

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 256.779 du 14 juin 2023

A. 232.330/VIII-12.178

En cause :

1. **l'association sans but lucratif « FÉDÉRATION DES MILIEUX D'ACCUEIL DE LA PETITE ENFANCE »**, (en abrégé FeMAPE),
2. **la société à responsabilité limitée « NANNY'S HOME »**,
3. **la société à responsabilité limitée « LES P'TITES GRIBOUILLES »**,
4. **la société à responsabilité limitée « PAS À PAS »**,
5. **FICHERS Nicole**,
6. **la société à responsabilité limitée « 1^{ère} ESCALE »**,
7. **DÉSIRON Laurence**,
8. **GASIA Christine**,
9. **WILKIN Elodie**,

ayant toutes élu domicile chez
M^e Jean LAURENT, avocat,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Michel KAISER, avocat,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles,

A. 232.331/VIII-12.179

En cause :

l'association sans but lucratif « LES RASE-MOQUETTE »,
ayant élu domicile chez
M^e Jean LAURENT, avocat,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Michel KAISER, avocat,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 27 novembre 2020, l'association sans but lucratif « Fédération des milieux d'accueil de la petite enfance », (en abrégé FeMAPE), la société à responsabilité limitée « Nanny's Home », la société à responsabilité limitée « les P'tites Gribouilles », la société à responsabilité limitée « Pas à pas », Nicole Fichers, la société à responsabilité limitée « 1^{ère} Escale », Laurence Désiron, Christine Gasia et Elodie Wilkin demandent l'annulation de « l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 septembre 2020 portant premier ajustement de la réforme des milieux d'accueil » (A. 232.330/VIII-12.178).

Par une requête introduite le 27 novembre 2020, l'association sans but lucratif « Les Rase-Moquette » demande l'annulation du même arrêté (A. 232.331/VIII-11.179).

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé dans les deux affaires.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Alain Lefèbvre, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure dans chacune des deux affaires.

Les rapports ont été notifiés aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire dans chacune des affaires.

Par des ordonnances du 18 avril 2023, les affaires ont été fixées à l'audience du 26 mai 2023.

M. Luc Detroux, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Jean Laurent, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Michel Kaiser, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Alain Lefebvre, premier auditeur, a été entendu en son avis partiellement conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Données de la cause

Le 17 septembre 2020, le Gouvernement de la Communauté française adopte un arrêté 'portant premier ajustement de la réforme des milieux d'accueil'.

Il s'agit de l'arrêté attaqué.

Il a été publié au *Moniteur belge* du 28 septembre 2020.

Cet arrêté tend à modifier, d'une part, l'arrêté 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 et, d'autre part, l'arrêté du 22 mai 2019 'fixant le régime transitoire des milieux d'accueil modifiant 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 et abrogeant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 portant réglementation générale des milieux d'accueil, l'arrêté du 1^{er} février 2017 approuvant le règlement de l'Office relatif à l'autorisation d'accueil, l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 mai 2004 relatif à la reconnaissance des formations et qualifications du personnel des milieux d'accueil, l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 septembre 2003 relatif aux cas de force majeure et circonstances exceptionnelles, l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 19 juin 2003 fixant la liste des catégories de services ou institutions dispensées d'autorisation et l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 19 juillet 2007 portant approbation des modalités fixées par l'ONE en vertu de l'article 18 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 portant réglementation des milieux d'accueil', l'article 29 modifiant cet intitulé devenant : « arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant le régime transitoire des milieux d'accueil ».

L'arrêté du 2 mai 2019 en question a fait l'objet des recours enrôlés sous les numéros de rôle général A. 229.711, A. 229.712, A. 229.722 et A. 229.723.

Cet arrêté du 2 mai 2019 a été modifié par l'arrêté du 22 mai 2019 précité, par des arrêtés des 20 décembre 2019, 7 avril 2020, 23 avril 2020, 30 avril 2020, 4 juin 2020, 18 juin 2020, par l'arrêté attaqué du 17 septembre 2020, et ensuite par des arrêtés des 12 novembre 2020, 17 décembre 2020, 1^{er} avril 2021, 15 décembre 2021, 31 mars 2022, 14 juillet 2022, 8 septembre 2022, 27 octobre 2022 et 24 novembre 2022. Aucun des arrêtés autres que l'arrêté attaqué par le présent recours, n'a fait l'objet d'un recours. Aucune des dispositions modifiées par l'arrêté attaqué n'a jusqu'à présent été modifiée à nouveau.

L'arrêté du 22 mai 2019 n'a pas fait l'objet de recours. Parmi les dispositions de cet arrêté modifiées par l'arrêté attaqué par les présentes requêtes, seul l'article 12/1 a par la suite été à nouveau modifié par l'arrêté du 27 octobre 2022.

IV. Connexité

Les deux requêtes, déposées le même jour, concernent le même arrêté et soulèvent des moyens identiques. Il y a lieu de statuer à leur égard par un seul et même arrêt.

V. Recevabilité

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité des recours.

Les actes réglementaires sont susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et dont ils peuvent modifier défavorablement la situation, ainsi que par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement des effets qui leur font grief.

Les associations sans but lucratif peuvent agir devant le Conseil d'État lorsqu'elles satisfont aux conditions pareillement exigées dans le chef de toutes les autres personnes physiques ou morales, à savoir justifier d'un intérêt direct, personnel et légitime. En particulier, le recours en annulation formé par une association est recevable lorsqu'elle se prévaut, pour agir, d'une atteinte portée par l'acte attaqué aux intérêts collectifs spécifiques, distincts de l'intérêt général, qu'elle poursuit de manière durable en raison de son objet social.

En l'espèce la première requérante dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178 est une association dont les statuts indiquent que son objet social est la

représentation au sens le plus large de ses membres effectifs et adhérents, lesquels sont des représentants des milieux d'accueil de la petite enfance. Elle peut donc se prévaloir d'un intérêt collectif spécifique à agir contre l'arrêté attaqué.

Les autres requérantes sont des sociétés, associations ou personnes physiques qui gèrent des milieux d'accueil de la petite enfance.

Sous réserve de ce qui sera exposé à l'occasion de l'examen des moyens ne portant que sur une ou plusieurs dispositions de l'arrêté attaqué, elles ont un intérêt au recours contre l'arrêté attaqué dans la mesure où celui-ci tend à modifier défavorablement les conditions d'exercice à leur activité.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des parties requérantes

VI.1.1. Les requêtes en annulation

Dans les deux affaires, les requérantes prennent un premier moyen de la violation de l'article 12, § 2, 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'.

Selon les requérantes, ni le comité ministériel, ni l'organe de concertation institués par cet accord de coopération n'ont été saisis, ce qui constitue une violation de la disposition visée au moyen.

VI.1.2. Les mémoires en réplique

Les requérantes prennent acte de ce que le projet a bien été soumis à l'organe de concertation qui a décidé qu'il ne nécessitait pas d'avis, ainsi que cela ressort de la pièce 3 du dossier administratif.

Elles font valoir toutefois que l'accord de coopération précise, en son article 13, § 2, que le comité ministériel dispose d'un délai de quinze jours pour se concerter sur le projet d'acte réglementaire à la fin de la saisine de l'organe de concertation et qu'il en résulte que le comité ministériel doit être saisi même en l'absence d'avis ou de recommandation de l'organe de concertation, alors que le

dossier administratif comprend bien, en pièce 3, l'avis de l'organe de concertation, mais aucune pièce quant à la saisine du comité ministériel.

VI.1.3. Les derniers mémoires des parties requérantes

Les requérantes se réfèrent à des avis de la section de législation du Conseil d'État dont il résulte que l'acte attaqué alors en projet devait être soumis non seulement à l'organe de concertation, mais également au comité ministériel prévu par l'accord de coopération, qui est tenu de se concerter sur tout projet d'arrêté réglementaire qui lui est soumis. Elles soulignent l'importance de cette concertation qui, selon elles, a pour but de garantir un fonctionnement optimal entre les autorités concernées et notamment dans l'intérêt des personnes qui, comme elles-mêmes, exercent leur activité en matière d'aide aux personnes.

Selon elles, il s'agit d'une formalité substantielle qui touche à la compétence de la partie adverse et qui est donc d'ordre public.

Elles soutiennent à cet égard que le seul fait que l'exposé des motifs de l'accord de coopération-cadre n'indique pas s'il s'agit d'une formalité d'ordre public ne suffit pas à considérer que le présent moyen n'est pas d'ordre public. Elles se réfèrent à cet égard à la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle « dans le domaine du droit administratif, les moyens d'ordre public sont ceux qui sont pris de la violation de règles qui visent à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire de règles qui concernent des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touchent de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doivent toujours être garanties au profit de la société dans son ensemble. Les principaux moyens d'ordre public sont l'incompétence de l'auteur, le défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'État, la violation de la loi sur l'emploi des langues, la violation de l'autorité de chose jugée, l'interdiction de la rétroactivité » (arrêt n° 245.098 du 4 juillet 2019).

Elles ajoutent qu'il résulte également de la jurisprudence qu'un moyen qui concerne la compétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public, de telle sorte qu'il peut être soulevé par une partie requérante sans qu'elle doive justifier d'un intérêt à cet égard. Elles renvoient à cet égard à un arrêt n° 94.677 (lire : 94.766) du 19 avril 2001 et à un avis de la section de législation dans lequel celle-ci a considéré que « les autorités qui ont conclu un accord de coopération entre elles doivent le respecter et ne peuvent pas édicter unilatéralement des règles de droit portant atteinte au contenu de l'accord de coopération » (avis n^{os} 52.324/AG/4 et 52.325/AG/4 du 14 janvier 2013).

À supposer que le moyen ne soit pas d'ordre public, *quod non* selon elles, elles affirment avoir un intérêt au moyen pour le motif que ce mécanisme est de nature à éviter l'adoption de textes qui présenteraient des contrariétés entre les politiques menées par ces différents pouvoirs et dont les requérants sont destinataires.

Elles contestent que cet intérêt puisse être considéré comme non concret et purement spéculatif ou hypothétique. Elles se réfèrent au préambule de l'accord de coopération pour souligner leur intérêt à bénéficier d'une politique efficace en matière d'accueil de la petite enfance. Elles soutiennent que les autres parties à l'accord auraient pu critiquer les choix effectués par la partie adverse et donnent à cet égard l'exemple de la Région wallonne qui, selon elles, « semble moins frileuse à ce que les établissements en matière d'aide aux personnes ne relèvent pas exclusivement du secteur non marchand, comme le souhaite la partie adverse » et qui a ainsi veillé à un équilibre entre les secteurs privé commercial, associatif et public dans les établissements pour les aînés.

VI.2. Appréciation

Dans leurs requêtes, les requérantes font grief à la partie adverse d'avoir adopté l'arrêté attaqué sans avoir respecté l'article 12, § 2, 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'.

L'article 12, § 2, en question, dans sa version en vigueur au moment de l'adoption de l'arrêté attaqué, disposait :

« 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 administratif que, le 18 juin 2020, le Gouvernement de la partie adverse a décidé de soumettre le projet à la concertation intra-francophone, « conformément aux articles 14 et 15 de l'accord de coopération », dispositions qui impliquaient, dans leur version en vigueur au moment de l'adoption de l'arrêté attaqué, que le comité ministériel et l'organe de concertation soient, conformément à une procédure d'urgence, saisis « conformément à l'article 12 ».

Il résulte également de ce même dossier qu'en date du 3 juillet 2022 le président de l'organe de concertation a rédigé un courrier destiné au président et aux membres du comité ministériel leur faisant savoir que l'organe de concertation avait décidé de ne pas rendre d'avis ni de formuler de recommandations concernant l'arrêté attaqué, alors en projet, « introduit le 19 juin 2020 par le Gouvernement de la Communauté française, selon la procédure ordinaire visée à l'article 13 de l'accord de coopération-cadre ».

En vertu de l'article 13, § 2, de cet accord de coopération, le comité ministériel disposait alors d'un délai de 15 jours pour se concerter, délai que le comité de concertation pouvait décider au consensus d'allonger.

Il ne ressort pas du dossier administratif que le comité ministériel se soit concerté sur le projet. Cette concertation n'est toutefois pas obligatoire : il suffit pour que l'accord de coopération ne soit pas méconnu par une des parties à l'accord que le comité ministériel ait bien été saisi du projet.

Même si le dossier administratif n'apporte pas la preuve formelle que le Gouvernement de la partie adverse a bien, conformément à l'article 12 de l'accord de coopération, transmis le projet au comité ministériel, il ressort du courrier précité du 3 juillet 2020 que l'organe de concertation a, quant à lui, bien été saisi de ce projet et a fait part au comité ministériel de son intention de ne pas rendre d'avis ni d'émettre de recommandation à son égard. Dans l'hypothèse où il aurait souhaité rendre un avis ou émettre des recommandations, le comité ministériel n'aurait pu se concerter avant d'avoir reçu cet avis ou cette recommandation ou avant l'expiration du délai laissé à l'organe de concertation pour rendre cet avis.

En tout état de cause, l'obligation de saisir le comité ministériel de tout projet d'arrêté réglementaire en matière de soins de santé ou d'aide aux personnes étant prévue par un accord de coopération et non par une règle prévue par ou en vue de la Constitution pour répartir les compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées, elle ne constitue pas une règle de compétence et sa violation n'affecte pas la compétence de la partie adverse d'adopter l'arrêté attaqué, à moins qu'il ne soit établi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, qu'en adoptant un tel arrêté sans saisir formellement le comité ministériel institué par cet accord, la partie adverse aurait méconnu la loyauté fédérale en rendant impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences des autres parties à l'accord.

L'éventuelle violation de cette obligation n'affectant en conséquence pas la compétence de l'auteur de l'acte, les requérantes devraient justifier d'un intérêt au

moyen, en démontrant qu'en l'espèce, l'accomplissement de cette formalité aurait pu avoir pour elles une influence sur le sens de la décision prise ou les auraient privées d'une garantie, ce qu'elles ne démontrent pas. L'absence de toute réaction des autres gouvernements parties à l'accord de coopération et au comité ministériel à la suite de l'absence d'avis de l'organe de concertation rend purement hypothétique l'intérêt des requérantes au moyen. La circonstance, invoquée par elles, que la Région wallonne aurait une politique plus ouverte sur le secteur marchand dans la politique des aînés n'est qu'une pure spéculation très hasardeuse sur la volonté qu'aurait pu avoir ce gouvernement de tenter d'influencer une décision dans la matière de l'accueil des enfants, qui ne relève aucunement de ses compétences.

Le moyen ne peut donc en tout état de cause justifier l'annulation de l'arrêté attaqué.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèses des parties

VII.1.1. Les requêtes en annulation

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation des articles 33 et 108 de la Constitution, du principe de la délégation de compétences et de pouvoirs, du principe de la séparation des pouvoirs, de l'incompétence de l'auteur et du principe de la sécurité juridique et du principe de motivation matérielle.

Elles reproduisent l'article 33 de l'arrêté du 2 mai 2019 tel que modifié par l'article 6 de l'arrêté attaqué et allèguent qu'en vertu de ces dispositions, l'ONE doit organiser un « processus préparatoire » obligatoire à l'égard des pouvoirs organisateurs et doit déterminer les modalités relatives à l'ouverture des lieux d'accueil, aucune autre information relative au processus préparatoire n'étant fournie dans l'arrêté attaqué.

Elles en déduisent que l'article 6 de l'arrêté attaqué confère ainsi un pouvoir réglementaire à l'ONE exercé de manière tout à fait discrétionnaire.

La requête dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178 donne l'exemple de la deuxième requérante qui souhaite ouvrir un deuxième milieu d'accueil, qui a introduit une fiche d'intention d'ouverture à l'ONE, et à qui un agent de l'ONE a simplement indiqué par courriel les étapes et les modalités du processus préparatoire, ce qui démontre bien, selon elle, que ce pouvoir réglementaire est

exercé de manière discrétionnaire par l'ONE. La requérante dans l'affaire A. 232.331/VIII-12.179 indique qu'elle souhaite agrandir son milieu d'accueil mais qu'elle est découragée en raison du flou qu'implique la réglementation et notamment l'article 6 de l'arrêté attaqué.

Dans une première branche, les requérantes rappellent les articles 33 et 108 de la Constitution et font valoir que la section de législation et la doctrine soulignent que « l'attribution d'une compétence réglementaire à une autorité non politiquement responsable, comme des organismes publics ou 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 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, telle que celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État. Seules sont admissibles les délégations de portée limitée et d'une technicité telle que l'on peut considérer que les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée, sont également les mieux placés pour élaborer en connaissance de cause et exercer la compétence ainsi déléguée ». Elles allèguent que les délégations à un organisme public ne sont donc admissibles que si elles remplissent deux conditions cumulatives, à savoir que la délégation a une portée limitée et qu'elle est d'une technicité telle que l'on peut considérer que les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée sont également les mieux placés pour élaborer en connaissance de cause.

D'après elles, en l'espèce, la délégation est tout à fait opaque et il n'est nullement explicité en quoi ce processus de préparation consiste, quelles en sont les étapes et les formalités, ni en quoi consistent les modalités relatives à l'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil d'enfants. Elles ajoutent que n'est nullement démontrée une quelconque technicité à l'établissement des règles procédurales et des modalités en question. Elles font valoir que l'ONE n'est pas une autorité administrative politiquement responsable et ne peut aucunement se voir octroyer un pouvoir réglementaire sans violer les dispositions et principes visés au moyen.

Dans une seconde branche, elles soutiennent que l'arrêté attaqué a violé l'obligation de motivation matérielle. Elles exposent à cet égard que, dans son avis 2018/15, donné à la suite de la sollicitation du ministre, le conseil d'avis de l'ONE avait souligné le manque de clarté de ce qu'il convient d'entendre par « processus préparatoire » en ces termes : « Que faut-il entendre par “processus préparatoire organisé par l'ONE” ? Ces termes peuvent décourager des PO qui envisageraient la création d'un milieu d'accueil ».

Elles relèvent que, selon le Conseil d'État, « afin de statuer de façon éclairée, l'autorité administrative est tenue de solliciter les avis que les normes législatives ou réglementaires lui imposent de recueillir. Elle peut également, si elle s'estime insuffisamment informée, procéder d'initiative à d'autres consultations. L'autorité doit par ailleurs permettre aux administrés de comprendre, par les motivations matérielle et formelle de ses actes, pour quelles raisons elle a décidé dans un sens déterminé. Cette obligation s'impose également lorsque la consultation à laquelle l'auteur d'une décision administrative a procédé est facultative. En effet, lorsque celui-ci sollicite un avis, il doit le prendre en considération quand bien même il n'était pas tenu de le demander. Le respect de cette obligation doit ressortir de la motivation de l'acte adopté » (arrêt n° 204.162 du 20 mai 2010).

Selon elles, il ne ressort nullement de l'arrêté attaqué en quoi consiste ce processus préparatoire et les garanties qu'il offre pour ne pas décourager les pouvoirs organisateurs qui envisageraient d'ouvrir un milieu d'accueil. Elles ajoutent que la partie adverse est passée outre l'avis du conseil d'avis qu'elle avait elle-même sollicité et que la motivation de l'acte attaqué fait donc défaut alors que tout acte administratif doit reposer sur des motifs matériels exacts, pertinents et admissibles en droit qui doivent ressortir du dossier administratif.

VII.1.2. Les mémoires en réponse

Selon la partie adverse, le moyen est irrecevable en ce qu'il concentre sa critique sur le « processus préparatoire » tel que visé à l'article 33, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 2 mai 2019, qui est étranger à l'arrêté attaqué, et en ce qu'il ne critique pas l'article 6 de celui-ci.

Quant au fond, sur la première branche, elle allègue que les requêtes en annulation n'indiquent pas précisément ni concrètement en quoi l'article 6 de l'arrêté attaqué violerait les dispositions et principes visés au moyen. Elle indique qu'après la reproduction de la critique formulée dans les quatre recours dirigés contre l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 mai 2019, il est énoncé lapidairement qu'« en octroyant la possibilité pour l'ONE d'établir les modalités relatives à l'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil d'enfants, la partie adverse a violé les articles 33 et 108 de la Constitution, le principe de la délégation de compétence et de pouvoir, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de la sécurité juridique, a commis un excès de pouvoir et était, en [tout] état de cause, incompétente pour adopter un tel article ». Selon elle, le propos relève de la seule affirmation, sans être précédé d'une quelconque démonstration.

Elle relève qu'en toute hypothèse, l'article 6 de l'arrêté attaqué n'a qu'une portée limitée puisqu'il ne concerne qu'un type de milieu d'accueil, à savoir les services d'accueil d'enfants et que l'ONE se voit investi du seul pouvoir de « déterminer » les « modalités d'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil d'enfants ».

Elle fait valoir que le Conseil d'État a déjà validé un pouvoir réglementaire reconnu à l'ONE dans son arrêt n° 236.854, du 20 décembre 2016. Elle en déduit qu'il est erroné de soutenir que l'octroi d'un pouvoir réglementaire à un organisme d'intérêt public (tel l'ONE) est inconstitutionnel. Elle souligne que le pouvoir réglementaire conféré à l'ONE et mis en exergue dans l'arrêt précité était prévu en des termes extrêmement larges, puisque l'article 6, § 2, du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'ONE disposait (à l'époque) que « nul étranger au milieu familial de vie de l'enfant ne peut accueillir, sauf de manière occasionnelle, des enfants âgés de moins de six ans sans en avoir obtenu l'autorisation préalable de l'Office sur la base des critères qu'il prévoit, tels qu'approuvés par le Gouvernement » et que l'arrêt a jugé d'office que cet article « attribue ainsi expressément un véritable pouvoir réglementaire à la partie adverse, notamment pour ce qui a trait à la définition des critères sur la base desquels une autorisation d'accueil peut être accordée, refusée ou retirée, lequel pouvoir doit s'exercer selon la modalité particulière que fixe la même disposition, à savoir l'approbation – par le Gouvernement de la Communauté française – de ces critères ainsi arrêtés par la partie adverse, sur la base de ce pouvoir réglementaire. Ce pouvoir d'approbation attribué au Gouvernement par le décret est un pouvoir de tutelle, lequel n'autorise pas ce Gouvernement à substituer son règlement à celui que la partie adverse est seule compétente pour arrêter ».

Quant à la deuxième branche, elle soutient que le moyen manque en fait, puisqu'il vise « le processus préparatoire » qui fait l'objet de l'article 33, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 2 mai 2019 et non l'alinéa 2 de ce même article inséré par l'arrêté attaqué et que le conseil d'avis de l'ONE a émis un avis le 9 juillet 2020, ainsi que le relève du reste le préambule de l'arrêté attaqué.

VII.1.3. Les derniers mémoires de la partie adverse

À titre principal, la partie adverse soutient que les parties requérantes n'ont pas intérêt au moyen, car la disposition entreprise dans ce moyen ne s'applique que pour les lieux d'accueil, à savoir les accueillantes d'enfants salariées des services d'accueil d'enfants et qu'aucune requérante n'a un intérêt quelconque à

l'annulation de cette disposition dès lors qu'aucune d'entre elles n'est le pouvoir organisateur d'un service d'accueil d'enfants et aucune d'entre elles n'exerce ou ne postule à exercer l'activité d'accueillante salariée au sein d'un service d'accueil d'enfants. Elle en conclut que le moyen est irrecevable.

À propos de la première branche, elle tient à préciser que la règle permettant à un organisme d'intérêt public dédié à l'enfance comme l'ONE de déterminer « les modalités relatives à l'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil d'enfants » est très modeste et est bien conforme aux conditions établies par la jurisprudence et la jurisprudence, à savoir être de portée limitée et d'une technicité telle que l'on peut considérer que l'organisme concerné est mieux placé pour l'élaborer en connaissance de cause.

Elle ajoute que le décret du 21 février 2019 détermine les milieux d'accueil pour lesquels les pouvoirs organisateurs doivent solliciter une autorisation conformément aux articles 5 et 6 du décret et aux procédures et conditions prévues par l'arrêté du 2 mai 2019 (crèches, services d'accueil d'enfants, accueillantes indépendantes, services d'accueil spécialisé de la petite enfance, ...). Elle expose que les accueillantes salariées engagées par les services d'accueil d'enfants ne sont pas des « milieux d'accueil » devant être autorisés mais des « lieux d'accueil » et que si l'on accorde une telle autorisation, l'on doit disposer de la possibilité de retrait de celle-ci (parallélisme des formes et des compétences). Elle fait valoir que ces éventuelles décisions de retrait d'autorisation seraient incompatibles avec la réglementation relative au droit du travail du personnel salarié et que si les accueillantes salariées ne peuvent donc pas être soumises à un régime d'autorisation, les services d'accueil d'enfants doivent néanmoins respecter certaines conditions pour pouvoir les engager, ces conditions étant liées à l'infrastructure dont dispose l'accueillante, à sa formation ainsi qu'à la capacité autorisée du service.

Elle allègue qu'ainsi, les modalités déterminées par l'ONE et relatives à l'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil, soit l'engagement de nouvelles accueillantes salariées, déterminent simplement la procédure d'introduction des demandes par les services ainsi que le fait que l'ONE doit marquer son accord pour l'engagement selon les conditions d'infrastructure et de diplôme instaurées par l'arrêté, l'ONE n'ayant pas de compétence discrétionnaire en la matière mais plutôt une compétence liée sur la base du constat du respect (ou non) des conditions formelles. Elle ajoute qu'une fois l'accord donné, la responsabilité quant à l'engagement et au maintien de l'activité de l'accueillante salariée appartient entièrement au service d'accueil d'enfants dans le cadre de ses obligations en tant qu'employeur (au même titre qu'une crèche vis-à-vis de ses puéricultrices salariées).

Elle estime que le deuxième moyen n'est donc pas fondé dans sa première branche.

À propos de la deuxième branche, la partie adverse renvoie à son mémoire en réponse.

VII.2. Appréciation

L'article 6 de l'arrêté attaqué ajoute à l'article 33 de l'arrêté 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' un second alinéa rédigé comme suit :

« L'ONE détermine les modalités relatives à l'ouverture des lieux d'accueil des services d'accueil d'enfants ».

En vertu de 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', le gouvernement fixe, après avoir sollicité l'avis de l'Office de la Naissance et de l'Enfance (ONE), les conditions, modalités et procédures, d'octroi, de maintien, de suspension et de retrait de l'autorisation d'accueil.

Aucune disposition de ce décret, ni aucune autre disposition décrétable n'habilite le gouvernement à déléguer une compétence réglementaire en la matière à l'ONE. L'article 5 de ce même décret attribue à cet organisme la compétence de délivrer les autorisations, soit celle d'adopter des actes administratifs individuels, mais non celle d'adopter des dispositions réglementaires. L'article 6 du décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « ONE »', dans sa version en vigueur lors de l'adoption de l'arrêté du 27 février 2003 'portant réglementation générale des milieux d'accueil', en cause dans l'arrêt n° 236.854 du 20 décembre 2016 cité par la partie adverse, attribuait certes une compétence réglementaire en la matière pour fixer les critères d'octroi des autorisations, mais cette disposition a été remplacée par l'article 13 du décret du 21 février 2019 qui ne prévoit plus l'octroi d'un tel pouvoir.

En vertu de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', l'attribution d'une compétence à un service décentralisé est une matière réservée au législateur décentral.

Le gouvernement est donc en tout état de cause sans compétence pour déléguer un pouvoir réglementaire à l'ONE, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si l'attribution d'un pouvoir tel que celui conféré à cet organisme par l'article 6 de

l'arrêté attaqué, serait admissible au regard des principes constitutionnels visés au moyen.

Le moyen est donc fondé en ce qu'il est pris de l'incompétence de la partie adverse pour adopter l'article 6 de l'arrêté attaqué. Conformément à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, cette irrégularité peut donc donner lieu à l'annulation de cette disposition, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les requérantes ont un intérêt à ce moyen.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse des parties requérantes

VIII.1.1. Les requêtes en annulation

Les requérantes prennent un troisième moyen de la violation du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, du principe de la sécurité juridique et du principe de la motivation matérielle.

Elles exposent que l'article 36 de l'arrêté attaqué prévoit que « le présent arrêté produit ses effets le 1^{er} septembre 2020. Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, les articles 26, 32 et 35 produisent leurs effets le 1^{er} janvier 2020 » et soutiennent qu'il ne respecte dès lors pas le principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs qui signifie qu'un acte administratif réglementaire ne peut sortir des effets juridiques obligatoires à une date antérieure à sa publication.

Elles rappellent que le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs, destiné à prévenir l'insécurité juridique, requiert que le contenu du droit soit prévisible et accessible, en manière telle que chacun puisse raisonnablement prévoir les conséquences d'un acte lorsque celui-ci se réalise. Elles ajoutent que des exceptions à ce principe sont possibles notamment lorsque la rétroactivité s'appuie sur des situations constituées dans le passé, lorsqu'elle est nécessaire à l'exécution de la loi, lorsqu'elle vise à assurer la continuité d'un service public, lorsqu'elle répond à un impératif de régularisation et enfin lorsqu'elle ne fait pas grief. Elles allèguent qu'il appartient à l'auteur de l'acte de justifier de manière formelle, et sur le fondement de motifs pertinents et légalement admissibles, les circonstances exceptionnelles pouvant justifier qu'il le fasse rétroagir.

Selon elles, en l'espèce, la rétroactivité de l'arrêté attaqué ne s'appuie pas sur des situations constituées dans le passé, n'est pas nécessaire à l'exécution

d'une loi, ne vise certainement pas à assurer la continuité d'un service public et ne répond pas à un impératif de régularisation, mais elle instaure une insécurité juridique inadmissible.

Elles soutiennent que tel est particulièrement le cas pour les articles 1^{er} et 4 de l'acte attaqué en ce qu'ils visent la modification des articles 5, § 2, et 14 de l'arrêté du 2 mai 2019 car ces dispositions devaient initialement entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et l'article 1^{er} de l'arrêté du 20 décembre 2019 a différé l'entrée en vigueur de ces dispositions au 1^{er} juillet 2020. Elles ajoutent que l'article 1^{er} de l'arrêté du 18 juin 2020 a différé à nouveau l'entrée en vigueur de ces dispositions au 1^{er} octobre 2020. Selon elles, cela signifie que l'entrée en vigueur de ces dispositions était donc bien le 1^{er} octobre 2020. Elles indiquent encore que cela a d'autant plus son importance pour les articles 5, § 2, et 14 de l'arrêté du 2 mai 2019 dès lors qu'ils leur causent griefs et ont d'ailleurs fait l'objet d'un recours en annulation. Elles exposent que par l'effet de l'article 36 de l'acte attaqué, ces dispositions de l'arrêté du 2 mai 2019 prennent finalement effet le 1^{er} septembre 2020 et que l'entrée en vigueur de ces dispositions a donc été modifiée trois fois, dont la dernière de manière rétroactive.

Elles allèguent que cela est indiscutablement contraire au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs et au principe de sécurité juridique et que cela est d'autant plus incompréhensible que la partie adverse n'a nullement motivé la nécessité de cette rétroactivité, alors que la section de législation du Conseil d'État avait observé, dans son avis n° 67.648/2, que l'article 36 de l'arrêté attaqué alors en projet contrevenait au principe de non-rétroactivité des actes administratifs et que l'auteur de l'acte devait être en mesure de justifier cette rétroactivité.

VIII.1.2. Les mémoires en réplique

Selon les requérantes, le troisième moyen, en ce qu'il est pris de la violation du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, moyen relevant de l'ordre public, est recevable sans qu'elles doivent démontrer l'existence d'un intérêt à le soulever. Elles indiquent que la partie adverse ne peut donc être suivie lorsqu'elle avance que le moyen est irrecevable pour le motif qu'elles ne démontreraient pas être affectées par la rétroactivité dénoncée.

Quant au fond, elles reproduisent les arguments de leur requête et constatent que la partie adverse ne prétend même pas dans son mémoire en réponse avoir motivé la rétroactivité.

Selon elles, la partie adverse ne peut se retrancher derrière l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 67.648/2 pour justifier la rétroactivité contestée, dès lors qu'elle est en défaut de justifier cette rétroactivité.

Elles soutiennent que les éléments apportés par la partie adverse dans son mémoire en réponse non seulement ne sont pas de nature à justifier la rétroactivité contestée mais encore ne peuvent, en tout état de cause, être retenus dès lors qu'il est de jurisprudence constante que les observations faites par la partie adverse *a posteriori* ne peuvent tenir lieu de la motivation de l'acte attaqué, les éléments de celle-ci devant, selon elles, figurer *ab initio* dans la motivation matérielle de l'acte, des explications fournies tardivement ne pouvant pallier les lacunes de la motivation d'un acte.

VIII.1.3. Les derniers mémoires des parties requérantes

Sur la recevabilité, elles renvoient aux éléments qu'elles ont développés sur la recevabilité de leur recours.

Sur le fond, elles maintiennent que la rétroactivité n'est pas justifiée.

VIII.2. Appréciation

L'annulation d'une disposition fixant une entrée en vigueur rétroactive d'un arrêté réglementaire pour le motif qu'elle contreviendrait au principe de non-rétroactivité n'a pas pour effet d'empêcher l'entrée en vigueur des autres dispositions de cet arrêté selon la règle normale d'entrée en vigueur des arrêtés réglementaires.

Même si le principe de non-rétroactivité est d'ordre public, il est destiné à prévenir l'insécurité juridique, de telle sorte que la rétroactivité est susceptible d'être admise notamment lorsqu'elle ne fait pas grief aux destinataires des actes attaqués.

Bien que cela a été relevé tant par la partie adverse que par l'auditeur rapporteur, les requérantes s'abstiennent de démontrer que la rétroactivité prévue à l'article 36 de l'arrêté attaqué fait grief aux destinataires de l'arrêté attaqué. Dans leurs requêtes, elles invoquent les articles 5, § 2, et 14, de l'arrêté du 2 mai 2019 qui sont modifiés par l'article 1^{er} et 4 de l'arrêté attaqué.

S'agissant de l'article 1^{er}, il remplace l'article 5, § 2, de l'arrêté du 12 mai 2019. L'article 130, alinéa 2, de cet arrêté, tel que modifié par l'arrêté du 18 juin 2020, fixe l'entrée en vigueur de cette disposition le 1^{er} octobre 2020. L'arrêté attaqué ne modifie pas cet article 130, alinéa 2, de telle sorte que l'article 5, § 2, est entré en vigueur à cette date du 1^{er} octobre 2020, soit postérieurement à l'adoption et la publication de l'arrêté attaqué. La rétroactivité de l'arrêté attaqué est donc sans effet quant à cette disposition et ne peut faire grief à cet égard.

S'agissant de l'article 4, il résulte de l'examen du quatrième moyen qu'il est annulé, de telle sorte que la rétroactivité ne fait pas grief aux destinataires de l'arrêté attaqué en tant qu'elle vise cette disposition.

Par conséquent, le moyen n'est pas recevable

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèses des parties

IX.1.1. Les requêtes en annulation

Les requérantes prennent un quatrième moyen de la violation des articles 28, 45, 49, 54 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 23 de la Constitution, des articles 6 et 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', des articles II.3 et II.4 du Code de droit économique, du principe de la motivation matérielle, des principes de bonne administration dont notamment le principe du raisonnable et de proportionnalité.

Dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178, elles critiquent, dans une première branche, l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué qui remplace l'article 5, § 2, de l'arrêté 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' par la disposition suivante : « le service d'accueil d'enfants ou la crèche doit être organisé par une personne morale ».

Elles soutiennent qu'empêcher de constituer des crèches et d'autres services d'accueil d'enfants en qualité de personne physique constitue une violation de la liberté d'entreprendre et d'industrie, car les pouvoirs organisateurs devraient pouvoir choisir entre ouvrir en qualité de personne physique ou de personne morale, comme cela était autorisé dans la législation antérieure.

Elles indiquent chercher en vain les motifs de ce revirement d'attitude, alors qu'ils devraient être exprimés, raisonnables et proportionnés au but poursuivi. Elles font valoir qu'actuellement, de nombreux pouvoirs organisateurs qui ont la forme de personne physique interviennent dans ce secteur. Tel est le cas, notamment, des cinquième, septième, huitième et neuvième requérantes qui seront contraintes de modifier la forme juridique de leur entreprise.

