une demande d'asile avant l'expiration de leur visa, qui est de 90 jours. Que ce soit pour l'octroi de l'asile ou d'une admission provisoire, il est souhaitable qu'un échange d'information efficace entre la représentation suisse et l'autorité compétente pour l'octroi de l'asile ou d'une admission provisoire soit assuré. En effet, les informations recueillies lors de la demande de visa humanitaire devraient également pouvoir être utilisées par les autorités suisses responsables de la demande d'asile ou d'admission provisoire afin d'étayer la demande des candidats<sup>267</sup>.

---

<sup>258</sup> Formulaire de demande de visa – Formulaire de demande de visa national D, <<https://www.sem.admin.ch/dam/sem/en/data/einreise/visumantragsformulare/visumantrag-visumd-fr-en.pdf.download.pdf/visumantrag-visumd-fr-en.pdf>> (consulté le 10.08.2020).

<sup>259</sup> Directive visa humanitaire 2018, ch. 2.

<sup>260</sup> Art. 4 al. 2 OEV.

<sup>261</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 22.

<sup>262</sup> WEBER/MUGGLIN, p. 31.

<sup>263</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 22.

<sup>264</sup> MORENO-LAX, p. 71 et 79.

<sup>265</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 23.

<sup>266</sup> Dans ce sens, KRAUSS/ZELLER, p. 24 ; MORENO-LAX, p. 76 et 81.

<sup>267</sup> KRAUSS/ZELLER, p. 26 s.

## VII. Conclusion

Comme on l'aura constaté, l'histoire du visa humanitaire, bien que relativement récente, est déjà bien mouvementée. Alors que celui-ci était appliqué sur la base du droit Schengen par les États membres de l'UE et la Suisse, la CJUE a mis un terme à cette pratique, jugeant qu'elle ne correspondait pas à la volonté initiale du législateur européen. Face à cette décision, les États ont ainsi dû se réinventer et trouver une solution basée cette fois-ci sur leur droit national, afin de continuer à offrir l'un des seuls moyens d'accès sûr à l'espace Schengen pour les personnes à la recherche de protection internationale.

La Suisse, pays caractérisé par sa tradition humanitaire, a su développer un système, qui, loin d'être parfait, semble fonctionner en accord avec la politique restrictive adoptée par le pays en matière d'asile. Bien que pendant quelque temps, le visa humanitaire suisse se fondait uniquement sur la jurisprudence du TAF, le Conseil fédéral, suivi par le Parlement sont parvenu à lui donner une base légale jugée suffisante. C'est également à travers une vaste jurisprudence que les autorités administratives suisses et, en particulier le TAF, ont affirmé la politique restrictive.

Toute la réflexion qui a entouré la question du visa humanitaire en Suisse et en Europe a mis en lumière l'un des paradoxes les plus importants du système d'asile suisse et européen. En effet, d'un côté, ces systèmes exigent que les personnes à la recherche de protection internationale se rendent dans les États d'accueil afin d'y engager une procédure d'asile, et de l'autre, ils n'offrent aucun moyen pour permettre à ces personnes d'entrer légalement et de manière sûre dans les États d'accueil. Ce paradoxe n'est pas sans conséquence car, comme nous l'avons vu, 90% des personnes ayant obtenu un statut de réfugié et une protection internationale en Europe ont atteint le vieux continent par des moyens irréguliers. Pourtant, ce constat alarmant ne fait pas état des plus de 30'000 migrants qui ont perdu la vie aux frontières de l'UE depuis 2000<sup>268</sup> et des innombrables malheureux restés dans leur pays faute de moyens suffisants pour entreprendre ce dangereux périple. De l'autre côté, les États européens paient également le prix d'une immigration difficile à gérer, faute notamment de moyen de répartition efficace et adéquat des réfugiés.

C'est dans ce contexte que le Président de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen a conclu, dans le rapport du Parlement européen adressé à la Commission européenne, qu'il était « [...] *grand temps de trouver des solutions innovantes qui répondent à la fois aux besoins des personnes en quête de protection et à ceux des États membres. Le cloisonnement actuel entre les acquis en matière de visas, d'une part, et en matière d'asile, d'autre part, est artificiel et n'est pas adapté aux réalités d'aujourd'hui. Il convient de prendre une décision courageuse pour que l'Union soit à la hauteur de ses valeurs* »<sup>269</sup>.

Loin d'être la solution miracle, le visa humanitaire pourrait servir d'amorce pour une éventuelle réorganisation plus importante du système d'asile, qui se trouve mal en point. Dans l'immédiat, il

---

<sup>268</sup> MORENO-LAX, p. 61.

<sup>269</sup> Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen du 16.10.2010 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires (2017/2270(INL)), p. 16, <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0328_FR.html)> (consulté le 07.08.2020).

constituerait tout au moins une solution pour les personnes qui se voient directement menacées dans leur pays.

Néanmoins, la Suisse, pionnière dans le domaine, pourrait avoir un rôle à jouer dans l'émergence d'un instrument harmonisé à l'échelle européenne. On pourrait même avancer que l'inclusion de la Suisse dans ce nouveau régime harmonisé serait dans son intérêt. En effet, en participant à l'instauration d'un visa avec des conditions de demande et d'octroi harmonisées et dont la répartition des candidats et des modalités de financement se ferait de manière conjointe, la Suisse éviterait de devenir le pays de la dernière chance en Europe.

Cependant, force est de constater qu'à l'heure actuelle et au vu de la position adoptée par la Commission européenne ces dernières années, l'émergence d'un tel instrument semble relever de l'utopie. Cela n'empêche cependant pas que la Suisse, bien que déjà en avance sur les autres États européens, tire des conclusions de l'étude menée par le Parlement européen afin d'encore améliorer le visa humanitaire suisse.