

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.032/2/V
DU 8 SEPTEMBRE 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par la Ministre de l'Enfance, de l'Aide à la jeunesse et de la Santé de la Communauté française, le 28 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 15 septembre 2008 ^(*), sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé «ONE» et le décret du 3 juillet 2003 relatif à la coordination de l'accueil des enfants durant leur temps libre et au soutien de l'accueil extrascolaire", a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 29 juillet 2008.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. L'avant-projet de décret de la Communauté française modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "ONE" et le décret du 3 juillet 2003 relatif à la coordination de l'accueil des enfants durant leur temps libre et au soutien de l'accueil extrascolaire, anticipe le transfert aux Communautés des moyens financiers dont dispose le Fonds des équipements et des Services collectifs (FESC) ⁽¹⁾.

Dans sa version actuellement en vigueur ⁽²⁾, l'article 107, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, coordonnées le 19 décembre 1939, permet au FESC d'intervenir "dans le financement des frais de personnel et ou de fonctionnement :

- 1/ des services chargés de l'accueil des enfants de 2,5 à 12 ans en dehors des heures régulières d'école;
- 2/ des services chargés de l'accueil d'enfants malades de 0 à 12 ans;

⁽¹⁾ Voir le commentaire de l'article 28 de la proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles (Doc. parl., Sénat, 2007-2008 n/ 4-602/1).

⁽²⁾ Cette disposition a depuis été remplacée par l'article 83 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 puis par la loi du 21 avril 2007 modifiant l'article 107 des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés. Ces textes ne sont toutefois pas entrés en vigueur.

- 3/ des services qui, en dehors de leurs heures d'ouverture normales, sont chargés d'accueillir avec souplesse des enfants de 0 à 12 ans;
- 4/ des services chargés de l'accueil d'urgence d'enfants de 0 à 3 ans".

Si la Cour constitutionnelle a confirmé la compétence de l'autorité fédérale pour intervenir dans les frais d'accueil d'enfants qui sont bénéficiaires d'allocations familiales, au titre de sa compétence en matière de sécurité sociale ⁽¹⁾, elle a également souligné que les communautés sont seules compétentes, aux termes de l'article 5, § 1^{er}, II, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, pour, notamment, "l'aide et l'assistance matérielle, sociale, psychologique, morale et éducative aux enfants, en ce compris la politique d'accueil des enfants, soit que cette aide et cette assistance soient données directement, soit qu'elle se fasse par la voie d'associations et d'institutions, ainsi que pour l'aide morale et sociale à la famille, notamment par l'agrégation et la subordination des services d'aide aux familles, des centres de formation d'aides familiales et des maisons maternelles (Doc. parl., Sénat, 1979-1980, n/ 434/1, p. 7)" ⁽²⁾. Bref, "il appartient aux seules communautés de mener la politique relative aux structures d'accueil des enfants, en ce compris leur subventionnement et leur tarification" ⁽³⁾.

Dans cette logique, la proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles insère, dans la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, un article 62^{quater} qui augmente la dotation des communautés à concurrence des moyens du FESC, mais n'étend en rien les compétences des communautés en matière d'aide aux personnes ⁽⁴⁾.

Il résulte de ce qui précède que la Communauté française est d'ores et déjà compétente pour régler le fonctionnement des structures d'accueil actuellement subventionnées via le FESC.

⁽¹⁾ C.C., arrêt n/ 104/2004 du 16 juin 2004, sp. B.8.3.

⁽²⁾ Arrêt n/ 104/2004, B.4.3.

⁽³⁾ B.8.2.

⁽⁴⁾ Doc. parl., Sénat, 2007-2008, n/ 4-602/1.

À cet égard, l'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur le fait que celui-ci n'organise pas l'accueil des enfants malades, qui constitue pourtant un des domaines d'intervention du FESC en vertu de l'article 107, § 1^{er}, 2/, des lois précitées. Or, comme le relève l'exposé des motifs, il résulte bien des travaux préparatoires du décret du 17 juillet 2002, précité, que l'accueil spécialisé, l'une des missions assignées à l'ONE par l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, 5/, du décret, comprend notamment l'accueil d'enfants malades ⁽¹⁾. La compétence de mener une politique relative aux structures d'accueil des enfants malades n'a donc pas été transférée à la Région wallonne et à la Cocof par le décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, puisque celui-ci réserve à la Communauté française, tant en matière de politique de santé que d'aide aux personnes, les missions confiées à l'ONE (article 3, 6/ et 7/, du décret).

2. L'une des modifications envisagées par l'avant-projet est la constitution, au sein de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, d'un Comité de programmation, chargé d'émettre des propositions de critères de programmation en matière d'accueil, ou de donner un avis sur des critères établis par le Conseil d'administration de l'ONE (articles 2 à 7 de l'avant-projet).

Il apparaît toutefois que la procédure de programmation en matière d'accueil n'est pas réglée par le décret, mais seulement, d'une part, par l'arrêté du 27 février 2003 portant réglementation générale des milieux d'accueil et, d'autre part, par les articles 50 à 74 du Contrat de gestion de l'ONE 2008-2012.

Les attributions respectives du Comité de programmation et du Conseil d'administration de l'ONE ne seront définies avec une précision suffisante au regard de la sécurité juridique que si les éléments essentiels de la procédure de programmation sont eux-mêmes réglés par décret. Ainsi, les articles 22/3 à 22/5, en projet, du décret du 17 juillet 2002, précité, ne permettent pas de déterminer à quelle instance il revient de proposer les critères de programmation. À lire les articles 22/3, 1 /, et 22/4, en projet, la proposition est l'apanage du Comité de programmation. Par contre, l'article 22/5, § 4,

⁽¹⁾ Commentaire de l'article 2, Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2001-2002, n/ 307/1, p. 4.

semble permettre à l'Office d'élaborer lui-même une proposition, à charge alors au Comité de donner seulement son avis sur cette proposition. Ces contradictions doivent être levées ⁽¹⁾.

Par ailleurs, la fixation des éléments essentiels des critères de programmation par décret permettrait de garantir davantage le respect du principe de légalité et l'objectivité dans la détermination des institutions bénéficiaires de subventions.

3. En effet, un autre objectif essentiel de l'avant-projet examiné est d'établir un régime de subventionnement pour les milieux d'accueil qui sont actuellement financés par le FESC. L'option retenue par les auteurs de l'avant-projet est d'intégrer cette réglementation dans le décret du 3 juillet 2003, précité, (dit décret ATL).

3.1. Le décret ATL confie un rôle moteur aux communes, à savoir, selon l'exposé des motifs,

"Une mission de régulation et de structuration de l'offre d'accueil" ⁽²⁾.

Le décret ne s'applique que dans les communes qui ont décidé d'y participer en constituant une commission communale de l'accueil et en établissant un programme de coordination locale pour l'enfance (CLE). L'exposé des motifs conclut que

"(...)l'ensemble de cette démarche s'inscrit délibérément dans l'optique d'une régulation publique par les communes de l'accueil des enfants durant le temps libre : un regroupement de tous les acteurs concernés, permettant le développement des synergies et potentialités existantes sur le territoire communal afin d'offrir, aux enfants, un cadre d'accueil soucieux de leur épanouissement personnel, et aux personnes qui les confient, une réponse adaptée aux difficultés de concilier vie privée, familiale et professionnelle" ⁽³⁾.

⁽¹⁾ L'on relèvera en outre que, selon l'article 1^{er}, 19/, de l'arrêté du 27 février 2003, la programmation, et pas seulement la proposition de programmation, est l'oeuvre de l'Office elle-même.

⁽²⁾ Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2002-2003, n/ 405/1, p. 5.

⁽³⁾ Ibidem, p. 6.

À la suite des modifications projetées, le décret s'appliquerait également aux opérateurs d'accueil qui ne relèveraient pas d'un programme CLE, pour autant qu'ils satisfassent aux conditions édictées par le Gouvernement (article 27, § 2, en projet, du décret du 3 juillet 2003, précité).

Le Conseil d'État n'aperçoit pas comment l'objectif actuellement poursuivi par le décret du 3 juillet 2003, précité, à savoir coordonner l'action des différents opérateurs, pourra encore être atteint, dès lors que le rôle moteur de la commune ne jouera pas pour certaines crèches.