Elles critiquent également l'article 4 de l'arrêté attaqué qui remplace l'article 14 de l'arrêté du 2 mai 2019 par la disposition suivante : « le personnel du service d'accueil d'enfants et de la crèche ne peut faire partie des instances décisionnelles du pouvoir organisateur qu'à concurrence de la moitié de leurs membres au maximum ».

Elles exposent que cette disposition a pour effet, pour les pouvoirs organisateurs sous forme de SRL, de modifier la composition de leurs organes (assemblée générale et conseil d'administration), et notamment, lorsqu'elles sont constituées par une personne unique ou par deux personnes qui sont également directrices d'une crèche, de céder 50 % de leurs actions à un autre actionnaire et de nommer une ou plusieurs, selon le cas, autres administratrices ou administrateurs.

Il en découle, selon elles, que cette disposition a pour effet que les personnes qui ont ouvert un milieu d'accueil ne peuvent plus exercer les pleins pouvoirs des instances décisionnelles du pouvoir organisateur si elles souhaitent être également directrices de ce milieu d'accueil. Elles sont donc obligées de renoncer ou à leur poste de directrice et donc de permettre à une personne tierce de gérer au quotidien le milieu d'accueil ou de céder une partie de la gestion du pouvoir organisateur à une autre personne alors qu'il s'agit de leur propre projet.

Elles allèguent qu'il s'agit d'une immixtion grave dans leur liberté d'entreprendre, dont le fondement réside dans les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique dont elles rappellent la teneur, et qui est également prévue par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' qui dispose qu'« en matière économique, les régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ». Elles soulignent que la liberté d'entreprendre est également

reconnue comme un principe général de droit de l'Union européenne par la Cour de justice de l'Union européenne.

Elles soutiennent qu'en l'espèce, il s'agit de la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale qui est bafouée dès lors que l'acte attaqué limite le droit à exercer une activité économique puisqu'il interdit à tout pouvoir organisateur d'un milieu d'accueil de la petite enfance de « prendre la forme d'une personne physique » et limite le droit d'un membre du personnel du milieu d'accueil d'être également membre des instances décisionnelles du pouvoir organisateur.

Elles reconnaissent que la liberté d'entreprendre n'est pas absolue, mais qu'il convient de vérifier, en l'espèce, si la limitation à la liberté d'entreprendre répond aux conditions imposées par la jurisprudence de la CJUE, du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, à savoir :

- si la restriction est consacrée par une disposition à valeur législative ;
- si la restriction respecte le principe de proportionnalité ;
- si la restriction est nécessaire et répond à un objectif d'intérêt général ;
- si la restriction ne portera pas atteinte à la substance même du droit ;
- si l'objectif de la restriction est légitime.

Elles font valoir qu'en l'espèce, l'obligation, pour les pouvoirs organisateurs d'un service d'accueil d'enfants ou d'une crèche, de se constituer sous la forme d'une personne morale, à l'exclusion d'une personne physique, constitue une limitation à la liberté d'entreprendre qui aurait dû être établie par le décret et non par un arrêté du gouvernement, et que tel est également le cas de la limitation du nombre de membres du personnel du milieu d'accueil pouvant également être membre des instances décisionnelles du pouvoir organisateur.

Selon elles, le décret du 21 février 2019 ne consacre aucune limitation quant à la forme juridique que doit adopter un pouvoir organisateur de service d'accueil d'enfants ou de crèche ou quant à la possibilité, pour les membres du personnel, d'être également membres des instances décisionnelles. Elles en concluent que l'auteur de l'arrêté attaqué n'avait pas l'habilitation de restreindre en ce sens la liberté des pouvoirs organisateurs et que c'est donc sans fondement légal que la partie adverse a adopté une limitation à la liberté d'entreprendre.

Elles indiquent également qu'en ce qui concerne la limitation de la forme juridique, le conseil d'avis de l'ONE avait attiré l'attention de la partie adverse sur cette problématique dans son avis 2018/04 dans lequel il est mentionné ce qui suit : « Cette nécessité de garantie suppose d'interroger le droit européen et de

rester vigilant à l'évolution du cadre légal des entreprises dont feront désormais partie les associations sans but lucratif. Il souhaite qu'une analyse des risques puisse être effectuée : l'option choisie donne-t-elle toutes les garanties de rencontrer l'objectif voulu ? Entre autres, les exigences et apports sont-ils proportionnels ? D'autant que les réformes flamandes et de la Cocom (en cours) s'orientent vers d'autres options ».

Elles ajoutent que le conseil d'avis a encore rappelé ses inquiétudes dans son avis 2018-05 : « Le conseil d'avis réitère ses questions et inquiétudes concernant les formes juridiques d'accès à l'autorisation. Il confirme sa demande d'une analyse des risques que la formule fait peser sur la reconnaissance comme service d'intérêt général d'autant plus que tant la loi sur le code des sociétés que celle sur les associations sont en discussion à la Chambre ».

Selon elles, si l'objectif, exposé lors des discussions parlementaires, est de « pérenniser » les milieux d'accueil gérés par des personnes sous statut d'indépendant, cette limitation est tout à fait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi car les indépendants en personne physique ne pourront plus être un pouvoir organisateur d'un milieu d'accueil d'enfants et cela représente un nombre considérable de places devant disparaître d'ici à 2025, ce qui a une incidence directe sur l'offre d'accueil. Elles en concluent que l'incidence sur la liberté de commerce et d'industrie des pouvoirs organisateurs est tout à fait injustifiée à cet égard.

Dans une seconde branche, elles soutiennent que les articles 1^{er} et 4 de l'arrêté attaqué violent le principe de motivation matérielle et des principes de bonne administration, car les motifs de ces dispositions ne sont pas connus et vont, selon elles, à l'encontre de ce que le conseil d'avis de l'ONE avait indiqué.

D'après elles, la partie adverse a donc commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé les principes de bonne administration dont notamment le principe de proportionnalité et le principe du raisonnable.

Dans l'affaire A. 232.331/VIII-12.179, la requérante limite sa critique à l'égard de l'article 4 mais fait valoir, pour les mêmes motifs que ceux invoqués par les requérantes dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178, que cette disposition est contraire à la liberté d'entreprendre.

IX.1.2. Les mémoires en réponse

La partie adverse constate que les critiques des requérantes fondées sur le TFUE ne sont aucunement étayées et relève qu'en vertu de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux, celle-ci s'adresse aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Elle en conclut que le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de ces différentes dispositions.

Selon elle, la critique des requérantes reposant sur le fait que l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué exclut les personnes physiques est irrecevable, dès lors que l'article 5, § 2, de l'arrêté attaqué emportait déjà pareille exclusion des personnes physiques et que cette exigence n'a, d'ailleurs, pas été contestée dans le cadre des recours dirigés contre l'arrêté du 2 mai 2019 précité.

Quant à la première branche, elle fait valoir que la liberté de commerce et d'industrie n'est pas absolue. Selon elle, il est constant, sur le fondement de l'article II.4. du Code de droit économique, que la liberté de commerce et d'industrie ne peut empêcher une autorité administrative d'opérer des choix par la voie réglementaire lorsque ceux-ci n'apparaissent pas déraisonnables.

Elle ajoute que la liberté de commerce et d'industrie ne peut prévaloir sur l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que celui-ci se voit reconnu par l'article 22*bis* de la Constitution, la Convention internationale aux droits de l'enfant et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Elle indique que les requérantes se placent exclusivement du point de vue de l'« accueillant » et articulent leurs critiques au nom des libertés économiques alors que de son côté, elle se place prioritairement du point de vue de l'« accueilli », soit l'enfant, en prenant en considération son intérêt qui est supérieur.

Elle soutient que la manière dont elle conçoit l'intérêt de l'enfant relève de son pouvoir discrétionnaire et ne pourrait être critiquée que si elle s'avère déraisonnable ou arbitraire, ce qui n'est pas le cas, d'après elle, en l'espèce.

Selon elle, la liberté de commerce et d'industrie ne requiert pas que le pouvoir organisateur d'un service d'accueil d'enfants ou d'une crèche puisse être une personne physique. Elle relève que la disposition a été justifiée par le fait que « l'existence d'une personnalité morale offre aux enfants et aux familles une garantie de stabilité » (note au Gouvernement du 12 juin 2020, p. 4) et que si la personne physique connaît une difficulté, c'est le milieu d'accueil qui se voit mis en péril et, avec lui, tous les enfants accueillis.

S'agissant de l'article 4, elle relève que cette disposition remplace l'incompatibilité stricte initialement requise par une limitation et elle soutient que cette limitation est, de toute évidence, justifiée et proportionnée, compte tenu principalement de l'intérêt supérieur de l'enfant dont le respect s'impose sur le fondement des dispositions constitutionnelle et internationales précitées.

Elle fait valoir que le but de cet article 4 est de limiter les conflits d'intérêts entre le pouvoir organisateur et le personnel du service d'accueil d'enfants ou de la crèche et de favoriser un regard extérieur. Elle renvoie à cet égard à l'avis du conseil d'administration de l'ONE (pièce 5 du dossier administratif). Elle ajoute qu'il s'agit de promouvoir le bon fonctionnement du milieu d'accueil ainsi qu'une gestion et une direction saines, car, en cas de manquement grave de la part d'un membre du personnel, le pouvoir organisateur aura la possibilité de remédier à la situation, en écartant, le cas échéant, la personne concernée, ceci afin de permettre de restaurer les conditions d'un accueil de qualité tout en assurant la continuité de l'activité (il s'agit en effet, indique-t-elle, d'éviter la fermeture du milieu d'accueil, avec les conséquences dramatiques que cette fermeture implique pour les enfants).

Selon elle, les requérantes n'établissent pas en quoi l'intérêt supérieur de l'enfant serait mieux servi en supprimant la limitation posée par la partie adverse, qui est justifiée et proportionnée.

Quant à la seconde branche, selon la partie adverse, il ressort de l'examen de la première branche que l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué est justifié.

Par ailleurs, s'agissant de l'article 4 de l'arrêté attaqué, elle allègue que le but poursuivi consiste à contenir les conflits d'intérêt et à favoriser un regard externe, et que cet objectif ne se traduit plus, comme précédemment, sous la forme d'une interdiction au personnel du service d'accueil d'enfants et de la crèche de faire partie des instances décisionnelles du pouvoir organisateur, mais sous la forme d'une limitation à concurrence de la moitié de ses membres. Elle relève qu'il a été énoncé lors de la préparation de l'acte attaqué que : « en réponse aux demandes des représentants de pouvoirs organisateurs dans lesquels la direction fait partie des instances dirigeantes, les conditions d'autorisation sont assouplies de sorte que le personnel du service d'accueil d'enfants ou de la crèche puisse faire partie des instances décisionnelles du pouvoir organisateur jusqu'à concurrence d'un tiers de ses membres » (note au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 12 juin 2020, p. 5). Elle ajoute que finalement, la limitation a été étendue par l'arrêté attaqué jusqu'à la moitié des membres.

IX.1.3. Les mémoires en réplique

Selon les requérantes, en droit européen, la liberté d'entreprendre est explicitement consacrée à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles font valoir qu'une autre source formelle de la liberté d'entreprendre sont les libertés économiques du TFUE, notamment les libertés économiques de circulation lesquelles sont désormais inscrites dans le TFUE, aux articles 28, 45, 49, 54 et 56. Elles ajoutent que la Cour constitutionnelle protège la liberté d'entreprendre au travers des libertés économiques européennes fixées dans le TFUE et la Charte des droits fondamentaux. Elles soutiennent que la liberté du commerce et de l'industrie doit être non seulement analysée au regard du droit interne belge, mais également au regard des libertés de circulation fixées par le TFUE, notamment de son article 56 et qu'en ce qui concerne l'article 51, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux, dès lors que l'acte attaqué a une incidence sur la liberté de commerce et d'industrie et donc met en œuvre le droit de l'Union, elles ont bien intérêt à invoquer la violation de l'article 16 de la Charte.

Quant au fond, elles soutiennent non seulement que la partie adverse est tenue d'agir comme autorité prudente et diligente, prenant en compte l'intérêt général et non uniquement l'intérêt d'une seule partie des administrés, mais qu'en plus l'intérêt des pouvoirs organisateurs se confond avec l'intérêt des enfants. Selon elles, les conditions de travail des membres du personnel participent à ce que l'intérêt de l'enfant soit servi au mieux et donc les atteintes aux libertés économiques des accueillantes constituent en principe également, des atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elles en concluent qu'il ne suffit donc pas à la partie adverse, de soutenir qu'elle agit dans l'intérêt de l'enfant lorsqu'elle limite la liberté des accueillantes, pour démontrer que tel est le cas.

En ce qui concerne l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué, les requérantes dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178 font valoir qu'il emporte à nouveau l'exclusion des personnes physiques de telle sorte qu'elles ont bien intérêt à contester cette disposition. Elles cherchent en vain les motifs du choix posé par la partie adverse, compte tenu de ce qu'antérieurement, l'exploitation de tels services en qualité de personne physique était permise. Selon elles, le choix posé par la partie adverse constitue un revirement d'attitude dont les motifs doivent être exprimés, raisonnables et proportionnés au but poursuivi. Elles font valoir qu'actuellement, de nombreux pouvoirs organisateurs qui ont la forme de personne physique interviennent dans ce secteur et que l'affirmation de la partie adverse selon laquelle l'existence d'une personnalité morale offre aux enfants et aux familles une garantie

de stabilité n'est étayée par aucun élément concret, aucune statistique ni aucune étude. Elles en concluent que la partie adverse est donc bien en défaut de démontrer qu'un pouvoir organisateur prenant la forme d'une personne physique contrevient à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elles affirment que pour les pouvoirs organisateurs, la forme de personne physique et celle de personne morale, présentent chacune leur avantage et les parents devraient être à même de choisir ce qui leur convient le mieux, dans un périmètre convenable. Elles ajoutent que si l'intérêt de l'enfant ne pouvait pas être garanti par un milieu d'accueil prenant la forme d'une personne physique, la partie adverse n'aurait certainement pas attendu seize ans avant de prendre cette mesure.

IX.1.4. Les derniers mémoires de la partie adverse

La partie adverse rappelle que l'article 5, § 2, de l'arrêté du 2 mai 2019, tel que modifié par l'article 1^{er} de l'acte attaqué, vise désormais toutes les personnes morales.

S'agissant de l'article 4 de l'arrêté attaqué, elle renvoie à son mémoire en réponse. Elle observe encore que des exigences de ce type se retrouvent dans nombre de réglementations en Communauté française, comme en témoignent notamment l'article 20 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 décembre 2018 'relatif aux conditions générales d'agrément et d'octroi des subventions pour les services visés à l'article 139 du décret du 18 janvier 2018 portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse', ou l'article 9, 19°, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 30 avril 2009 'portant réglementation générale et fixant les modalités de subventionnement des milieux d'accueil organisés par « l'Office » et des services d'accueil spécialisé de la petite enfance'.

Elle ajoute, s'agissant de la seconde branche, que les motifs de la mesure figurent dans la note au gouvernement, que le conseil d'avis de l'ONE en fait mention et que l'un des objectifs est d'instaurer un auto-contrôle dans tous les milieux d'accueil (hormis les accueillantes indépendantes) avec un employeur entre l'ONE et les membres du personnel, en ce compris la direction, qui puisse assumer ses responsabilités en toute indépendance. Elle reconnaît que les dispositions de cet arrêté limitent la liberté d'entreprendre mais souligne que cette limitation est entièrement justifiée et proportionnelle au but poursuivi qui est de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle en conclut qu'il ne saurait dès lors être question d'une

violation du principe de motivation matérielle et des principes de bonne administration.

IX.1.5. Les derniers mémoires des parties requérantes

Les requérantes allèguent que l’habilitation de l’article 7 du décret du 21 février 2021 n’est pas suffisante car il s’agit d’une simple délégation générale alors qu’il résulte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qu’en ce qui concerne les restrictions aux droits fondamentaux, une délégation à un autre pouvoir n’est pas contraire au principe de légalité pour autant que l’habilitation soit définie de façon suffisamment précise et porte sur l’exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur.

Au surplus, elles n’aperçoivent pas en quoi la circonstance que la disposition ne serait applicable qu’aux pouvoirs organisateurs des crèches et des services d’accueil d’enfants permettrait de conclure que la restriction aux droits et libertés répondrait au principe de proportionnalité.

Il en va de même selon elles quant à la restriction apportée par l’article 4.

IX.2. Appréciation

IX.2.1. Recevabilité du moyen

Le moyen est irrecevable en tant qu’il est pris de la violation des 28, 45, 49, 54 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, la requête n’exposant en quoi ces dispositions seraient violées.

IX.2.2. Première branche

La première branche du moyen vise la liberté de commerce et d’industrie. Comme le rappelle la Cour constitutionnelle, notamment, dans son arrêt 118/2021 du 30 septembre 2021, considérant B.37.1., « il ressort des travaux préparatoires de l’article 23 de la Constitution que le Constituant n’a pas entendu consacrer la liberté de commerce et d’industrie ou la liberté d’entreprendre dans les notions de “droit au travail” et de “libre choix d’une activité professionnelle” (*Doc. parl.*, Sénat, SE 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 15 ; n° 100-2/4°, pp. 93 à 99 ; n° 100-2/9°, pp. 3 à 10). Une telle approche découle également du dépôt de différentes propositions de “révision de l’article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le

compléter par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie" (*Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1930/1 ; Sénat, SE 2010, n° 5-19/1 ; Chambre, 2014-2015, DOC 54-0581/001) ».

Le moyen est donc non fondé en tant qu'il est pris de l'article 23 de la Constitution.

Les articles II.3. et II.4. du Code de droit économique, visés au moyen, prévoient respectivement que « chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix » et que « la liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives ».

Comme l'indique la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 150/2017 du 21 décembre 2017 :

« B.11.3. La loi du 28 février 2013, qui a introduit l'article II.3, précité, du Code de droit économique, a abrogé le décret dit d'Allarde des 2-17 mars 1791. Ce décret, qui garantissait la liberté de commerce et d'industrie, a servi régulièrement de norme de référence à la Cour dans son contrôle du respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.11.4. La liberté d'entreprendre, visée par l'article II.3 du Code de droit économique, doit s'exercer "dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi" (article II.4 du même Code).

La liberté d'entreprendre doit par conséquent être considérée en combinaison avec les dispositions de droit de l'Union européenne applicables, ainsi qu'avec l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, au regard duquel la Cour peut effectuer un contrôle direct, en tant que règle répartitrice de compétence.

Enfin, la liberté d'entreprendre est également garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B.11.5. La liberté de commerce et d'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Le législateur n'interviendrait de manière déraisonnable que s'il limitait la liberté de commerce et d'industrie sans aucune nécessité ou si cette limitation était disproportionnée au but poursuivi ».

La liberté de commerce et d'industrie n'étant pas un droit fondamental auquel la Constitution aurait expressément réservé au législateur la fixation des limites pouvant y être apportées, celles-ci peuvent être prévues par le pouvoir

exécutif à la suite de délégations accordées par le législateur pour autant que ces dernières portent sur l'exécution de mesures dont le législateur a déterminé l'objet.

En l'espèce, le législateur a lui-même limité la liberté de commerce et d'industrie dans la matière de l'accueil de la petite enfance en exigeant de toute personne physique ou morale qui organise ou demande à organiser un accueil de la petite enfance qu'elle obtienne de l'ONE une autorisation pour chaque milieu d'accueil qu'il organise, préalablement à l'ouverture et valable pendant toute la durée du fonctionnement du milieu d'accueil (article 5, § 1^{er} du décret du 21 février 2019). Il a accordé une délégation au gouvernement pour fixer « les conditions, modalités et procédures, d'octroi, de maintien, de suspension et de retrait de l'autorisation d'accueil » (article 7, 1^o, du même décret).

Selon l'article 2 du même décret, celui-ci vise à « organiser l'accueil de la petite enfance entendu comme la prise en charge professionnelle d'enfants, depuis le terme du congé de maternité jusqu'à la scolarisation, en dehors de leur milieu de vie et de la présence des parents, visant à répondre adéquatement aux besoins quotidiens et d'éducation de chaque enfant, à contribuer conjointement avec ses parents à son développement global tout en permettant à ceux-ci de concilier leurs responsabilités parentales, professionnelles et leurs engagements sociaux ».

L'article 3 établit différents types de milieux d'accueils, à savoir, notamment :

- « 1^o les crèches : milieux d'accueil de la petite enfance organisés pour prendre en charge, dans un lieu d'accueil, un minimum de 14 enfants présents simultanément encadrés par une équipe ;
- 2^o les (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s (en abrégé AEI ou CAEI) ; milieux d'accueil organisés pour prendre en charge, dans un lieu d'accueil, un maximum de 5 ou 10 enfants présents simultanément encadrés respectivement par une personne ou deux personne(s) exerçant sous statut indépendant ;
- 3^o les services d'accueil d'enfants (en abrégé SAE) : milieux d'accueil organisés pour prendre en charge, dans plusieurs lieux d'accueil, un maximum par lieu d'accueil de 5 ou 10 enfants présents simultanément encadrés respectivement soit par une personne soit par une équipe ;

[...] ».

Le législateur a donc lui-même fait une distinction entre les services composés d'une ou deux accueillantes d'enfants et qui accueillent un maximum de 5 ou 10 enfants présents simultanément dans un lieu d'accueil, et les autres services (crèches et services d'accueil d'enfants) qui accueillent un minimum de 14 enfants présents simultanément et accueillis par une équipe, ou qui organisent l'accueil dans plusieurs lieux d'accueil. Cette distinction décrétole n'aurait guère de sens si elle n'impliquait pas que le gouvernement, à qui le pouvoir de fixer les conditions

d'autorisation était délégué, n'était pas ainsi habilité à fixer des conditions différentes selon le type de milieux d'accueil.

L'article 5, § 2, tel que modifié par l'arrêté attaqué, prévoit que « le service d'accueil d'enfants ou la crèche doit être organisé par une personne morale ».

Cette disposition n'empêche donc pas une personne physique d'organiser un accueil d'enfants mais limite sa capacité d'accueil à celle prévue par l'article 3, 2° du décret.

Il y a lieu d'examiner si une telle limitation entre bien dans le cadre de la délégation accordée par le législateur et, dans l'affirmative, si elle est proportionnée au but poursuivi par celui-ci.

Il résulte des travaux préparatoires du décret précité qu'une limitation de ce type était bien envisagée lors de l'adoption du décret. En effet, il ressort du rapport de commission que l'arrêté d'exécution en projet du décret encore également en projet a été porté à la connaissance des commissaires. La ministre en charge de l'accueil de la petite enfance a, notamment, fait le commentaire suivant :

« Elle confirme ensuite que l'intention du projet de décret est bien que les PO aient la forme soit d'ASBL, soit de sociétés à finalité sociale, ou alors correspondent à un pouvoir public (une intercommunale, soit une ASBL communale), sans que cela ne remette en cause le statut à part des accueillantes indépendantes d'enfants. L'idée est que les crèches gérées par des personnes sous statut d'indépendant sont fragilisées lorsque la personne arrête son activité. Il lui paraissait donc essentiel de pérenniser ces milieux d'accueil en les incitant à adopter le statut de société à finalité sociale.

Ce statut offrira aussi à des entreprises l'occasion d'investir dans des crèches en participant à un pouvoir organisateur, afin, par exemple, de tranquilliser leurs employés et de minimiser le risque d'absentéisme.

Au sujet des accueillantes indépendantes et du fait que du côté néerlandophone, elles puissent accueillir jusqu'à 8 enfants de manière concomitante, la Ministre affirme que toutes les études ont montré que pour des raisons de sécurité, il vaut mieux limiter l'accueil à 4 enfants à temps plein avec une poussée jusqu'à 5 à certains moments » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2018-2019, 739/3, p. 10 et 11)

Il ressort de cette explication que le législateur, en accordant la délégation au gouvernement prévue par l'article 7, n'avait pas exclu que l'objet de cette délégation puisse comporter des conditions relatives à la structure juridique à adopter pour les milieux d'accueil autres que les (co)accueillantes d'enfants indépendantes.

S'agissant de la justification de cette mesure limitative de la liberté de commerce et d'industrie, il y a lieu de relever qu'elle est adéquate eu regard de l'objectif poursuivi par le décret, puisqu'elle peut effectivement contribuer à la stabilité des milieux d'accueil d'enfants. Par ailleurs, elle n'exclut aucune forme de personne morale et ne porte donc pas atteinte à la liberté d'association, le Code des sociétés et des associations permettant de constituer des personnes morales ne comportant qu'un associé. Dans la balance des droits en cause, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en considération de manière primordiale en vertu de l'article 22*bis* de la Constitution, de telle sorte que l'amélioration des conditions de son accueil en dehors de son milieu de vie à laquelle participe la mesure en cause doit être privilégiée par rapport à l'intérêt que pourraient avoir des personnes physiques à vouloir organiser une crèche ou un service d'accueil d'enfants sans avoir recours à l'une des formes de personne morale prévue par le Code des sociétés et des associations.

La première branche est donc non fondée en ce qui concerne l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué.

L'article 4 de l'arrêté attaqué remplace l'article 14 de l'arrêté du 2 mai 2019 par la disposition suivante :

« Le personnel du service d'accueil d'enfants et de la crèche ne peut faire partie des instances décisionnelles du pouvoir organisateur qu'à concurrence de la moitié de leurs membres au maximum ».

La liberté d'association consacrée par l'article 27 de la Constitution a pour objet de garantir la création d'associations privées et la participation à leurs activités. Elle implique le droit de s'associer et celui de déterminer librement l'organisation interne de l'association, mais également le droit de ne pas s'associer.

La liberté d'association est également garantie, notamment par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, invoqué au moyen, qui a une portée analogue à l'article 27 de la Constitution. L'autonomie organisationnelle des associations constitue un aspect important de la liberté d'association protégée par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 4 avril 2017, *Lovrić c. Croatie*, § 71).

Selon la Cour constitutionnelle :

« B.13.3.1. L'article 27 de la Constitution interdit de soumettre la liberté d'association à des mesures préventives, mais n'empêche pas que des associations qui participent à la réalisation d'une mission d'intérêt général et qui sont subventionnées par des pouvoirs publics puissent être soumises à des

modalités de fonctionnement et de contrôle pour autant qu'elles n'altèrent pas la substance de cette liberté » (arrêt n° 61/2021 du 22 avril 2021).

L'article 4 s'applique à tous les services d'accueil et aux crèches et non seulement aux services subventionnés.

La disposition en cause impose l'obligation qu'au moins la moitié des membres des « instances décisionnelles » ne fassent pas partie des membres du personnel de la crèche. Elle ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « instances décisionnelles », de sorte que cela vise tous les organes de la personne morale dotés d'un pouvoir de décision, ce qui, *de facto*, empêche toute personne morale constituée d'une seule personne de remplir cette condition si elle est également membre du personnel de la crèche et contraint toute personne ou toutes les personnes désireuses d'organiser une crèche ou un service d'accueil et d'être également membres du personnel de ces services de s'associer avec d'autres personnes à cette fin.

Il s'agit-là d'une ingérence dans la liberté d'association qui n'a pas été prévue par le législateur lui-même, puisqu'il n'a pas été expressément prévu par le décret que le gouvernement était habilité à fixer des conditions relatives à la composition des organes des services en cause, affectant l'autonomie organisationnelle de la personne morale organisant ces services et la liberté d'association (négative) des personnes physiques qui instituent cette dernière.

S'agissant d'une liberté fondamentale expressément consacrée par la Constitution, l'article 4 qui constitue une ingérence dans cette liberté ne peut trouver un fondement légal suffisant dans l'article 7 du décret.

La première branche est fondée en ce qui concerne l'article 4 et justifie l'annulation de cette disposition.

IX.2.3. Seconde branche (dans l'affaire A. 232.330/VIII-12.178)

S'agissant de l'article 1^{er}, il ressort de l'examen de la première branche que la condition que cette disposition impose repose sur une motivation matérielle adéquate.

La seconde branche n'est pas fondée en ce qui concerne l'article 1^{er}.

La première branche justifiant l’annulation de l’article 4 en raison du défaut d’un fondement légale suffisant, il n’est pas nécessaire d’examiner si cette disposition repose sur une motivation matérielle suffisante.

X. Cinquième moyen

Dans le cinquième moyen, qui est pris de la violation du Code des sociétés et des associations, du principe de sécurité juridique, de l’incompétence de l’auteur de l’acte, du principe de la hiérarchie des normes, du principe de la motivation matérielle et du principe du raisonnable, les requérantes font valoir que l’article 4 viole ces dispositions et principes.

Dès lors que l’examen du quatrième moyen conclut que cette disposition doit être annulée, il n’y a pas lieu d’examiner ce moyen.

XI. Sixième moyen

XI.1. Thèse des parties requérantes

XI.1.1. Les requêtes en annulation

Le moyen est pris de la violation du principe du raisonnable et du principe de proportionnalité et de l’erreur manifeste d’appréciation.

Les requérantes exposent que l’article 12 de l’arrêté attaqué prévoit que « à l’article 64, alinéa 1^{er}, du même arrêté, les mots “Toute ouverture d’un nouveau lieu d’accueil ou déménagement même temporaire d’un lieu d’accueil” sont remplacés par les mots “Tout déménagement, même temporaire, d’un lieu d’accueil d’une crèche ou d’un(e) accueillant(e) d’enfants indépendant(e)” » et que l’article 64 de l’arrêté du 2 mai 2019 est, à la suite de cette modification rédigé comme suit : « Tout déménagement, même temporaire, d’un lieu d’accueil d’une crèche ou d’un(e) accueillant(e) d’enfants indépendant(e) doit faire l’objet d’une décision favorable préalable de l’ONE, au regard des modalités prévues à l’article 38. L’ONE rend sa décision dans un délai de 60 jours à compter de l’introduction de la demande complète. Un recours administratif est prévu selon les modalités visées par l’article 39. Pour ces demandes, l’ONE détermine les documents qui doivent être fournis parmi ceux visés au chapitre II ».

Elles allèguent que cette disposition a pour effet d’obliger un milieu d’accueil qui souhaite déménager, même temporairement, à obtenir une nouvelle

autorisation préalable de l'ONE, ce qui signifie qu'un milieu d'accueil qui déménage temporairement dans un nouveau bâtiment pour effectuer des rénovations serait obligé d'effectuer à nouveau la procédure d'autorisation. Selon elles, une telle disposition a des conséquences pratiques démesurées et est donc disproportionnée. Elles soutiennent que l'acte attaqué ne contient aucun motif quant à la nécessité d'une telle disposition.

XI.1.2. Les mémoires en réplique

Selon les requérantes, ni l'acte attaqué ni le dossier administratif ne démontrent la nécessité d'une telle disposition. En particulier, elles allèguent que ce n'est pas parce que la partie adverse considère que cette exigence est justifiée au regard de l'intérêt de l'enfant que cet élément est vrai. Il s'agit, d'après elles, d'une assertion sans fondement ou élément concret, la partie adverse restant en défaut de démontrer en quoi l'intérêt supérieur de l'enfant est sauvegardé uniquement si le pouvoir organisateur doit effectuer la procédure de demande d'autorisation dans son ensemble pour un déménagement, même temporaire.

Elles soutiennent que la procédure d'obtention d'une autorisation est lourde et longue pour le demandeur et qu'il ne fait aucun sens qu'un pouvoir organisateur doive passer à nouveau au travers de cette procédure uniquement pour un déménagement. Elles estiment que cette disposition est tout à fait disproportionnée car une procédure allégée aurait à tout le moins dû être prévue.

XI.1.3. Les derniers mémoires des parties requérantes

Les requérantes estiment que c'est en vain que la partie adverse se réfère à une circulaire de l'ONE pour démontrer que l'acte attaqué ne prévoit pas une procédure *ab initio* en cas de déménagement. Elles font valoir que cette circulaire ne peut avoir un caractère réglementaire, qu'elle ne contient, par nature, pas de règle de droit obligatoire et qu'elle peut tout au plus constituer une ligne de conduite que l'autorité se fixe de manière indicative et dont elle peut, par conséquent, s'écarter.

Elles en déduisent que cette circulaire n'est pas de nature à pallier l'illégalité de l'acte attaqué qui est, selon elles, parfaitement clair : tout milieu d'accueil qui souhaite déménager, même temporairement, doit faire l'objet d'une décision favorable préalable à l'ONE selon les modalités prévues à l'article 38 de l'arrêté du 2 mai 2019, alors que cet article 38 fixe les règles de procédure d'octroi d'une autorisation et qu'il n'est nullement précisé que la demande d'autorisation ne

visé que le déménagement et que seuls les documents relatifs au déménagement doivent être déposés par le milieu d'accueil.

Il en découle, selon elles, qu'à la lecture de l'arrêté du 2 mai 2019, modifié par l'acte attaqué, un milieu d'accueil est tenu de soumettre une nouvelle demande d'autorisation conformément aux articles 34 et suivants du même arrêté, ce qui n'est, d'après elles, pas admissible au regard du principe du raisonnable et de proportionnalité, la partie adverse ayant donc commis une erreur manifeste d'appréciation.

XI.2. Appréciation

En vertu de 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', « tout pouvoir organisateur doit obtenir de l'O.N.E. une autorisation d'accueil pour chaque milieu d'accueil qu'il organise[...] » et en vertu de l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du même décret, « l'ONE délivre l'autorisation d'accueil après vérification des conditions d'octroi fixées par ou en vertu du présent décret et après avoir sollicité l'avis du Bourgmestre du lieu d'accueil pour chaque lieu d'accueil relevant de l'autorisation », un lieu d'accueil étant défini par l'article 1^{er}, 7^o, toujours du même décret, comme « une implantation où est effectué un accueil de la petite enfance qui est adaptée à cette fin et ne se situe pas dans le milieu familial de vie de l'enfant/des enfants accueilli(s) ».

Il est conforme à ces dispositions que lorsque le pouvoir organisateur modifie la localisation du ou d'un de ces lieux d'accueil, il obtienne à cet effet une autorisation de l'ONE.

L'article 64 de l'arrêté 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', tel que modifié par l'arrêté attaqué, dispose :

« Tout déménagement, même temporaire, d'un lieu d'accueil d'une crèche ou d'un(e) accueillant(e) d'enfants indépendant(e)] doit faire l'objet d'une décision favorable préalable de l'ONE, au regard des modalités prévues à l'article 38.

L'ONE rend sa décision dans un délai de 60 jours à compter de l'introduction de la demande complète. Un recours administratif est prévu selon les modalités visées par l'article 39.

Pour ces demandes, l'ONE détermine les documents qui doivent être fournis parmi ceux visés au chapitre II ».

Dès lors qu'en vertu du décret, pour tout lieu d'accueil, il faut préalablement à l'autorisation un avis du bourgmestre où ce lieu d'accueil est implanté, il n'est nullement disproportionné que l'article 64 renvoie aux modalités prévues à l'article 38, qui indique que l'ONE « statue sur la demande d'autorisation d'accueil dans les 60 jours qui suivent l'avis déclarant le dossier complet » et prévoit des modalités lorsque le refus est provisoire et qu'est octroyé un délai adéquat de mise en conformité. Il ne serait en effet pas conforme à l'intérêt des enfants accueillis qu'ils puissent l'être, même temporairement, dans un lieu où les conditions requises pour qu'ils puissent être accueillis adéquatement ne seraient pas satisfaites.

L'alinéa 3 de l'article 64 indique du reste que lorsqu'il s'agit d'un déménagement l'ONE n'est pas tenu de requérir tous les documents visés au chapitre II.

Le moyen n'est pas fondé.

XII. Indemnité de procédure

Les parties requérantes, dans chacune des deux affaires, sollicitent une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à leurs demandes.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Les affaires portant les numéros de rôle A. 232.330/VIII-12.178 et A. 232.331/VIII-12.179 sont jointes

Article 2.

Les articles 4 et 6 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 septembre 2020 'portant premier ajustement de la réforme des milieux d'accueil' sont annulés.

Les recours sont rejetés pour le surplus.

Article 3.

Le présent arrêt sera publié au *Moniteur belge* dans les mêmes formes que l'arrêt partiellement annulé.

Article 4.

La partie adverse supporte les dépens dans les deux affaires, à savoir, pour l'affaire A. 232.330/VIII-12.178, les droits de rôle de 1.800 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties requérantes et pour l'affaire A. 232.331/VIII-12.179, les droits de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le 14 juin 2023, par :

Luc Detroux,
Frédéric Gosselin,
Raphaël Born,
Florence Van Hove,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Luc Detroux