

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 34.648/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Enfance, compétent pour l'Enseignement fondamental, l'Accueil et les Missions confiées à l'O.N.E. de la Communauté française, le 24 décembre 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "portant réglementation générale des milieux d'accueil", a donné le 5 février 2003 l'avis suivant :

OBSERVATIONS GENERALES

1. L'arrêté en projet tend à régler les conditions d'autorisation, d'agrément et de subventionnement des milieux d'accueils, ceux-ci visant "toute personne physique ou morale étrangère au milieu familial de vie de l'enfant qui accueille des enfants âgés de moins de six ans en externat et de manière régulière"(article 1^{er}, 4^e).

Comme l'explique la note au Gouvernement, un des objectifs poursuivis par l'auteur du projet est d'"intégrer l'ensemble des réglementations en vigueur propres aux milieux d'accueil mais éclatées dans différentes arrêtés (...)".

Aussi louable que soit cet objectif au regard de la cohérence et de la lisibilité de la réglementation, force est de constater qu'il se heurte aux dispositions du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "O.N.E."

Les modalités selon lesquelles doivent être prises les mesures d'exécution de ce décret diffèrent en effet selon qu'il s'agit de régler l'autorisation, l'agrément ou le subventionnement des services ou des personnes qui accueillent en dehors du milieu familial des enfants âgés de moins de six ans.

L'article 2, § 1^{er}, alinéa 4, du décret établit en effet expressément une distinction entre les milieux subventionnés, les milieux agréés et non-subventionnés, et ceux qui sont autorisés mais non agréés. En vertu de l'article 3, les conditions auxquelles des institutions ou services en matières d'accompagnement et d'accueil peuvent être agréées par l'Office, ainsi que les conditions et modalités suivant lesquelles l'agrément par l'Office ouvre le droit à l'octroi de subventions, doivent être arrêtées par le Gouvernement après avis de l'Office.

Par contre, les critères sur la base desquels peut être obtenue l'autorisation préalable de l'Office, requise pour pouvoir accueillir en dehors du milieu familial des

.../...

enfants âgés de moins de six ans, ainsi que ceux sur la base desquels l'autorisation peut être refusée ou retirée par l'Office, doivent être prévus par l'Office lui-même, moyennant approbation par le Gouvernement, en vertu de l'article 6, § 2, du même décret.

Ce faisant cette disposition attribue expressément un véritable pouvoir réglementaire à l'O.N.E.⁽¹⁾

Comme la section de législation a déjà eu l'occasion de le mettre en évidence à plusieurs reprises, lorsqu'un pouvoir réglementaire est attribué par décret à une autorité administrative telle que l'Office, il ne revient pas au Gouvernement de régler lui-même cette matière⁽²⁾. Le pouvoir d'approbation des règlements de l'O.N.E. que le décret attribue au Gouvernement est un pouvoir de tutelle. Le Gouvernement ne peut donc substituer son propre règlement à celui que l'O.N.E. est chargé, en vertu du décret, de prendre en son nom propre, même s'il ne pourra sortir ses effets que moyennant l'approbation du Gouvernement.

⁽¹⁾ L'avant-projet soumis à l'avis de la section de législation ne prévoyait pas d'approbation gouvernementale. La section de législation avait dès lors observé : "L'O.N.E. étant dénué de responsabilité politique devant le Conseil de la Communauté française, il ne peut être admis que lui soit attribué un pouvoir réglementaire, sauf à soumettre les règlements que cet organisme envisagerait d'adopter à l'approbation du Gouvernement, à moins qu'il ne s'agisse de mesures d'exécution portant sur des points de détail" (doc. C.C.F., n° 307-1, session 2001-2002.).

⁽²⁾ Avis 23.437/9, donné le 13 juin 1994, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 23 septembre 1994 fixant les conditions auxquelles doivent répondre les gardien(ne)s à domicile et les directeurs(rice)s de maisons d'enfants; ainsi que les modalités de surveillance médicale; avis 29.126/4, donné le 3 mai 1999, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mai 1999 fixant le code de qualité de l'accueil; avis 29.033/4, donné le 3 mai 1999, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 18 juin 1999 portant diverses mesures en matière d'enfance.

Il résulte que, dans l'état actuel de la législation, le Titre II, du Livre I^{er}, qui a trait à "l'autorisation" des milieux d'accueil des enfants de moins de six ans, doit être omis.

La section de législation ne fera en conséquence pas d'observations particulières sur ce Titre. En outre, si l'auteur du projet entend prendre le présent arrêté amputé de cette partie, il devra adapter les autres dispositions dans la mesure où celles-ci se réfèrent expressément ou implicitement, aux dispositions relatives à l'autorisation.

Il y a lieu par ailleurs d'observer que lorsque le pouvoir réglementaire n'est pas attribué à l'Office mais est laissé au Gouvernement, comme c'est le cas pour les conditions d'agrément et de subventionnement des milieux d'accueil, ce pouvoir ne peut être subdélégué à l'Office, à moins qu'il ne s'agisse de points tout à fait secondaires, et pour lesquels l'Office aurait une compétence discrétionnaire fortement limitée, telle que par exemple, pour l'établissement d'un modèle de document lorsque le contenu de celui-ci est déterminé de manière exhaustive par l'arrêté du Gouvernement ⁽³⁾.

2. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que si l'Office a une mission d'accompagnement, de conseil et de contrôle auprès des institutions et services d'accueil de l'enfant en dehors du milieu familial, le décret du 17 juillet 2002 ne confère pas de pouvoirs de police à ses agents. En tout état de cause, une disposition qui, comme celle de l'article 14 du projet tend à conférer aux agents de l'O.N.E. le droit de "pénétrer dans les locaux où s'exerce l'accueil des enfants, durant les heures d'ouverture, en vue d'effectuer toute vérification", serait dépourvue du fondement légal requis par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ⁽⁴⁾.

3. Dans plusieurs dispositions le projet attribue directement des missions aux comités subrégionaux de l'O.N.E.. Cette attribution se heurte à l'article 19 du décret du 17 juillet 2002, qui prévoit que ces Comités subrégionaux "exécutent les missions qui

⁽³⁾ Cette observation ne préjudicie pas la possibilité qu'a le Gouvernement de laisser un certain pouvoir discrétionnaire à l'O.N.E., lorsque celui-ci prend, conformément au décret, des décisions individuelles d'agrément ou de subventionnement. Seules les délégations de nature réglementaires sont visées par la présente observation.

⁽⁴⁾ Avis 23.437/9 précité.

leur sont confiées par le Conseil d'Administration dans son règlement organique, dans les conditions que celui-ci détermine".

Par conséquent, les missions en question doivent être confiées à l'Office. Le Conseil d'administration pourra les déléguer conformément aux articles 14, alinéa 2, et 19 du décret.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Dispositif

Article 2

1. L'arrêté en projet ne contient aucune disposition relative à l'agrément ou au subventionnement qui distinguerait la "maison d'enfants", visée au 4° de la catégorie résiduelle, visée au 8°. L'auteur du projet s'interrogera dès lors sur le point de savoir si la catégorie "maison d'enfants" doit être maintenue.

2. Ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, les dispositions du projet qui s'appliquent au "service d'accueil d'accueillant(e)s d'enfants conventionné(e)s" concernent également les crèches et les maisons d'accueil de l'enfance lorsque des accueillant(e)s d'enfants sont conventionné(e)s auprès d'elles.

Par conséquent de l'accord du fonctionnaire délégué, le 6° sera mieux rédigé comme suit :

"6° «le service d'accueillant(e)s d'enfants conventionné(e)s»: service chargé d'organiser l'accueil d'enfants âgés de zéro à six ans chez des accueillant(e)s d'enfants

.../...

conventionné(e)s auprès dudit service, ce service pouvant être une crèche ou une maison communale d'accueil de l'enfance".

Et au 7°, les mots "d'une crèche, d'une maison communale d'accueil de l'enfance ou" seront omis.

Article 3

Même s'il va de soi qu'une personne physique n'a pas de "statut", mieux vaudrait préciser, à l'alinéa 2, que l'obligation de communiquer les statuts du pouvoir organisateur à l'Office ne s'applique qu'aux personnes morales.

Article 67, 4°

Ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, et compte tenu de l'observation générale 1, il ne convient pas de déléguer à l'Office le pouvoir d'organiser d'agréer ou de recommander les formations auxquelles seront tenus de participer le personnel assurant l'accueil et le personnel de direction.

Article 69

A l'alinéa 2, il y a lieu de définir avec plus de précisions ce qui est visé par la notion de "salaires versés", dès lors que, ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, l'intention de l'auteur du projet n'est pas de viser la seule partie nette des rémunérations.

Article 70

.../...

Au paragraphe 3, ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, le sens des mots "sauf pour ce qui relève du § 1^{er}, 2^o," est obscur. Cette disposition sera dès lors revue.

Article 72

Il y a lieu de renvoyer à l'article 70, §5, et non au paragraphe 4 du même article.

Article 81

Au paragraphe 4, il n'y a pas lieu de prévoir que la décision du Conseil d'administration de l'Office doit être motivée. Cette obligation résulte déjà de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La même observation vaut pour les articles 91, § 3, 97, § 3 et 123, § 4.

Article 85

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que les mots "s'enquiert systématiquement de l'avis des parents" pourraient être interprétés dans le sens que la sollicitation de l'avis de tous les parents sans exception serait une condition de validité d'une décision de retrait d'agrément.

Si telle n'était pas l'intention de l'auteur du projet, ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, mieux vaudrait se limiter à prévoir que l'Office fait une enquête auprès des parents.

.../...

Article 86

Ainsi qu'il a été relevé sous l'observation générale 1, il résulte de l'article 3, alinéa 2, du décret du 17 juillet 2002, qu'il appartient au Gouvernement d'arrêter les conditions et les modalités suivant lesquelles l'agrément ouvre le droit à l'octroi de subventions. Le Gouvernement ne peut donc laisser à l'Office le pouvoir de fixer lui-même les critères déterminant la "programmation des milieux d'accueil".

La même observation vaut pour l'article 143.

Par ailleurs au paragraphe 2, les mots "sur la base d'un avis du service compétent désigné à cette fin," relèvent, de l'accord du fonctionnaire délégué, de l'organisation interne de l'Office, et peuvent dès lors être omis.

Article 89

L'arrêté en projet ne prévoit pas la création de milieu d'accueil subventionné "créé essentiellement pour l'accueil d'enfants de membres du personnel d'une institution ou société publique ou privée".

La disposition est dès lors dépourvue d'objet.

Article 91

Au paragraphe 1^{er}, les mots "sauf dérogation accordée par l'Office conformément à l'article 13" sont ambigus. A première vue, ils paraissent superflus, puisque l'article 13 permet de déroger à la capacité d'accueil maximale fixée par l'article 7 et que le paragraphe 2 du présent article prévoit une subvention pour un nombre d'enfants qui dépasse cette capacité d'accueil maximale.

.../...

La même observation vaut pour l'article 97.

Article 92

Conformément à l'observation générale 1, et de l'accord du fonctionnaire délégué, mieux vaudrait prévoir que les subventions sont calculées sur la base des barèmes en vigueur pour les membres du personnel de l'Office exerçant des fonctions équivalentes.

La même observation vaut pour les articles 98, 103, 106 et 112.

Article 96

Cette disposition doit être revue. Le Gouvernement ne peut en effet déléguer à l'Office le pouvoir d'arrêter les règles, conditions et modalités de subventions des consultations de nourrissons et pour la surveillance de la santé collective.

Par ailleurs , ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, il n'existe pas à proprement parler de consultations "agrées" de nourrissons. Les consultations existantes sont celles qui sont organisées par l'Office lui-même.

La même observation vaut pour les articles 100 et 110.

Article 114

Au paragraphe 2, alinéa 3, il y a lieu, de l'accord du fonctionnaire délégué, de remplacer le montant de "13,84 euros", par celui de "14,32 euros".

Article 117

De l'accord du fonctionnaire délégué, la rédaction du paragraphe 2 doit être revue. En effet, le bénéficiaire de la place d'accueil réservée ne doit pas être désigné par le contrat lui-même, mais plutôt en exécution de celui-ci. Cette désignation ne doit donc être présentée comme une annexe au contrat.

Articles 125 et 127

Le fondement décréteil du fonds prévu par l'article 124 ne peut être trouvé que dans l'article 5, 4°, du décret du 17 juillet 2002 selon lequel tout ou partie des

.../...

contributions des parents ou des tiers dans le coût des services subventionnés par l'Office peut être versé à celui-ci pour être redistribué selon les modalités déterminées par le Gouvernement.

En dehors de ces contributions dans le coût des services subventionnés par l'Office, l'affectation des recettes est déterminée par le budget de l'Office, lequel doit, en vertu de l'article 3, § 2, de la loi du 16 mars 1954, rendu applicable à l'Office par l'article 25 du décret du 17 juillet 2002, être approuvé par le Conseil d'administration de l'Office et approuvé par le Gouvernement.

En outre, il va de soi que si l'Office reçoit des subventions de la Communauté française ou d'autres pouvoirs publics, celles-ci doivent être utilisées aux fins déterminées par les dispositions légales ou réglementaires qui les prévoient.

Par conséquent si l'article 125, 1° et 2°, qui prévoit comme recettes du fonds institué par l'article 124, des contributions dans le coût des services subventionnés par l'Office, et l'article 127, §§ 1^{er} et 2, qui règle la redistribution de ces contributions, trouvent effectivement leur fondement légal dans l'article 5, 4°, du décret, par contre le 3° de l'article 125, qui prévoit l'alimentation du fonds par les "sommes obtenues par tout mode de financement arrêté par le Gouvernement de la Communauté française ou décidé par les organes de gestion de l'Office d'initiative ou à la demande du Ministre compétent ainsi que (les) subventions éventuelles allouées par d'autres pouvoirs publics telles les Régions à destination du Fonds", et l'article 127, § 3, qui prévoit, sans autre précision, que "d'autres interventions peuvent être allouées par le Fonds aux milieux d'accueil agréés ou autorisés par l'Office" sont dépourvus de fondement légal et doivent être omis.

Article 129

.../...

La rétroactivité prévue à l'alinéa 4 est dénuée de sens dès lors qu'il est question de retenues sur des subventions, dont il n'est pas prévu qu'elles soient attribuées rétroactivement.

Si l'auteur du projet entend affecter au fonds institué par le présent projet des montants perçus avant l'entrée en vigueur de celui-ci, il convient de le prévoir séparément dans une disposition transitoire.

Article 140

Au paragraphe 2, de l'accord du fonctionnaire délégué, il y a lieu de remplacer les mots "maisons d'enfants" par les mots "milieux d'accueil non-subventionnés".

Article 150, § 1^{er}, alinéa 2

Les revenus mensuels nets cumulés du ménage étant la base sur laquelle est calculée la contribution, le mode de calcul de ces revenus présente un caractère réglementaire qui ne peut dès lors être déterminé ni par circulaire, ni par l'Office. Ce mode de calcul doit être fixé par le Gouvernement lui-même et doit faire l'objet d'un arrêté.

Article 157

Ainsi qu'en a convenu le fonctionnaire délégué, et conformément à l'article 5, 4°, du décret du 17 juillet 2002, seuls les services subventionnés doivent être visés par cette disposition du projet.

Article 158

En vertu de cette même disposition légale, la contribution financière moyenne garantie doit être fixée par le Gouvernement lui-même et non par l'Office. Il ne s'agit en effet pas d'une mesure de détail pouvant être déléguée.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'Etat,
	F. DEHOUSSE,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. P. BROUWERS, référendaire.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS