

# **GE\_GERICHTE JTAPI/456/2024 vom 15. Mai 2024**

GE Cour de justice, 2024-05-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_JTAPI\\_456\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_456_2024)

FR: GE\_GERICHTE JTAPI/456/2024 du 15 mai 2024

IT: GE\_GERICHTE JTAPI/456/2024 del 15 maggio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

### **E. 2**

Aux termes de l'art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le délai de recours est de trente jours s'il s'agit d'une décision finale (art. 57 al. 1 let. a LPA). Ce délai court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 LPA).

#### **E. 2.1**

; 6B\_869/2014 du 18 septembre 2015 consid. 1.2 ; 5A\_225/2012 du 26 septembre 2012 consid. 2.1.2 ; 8C\_227/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.2).

### **E. 3**

Selon une jurisprudence constante, le fardeau de la preuve de la notification d'un acte, notamment de la date à laquelle celle-ci est intervenue, incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 142 IV 125 consid. 4.3 ; 136 V 295 consid. 5.9 et les nombreuses références ; ATA/65/2011 du 11 février 2011 consid. 5). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve, en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi, dont la bonne foi est présumée (ATF 142 IV 125 consid. 4.3 ; 129 I 8 consid. 2.2 ; 124 V 400 consid. 2a ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_634/2015 du 26 avril 2016 consid.

### **E. 4**

En l'espèce, la décision querellée - datée du 31 octobre 2023 - ayant été expédiée sous simple courrier A, il est impossible de déterminer précisément la date de sa notification à la recourante, dont le fardeau de la preuve incombe à l'autorité intimée. Compte tenu de la jurisprudence rappelée ci-dessus, le tribunal retiendra dès lors que le recours, déposé le 6 décembre 2023, est recevable sous cet angle, étant en outre précisé que l'autorité intimée, qui s'en rapporte à justice quant à la recevabilité du recours, ne prétend pas le contraire. Partant, interjeté par ailleurs dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est ainsi formellement recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 LPA.

### **E. 5**

La recourante sollicite la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties ainsi que l'audition de M. L. \_\_\_\_\_ en qualité de témoin.

#### **E. 6**

Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit pour les parties de produire des preuves pertinentes, 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 142 II 218 consid. 2.3 ; 140 I 285

- 11/21 - A/4091/2023 consid. 6.3.1). Ce droit ne s'étend toutefois qu'aux éléments pertinents pour décider de l'issue du litige et le droit de faire administrer des preuves n'empêche 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (cf. not. art. 41 in fine LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_668/2020 du 22 janvier 2021 consid. 3.3 ; 2C\_339/2020 du 5 janvier 2021 consid. 4.2.2 ; ATA/1637/2017 du 19 décembre 2017 consid. 3d), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_725/2019 du 12 septembre 2019 consid. 4.1 ; 2C\_1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 5.2.1).

#### **E. 7**

En l'espèce, le tribunal estime que la recourante a eu la possibilité de faire valoir ses arguments par le biais des écritures usuelles et de produire tout moyen de preuve qu'elle estimait utile en annexe de celles-ci. Ainsi, il convient de retenir que le dossier contient les éléments suffisants et nécessaires, tels qu'ils ressortent des écritures des parties, des pièces produites et du dossier de l'autorité intimée, pour statuer sur le litige. Quant à l'audition de M. L. \_\_\_\_\_, la recourante n'a pas démontré que ce dernier pourrait apporter, dans le cadre d'une audition, des éléments supplémentaires par rapport à l'attestation écrite rédigée par ses soins le 15 mars 2024, soit très récemment, et versée au dossier en annexe de la réplique. Partant, il n'apparaît pas nécessaire de procéder aux demandes d'instruction, en soi non obligatoires, requises.

#### **E. 8**

Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce. Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

### **E. 9**

Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

### **E. 10**

Dans un premier grief d'ordre formel, la recourante se prévaut d'une violation de son droit d'être entendue, sous l'angle du défaut de motivation de la décision attaquée et eu égard à l'absence de production du préavis de la commission tripartite sur lequel se fondait cette décision.

### **E. 11**

Le droit d'être entendu, tel que défini plus haut, est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_825/2012 du 17 avril 2013 consid. 3.1). Ce moyen doit dès lors être examiné en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2).

Il implique notamment, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_478/2017 du 8 mai 2018 consid. 2.1). L'art. 46 al. 1 LPA fait de plus obligation aux autorités administratives de rendre des décisions motivées.

### **E. 12**

Selon une jurisprudence constante, l'obligation de motiver n'impose pas à l'autorité d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuves et griefs invoqués par les parties (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_298/2017 du 30 avril 2018 consid. 2.1). Il suffit, au regard de ce droit, qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que les intéressés puissent se rendre compte de la portée de celle-ci et la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2). La portée de l'obligation de motiver dépend des circonstances concrètes, telles que la nature de la procédure, la complexité des questions de fait ou de droit, ainsi que la gravité de l'atteinte portée à la situation juridique des parties. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. En outre, la motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 IV consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_415/2019 du 27 mars 2020 consid. 2.1). Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 134 I 83 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_56/2015 du 13 mai 2015 consid. 2.1). Il ressort toutefois de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'autorité de recours exerce le même pouvoir d'examen que l'autorité de décision (ATF 129 II 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300; ATF 126 I 68 c. 2 p. 72, RDAF 2001 I 586; ATF 124 II 132 c. 2d p. 138). La réparation du vice doit toutefois

- 13/21 - A/4091/2023 demeurer exceptionnelle, en particulier lorsqu'il s'agit d'une violation grave, surtout parce que l'exercice différé du droit d'être entendu ne constitue le plus souvent qu'un succédané imparfait de l'audition préalable qui a été omise (ATF 116 V 182 c. 3c p. 187; ATE 105 la 193 c. 2b/cc p. 197). En outre, elle n'entre en considération que si la personne touchée ne subit aucun préjudice dans l'exercice différé du droit d'être entendu et dans la réparation du vice. Il ne serait en aucun cas admissible que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte (ATF 129 I 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300).

### **E. 13**

Conformément à l'art. 4 al. 1 du règlement d'application de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (RaLEtr - E 2 10.01), la commission tripartite pour l'économie, dépendant du conseil de surveillance du marché de l'emploi, instituée par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du

### **E. 18**

Selon l'art. 11 LEI, 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 (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3).

### **E. 19**

À teneur de l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'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) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c), notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEI), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEI). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

### **E. 20**

En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; 2D\_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêts du Tribunal

- 15/21 - A/4091/2023 administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.2).

### **E. 21**

La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, concerne au premier chef le domaine du marché du travail. 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 (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, in FF 2002

3469 ss, p. 3485 s. et 3536). 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6b ; Minh Son NGUYEN, Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 s. et les références citées). Selon les directives et circulaires du secrétariat d'État aux migrations Séjour avec activité lucrative, état au 1er avril 2024 (ci-après : directives LEI), ch. 4.3.1, qui ne lie pas le juge, mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 ; ATA/896/2018 du 4 septembre 2018), il convient de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné à s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main- d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans le pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 8.3 ; C-3518/2011 du 16 mai 2013 consid. 5.1 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015 consid. 12 ; ATA/940/2015 du 15 septembre 2015 consid. 7c).

## **E. 22**

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 État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEI). En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État

- 16/21 - A/4091/2023 membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_434/2014 du 8 août 2014 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1). Les conditions d'admission ont matériellement pour but de gérer de manière « restrictive » l'immigration ne provenant pas de la zone UE/AELE, de servir conséquemment les intérêts économiques à long terme et de tenir compte de manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1). Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources

offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre 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. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c et les arrêts cités).

L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'États tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2). Même si la recherche d'un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l'employeur peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient, à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l'art. 21 LEI (ATA/1094/2019 du

## **E. 25**

Les conditions posées par l'art. 18 LEI étant cumulatives, il n'est pas nécessaire d'examiner si les autres critères prévus par cette disposition légale sont remplis. Toutefois, à titre superfétatoire, le tribunal constate que l'intérêt économique de la Suisse en lien avec l'engagement de M. C\_\_\_\_\_ n'a pas été démontré. En effet, d'après les explications de la recourante, il apparaît qu'elle a procédé à d'importants investissements financiers dans le domaine du BIM afin de pouvoir développer cette technique qui, selon elle, deviendra indispensable dans les années à venir. Elle précise également que sans l'utilisation du BIM, elle ne pourra accéder à certains projets et études spécifiques. Toutefois, ces arguments ne correspondent pas à l'acception étroite de l'intérêt économique de la Suisse au sens de l'art. 18 let. a LEI. Il en va de même quant à son intérêt à ce que ses autres employés puissent être formés à la technologie BIM par M. C\_\_\_\_\_. En effet, rien ne démontre que l'emploi de ce dernier pourrait réellement avoir des retombées économiques positives pour la Suisse, que ce soit en termes de création de places de travail ou de diversification de l'économie régionale, étant rappelé que l'intérêt économique de la Suisse ne doit pas être confondu avec celui de l'employeur à engager une personne particulière. Le fait que M. C\_\_\_\_\_ soit sollicité pour participer, en tant qu'expert, à des séances de la SIA ou que ce dernier ait contribué à la rédaction du « Guide des règles de base pour les modèles numériques BIM » dans sa version 2024 ne permet pas de parvenir à un autre résultat, ces éléments ne démontrant pas l'existence d'un intérêt économique pour la Suisse au sens de la jurisprudence applicable. L'attestation établie par M. L\_\_\_\_\_ le 15 mars 2024 va d'ailleurs dans le même sens. Celle-ci précise en effet que M. C\_\_\_\_\_ contribue fortement au succès de la

- 20/21 - A/4091/2023 recourante qui est, grâce au travail de ce dernier, en mesure de répondre avec succès à des appels d'offre importants prenant en compte l'utilisation de la méthode BIM. Quant au développement et au rayonnement du canton auquel M. C\_\_\_\_\_ contribuerait, selon M. L\_\_\_\_\_, il ne ressort d'aucun élément au dossier. L'on peine en effet à distinguer quel intérêt économique – au sens de la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 18 LEI - pourrait découler pour le canton de l'engagement de M. C\_\_\_\_\_, indépendamment de l'utilisation de BIM, déjà en place au sein de la recourante comme vu supra, notamment par le biais de M. K\_\_\_\_\_. En outre, la technologie BIM fait désormais l'objet en Suisse, depuis 2021, selon les propres explications de la recourante, d'une formation spécifique menant à l'obtention d'un Certificate of advanced studies en « coordination BIM HEIA-FR-HES- SO/E\_\_\_\_\_ », de sorte que cette technologie est, en tout état et indépendamment de l'engagement de M. C\_\_\_\_\_, destinée à se développer en Suisse. Partant, force est de constater que les conditions posées par l'art. 18 LEI ne sont in casu pas remplies.

#### **E. 26**

En conclusion, eu égard aux développements qui précèdent, le tribunal considère que la décision querellée ne viole pas le droit fédéral. C'est ainsi à bon droit que l'autorité intimée a refusé de délivrer l'autorisation sollicitée. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

#### **E. 27**

En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), la recourante, qui succombe, est condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 700.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

#### **E. 28**

En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

- 21/21 - A/4091/2023

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