Plus fondamentalement, comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans son avis sur l'avant-projet devenu le décret du 3 juillet 2003, précité, il convient que la détermination des opérateurs bénéficiaires des subventions visées aux articles 35 et suivants du décret soit opérée sur la base de critères objectifs et dans le respect du principe d'égalité ⁽¹⁾. Si l'exposé des motifs et le commentaire de l'article 19 justifient la dérogation qui permet à certains opérateurs de bénéficier des subventions prévues par le décret sans devoir participer au programme CLE par le fait qu'ils sont soumis à des normes plus strictes, rien dans le dispositif en projet ne confirme cette exigence. Au contraire, le champ d'application de l'article 16 du décret, qui énonce une simple obligation de moyens, est étendu à ces opérateurs évoluant hors programme.

La section de législation du Conseil d'État a rappelé à diverses reprises ⁽²⁾ que le décret doit mettre en oeuvre le principe de légalité avec suffisamment de précision pour conférer aux dispositions qu'il contient en matière de subvention, un caractère organique. Il revient au législateur de déterminer avec précision la nature des dépenses couvertes par la subvention, les éléments essentiels de celle-ci, les montants alloués ou le mode de calcul, habituellement exprimé en pourcentage, avec la détermination éventuelle des miniums et maximums.

⁽¹⁾ Avis 33.566/AG/2, donné le 11 février 2003, sur un projet devenu le décret du 3 juillet 2003 relatif à la coordination de l'accueil des enfants durant leur temps libre et au soutien de l'accueil extrascolaire (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2002-2003, n/ 405-1, observation générale D).

⁽²⁾ Voir par exemple l'avis 42.281/4, donné le 5 mars 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 2 juillet 2007 visant le subventionnement de la formation des jeunes footballeurs, (Doc. parl., Parl. Comm. fr.2006-2007, n/ 395/1), l'avis 45.058/2/V, donné le 27 août 2008, sur un avant-projet de décret modifiant le décret de la Communauté française du 29 mars 1993 relatif à l'agrément et au subventionnement des associations de santé intégrée.

Les articles 25, 27 et 30 de l'avant-projet seront complétés afin de satisfaire à ces principes.

4. Les communes sont des organes décentralisés auxquels la Communauté peut faire appel pour mener à bien ses politiques.

La Communauté peut imposer certaines tâches aux communes, en application de l'article 6, § 1^{er}, VIII, dernier alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui habilite les communautés à charger les communes, notamment, de l'exécution des décrets et arrêtés, "et d'autres missions, en ce compris donner un avis, ainsi que d'inscrire au budget toutes les dépenses qu'elles imposent à ces autorités".

La Communauté peut également inviter les communes à participer, sur une base volontaire, à la mise en oeuvre de sa politique. Elle peut pour ce faire subventionner les communes participantes, pour autant que celles-ci satisfassent aux conditions qu'elle énonce.

Il convient toutefois que le décret définisse avec précision le rôle qu'il entend faire jouer aux communes, notamment en évitant de dénaturer les concepts auxquels il recourt. Il ne peut ainsi, au titre de condition de subvention, requérir d'une commune qu'elle conclue une convention avec l'ONE puis charger le Gouvernement d'arrêter le contenu et les modalités d'application de cette convention (article 5, alinéa 2, en projet, du décret du 3 juillet 2003, précité). De même, il ne peut, toujours au titre de condition de subvention, exiger qu'un plan d'action annuel soit présenté, débattu et approuvé par la Commission communale de l'accueil puis prévoir que les "items contenus dans le plan d'action annuel" sont arrêtés par le Gouvernement (article 11/1, § 1^{er}, en projet, du décret du 3 juillet 2003, précité).

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

L'article 7, § 2, alinéa 2, en projet, du décret du 17 juillet 2002, précité, en abrégé "ONE", prévoit que deux des six membres du conseil d'administration de l'ONE sont nommés sur avis conforme, l'un de la Région wallonne, l'autre de la Région de Bruxelles-Capitale. Le commentaire de l'article précise que ces membres disposent du droit de vote et que

"(...) l'avis conforme signifie que la Communauté française propose un candidat à chaque région qui se prononce sur la proposition. Les candidats présentés par la Communauté française ne pourront être nommés que si chaque région approuve la proposition qui lui est faite".

