

## **VD\_OMNI PE.2008.0297 vom 25. März 2009**

VD Tribunal cantonal, 2009-03-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2008.0297](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0297)

FR: VD\_OMNI PE.2008.0297 du 25 mars 2009

IT: VD\_OMNI PE.2008.0297 del 25 marzo 2009

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_, Y. \_\_\_\_\_/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par un club de football de Challenge League pour un jeune joueur brésilien refusée au motif que ce dernier ne dispose pas d'une expérience professionnelle suffisante, savoir, selon la jurisprudence fédérale et les directives de l'ODM, au moins 3 ans d'expérience de la compétition au plus haut niveau, respectivement s'agissant d'un jeune joueur, 3 ans d'expérience active, dont au moins 1 année dans le cadre d'une équipe de division supérieure d'un championnat national professionnel. Par ailleurs, il ne saurait être tenu compte d'un don, aussi exceptionnel soit-il, dès lors que le talent, contrairement à l'expérience du championnat, n'est ni mesurable concrètement, ni estimable objectivement. Enfin, le recourant ne peut se prévaloir du fait que d'autres cantons auraient délivré des autorisations de séjour à des joueurs se trouvant dans une situation comparable à celle de l'intéressé (égalité dans l'illégalité), car l'ODM manifeste l'intention de s'en tenir à ses directives. Recours rejeté et décision du SDE confirmée.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, abroge et remplace l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RO 49 279 et les modifications subséquentes). Les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr sont régies par l'ancien droit (art. 126 al. 1 LEtr). Simultanément, la nouvelle ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) abroge et remplace l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. La demande de permis de travail pour le recourant a été déposée le 14 juillet 2008, soit après l'entrée en vigueur de la nouvelle. C'est donc au regard des dispositions de la LEtr et de l'OASA qu'il convient d'examiner les conditions d'admission de cette demande.

#### **E. 2**

a) Aux termes de l'art. 18 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée que si cela sert les intérêts économiques du pays (let. a), si son employeur a déposé une demande (let. b) et si les conditions fixées aux art. 20 à 25 de la loi sont remplies (let. c). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre de ces autorisations (art. 20 LEtr). Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a

été trouvé (art. 21 al. 1 LEtr.). Selon le chiffre 4.3.2 de la directive « I. Domaine des étrangers » édictée par l'ODM, dans sa teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2008, l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr exige que l'employeur ait annoncé le poste vacant auprès des offices régionaux de placement et entrepris en outre toutes les démarches nécessaires (annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement) pour trouver un travailleur disponible sur le marché suisse.

L'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts produits, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste à des candidats disponibles en Suisse ou dans les Etats de l'UE/AELE. Des contacts avec des ressortissants d'Etats tiers ne seront établis que lorsque les efforts entrepris n'ont pas abouti. Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 OLE. A teneur de l'art. 23 LEtr., seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de séjour (al. 1); en cas d'octroi, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel ou social (al. 2); en dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 de cette disposition, notamment les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b) ou les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c). Les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux : diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (directives de l'ODM précitée, ch. 4.3.4). Les directives de l'ODM précisent les critères qu'il convient d'observer notamment en matière de qualifications personnelles. En ce qui concerne les sportifs professionnels, celles-ci exigent plusieurs années d'expérience de la compétition au niveau international (au moins trois ans d'expérience dans une ligue supérieure (ch. 4.7.11.) et correspondent à celles qui prévalaient sous l'ancien art. 8 al. 3 let. a OLE. b) Dans un arrêt non publié du 7 décembre 2007 (C-4642/2007) et rendu sous l'empire de l'ancienne OLE, le Tribunal administratif fédéral a exposé que les sportifs et entraîneurs professionnels étrangers étaient soumis aux mêmes directives que les autres travailleurs étrangers. Il a rappelé qu'au milieu des années 90, à la suite de la professionnalisation du sport, y compris dans les clubs de ligues inférieures, une augmentation marquante de sportifs et entraîneurs ne provenant pas des pays traditionnels de recrutement (UE/AELE) avait été enregistrée. Dans le souci de combattre les abus – plus particulièrement de répondre au reproche souvent formulé que des autorisations de séjour étaient accordées plus facilement aux sportifs et entraîneurs provenant d'états tiers en comparaison avec des travailleurs d'autres secteurs – les autorités saisies de cette problématique ont notamment précisé les conditions des procédures d'autorisation après consultation des milieux intéressés (consid. 5.2). Comme dans les autres domaines, ce sont les personnes hautement qualifiées, respectivement les spécialistes, qui constituent des exceptions aux priorités dans le recrutement. Dans le domaine du sport d'équipe d'élite, le Tribunal administratif fédéral a jugé que la pratique des autorités administratives, en particulier de l'ODM, qui consiste à juger des compétences particulières d'un sportif au

regard d'un certain niveau d'expérience professionnelle ou de compétition n'était pas critiquable. Ainsi, l'intéressé doit disposer d'au moins trois ans d'expérience de la compétition au plus haut niveau, respectivement pour un jeune joueur, trois ans d'expérience active, dont au moins une année dans le cadre d'une équipe de division supérieure d'un championnat national professionnel. La condition de l'expérience de la compétition ne peut être remplie que par une participation régulière à des matchs du championnat national professionnel et non par une unique expérience en championnat junior ou en division inférieure (consid. 5.4). Au contraire de l'expérience professionnelle ou du championnat, le talent ou l'espoir que peut susciter un joueur ne sont ni mesurables concrètement, ni estimables objectivement, de sorte qu'il ne saurait en être tenu compte pour pallier une expérience insuffisante (consid. 6.2). Dans le cas particulier, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de l'ODM de ne pas approuver la décision préalable de l'autorité cantonale du marché du travail délivrant une autorisation de séjour à un footballeur, né en 1988, qui, depuis 2003, avait participé seulement à des équipes juniors de plans national, respectivement international. Le Tribunal administratif fédéral a jugé que ce joueur ne remplissait ni la condition d'au moins trois ans d'expérience de la compétition au plus haut niveau posée par les directives pour les sportifs professionnels, ni celle de la pratique concrète posée aux jeunes joueurs (entre autres la condition d'avoir pris régulièrement part pendant un an à des matchs d'une équipe de ligue nationale professionnelle du plus haut niveau). Il lui manquait – compte tenu du fait qu'en tout il comptabilisait 23 participations dans l'équipe nationale parmi lesquelles des séances d'entraînement et une sévère blessure pendant les années 2005 – 2006 – d'une part une pratique régulière et d'autre part – ce qui était plus important – des participations à des matchs officiels de première ligue (consid. 6.1).

### **E. 3**

a) L'engagement par l'association recourante de Y. \_\_\_\_\_, ressortissant brésilien, est soumis à l'ordre de priorité au sens de l'art. 21 al. 1 LETr. Manifestement, l'autorité intimée n'a pas examiné s'il était démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou de l'UE/AELE correspondant au profil requis n'a été trouvé. Cette question peut toutefois demeurer ouverte, dès lors que l'exigence des qualifications personnelles posées à l'art. 23 LETr ne peut être considérée comme remplie ainsi qu'on va le voir ci-après. b) Les recourants reprochent à l'autorité intimée de n'avoir pas correctement tenu compte de l'expérience accumulée par Y. \_\_\_\_\_ tant au Brésil qu'en Suisse comme joueur de football. S'en référant aux directives de l'ODM, l'autorité intimée a considéré de son côté que le recourant n'était pas au bénéfice d'une expérience de trois ans dans une ligue supérieure, ce qui justifiait de refuser la demande. Dans son pays, le recourant ne justifie d'aucune expérience au sein d'une division supérieure, ni même d'une participation à un championnat national junior. Le recourant a suivi une formation dispensée par l'école d'un club brésilien créé en 2004 qui, même si elle disposerait d'une importante infrastructure, d'une première équipe, alignerait des équipes dans les championnats des moins de 15, 17 et 20 ans et aurait déjà formé des joueurs ayant acquis par la suite une certaine renommée comme le prétendent les recourants, ne saurait remplacer une participation à des matchs d'un championnat national. Même si le recourant est jeune, il n'a activement pris part à des matchs du championnat national de première ligue que depuis qu'il est arrivé en Suisse en août 2006. En Suisse, le recourant a évolué pendant deux saisons dans l'équipe A. \_\_\_\_\_. Il ne s'agit pas d'une équipe de division supérieure (Super League ou Challenge League), mais de première ligue. Ainsi, au moment du dépôt de la demande litigieuse, Y. \_\_\_\_\_ ne disposait ni de trois

années d'expérience, ni d'une année d'expérience dans le cadre d'une division supérieure d'un championnat national professionnel (équivalent de la Super League ou Challenge League) requises par la jurisprudence susrappelée pour un jeune footballeur. Or, comme l'a souligné le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt précité, s'agissant du sport d'élite, il faut se fonder, pour juger des compétences particulières d'un sportif, sur une expérience professionnelle qui n'est acquise que grâce à une participation active à des compétitions d'un certain niveau (consid. 5.4). Et le recourant ne bénéficie pas d'une expérience suffisante. Même s'il est jeune, il n'a jamais participé à un championnat de ligue supérieure et il n'a activement pris part à des matches, de première ligue, que depuis qu'il est arrivé en Suisse en août 2006. c) Les recourants se prévalent également du talent de Y.\_\_\_\_\_ et du fait qu'il serait indispensable à l'évolution du club au sein de la Challenge League. Ainsi que l'a relevé le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt susmentionné, un joueur doué n'est pas forcément un travailleur qualifié au sens de l'art. 8 al. 3 let. a OLE. Le talent chez un joueur n'est ni mesurable concrètement, ni estimable objectivement, au contraire de l'expérience professionnelle ou du championnat, de sorte qu'il ne saurait être tenu compte d'un don aussi exceptionnel soit-il.

#### **E. 4**

Les recourants font encore valoir que la décision attaquée viole le principe de l'égalité, dès lors que d'autres joueurs qui se trouveraient dans une situation similaire à celle de Y.\_\_\_\_\_ auraient néanmoins obtenu des autorisations de séjour. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de la légalité de l'administration l'emporte en règle générale sur celui de l'égalité de traitement dans l'application du droit. Le fait que la loi n'ait pas été appliquée ou ne l'ait pas été correctement ne donne fondamentalement pas au citoyen le droit d'être traité d'une manière qui s'écarte de la loi. Ceci ne vaut cependant que si un traitement s'écartant de la loi n'est démontré que dans un seul cas ou dans quelques rares cas. Si en revanche, l'autorité se refuse à abandonner la pratique contraire à la loi adoptée dans d'autres cas, le citoyen peut exiger de bénéficier du traitement favorable contraire à la loi accordé aux tiers, pour autant que cela ne viole pas d'autres intérêts légitimes du public ou de tiers. L'application de l'égalité dans l'illégalité présuppose que l'état de fait à traiter soit identique ou au moins semblable (ATF 127 I 1 consid. 3a p. 3; 126 V 390 consid. 6a p. 392; 122 II 446 consid. 4a p. 451 f.; avec les références; pour des exemples récents v. ATF 1C\_276/2008 du 22 décembre 2008 ou 1C\_426/2007 du 8 mai 2008). Les recourants comparent la situation de Y.\_\_\_\_\_ à celles de trois jeunes joueurs de football évoluant en Challenge League comme lui, âge et expérience qu'ils prétendent en rapport, et qui ont reçu des autorisations de séjour. Les recourants se prévalent tout d'abord du cas de B.\_\_\_\_\_, dont le dossier a été requis auprès du Service de l'emploi du Canton de Bâle-Ville pour être versé à celui de la présente cause. L'examen de ce dossier révèle que ce ressortissant brésilien, né le 21 mars 1986, séjourne en Suisse depuis le 24 octobre 2005. Une première autorisation de courte durée (9 mois) lui a été délivrée par le Service de l'emploi bâlois pour évoluer au sein du C.\_\_\_\_\_, club de Challenge League. L'ODM a donné son approbation à la délivrance de ce permis de séjour conformément à l'art. 42 al.

#### **E. 5**

Les recourants ont requis à titre de mesures d'instruction la production du dossier des joueurs nord-coréens dont il a été question ci-dessus avec interpellation de l'ODM et l'audition d'un témoin. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (ci-après : Cst. ; RS 101), le droit d'être entendu

comprend le droit pour l'intéressé de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504; ATF 126 I 15; ATF 124 I 49 et les réf. cit.) En particulier, le droit de faire administrer des preuves suppose notamment que le fait à prouver soit pertinent et que le moyen de preuve proposé soit apte et nécessaire à prouver ce fait. Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 pp. 428/429). L'autorité peut donc mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429 et les arrêts cités; ATF 122 V 157 consid. 1d p. 162; ATF 119 Ib 492 consid. 5b/bb p. 505). En l'espèce, il n'y a pas lieu de procéder à l'audition du témoin requise dès lors que le point de fait pour lequel les recourants souhaitaient qu'il soit entendu n'est pas pertinent. En effet, comme cela a été constaté précédemment, la question de savoir s'il était démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou de l'UE/AELE correspondant au profil du recourant n'avait été trouvé peut rester ouverte, l'exigence des qualifications personnelles posées à l'art. 23 LEtr ne pouvant être considérée comme remplie. Quant à la production du dossier des joueurs nord-coréens, elle n'est pas plus pertinente, les recourants ne pouvant se prévaloir d'une inégalité de traitement puisque l'ODM déclare s'en tenir à ses directives.

#### **E. 6**

Vu ce qui précède, il est inutile d'examiner encore si la rémunération mensuelle promise (3'800 francs brut) est conforme aux conditions de rémunération usuelles au sens de l'art. 22 LEtr et des directives de l'ODM (ch. 4.7.11.2.3).

#### **E. 7**

Le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Conformément à l'art. 49 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et applicable aux causes pendantes à cette date en vertu de son art. 117 al. 1, les frais sont supportés par la partie qui succombe. Vu l'issue du pourvoi, l'émolument de justice, arrêté à 500 francs, sera donc mis à la charge des recourants, solidairement entre eux. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens.

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