



## **Arrêt du 13 février 2023**

---

Composition

William Waeber (président du collège),  
Chrystel Tornare Villanueva, Roswitha Petry, juges,  
Marc Toriel, greffier.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_, né le (...),  
B. \_\_\_\_\_, née le (...),  
C. \_\_\_\_\_, née le (...),  
Chine (république populaire),  
D. \_\_\_\_\_, née le (...),  
E. \_\_\_\_\_, née le (...),  
Ukraine,  
représentés par M<sup>e</sup> Victoria Leuenberger, avocate,  
(...),  
recourants,

contre

**Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Refus de la protection provisoire ;  
décision du SEM du 25 juillet 2022 / N (...).

**Faits :****A.**

Le 16 juin 2022, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ (ci-après aussi : les recourants ou les intéressés) ont déposé une demande de protection provisoire en Suisse, pour eux-mêmes et leurs trois enfants mineurs.

**B.**

Les intéressés ont été entendus par le SEM les 11, respectivement 12 juillet 2022.

**B.a** La recourante a déclaré être au bénéfice d'un permis de résidence de longue durée en Ukraine, délivré le (...) 2020 et valable jusqu'au (...) 2030. Elle a exposé s'être rendue dans ce pays en 2017 et s'y être établie ; elle aurait donné naissance à ses deux filles jumelles, D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_, nées en Ukraine le (...) et en possédant la nationalité. Elle aurait fait la connaissance de son mari en 2018, à Manille, où elle s'était rendue en tant que touriste. Elle a dit qu'elle « vivait » avec celui-ci depuis décembre 2018. En Ukraine, elle aurait travaillé en qualité de gérante d'une « agence de voyage » spécialisée dans l'aide aux femmes chinoises désirent avoir des enfants. Elle aurait ensuite ouvert un restaurant avec son mari. Elle serait brièvement retournée en Chine en décembre 2019, pour des raisons commerciales.

**B.b** De son côté, A. \_\_\_\_\_ a indiqué avoir été mis au bénéfice d'un visa *business* pour l'Ukraine, valable du (...) 2021 au (...) 2022. Il aurait rejoint son épouse dans ce pays en juillet 2021, y aurait installé sa compagnie de trading et ouvert un restaurant, après un séjour de trois ans aux Philippines (où il était très actif économiquement) aux côtés de sa mère et de sa cousine. Son fils, C. \_\_\_\_\_, de nationalité chinoise, qu'il aurait en commun avec la recourante, serait né aux Philippines, le (...). L'intéressé se serait rendu pour la dernière fois au pays en (...) 2021, pour moins de trois mois, afin de rendre visite à son père, gravement malade, peu de temps avant son décès.

**B.c** Selon leurs déclarations, les recourants auraient fui l'Ukraine en raison de la guerre, accompagnés de leurs enfants, de leurs mères respectives et de la cousine de l'intéressé. Ils n'auraient pas pu retourner en Chine, dès lors qu'ils n'y connaissaient presque plus personne, ne pouvaient y poursuivre leurs activités professionnelles respectives, n'y possédaient aucun logement, ne pouvaient inscrire les enfants nées en Ukraine dans une école du pays et craignaient d'être arrêtés et persécutés par les autorités. En Chine, l'intéressé aurait en effet travaillé en qualité de policier, dans la

(...). Son père aurait pour sa part fonctionné en tant que chef d'une division de commission disciplinaire du parti communiste de F.\_\_\_\_\_. Celui-ci aurait été persécuté, du fait que le responsable de sa division, nommé G.\_\_\_\_\_, était opposé à l'actuel chef d'Etat. En conséquence de cette situation, le recourant aurait perdu son emploi et tous ses comptes bancaires en Chine auraient été bloqués par les autorités. La recourante aurait pour sa part connu un problème à la douane chinoise en (...), dans le cadre d'un commerce illégal de cigarettes électroniques ; une procédure judiciaire aurait d'ailleurs peut-être été ouverte à son encontre. Elle craindrait également un retour dans son pays du fait du caractère illégal (en Chine) de son activité déployée en Ukraine.

Les intéressés ont expressément renoncé à déposer une demande d'asile, exposant que leur but, en se rendant en Suisse, était d'obtenir un permis S.

**B.d** A l'appui de leur demande de protection, les recourants ont notamment produit leurs passeports chinois (valables respectivement jusqu'à [...] 2028 et [...] 2029), ainsi que des documents non traduits concernant les filles jumelles de l'intéressée, soit, selon eux, deux actes de naissance ukrainiens et deux attestations d'octroi de la nationalité ukrainienne. Ils ont également remis des documents relatifs à leurs activités professionnelles en Ukraine, un document relatif à la procédure judiciaire en Chine concernant l'importation illégale de cigarettes électroniques, des documents relatifs à un contrat de bail en Ukraine, une traduction officielle du passeport de A.\_\_\_\_\_ en langue ukrainienne, ainsi qu'une capture d'écran faisant état d'informations sur la société de ce dernier.

### **C.**

Par décision du 25 juillet 2022, notifiée le même jour, le SEM a rejeté la demande de protection provisoire des recourants, prononcé leur renvoi de Suisse et ordonné l'exécution de cette mesure. Il a considéré que les intéressés pouvaient retourner en toute sécurité et de manière durable dans leur pays d'origine. De façon générale, il a retenu que les recourants avaient tous deux été socialisés en Chine, où ils avaient vécu la majorité de leur vie et où ils bénéficiaient d'un réseau social et de ressources suffisantes pour s'y réintégrer. S'agissant plus spécifiquement de B.\_\_\_\_\_, il a mis en évidence que ses filles jumelles n'étaient pas encore scolarisées et parlaient le chinois. C.\_\_\_\_\_ possédait quant à lui la nationalité chinoise. Il revenait à l'intéressée d'effectuer les démarches nécessaires à l'octroi des documents de voyage adéquats pour ses filles. Selon le SEM, la recourante gardait des liens étroits avec la Chine, dans la mesure où elle y avait de la famille et qu'elle s'y était rendue en (...) 2019. S'agissant de

A. \_\_\_\_\_, l'autorité inférieure a relevé qu'il avait lui-même décrit sa situation socio-économique en Chine, puis aux Philippines, comme étant très favorable. Il ne bénéficiait pas d'un permis de séjour en Ukraine, mais uniquement d'un visa *business* échu au (...) 2022. Les prétendus problèmes qu'avait rencontrés son père n'étaient pas de nature à s'opposer à un retour. En effet, l'intéressé avait quitté la Chine pour des raisons professionnelles, afin d'établir sa société aux Philippines, et n'avait par la suite jamais fait valoir de problèmes politiques dans le cadre d'une demande de protection internationale. Ses activités professionnelles dans ce dernier pays et le fait que sa mère et sa cousine, également de nationalité chinoise, avaient pu y résider sans difficultés, démontraient que tous pouvaient s'y établir également. En outre, le fait que l'intéressé avait pu revenir légalement en Chine en (...) 2021, durant plus de deux mois, ne parlait pas en faveur d'une quelconque crainte fondée de persécutions en cas de retour dans ce pays. Il en allait de même de l'épouse et de ses allégations concernant son interception à la douane chinoise en (...), dès lors que celle-ci avait pu voyager légalement et sans difficulté en Chine, en (...) 2019. Enfin, l'exécution du renvoi devait être considérée comme licite, exigible et possible. En particulier, les intéressés bénéficiaient d'une solide expérience professionnelle, tant dans leur pays d'origine que dans des pays étrangers.

**D.**

Dans leur recours interjeté le 23 août 2022 (date du timbre postal), les intéressés ont d'abord reproché au SEM d'avoir établi l'état de fait pertinent de manière inexacte et incomplète, en omettant notamment de prendre en compte des informations transmises lors des auditions et en interprétant de manière erronée certaines pièces importantes au dossier. Ils ont souligné que les quelques contacts qu'ils entretenaient avec leurs proches restés au pays étaient très sporadiques et survenaient uniquement à l'occasion de célébrations importantes. A. \_\_\_\_\_, privé de comptes bancaires et recherché en Chine, y serait pour le moins en délicatesse. A l'appui de ses dires, il a produit un mandat d'arrêt, non traduit, attestant selon lui de poursuites à son encontre. Les recourants ont encore rappelé que leurs différentes entreprises, notamment celle ayant recours à des mères porteuses, ne pouvaient être implantées en Chine, parce qu'interdites. Au vu de ces éléments, un renvoi dans leur pays les exposait à de sérieux préjudices. L'exécution de cette mesure devait ainsi être considérée comme illicite et inexigible. Le SEM n'aurait en outre aucunement pris en compte le fait que les deux filles jumelles de B. \_\_\_\_\_ possédaient exclusivement la nationalité ukrainienne.

Par ailleurs, les recourants ont fait grief au SEM d'avoir outrepassé son pouvoir d'appréciation, en basant une partie de son raisonnement sur le fait qu'ils pouvaient s'établir aux Philippines. A leurs yeux, il ne pouvait guère être reproché à l'intéressé de n'avoir pas demandé une protection internationale plus tôt, car il n'avait eu aucun moyen de prédire les événements (en particulier la délivrance d'un mandat d'arrêt à son encontre) et qu'il ne lui avait jamais été nécessaire de déposer une telle demande, les démarches administratives en vue de leur séjour aux Philippines et en Ukraine ayant jusque-là été facilitées.

Les recourants ont conclu, principalement, à l'annulation de la décision du SEM du 25 juillet 2022 et à la délivrance d'un permis S, subsidiairement, au renvoi de la cause au SEM pour nouvelle décision et, dans tous les cas, à ce qu'il soit ordonné à celui-ci d'ouvrir une procédure d'asile.

#### **E.**

Par ordonnance du 26 août 2022, le juge instructeur a constaté que les recourants pouvaient séjourner en Suisse jusqu'à la clôture de la procédure et a renoncé à la perception de l'avance de frais.

Par ordonnance du même jour, le juge instructeur a invité le SEM à se déterminer sur le recours.

#### **F.**

Par décision du 12 septembre 2022, adressée en original à la mandataire des recourants et en copie au Tribunal, le SEM, d'une part, a indiqué (dans sa motivation) que « la procédure de protection provisoire avait été terminée sur la base des pièces figurant au dossier » et, d'autre part, a mentionné (dans le dispositif) qu'il ouvrait la procédure nationale d'asile et de renvoi, retournant son dossier au Tribunal « pour radiation du rôle du recours ».

#### **G.**

Par ordonnance du 16 septembre 2022, le juge instructeur a imparti aux recourants un délai au 29 septembre 2022 pour lui faire savoir s'ils entendaient maintenir leur recours, ou le retirer, à la suite de cette décision.

#### **H.**

Par courrier du 26 septembre 2022, les intéressés ont indiqué maintenir leur recours.

**I.**

Par ordonnance du 29 septembre 2022, le juge instructeur, au vu du contenu équivoque de la décision du SEM du 12 septembre 2022, a impartit à celui-ci un délai au 14 octobre 2022 pour lui faire savoir s'il entendait annuler sa décision du 25 juillet 2022 et, cas échéant, pour le faire formellement.

**J.**

Par courrier du 4 octobre 2022, ayant reçu cette ordonnance en copie, les intéressés ont exposé que, dans la mesure où le recours avait été déposé devant le Tribunal, ce dernier était, en vertu du principe dévolutif du recours, le seul compétent pour traiter de la procédure de protection provisoire. Selon eux, l'autorité inférieure n'avait donc pas la possibilité de rendre une décision interférant avec le recours, relevant que « les enfants [des intéressés] étaient Ukrainiens » et devaient par conséquent obtenir le permis S.

**K.**

Le 14 octobre 2022, le SEM a indiqué maintenir la décision querellée, en raison, notamment, de récentes informations communiquées par l'Office de la douane et de la sécurité des frontières (ci-après : OFDF) dans un rapport daté du (...) qu'il a joint à sa détermination. Il ressort en particulier de ce rapport que les intéressés ont été contrôlés à Vallorbe, le même jour. A. \_\_\_\_\_ est propriétaire de voitures de type Mercedes et Maserati. Les agents ont d'abord découvert un titre de séjour polonais (valable du [...] 2022 au [...] 2024) dans les affaires de A. \_\_\_\_\_. A la question de savoir pourquoi ce document n'avait pas été présenté dans le cadre de sa demande de protection, celui-ci a répondu que « personne ne le lui avait demandé ». Les agents ont ensuite demandé si B. \_\_\_\_\_ disposait également d'un tel titre de séjour, ce à quoi le couple a répondu par la négative. La vérification des effets personnels de la recourante a toutefois mené à la découverte d'un titre de séjour polonais à son nom, également valable jusqu'au (...) 2024.

**Droit :****1.**

**1.1** Le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF (RS 173.32), connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA (RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

En particulier, les décisions rendues par le SEM en matière de protection provisoire peuvent être contestées par-devant le Tribunal (art. 33 let. d LTAF, applicable par renvoi de l'art. 105 LAsi [RS 142.31]), lequel statue alors définitivement, sauf demande d'extradition déposée par l'Etat dont l'intéressé cherche à se protéger (art. 83 let. d ch. 1 LTF [RS 173.110]), exception non réalisée en l'espèce.

Le Tribunal est donc compétent pour connaître du recours.

**1.2** Les intéressés ont qualité pour recourir. Présenté dans la forme et dans le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 52 al. 1 PA et 108 al. 6 LAsi).

**1.3** La conclusion tendant à la délivrance du permis S, autrement dit une autorisation de séjour de police des étrangers, sort quant à elle de l'objet du litige. En effet, la délivrance d'une telle autorisation est du ressort de l'autorité compétente du canton auquel les intéressés ont été attribués. Partant, cette conclusion est irrecevable.

## **2.**

**2.1** En matière de protection provisoire (art. 66 ss LAsi) et sur le principe du renvoi (art. 69 al. 4 LAsi in fine), le pouvoir de cognition du Tribunal et les griefs recevables sont régis par l'art. 106 al. 1 LAsi (en lien avec l'art. 72 LAsi) et, s'agissant de l'exécution du renvoi, par l'art. 112 al. 1 LEI ([RS 142.20], en relation avec l'art. 49 PA ; voir aussi ATAF 2014/26, consid. 5.6).

**2.2** Le 11 mars 2022, le Conseil fédéral, faisant application de l'art. 66 al. 1 LAsi, a arrêté une décision de portée générale concernant l'octroi de la protection provisoire en lien avec la situation en Ukraine (cf. FF 2022 586).

A teneur de cette décision, le statut de protection S s'applique aux catégories de personnes suivantes :

- a. les citoyens ukrainiens en quête de protection et les membres de leur famille (partenaires, enfants mineurs et autres parents proches qu'ils soutenaient entièrement ou partiellement au moment de la fuite) qui résidaient en Ukraine avant le 24 février 2022 ;
- b. les personnes d'autres nationalités et les apatrides en quête de protection ainsi que les membres de leur famille au sens de la let. a

qui bénéficiaient, avant le 24 février 2022, d'un statut national ou international de protection en Ukraine ;

- c. les personnes d'autres nationalités et les apatrides en quête de protection ainsi que les membres de leur famille au sens de la let. a qui peuvent prouver au moyen d'une autorisation de séjour ou de séjour de courte durée valable qu'ils disposent d'un droit de séjour valable en Ukraine et ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine en toute sécurité et de manière durable.

### **3.**

**3.1** Dans leur recours, les intéressés reprochent notamment au SEM d'avoir établi de manière incomplète et inexacte l'état de fait pertinent concernant les risques qu'ils encourent en Chine et la situation personnelle des deux filles jumelles de B. \_\_\_\_\_, en violation du ch. I let. a et c de la décision de portée générale précitée.

**3.1.1** La procédure administrative est régie essentiellement par la maxime inquisitoire, selon laquelle les autorités définissent les faits pertinents et les preuves nécessaires, qu'elles ordonnent et apprécient d'office (art. 12 PA ; cf. ATAF 2009/60 consid. 2.1.1) ; dans le cadre de la procédure d'asile de première instance, l'obligation d'instruire et d'établir les faits pertinents incombe ainsi au SEM. Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits, ainsi que par le droit des parties, compris dans le droit d'être entendu, de participer à la procédure et d'influencer la prise de décision (art. 13 PA et 8 LAsi) ; l'obligation de collaborer de la partie touche en particulier les faits qui se rapportent à sa situation personnelle, ceux qu'elle connaît mieux que les autorités ou encore ceux qui, sans sa collaboration, ne pourraient pas être collectés moyennant un effort raisonnable (cf. ATAF 2011/54 consid. 5 ; 2008/24 consid. 7.2).

**3.1.2** L'établissement des faits est incomplet au sens de l'art. 106 al. 1 let. b LAsi, lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure, et inexact, lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, par exemple en contradiction avec les pièces (cf. ATAF 2014/2 consid. 5.1 et réf. cit. ; 2007/37 consid. 2.3 et réf. cit.).

## **3.2**

**3.2.1** En l'espèce, force est en premier lieu de constater que le SEM n'a pas clarifié la question de la nationalité des deux filles jumelles de B. \_\_\_\_\_. En l'état, il ressort des auditions des recourants que celles-ci ne sont pas nées de leur relation. Les documents produits censés attester de la nationalité de ces enfants n'ont pas été traduits. L'autorité inférieure ne s'exprime en outre ni dans la décision querellée ni au stade du recours sur la question de savoir pourquoi les deux fillettes, en tant que ressortissantes prétendument ukrainiennes, et leurs parents, en tant que membres de leur famille, ne font pas partie de la catégorie de personnes visées au ch. I let. a de la décision du Conseil fédéral précitée. De manière générale, il manque des informations importantes sur le parcours de vie des intéressés, en particulier sur leurs activités antérieures à leur départ de Chine et à leur présence sur le sol ukrainien. Ils ont notamment prétendu vivre ensemble depuis décembre 2018, ce qui ne se concilie guère avec d'autres de leurs allégations.

**3.2.2** Ensuite, le Tribunal estime que les procès-verbaux d'auditions au dossier ne lui permettent pas de statuer en toute connaissance de cause sur les risques encourus par les recourants dans leur pays d'origine. Il apparaît qu'au vu de la nature des problèmes et des persécutions allégués, cette question doit être traitée dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile. Si le SEM a retenu à juste titre que les intéressés avaient expressément renoncé à déposer une telle demande, il doit être constaté que ceux-ci ont réagi au stade du recours, admettant implicitement que leur situation exigeait un examen ne pouvant être effectué que dans le cadre d'une procédure d'asile. Ils ont notamment produit un nouveau moyen de preuve, à savoir, selon eux, un mandat d'arrêt mentionnant non seulement l'intéressé, mais également la cousine de ce dernier.

## **3.3**

Les faits recueillis et l'instruction menée en l'espèce ne permettraient ainsi pas au SEM de rendre une décision en matière de protection provisoire. Une procédure d'asile étant désormais ouverte, il y aura lieu d'examiner les motifs que les intéressés ont présentés comme s'opposant à leur retour en Chine, étant souligné que ceux-ci les présentent clairement au stade du recours comme des motifs d'asile (cf. art. 69 al. 4 LAsi). Les récentes informations communiquées par l'OFDF semblent en outre révéler que les intéressés ont dissimulé des informations importantes. Il en ressort en particulier qu'ils sont détenteurs de permis de séjour polonais en cours de validité. Il y aura lieu pour le SEM d'entendre les recourants sur ces faits

et d'en définir les implications dans le cadre de la procédure d'asile, éventuellement sous l'angle d'un éventuel transfert de ceux-ci vers un Etat considéré comme sûr par le Conseil fédéral.

#### **4.**

**4.1** Les recours contre les décisions du SEM en matière de protection provisoire sont en principe des recours en réforme, exceptionnellement des recours en annulation (art. 61 al. 1 PA). Une instruction insuffisante ne conduit donc pas, par principe, à la cassation de la décision attaquée. Toutefois, la réforme présuppose un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires d'ampleur excessive (cf. ATAF 2015/30 consid. 8.1 ; cf. également MADELEINE CAMPRUBI, in : VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [éd.], 2<sup>e</sup> éd. 2019, art. 61 n° 7 ss p. 878 ss ; PHILIPPE WEISSENERGER/ASTRID HIRZEL, in : Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [éd.], 2<sup>e</sup> éd. 2016, art. 61 n° 15 ss p. 1263 ss ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2013, p. 225 ss).

**4.2** Le Tribunal, s'il peut éclaircir des points particuliers de l'état de fait, n'a pas à clarifier des questions de fait essentielles en se substituant à l'autorité de première instance. Le Tribunal doit donc, pour ces motifs, se limiter à valider ou compléter l'état de fait pertinent, tel qu'il a été retenu par le SEM (cf. ATAF 2012/21 consid. 5).

**4.3** Au vu de ce qui précède, il appartient au SEM et non au Tribunal de mener à chef les compléments d'instruction indispensables qui s'imposent en l'espèce.

#### **5.**

**5.1** Partant, il y a lieu d'admettre le présent recours pour établissement incomplet et inexact de l'état de fait pertinent (art. 106 al. 1 let. b LAsi) et de renvoyer la cause au SEM, au sens défini ci-dessus. Si celui-ci entend refuser la protection provisoire aux recourants, il poursuivra sans attendre la procédure d'examen de leur demande d'asile, conformément à l'art. 69 al. 4 LAsi.

**5.2** Dans ces circonstances, les autres griefs soulevés par les intéressés n'ont pas à être examinés.

## **6.**

**6.1** Lorsque l'affaire est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision, dont l'issue reste ouverte, la partie recourante est considérée comme ayant obtenu gain de cause, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 141 V 281 consid. 11.1 ; 137 V 210 consid. 7.1).

**6.2** Compte tenu de l'issue de la présente procédure, il est statué sans frais (cf. art. 63 al. 1 et 2 PA).

**6.3** Conformément aux art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, en l'absence d'un décompte de prestations de la mandataire, les dépens sont fixés sur la base du dossier (art. 14 FITAF), ex aequo et bono, à 600 francs (en tenant compte des montants alloués dans les causes connexes) tous frais et taxes inclus.

(dispositif page suivante)

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis, dans le sens que la décision du 25 juillet 2022 est annulée et la cause renvoyée au SEM.

**2.**

Le SEM est invité à suspendre la présente procédure et à poursuivre la procédure d'asile et de renvoi qu'il a ouverte.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

**4.**

Le SEM versera aux recourants la somme totale de 600 francs à titre de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est adressé aux recourants, au SEM et à l'autorité cantonale.

Le président du collège :

Le greffier :

William Waeber

Marc Toriel