Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 217/2009
{T 0/2}

Arrêt du 11 septembre 2009
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Müller, Président,
Zünd et Donzallaz.
Greffier: M. Vianin.

Participants à la procédure
1. A._____ Sàrl,
2. B.X._____,
recourantes, représentées par Me Dan Bailly, avocat,

contre

Service de l'emploi du canton de Vaud,
rue Caroline 11, 1014 Lausanne,

Service de la population du canton de Vaud,
avenue de Beaulieu 19, 1014 Lausanne.

Objet
Autorisation de séjour CE/AELE,

recours contre l'arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 27 février 2009.

Faits:

A.
B.X._____ (alias C._____), ressortissante polonaise née en 1980, est entrée en Suisse le 27 mai 2002, au bénéfice d'une autorisation d'une durée de quatre mois délivrée en vue de suivre un stage agricole.

En 2006, la prénommée a épousé à Yverdon-les-Bains C.X._____, ressortissant de l'ex-Serbie et Monténégro né en 1975.

Par décision du 15 janvier 2008, le Service de la population du canton de Vaud a refusé d'octroyer une autorisation de séjour CE/AELE avec activité lucrative à B.X._____ et de délivrer une autorisation de séjour par regroupement familial à C.X._____. Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal cantonal vaudois l'a déclaré irrecevable le 19 mars 2008 et a rejeté la demande de restitution de délai le 9 avril 2008. Les recourants ont déféré ces prononcés au Tribunal fédéral, qui les a déboutés (arrêts 2C 304/2008 et 2C 305/2008 du 15 août 2008). Le Service de la population a imparti aux époux X._____ un délai au 19 mai 2008 pour quitter le territoire, terme qui a été reporté au 15 octobre 2008.

Le 11 septembre 2008, la société A._____ Sàrl (ci-après: la Société ou la recourante 1), sise à I._____,

qui exploite en cette ville l'établissement J._____, a déposé une demande de permis de séjour avec activité lucrative, en vue d'engager B.X._____ en qualité de sommelière.

B.
Par décision du 21 novembre 2008, le Service de l'emploi du canton de Vaud a rejeté la demande.

Le 8 décembre 2008, la Société a demandé au Service de l'emploi de reconsidérer sa décision, ce que ce dernier a refusé de faire par prononcé du 12 décembre 2008.

Le 12 décembre 2008, la Société et B.X._____ ont recouru au Tribunal cantonal vaudois à l'encontre de la décision du 21 novembre 2008.

Par arrêt du 27 février 2009, le Tribunal cantonal a rejeté le recours. Il a relevé que la prénommée tombait sous le coup du régime transitoire valant pour les ressortissants des huit pays d'Europe centrale - dont la Pologne - ayant adhéré à l'Union européenne le 1er mai 2004. Estimant que les démarches effectuées par la Société pour trouver une employée sur le marché indigène ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 21 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20; en vigueur depuis le 1er janvier 2008) et des directives de l'Office fédéral des migrations sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, il a confirmé la décision du Service de l'emploi.

C.
A l'encontre de cet arrêt, la Société et B.X._____ forment un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire, en demandant au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, respectivement de le réformer en ce sens que l'autorisation sollicitée lui est délivrée et de l'annuler ainsi que de renvoyer la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A titre préalable, elles requièrent l'octroi de l'effet suspensif.

L'Office fédéral des migrations s'est rallié aux considérants de l'arrêt attaqué. L'autorité précédente a renoncé à se déterminer sur le recours. Le Service de la population a fait de même sur le fond, en proposant de rejeter la demande d'effet suspensif.

Par ordonnance présidentielle du 11 mai 2009, la requête d'effet suspensif a été rejetée.

Le 11 août 2009, B.X._____ a déposé une demande d'autorisation de séjour CE/AELE sans exercice d'une activité lucrative.

Considérant en droit:

1.
1.1 Selon l'art. 83 lettre c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral, ni le droit international ne donnent droit.

1.2 Si l'intéressé fait valoir qu'il a droit à une autorisation de séjour sur la base de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), le Tribunal fédéral entre en matière - nonobstant la clause d'irrecevabilité de l'art. 83 lettre c ch. 2 LTF - du seul fait que celui-ci est un ressortissant de l'Union européenne, examinant ensuite avec le fond si la convention donne effectivement un tel droit (ATF 131 II 339 consid. 1.2 p. 343; 130 II 388 consid. 1.2 p. 390 s. [arrêts rendus sous l'empire de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006]; arrêt [rendu sous le régime de la LTF]2C 378/2007 du 14 janvier 2008 consid. 2.1, in RtiD 2008 II p. 179).

Cette jurisprudence se fonde notamment sur l'art. 4 ALCP (cf. ATF 130 II 388 consid. 1.2 p. 390), selon

lequel le droit de séjour et d'accès à une activité économique est garanti sous réserve des dispositions transitoires de l'art. 10 ALCP, ainsi que sur l'art. 11 par. 3 ALCP (cf. arrêt précité 2C 378/2007 consid. 2.1 avec renvoi à l'ATF 131 II 352 consid. 1 p. 353 ss), disposition en vertu de laquelle les décisions rendues sur recours peuvent être déférées à l'instance judiciaire nationale compétente.

1.3 Ressortissante polonaise, la recourante 2 tombe sous le coup du régime transitoire prévu par l'art. 10 par. 2a ALCP. Selon cette disposition, la Suisse et, entre autres parties contractantes, la République de Pologne, peuvent maintenir, jusqu'au 31 mai 2007, à l'égard des travailleurs de l'autre partie contractante employés sur leur territoire, les contrôles de la priorité du travailleur intégré dans le marché régulier du travail et des conditions de salaire et de travail. Chacune des parties contractantes peut demander la prorogation du régime transitoire jusqu'au 31 mai 2009, faculté dont la Suisse a fait usage (cf. RO 2008 573). En vertu de l'art. 10 par. 4a ALCP, le régime transitoire a été prorogé une seconde fois (cf. RO 2009 3075) et demeurera en vigueur jusqu'au 30 avril 2011 (cf. aussi art. 38 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange [ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes; OLCP; RS 142.203; entrée en vigueur le 1er juin 2002]).

La recourante tombant sous le coup du régime transitoire réservé par l'art. 4 ALCP, on peut se demander si la jurisprudence décrite ci-dessus (consid. 1.2) s'applique à elle. La question doit être tranchée par l'affirmative. En effet, le régime transitoire porte exclusivement sur l'accès au marché. Si les conditions de celui-ci sont réunies, les ressortissants des nouveaux Etats membres ont un droit à obtenir une autorisation de séjour - ou un autre titre de séjour - (Felix Klaus, in Ausländerrecht, 2e éd., 2009, no 17.47). En outre, l'exigence de la double instance de recours prévue à l'art. 11 par. 3 ALCP vaut sans réserve. Par conséquent, la voie du recours en matière de droit public est ouverte, la question de savoir si les conditions relatives au marché du travail sont réunies devant être examinée avec le fond.

1.4 Au surplus, interjeté par des parties directement touchées par la décision attaquée et qui ont un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (cf. art. 89 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre un jugement final (cf. art. 90 LTF) rendu dans une cause de droit public (cf. art. 82 lettre a LTF) par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (cf. art. 86 al. 1 lettre d et al. 2 LTF). Déposé dans le délai (cf. art. 100 al. 1 LTF) et la forme (cf. art. 42 LTF) prévus par la loi, le recours en matière de droit public est en principe recevable.

Il s'ensuit que le recours constitutionnel subsidiaire doit être déclaré irrecevable (cf. art. 113 LTF).

1.5 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

2.
2.1 La mise en oeuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes est réglée par l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes.

Selon l'art. 26 OLCP, les autorités cantonales compétentes délivrent les autorisations visées par l'ordonnance.

D'après l'art. 27 OLCP, intitulé "Décision préalable à l'octroi de l'autorisation", avant que les autorités cantonales compétentes n'accordent à un ressortissant d'un nouvel Etat membre de la Communauté européenne une autorisation en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée, l'autorité cantonale du marché du travail rend une décision précisant que les conditions relatives au marché du travail sont remplies. La procédure est régie par le droit cantonal.

2.2 L'Office fédéral des migrations a émis des directives sur l'introduction progressive de la libre circulation

des personnes («http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/rechtsgrundlagen/weisungen und kreisschreiben/weisungen und rundschreiben.html» [consulté le 24 août 2009]). S'agissant du contrôle de la priorité des travailleurs indigènes - en relation notamment avec l'art. 10 par. 2a ALCP -, ces directives prévoient ce qui suit (pt 5.5.2 de la version du 1er juin 2009, identique au pt 5.6.2 de la version du 30 juin 2008, sous réserve de la mention au 2e par. du nombre des nouveaux Etats membres, qui a été supprimée):
"Lors de la décision préalable relative au marché du travail, le contrôle de la priorité des travailleurs indigènes est également effectué. L'employeur doit prouver qu'il a déployé des efforts de recrutement sur le marché du travail indigène et n'y a pas trouvé de travailleur (suisse ou étranger intégré dans le marché du travail suisse) ayant le profil recherché. [...]

Les employeurs doivent annoncer suffisamment tôt les postes vacants qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs des nouveaux Etats membres de la CE aux offices régionaux de placement (ORP) en vue de leur mise au concours dans PLASTA. Les employeurs doivent également attester les efforts de recrutement au moyen d'annonces publiées dans la presse quotidienne et/ou spécialisée, des médias électroniques ou d'une agence de placement privée. Dans le cadre de son obligation de collaborer, l'employeur est tenu de prouver ses efforts de recherche. Un refus général des demandes, basé sur une appréciation globale de la situation de l'économie et du marché du travail (par ex. indication générale du nombre de demandeurs d'emploi dans le canton ou la branche) et sans référence à un cas précis, est irrecevable en raison du droit prévu dans l'ALCP.

Par conséquent, les mêmes prescriptions que pour les ressortissants d'Etats tiers s'appliquent en matière de respect de la priorité des travailleurs indigènes."
Il ressort du dernier paragraphe que l'art. 21 LEtr, intitulé "Ordre de priorité", est applicable, au moins par analogie, à l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse des ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne.

Aux termes de l'art. 21 al. 1 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 pu être trouvé.

3.
3.1 En l'espèce, les recourantes reprochent à l'autorité précédente d'avoir mal appliqué l'art. 21 LEtr ainsi que les directives de l'Office fédéral des migrations en considérant que les démarches de la Société aux fins de recruter une sommelière sur le marché indigène étaient insuffisantes. Elles font valoir que, contrairement à l'opinion de l'autorité précédente, les recherches ont été entreprises suffisamment tôt. En outre, les "nombreuses annonces" passées avant la demande en vue d'engager la recourante 2 seraient demeurées sans réponse. Quant aux postulations reçues après celle-ci, elles n'auraient pas correspondu aux exigences du poste. Au surplus, au vu de la zone de diffusion (non seulement les régions francophones du canton de Fribourg, mais aussi la Broye vaudoise) et du tirage de ce quotidien, on ne saurait reprocher à la Société d'avoir fait paraître ses annonces seulement dans "La Liberté". Dans ces conditions, le refus d'accorder une autorisation à la recourante 2 apparaîtrait arbitraire.

3.2 L'autorité précédente a constaté - d'une manière qui lie le Tribunal de céans (cf. consid. 1.5) - que la Société a entrepris deux types de démarches afin de trouver une employée sur le marché indigène. D'une part, elle a fait paraître quatre annonces dans "La Liberté", en dates respectivement des 25 novembre 2006, 9 juillet 2007, 29 mars 2008 et 7 novembre 2008. D'autre part, elle a signalé le poste à l'Office régional de placement, une première fois vers le 27 août 2008 (la décision entreprise fait état d'une "confirmation d'inscription du 27.8.2008" [lettre F de la partie en fait]) et une seconde fois le 17 novembre 2008.

Il faut convenir avec l'autorité précédente que les deux premières annonces dans "La Liberté" ne peuvent guère être prises en considération, du fait qu'elles dataient de plus d'une année au moment où la Société a déposé la demande tendant à l'engagement de la recourante 2, le 11 septembre 2008. Quant à la troisième annonce, elle remontait tout de même à plus de cinq mois, tandis que la quatrième est parue seulement après le dépôt de la

demande en question. Par ailleurs, le poste n'a été annoncé à l'Office régional de placement - pour la première fois - que vers le 27 août 2008, soit seulement deux semaines environ avant le 11 septembre 2008.

Au demeurant, l'autorité précédente a retenu qu'il y avait eu au total neuf postulations pour l'emploi de sommelière à l'établissement J._____, toutes postérieures au dépôt de la demande en vue d'engager la recourante 2. Elle a relevé que les motifs avancés par la Société pour expliquer pourquoi elle avait écarté ces candidatures étaient pour certains lacunaires ou peu convaincants ou encore se trouvaient en contradiction avec les pièces du dossier. La Société avait ainsi déclaré que D._____ ne s'était pas présentée, alors qu'il ressortait du dossier qu'elle avait été reçue le 26 novembre 2008. La candidature de E._____ avait été écartée sous prétexte qu'elle n'était pas libre de suite, ce qui apparaissait peu convaincant, du moment qu'elle était disponible déjà à partir de janvier 2009. En outre, pour deux autres candidates - F._____ et G._____ -, aucune pièce ne figurait au dossier. Or, devant le Tribunal de céans, les recourantes - qui se bornent à affirmer qu'aucune des candidatures ne correspondait aux exigences du poste - ne contestent pas le point de vue de l'autorité précédente et ne donnent pas davantage d'explications.

Au surplus, s'agissant d'un emploi peu qualifié, il apparaît peu vraisemblable que la Société n'ait pas trouvé de collaboratrice, même en limitant ses recherches au canton de Fribourg et à la Broye vaudoise.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que l'autorité précédente a considéré que la Société n'avait pas apporté la preuve lui incombant qu'elle avait fourni des efforts de recrutement suffisants et que ceux-ci ne lui avaient pas permis de trouver une employée intégrée dans le marché du travail suisse.

4.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

Succombant, les recourantes supportent les frais judiciaires, solidairement entre elles (cf. art. 66 al. 1 et 5 LTF) et n'ont pas droit à des dépens (cf. art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.
Le recours en matière de droit public est rejeté.

3.
Des frais judiciaires de 2'000 fr. sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

4.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourantes, au Service de l'emploi, au Service de la population et à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud, ainsi qu'à l'Office fédéral des migrations.

Lausanne, le 11 septembre 2009
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Müller Vianin