En l'état actuel du droit ⁽¹⁾, la Communauté française peut permettre une représentation purement facultative des régions wallonne et bruxelloise au sein du conseil d'administration de l'O.N.E., comme elle le prévoit d'ailleurs pour le comité de programmation (article 22/1, alinéa 2, en projet, du décret) ⁽²⁾. Telle n'est manifestement pas l'intention des auteurs de l'avant-projet, puisque celui-ci prévoit que deux des six membres du conseil d'administration doivent être désignés sur avis conforme des régions.

⁽¹⁾ De lege ferenda, voir l'article 23 de la proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, qui complète l'article 92^{ter} de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (Doc. parl., Sénat, 2007-2008, n/ 4-602/1) et l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État 44.243/AG, donné le 10 avril 2008, sur cette proposition (Doc. parl., Sénat, 2007-2008, n/ 4-602/2).

⁽²⁾ Voir notamment l'avis des chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État 39.847/VR, donné le 8 février 2006, sur une proposition de loi portant création d'un Conseil consultatif fédéral des seniors, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, n/ 1027/2; l'avis 44.506/4, donné le 27 mai 2008, sur un avant-projet de décret portant création du Conseil économique et social de la Communauté française, Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2007-2008, n/ 570/1.

Assurer une représentation non facultative des régions au sein de l'organe communautaire ne peut se faire que par l'application de l'article 92*ter*, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, à savoir via un arrêté pris de commun accord avec les régions concernées. Il convient de relever à cet égard que, selon une jurisprudence constante de la section de législation, l'accord des communautés et des régions n'est pas limité au principe de leur représentation dans les organes fédéraux, mais porte également sur les aspects qualitatifs de celle-ci ⁽¹⁾. Les Gouvernements des entités fédérées représentées doivent donc également donner leur accord sur les règles de composition et de fonctionnement de ces organes fédéraux, telles que, notamment, le mode de délibération (adoption des décisions à l'unanimité ou à la majorité, quorum de présences, ...).

Article 7

À l'article 22/5, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, il y a lieu de remplacer les mots "jours calendrier" par le mot "jours" car il s'agit seulement de jours civils.

Article 19

1. Selon la Cour constitutionnelle,

"(...) conformément aux principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, les choix politiques essentiels doivent être fixés par l'assemblée législative. Le soin d'arrêter les modalités de leur mise en oeuvre peut être laissé au pouvoir exécutif" ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Voir l'avis 24.841/9, donné le 12 février 1996, sur un projet devenu la loi du 24 juin 1997 modifiant la loi du 16 juillet 1948 créant l'Office belge du Commerce extérieur, Doc. parl., Chambre, 1995-1996, n° 535/1, et l'avis 25.139/1, donné le 20 mai 1996, sur un projet d'arrêté royal "portant création du Conseil fédéral de la Politique scientifique"; l'avis 41.253/3-1, donné le 21 novembre 2006, sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 15 décembre 1994 fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du Comité de gestion de SELOR - Bureau de sélection de l'Administration fédérale.

⁽²⁾ Arrêt n° 31/2004 du 3 mars 2004, B.5.4.

Conformément à cette jurisprudence, la section de législation a rappelé à de très multiples reprises que, pour concilier les principes régissant la répartition des compétences entre le législateur régional et le Gouvernement, les éléments essentiels de la réglementation envisagée doivent figurer dans le texte même du décret. Les limites de la délégation consentie au Gouvernement doivent être définies par le décret aussi précisément que possible, de préférence en indiquant de manière concrète les circonstances dans lesquelles il peut être fait usage de cette délégation et en définissant, à tout le moins dans leurs grandes lignes, les mesures à prendre.

Pour se conformer à ces principes, il convient que le décret règle lui-même, dans ses éléments essentiels, la procédure de recours prévue à l'article 27, § 5, en projet, du décret du 3 juillet 2003, précité.

La même observation vaut pour l'article 35, §2, en projet.

2. En outre, la section de législation du Conseil d'État a rappelé à maintes reprises que les articles 20, 68, 69 et 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'opposent à ce que le législateur décréte attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre ou à l'administration. Il appartient, en effet, au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services.

L'article 27, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, du décret du 3 juillet 2003, précité, sera revu en conséquence.

La même observation vaut pour l'article 29, alinéa 3, en projet.

Article 33

Invitée à préciser les intentions de l'auteur de l'avant-projet s'agissant de l'entrée en vigueur du décret, la déléguée de la ministre a répondu :

"Concernant l'article 33 de l'avant-projet de décret, la volonté de l'auteur du projet est quintuple :

1. En ce qui concerne les modifications du décret ONE quant au comité de programmation (article 1^{er}, 1/ et articles 2 à 7), la volonté est de faire entrer en vigueur ces dispositions une fois que les réformes institutionnelles issues des accords Octopus ont été adoptées, à savoir la dissolution du FESC (abrogation de l'article 107 des lois coordonnées relatives aux allocations familiales des travailleurs salariés du 19 décembre 1939) et le refinancement de la Communauté française (modification de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions).

2. En ce qui concerne les modifications du décret ONE au sujet de la nomination de deux des membres du conseil d'administration sur avis conforme des Régions (article 1^{er}, 2/), la volonté est de faire entrer en vigueur cette disposition pour le renouvellement du CA qui suivra l'adoption des réformes institutionnelles issues des accords Octopus (telles que décrites ci-dessus).

3. En ce qui concerne les modifications du décret ONE au sujet de la modification de la période couverte par le deuxième contrat de gestion (article 8), la volonté est de faire entrer cette disposition en vigueur dès l'adoption du présent décret modificatif.

4. En ce qui concerne les modifications du décret ATL au sujet de tout ce qui touche à la coordination de l'accueil durant le temps libre (article 9, 1/ ; art. 10 à 13 ; art. 16 ; art. 19, 6/ ; art. 20, 2/ ; art. 23 ; art. 31 et 32), la volonté est de faire entrer en vigueur ces dispositions dès l'adoption du présent décret modificatif.

5. En ce qui concerne les modifications du décret ATL au sujet de l'agrément et du subventionnement des opérateurs d'accueil répondant à des critères «plus exigeants » (article 9, 2/ ; art. 14 et 15 ; art. 17 et 18 ; art. 19, 1/ à 5/ ; art. 20, 1/ ; art. 21 et 22 ; art. 24 à 30) , la volonté est de faire entrer ces dispositions en vigueur une fois les réformes institutionnelles issues des accords Octopus adoptées, telles que décrites ci-dessus.

Cependant, la date d'entrée en vigueur des réformes institutionnelles est, à ce jour, inconnue. Or, on ne saurait exclure que celle-ci soit décidée tardivement et doive intervenir dans un délai rapproché. Dans ces conditions, le Gouvernement de la Communauté française risque de devoir agir rapidement si l'on ne veut pas interrompre le subventionnement des opérateurs concernés.

.../...

Si l'on a mis l'entrée en vigueur des articles 9, 2/, des articles 14 et 15, des articles 17 et 18, de l'article 19, 1/ à 5/, de l'article 20, 1/, des articles 21 et 22, des articles 24 à 30 du décret dès publication au Moniteur, c'est pour offrir au Gouvernement une base juridique lui permettant de soumettre au Conseil d'État les arrêtés d'application de ceux-ci.

S'il est possible de soumettre à l'avis du Conseil d'État des arrêtés pris en vertu de dispositions décrétales adoptées mais non encore entrées en vigueur (car liées aux réformes institutionnelles), cette solution est évidemment préférable car elle évite que des habilitations au Gouvernement restent inexécutées".

La section de législation du Conseil d'État est compétente pour examiner des projets d'arrêté d'exécution de décrets qui ont été adoptés par le législateur même s'ils ne sont pas encore entrés en vigueur.

Dès lors, au vu des précisions apportées par la déléguée de la ministre, il y a lieu de rédiger l'article 33 comme suit :

"Art. 33. Les articles 1^{er}, 1/, 2 à 7, 9, 2/, 14, 15, 17, 18, 19, 1/ à 5/, 20, 1/, 21, 22, 24 à 30, entrent en vigueur au même moment que la loi spéciale modifiant, en vue d'octroyer des moyens supplémentaires aux communautés, la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions;

L'article 1^{er}, 2/, entre en vigueur pour le premier renouvellement du Conseil d'administration de l'ONE intervenant après l'entrée en vigueur de la loi spéciale modifiant, en vue d'octroyer des moyens supplémentaires aux communautés, la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions."

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Ph. HANSE