



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 70.757/4
du 19 janvier 2022

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'visant à octroyer aux milieux d'accueil de l'enfance
un subside de renforcement en vue de garantir leur
accessibilité et portant diverses dispositions en faveur de la
qualité de l'accueil'

Le 22 décembre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'visant à octroyer aux milieux d'accueil de l'enfance un subside de renforcement en vue de garantir leur accessibilité et portant diverses dispositions en faveur de la qualité de l'accueil'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 19 janvier 2022. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 janvier 2022.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉ PRÉALABLE

L'article 12, § 2, de la section 1^{er}, du chapitre V de l'accord de coopération-cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française 'relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières', dispose :

« Le Gouvernement ou le Collège de la partie concernée transmet au comité ministériel et à l'organe de concertation tout projet d'arrêté réglementaire en matière de soins de santé ou d'aide aux personnes dès sa prise d'acte ».

Il résulte du dossier transmis à la section de législation qu'il a été décidé de soumettre le projet à la concertation intra-francophone parallèlement à la saisine de celle-ci. L'auteur du projet veillera au bon accomplissement de cette formalité.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Dès lors que le projet entend se fonder sur le décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »', il convient de préciser quels sont les articles de ce décret qui lui servent de fondement juridique ¹. L'alinéa 1^{er} sera complété en conséquence.

2. Conformément à l'article 7 du décret du 21 février 2019 'visant à renforcer la qualité et l'accessibilité de l'accueil de la petite enfance en Communauté française', l'Office de la Naissance et de l'Enfance (O.N.E.) doit donner un avis sur le projet dès lors que celui-ci règle « les conditions et modalités de calcul, de liquidation et de récupération des subsides pouvant être octroyés par l'O.N.E. aux pouvoirs organisateurs de milieux d'accueil de la petite enfance ».

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 23.

Les termes du contrat de gestion 2021-2025 de l'O.N.E. approuvé par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 24 juin 2021, qui font état d'un pouvoir de proposition de l'Office², doivent être compris au regard de cette disposition décrétole (qui constitue une norme hiérarchiquement supérieure).

Par conséquent, à l'alinéa 7, il convient de viser « l'avis » de l'O.N.E. et non « la proposition » émise par celui-ci.

DISPOSITIF

Articles 1^{er}, 3 et 5

1. Une combinaison des articles 1^{er} (article 1^{er}, 10°, en projet, de l'arrêté 2 mai 2019), 3 (article 86/1, 2°, en projet, de l'arrêté du 2 mai 2019) et 5 (article 91/1, second tiret, en projet, de l'arrêté du 2 mai 2019), aboutit à confier à l'O.N.E. un important pouvoir réglementaire en chargeant celui-ci d'élaborer un « plan d'action de renforcement de l'accessibilité » auquel l'ensemble des crèches et des services d'accueil d'enfants devront à l'avenir participer pour pouvoir prétendre à un **subside**.

L'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge, en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire (articles 33 de la Constitution et 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles') et échappe à tout contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont, en outre, dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de contrôle préventif exercé par la section de législation et de publication. Si, dans le passé, la section de législation a déjà jugé admissibles certaines exceptions à l'interdiction de déléguer une compétence réglementaire à des organismes publics, il s'agissait généralement de délégations de portée limitée et d'une technicité telle qu'il pouvait être considéré que les organismes qui devaient appliquer la réglementation concernée, étaient également les mieux placés pour l'élaborer en connaissance de cause et exercer la compétence ainsi déléguée³. De

² Le point 1.1-11 du contrat de gestion prévoit : « L'Office propose un projet d'arrêté du Gouvernement en vue de traduire les modalités visées aux articles 1.1-4 à 1.1-9 dans l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 mai 2019 fixant le régime d'autorisation et de subvention des crèches, des services d'accueil d'enfants et des (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s ».

La section de législation observe à cet égard que le projet va au-delà de cette habilitation puisqu'il ne se limite pas à des modifications apportées à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 mai 2019 en vue d'implémenter un **subside d'impulsion** et un **subside de renforcement**.

³ Avis n° 68.535/4 donné le 18 janvier 2021 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 février 2021 'relatif à l'agrément et au subventionnement de services de support en matière de médecine préventive et de promotion de la santé, du service opérationnel en matière de promotion de la santé buccodentaire et d'opérateurs de formation dans le domaine de la promotion de la santé à l'école', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68535.pdf>.

telles délégations supposent qu'elles n'impliquent pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité ⁴. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce.

