

# GE\_GERICHTE A/792/2014 vom 29. September 2015

GE Cour de justice, 2015-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_792\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_792_2014)

FR: GE\_GERICHTE A/792/2014 du 29 septembre 2015

IT: GE\_GERICHTE A/792/2014 del 29 settembre 2015

## Erwägungen

### E. 2

ème section dans la cause Monsieur A \_\_\_\_\_ représenté par Me Romain Jordan, avocat contre OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL \_\_\_\_\_ Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 novembre 2014 ( JTAPI/1293/2014 ) EN FAIT 1) Le 25 novembre 2013, Monsieur A \_\_\_\_\_, ressortissant haïtien né le \_\_\_\_\_ 1976, a signé un « contrat d'engagement » avec le club B \_\_\_\_\_ Volleyball (ci-après : le club).! [endif]>! [if> M. A \_\_\_\_\_ était engagé au poste d'entraîneur à partir du 1 er décembre 2013, pour une durée indéterminée à partir du 1 er décembre 2013, et avec un « salaire AVS » (assurance-vieillesse et survivants) brut de CHF 3'000.- mensuels. 2) Le 12 novembre 2013, le club, par l'intermédiaire de son avocat, a fait parvenir à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) un formulaire de demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative, en joignant diverses pièces justificatives.! [endif]>! [if> 3) Le 19 novembre 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a écrit au club en précisant que l'OCPM lui avait transmis la demande d'autorisation pour raison de compétence.! [endif]>! [if> Il a demandé au club diverses pièces complémentaires, à savoir le contrat de travail, le curriculum vitae de M. A \_\_\_\_\_, une lettre du club motivant la demande, la preuve de l'annonce auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), ainsi que les recherches effectuées sur le marché de l'emploi suisse et européen et le résultat de celles-ci. 4) Le 28 novembre 2013, le président du club a transmis à l'OCIRT les deux premiers documents demandés. Il a également motivé la demande d'engagement, faisant part de ce que le club cherchait à développer sa section féminine et était à la recherche d'un entraîneur pour son équipe junior féminine. M. A \_\_\_\_\_ avait un profil parfait, ayant déjà une expérience d'entraîneur à un haut niveau en Haïti. Si de tels spécialistes existaient sur le marché suisse ou européen, ils étaient hors de portée des moyens financiers du club.! [endif]>! [if> 5) Par décision du 12 décembre 2013, l'OCIRT a refusé de statuer favorablement sur la demande. Les ressortissants d'États tiers ne pouvaient être engagés comme entraîneurs que s'ils exerçaient au sein d'une équipe de ligue nationale A ou B, et non pas une équipe de juniors. De plus, l'employeur n'accordait pas à M. A \_\_\_\_\_, contrairement aux exigences de l'art. 22 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), les conditions de rémunération et de travail usuelles à Genève dans la profession et la branche.! [endif]>! [if> Le dossier était ainsi renvoyé à l'OCPM. La décision mentionnait les voies et le délai de recours. 6) Par décision du 12 janvier 2014, l'OCPM a rejeté la demande d'autorisation de séjour, se fondant sur la décision précitée de l'OCIRT.! [endif]>! [if> Il a imparti à M. A \_\_\_\_\_ un délai au 11 février 2014 pour quitter la Suisse. 7) Le 15 janvier 2014, le club a écrit à l'OCPM pour lui demander de rapporter sa décision, qui était prématurée dès lors que la décision de l'OCIRT allait faire l'objet d'un recours et n'était pas définitive.! [endif]>! [if> 8) Le 21 janvier 2014, le club a écrit à l'OCIRT, lui demandant de

reconsidérer sa position. M. A\_\_\_\_\_ n'était pas uniquement entraîneur de l'équipe junior, mais également de l'équipe féminine « fanion » qui évoluait au meilleur niveau régional et même suisse.![endif]>![if> De plus, le club attestait de ce que les conditions salariales de l'intéressé étaient en fait supérieures au salaire ressortant du contrat, du fait de nombreux avantages en nature. Ainsi, le salarié ne payait qu'une participation de CHF 200.- aux charges sociales ; il jouissait d'un logement (chambre meublée, cuisinette et salle de bains indépendante), de deux repas gratuits par jour (et même trois les jours de compétition), d'un équipement sportif complet gratuit ainsi que de la prise en charge de tous les frais sportifs annexes, soit les « frais occasionnés par l'activité de l'entraîneur au sein du club ». 9) Par décision du 5 février 2014, l'OCIRT, « malgré les arguments avancés à l'appui de [la] demande de révision », a maintenu sa décision de refus. Il reprenait le premier argument de la décision du 12 décembre 2013, ajoutant pour le surplus que les autres conditions d'admission relatives aux entraîneurs sportifs n'avaient pas été examinées et demeuraient réservées.![endif]>![if> 10) Le 14 mars 2014, M. A\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) à l'encontre de la décision précitée, concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour.![endif]>![if> 11) Par jugement du 24 novembre 2014, le TAPI a rejeté le recours.![endif]>![if> Le club n'avait pas démontré avoir entrepris de recherches sur une grande échelle afin de pourvoir le poste par un travailleur indigène ou ressortissant des pays de l'Union européenne (ci-après : UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE). Il avait allégué avoir cherché un entraîneur pendant deux ans, sans en apporter la preuve. Il n'avait passé aucune annonce dans la presse ou sur des sites spécialisés, ni ne s'était adressé à d'autres clubs. Le principe de priorité n'était ainsi pas respecté, si bien qu'il n'était en principe pas nécessaire d'examiner les autres conditions cumulatives posées par l'art. 18 LEtr. C'était toutefois à juste titre que l'OCIRT avait pris en compte les directives LEtr de l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) concernant le fait que les ressortissants de pays tiers ne pouvaient être engagés en qualité d'entraîneurs sportifs qu'au niveau des deux premières ligues nationales. Enfin, malgré les avantages en nature, le salaire net de CHF 2'800.- apparaissait bien modeste au regard des qualifications et compétences attendues pour le poste. 12) Par acte posté le 12 janvier 2015, le club a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant préalablement à une comparution personnelle des parties en audience publique et à l'audition du président du club comme témoin, et principalement à l'annulation du jugement du TAPI et de la décision de l'OCIRT, à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée et à l'obtention d'une indemnité de procédure.![endif]>![if> Son droit d'être entendu avait été violé, dans la mesure où le TAPI n'avait pas convoqué les parties ni ne les avait interpellées, alors qu'il avait fondé son raisonnement sur un motif juridique nouveau, à savoir le principe de priorité. Eu égard au principe du double degré de juridiction, une telle violation ne pouvait pas être réparée en deuxième instance. L'audition du président du club était en outre indispensable, notamment quant aux raisons précises de l'engagement de M. A\_\_\_\_\_. Par ailleurs, les directives LEtr n'avaient pas force de loi et ne dispensaient pas l'autorité d'examiner toutes les circonstances du cas. L'équipe féminine dont s'occupait M. A\_\_\_\_\_ évoluait au meilleur niveau régional et suisse et obtenait des résultats supérieurs à la moyenne lors de championnats nationaux, de sorte que même à suivre les directives, l'autorisation sollicitée aurait dû être accordée, sinon de manière ordinaire, du moins à titre exceptionnel. 13) Le 16 janvier 2015, le TAPI a communiqué son dossier sans formuler d'observations.![endif]>![if> 14) Le 18 février 2015,

l'OCIRT a conclu au rejet du recours, l'approbation de l'autorité fédérale à l'octroi d'un éventuel permis restant en tout état réservé. Le club n'avait procédé à aucune recherche sur le marché national ou européen de l'emploi ; l'OCIRT avait pourtant bien demandé au club de fournir la preuve de telles recherches. L'équipe de volleyball que M. A\_\_\_\_\_ entraînait, même qualifiée d'équipe « fanion », n'évoluait pas en ligue A ou B. Les directives avaient été correctement appliquées. 15) Le 23 février 2015, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 20 mars 2015 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger. 16) L'OCIRT ne s'est pas manifesté. 17) Le 20 mars 2015, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité la tenue d'une audience de comparution personnelle, de façon à établir les faits pertinents, de même qu'à confirmer le respect du principe de priorité, comme l'absolue nécessité pour le club de disposer de la possibilité d'engager à terme M. A\_\_\_\_\_. 18) Le 1<sup>er</sup> avril 2015, le juge délégué a indiqué à l'avocat de M. A\_\_\_\_\_ qu'il n'entendait pas donner suite à la demande précitée, pour des motifs qui seraient exposés dans l'arrêt au fond. 19) Sur ce, la cause a été gardée à juger. 20) Selon le site Internet du club, la meilleure de ses équipes féminines évolue en 2<sup>ème</sup> ligue (ligue régionale), contrairement à la meilleure équipe masculine, qui joue en ligue nationale A (<www.\_\_\_\_\_.ch>, consulté le 23 septembre 2015). EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) a. Le recourant sollicite la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties. b. La procédure administrative est en principe écrite, toutefois si le règlement et la nature de l'affaire le requièrent, l'autorité peut procéder oralement (art. 18 LPA). Selon la jurisprudence fondée sur l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend pour l'intéressé celui d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b ; 127 III 576 consid. 2c ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A\_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/755/2012 du 6 novembre 2012 ; ATA/432/2008 du 27 août 2008). Le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 134 I 140 précité consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/24/2014 du 14 janvier 2014 ; ATA/305/2013 du 14 mai 2013). c. En l'espèce, l'audition requise par le recourant ne se justifie pas. En effet, ce dernier a eu l'occasion de s'exprimer par écrit à de nombreuses reprises durant la procédure, tant devant le TAPI que devant la chambre de céans, et d'exposer son point de vue, ainsi que de produire toutes les pièces qu'il estimait utiles à l'appui de ses allégués. L'autorité intimée a répondu à ses

écritures, se prononçant sur les griefs qu'elle estimait pertinents pour l'issue du litige, et le recourant ayant eu l'occasion de répliquer. Une comparution personnelle des parties ne saurait ainsi apporter d'éléments supplémentaires indispensables permettant à la chambre de céans de trancher le litige, le dossier étant suffisant pour ce faire. 3) a. Dans un autre grief lié à la violation du droit d'être entendu, le recourant se plaint de la motivation juridique nouvelle du TAPI par rapport à la décision de l'OCIRT. b. À cet égard, s'il est vrai que le TAPI a examiné en premier lieu la violation du principe de priorité et a indiqué que l'examen des autres conditions légales était superfétatoire, il n'y a pas moins procédé. Dès lors, dans la mesure où une double motivation judiciaire doit faire l'objet d'une double réfutation par le recourant (ATF 138 I 97 consid. 4.1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_304/2015 du 15 juin 2015 consid. 2.3), ce grief ne sera, exceptionnellement, examiné le cas échéant que dans un deuxième temps, c'est-à-dire après constatation éventuelle de la contrariété au droit de la motivation du TAPI relative aux directives LEtr. 4) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la LEtr du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario). 5) a. Tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (art. 11 al. 1 LEtr). La demande d'autorisation doit être déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEtr). b. Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou du statut de travailleur salarié vers un statut de travailleur indépendant, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative (art. 40 al. 2 LEtr et 83 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 - OASA - RS 142.201). 6) Dans le canton de Genève, le département de la sécurité et de l'économie est l'autorité compétente en matière de police des étrangers, compétence qu'il peut déléguer à l'OCPM (art. 1 al. 1 et art. 2 LaLEtr) sous réserve des compétences dévolues à l'OCIRT en matière de marché de l'emploi. La compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'OCIRT (art. 17A de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 et 35A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). L'OCIRT prend sa décision à la suite d'un préavis de la commission tripartite pour l'économie instaurée par l'art. 16 al. 2 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 (LSELS - J 2 05) dont la compétence est réservée (art. 17A al. 3 LIRT et 23B al. 5 du règlement d'exécution de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 14 décembre 1992 - RSELS - J 2 05.01). 7) De même que les décisions de l'OCPM, celles de l'OCIRT peuvent faire l'objet d'un recours auprès du TAPI avant de pouvoir être déférées à la chambre administrative (art. 3 LaLEtr). 8) a. Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue d'exercer une activité lucrative salariée aux conditions suivantes: son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies (let. c). La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle vise en premier lieu le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002

p. 3469 ss, spéc. p. 3485 ss et 3536). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier. En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.1 et les références citées). [endif]> [if> b. L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.2 ; C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.2). 9) a. Le SEM a précisé les dispositions précitées dans les directives LEtr, conformément à l'art. 89 OASA. [endif]> [if> b. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi (ATF 121 II 473 consid. 2b p. 478 ; ATA/87/2015 du 20 janvier 2015 consid. 7a ; ATA/563/2012 du 21 août 2012 consid. 14 ; ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées). Elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 473 consid. 2b p. 478 ; ATA/87/2015 précité consid. 7a ; ATA/12/2012 du 10 janvier 2012 consid. 3 ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c). c. La chambre de céans s'est ainsi déjà référée à de multiples reprises aux directives du SEM en matière d'accès au marché du travail ( ATA/940/2015 du 15 septembre 2015 consid. 7 ; ATA/996/2014 du 16 décembre 2014 consid. 6 ; ATA/651/2014 du 19 août 2014 ; ATA/69/2012 du 31 janvier 2012). 10) a. L'engagement de sportifs et d'entraîneurs professionnels est prévu par la section 4.7.11 des directives LEtr. Est considérée comme activité lucrative avec prise d'emploi l'engagement d'un étranger par un club sportif en vue de la participation à un championnat (ch. 4.7.11.1). Une autorisation n'est octroyée que lorsque l'équipe joue dans l'une des deux ligue supérieures (par exemple en football la Super et la Challenge League, etc.) ; il est donc exclu d'admettre des ressortissants d'un État non membre de l'UE ou de l'AELE comme membre ou entraîneur d'une équipe de ligue inférieure (1 à 5) (ch. 4.7.11.2.1). Les travailleurs ressortissants d'un pays non membre de l'UE ou de l'AELE ne peuvent être admis en qualité de membre ou d'entraîneur d'équipes juniors ou seniors (ibid.). [endif]> [if> b. Le club sportif doit verser un salaire adapté au niveau de vie en Suisse et conforme à la pratique dans la localité et la profession, conformément à l'art. 22 LEtr (ch. 4.7.11.2.3). c. Les directives qui précèdent précisent les dispositions de la LEtr, en particulier les notions indéterminées qui y sont utilisées, dans le domaine spécifique du sport. Elles effectuent ainsi une pesée d'intérêts entre la nécessité de limiter le nombre d'autorisations, prévue par la LEtr, et la mobilité qui doit prévaloir dans le sport de haut niveau, en limitant l'octroi d'autorisations aux entraîneurs des équipes des deux meilleurs niveaux au plan national. Elles ne contredisent ainsi ni le sens ni le but de la LEtr. 11) En l'espèce, l'équipe féminine du club n'est pas en ligue nationale A ou B, ni même en première ligue, mais en deuxième ligue, soit une division de niveau régional. De plus, les conditions salariales proposées, même en y incluant les prestations en nature décrites par le club, ne peuvent pas être tenues pour conformes à la pratique genevoise. L'OCIRT n'a donc

pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant pour ces motifs de rendre une décision préalable favorable.![endif]>![if> 12) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief de la violation du droit d'être entendu en lien avec la motivation juridique nouvelle.![endif]>![if> 13) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).![endif]>![if> \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.