Interrogée à ce sujet, la déléguée de la Ministre a précisé :

« [...] le plan d'action porte sur une série de mesures incitatives visant à soutenir le développement d'une vision et de pratiques d'accessibilités tant primaire que secondaire au sein de l'ensemble des milieux d'accueil : partages d'expériences, communautés de pratiques, informations-documentation... qui vient soutenir la mise en œuvre des dispositions réglementaires issues de l'arrêté du 2 mai 2019 et du code de qualité de l'accueil et s'inscrit donc dans le prolongement des délégations à l'ONE prévues au sein de ces dispositions ».

La définition donnée par l'article 1^{er}, 10°, en projet, de ce plan est large permettant ainsi d'aller bien au-delà des exemples cités par la déléguée de la Ministre. Ce faisant, elle autorise à l'évidence de nombreux choix en opportunité dans le chef de l'O.N.E. Les conséquences de ce plan seront d'ailleurs importantes pour les crèches et les services d'accueil des enfants puisque le respect de celui-ci conditionnera leur accès aux subsides.

Cette délégation ne peut être comparée, quant à sa portée, aux autres délégations faites à l'O.N.E. par le code de la qualité et de l'accueil et par l'arrêté du 2 mai 2019 qui n'ont pas fait l'objet d'observation de la part de la section de législation ⁵.

Par conséquent, la délégation que le projet entend accorder à l'O.N.E. concernant l'élaboration du plan d'action de renforcement de l'accessibilité n'est pas admissible. Le projet sera revu de manière à ce que le pouvoir d'adopter ce plan demeure entre les mains du Gouvernement ou soit délégué à l'un de ses membres, le texte en projet pouvant prévoir que ce plan est adopté après avis de l'O.N.E.

2. Les articles 86/1 et 91/1 en projet imposent aux pouvoirs organisateurs des crèches et des services d'accueil d'enfants de fournir, selon les modalités fixées par l'O.N.E., l'inventaire du personnel du milieu d'accueil via le portail mis à disposition par l'O.N.E. indiquant les sources de financement affectées à la rémunération de ce personnel.

⁴ Avis n° 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69166.pdf>.

⁵ Dans ses avis n° 65.293/4 donné le 14 mars 2019 sur le projet devenu l'arrêté du 2 mai 2019, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65293.pdf> et n° 67.648/2/V donné le 27 juillet 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 septembre 2020 'portant premier ajustement de la réforme des milieux d'accueil', la section de législation critique certaines habilitations que le projet accorde à l'O.N.E., <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67648.pdf>. Ces observations n'ont cependant pas été entièrement suivies.

L'O.N.E., dès lors qu'il est chargé de fixer les modalités de fourniture de cet inventaire, se voit confier un pouvoir réglementaire. S'agissant d'une habilitation présentant un caractère limité et technique et compte tenu des missions décrétales de l'O.N.E., celle-ci est admissible. Toutefois, dans un souci de transparence, le dispositif gagnerait à préciser la façon dont la publicité de ces modalités sera assurée.

Article 2

Dans un alinéa 2 qu'il ajoute à l'article 59 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 mai 2019 'fixant le régime d'autorisation et de subvention des crèches, des services d'accueil d'enfants et des (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s', l'article 2 du projet prévoit une dérogation à l'article 59, alinéa 1^{er}, qui impose que

« [l]e temps prévu pour la fonction de direction et d'encadrement psycho-médico-social ne peut être structurellement consacré à l'accueil des enfants ».

La dérogation bénéficie aux crèches non subventionnées, d'une part, et aux crèches bénéficiant du seul subside de base visé à l'article 97 de l'arrêté du 2 mai 2019 dont la capacité d'accueil est égale ou inférieure à 28 places, d'autre part.

Interrogée sur la différence de traitement qui est ainsi instaurée avec les autres crèches mais également sur la raison pour laquelle, en ce qui concerne les crèches non subventionnées, il n'est pas tenu compte du nombre de places, la déléguée de la Ministre a précisé :

« Pour les crèches visées par l'article 2, le personnel de puériculture n'est pas subventionné et dans la pratique la responsable du milieu d'accueil est active dans l'encadrement des enfants. Ceci est possible pour des crèches dont la capacité est moindre, car au-delà, les autres tâches ne permettent plus cet investissement dans l'encadrement des enfants (la disposition limite donc cette possibilité aux trois premières tranches de capacité 14, 21 et 28) ».

Si cette explication permet de comprendre la raison pour laquelle les crèches subventionnées ayant un nombre de places supérieur à 28 ne sont pas visées, elle ne permet, par contre, pas de justifier le fait que la capacité d'accueil ne soit pas prise en considération pour les crèches non subventionnées, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination.

L'obligation qui est imposée par l'article 59, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 2 mai 2019 constitue une condition de maintien de l'autorisation d'accueil que doivent respecter l'ensemble des milieux d'accueil, que ceux-ci soient subventionnés ou non ⁶.

⁶ Voir l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 21 février 2019 'visant à renforcer la qualité et l'accessibilité de l'accueil de la petite enfance en Communauté française'.

Le fait qu'une certaine capacité une fois atteinte, les autres tâches ne permettent plus un investissement dans l'encadrement des enfants est également valable pour les crèches non subventionnées.

Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de justifier la différence de traitement qui est instaurée par l'article 59, alinéa 2, en projet, de l'arrêté du 2 mai 2019 entre les crèches et les services d'accueil d'enfants, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

À défaut, le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 3

Dans la phrase liminaire, il convient de préciser dans quel titre, chapitre et section, l'article 86/1 en projet de l'arrêté du 2 mai 2019 est inséré dans l'arrêté du 2 mai 2019.

Article 6

L'article 97, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de l'arrêté du 2 mai 2019 confie à l'O.N.E. le soin de fixer les modalités d'affectation du subside de base au financement du personnel d'accueil des enfants, salarié ou statutaire. De telles modalités ont une portée réglementaire.

Il est renvoyé à l'observation 1 formulée sous les articles 1^{er}, 3 et 5. Une telle délégation n'est donc admissible qu'à supposer qu'elle présente un caractère limité et technique.

Interrogée à ce sujet, la déléguée de la Ministre a précisé :

« En ce qui concerne les modalités de subventionnement, il s'agit des modalités techniques pour passer du montant du subside de direction en son équivalent en subside de personnel d'accueil des enfants ».

Compte tenu de ces explications et du cadre posé par l'article 97, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté du 2 mai 2019, cette habilitation en faveur de l'O.N.E. peut être admise.

Article 13

Interrogée sur la raison pour laquelle la dérogation organisée par l'article 130/1 en projet de l'arrêté du 2 mai 2019 est limitée au subside de base visé à l'article 97 du même arrêté, la déléguée de la Ministre a expliqué :

« Il s'agit de limiter la portée de la dérogation. Il nous paraît justifié de renforcer les conditions requises (et donc de restreindre les possibilités de dérogation) à mesure que s'accroît le soutien financier apporté par la Communauté française ».

L'explication ainsi fournie ne permet cependant pas de comprendre concrètement les raisons pour lesquelles un tel renforcement est jugé nécessaire et serait justifié. L'auteur du projet veillera dès lors à être en mesure de pouvoir apporter une telle justification ; à défaut l'article 130/1 en projet sera revu afin de garantir le respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

Article 29

Il résulte de l'article 29 que le projet – à l'exception de son article 11 qui produit ses effets le 1^{er} janvier 2021 – devrait produire ses effets à partir du 1^{er} janvier 2022, ce qui revient à lui donner une portée rétroactive.

La non-rétroactivité des arrêtés est de règle, en vertu d'un principe général de droit. Elle peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par une disposition législative. En l'absence d'autorisation légale, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels ⁷.

Interrogée à ce sujet, la déléguée de la Ministre précise que « la rétroactivité se justifie par la nécessité que les moyens budgétaires couvrent l'ensemble de l'année 2022 ».

Ceci étant, les articles 3 et 5 posent des conditions d'accès aux subsides prévus par l'arrêté du 2 mai 2019 qui sont difficilement compatibles avec une quelconque rétroactivité dès lors qu'ils reposent sur de nouvelles obligations mises à charges des pouvoirs organisateurs. Il en va d'autant plus ainsi que le plan d'action de renforcement de l'accessibilité – dont le respect constituera une condition d'accès aux subventions – n'existe pas encore.

En outre, les modifications apportées à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 décembre 2003 'fixant le code de la qualité et de l'accueil' reviennent à modifier des obligations à charge des pouvoirs organisateurs. À prendre l'exemple de l'article 23 du projet qui modifie le contenu du projet d'accueil qui doit être délivré aux parents, cette disposition ne peut être appliquée rétroactivement, le pouvoir organisateur n'étant

⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 211.

pas en mesure de modifier pour le passé les projets d'accueil qu'il aura distribués depuis le 1^{er} janvier 2022 jusqu'au jour de la publication de l'arrêté en projet.

En outre, la rétroactivité au 1^{er} janvier 2021 de l'article 11 du projet devra faire l'objet d'une justification spécifique.

L'article 29 sera revu au regard de cette observation.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET