



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 67.169/4
du 1^{er} avril 2020

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française de pouvoirs spéciaux n° 3 'relatif au soutien des
milieux d'accueil dans le cadre de la crise sanitaire du
COVID-19'

Le 27 mars 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 3 'relatif au soutien des milieux d'accueil dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 1^{er} avril 2020. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} avril 2020.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

« L'urgence est motivée par la nécessité de prendre avec diligence les mesures de natures à soutenir les acteurs du secteur de l'Enfance affectés par les mesures prises pour contenir la propagation du Covid-19 et dont la viabilité est, à très court terme, menacé[e] par les conséquences économiques et sociales de ces mesures ».

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

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

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE

1. Suite à la crise du Covid-19, le projet à l'examen entend mettre en œuvre les mesures suivantes :

– la qualification de la crise du Covid-19 de « circonstance exceptionnelle », de telle sorte qu'entre le 16 mars et le 5 avril 2020, les parents ne devront plus justifier l'absence des enfants et la non-fréquentation des milieux d'accueil à ces dates-là ne sera pas facturée ;

– l'octroi d'indemnités particulières aux milieux d'accueil, pour compenser la baisse de fréquentation des enfants.

1.1. Pour ce faire, le projet à l'examen modifie les deux arrêtés suivants du Gouvernement de la Communauté française :

– l'arrêté du 17 septembre 2003 'relatif aux cas de force majeure et circonstances exceptionnelles visés à l'article 71 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 portant réglementation générale des milieux d'accueil' ;

– 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'.

1.2. Le préambule du projet à l'examen mentionne comme fondements légaux à la fois le décret du 21 février 2019 'visant à renforcer la qualité et l'accessibilité de l'accueil de la petite enfance en Communauté française' et le décret du 17 mars 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux à la Communauté française dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19'.

L'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du décret du 21 février 2019 habilite le Gouvernement à arrêter « les conditions et modalités de calcul, de liquidation et de récupération des subsides pouvant être octroyés par l'O.N.E. aux pouvoirs organisateurs de milieux d'accueil de la petite enfance ainsi que les procédures d'octroi, de suspension et de retrait du droit aux subsides par l'O.N.E. ». Cette habilitation au Gouvernement présente ainsi un caractère large, dès lors qu'il s'agit pour lui de régler l'ensemble de la matière des subsides aux milieux d'accueil de la petite enfance.

Par ailleurs, le Gouvernement s'est vu octroyer par décret du 17 mars 2020, des pouvoirs spéciaux dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19. Conformément à l'article 1^{er} de ce décret,

« § 1^{er} – Afin de permettre à la Communauté française de réagir à la pandémie de Covid-19, le Gouvernement peut prendre toutes les mesures utiles pour : [...]

e) modifier les conditions d'octroi, de justification et de contrôle des subventions ;

[...]

g) prévenir et traiter toute situation qui pose problème dans le cadre strict de la pandémie Covid-19 et de ses conséquences et qui doit être réglée en urgence sous peine de péril grave.

§ 2. Les arrêtés prévus au § 1^{er} peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions décrétales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées au décret par ou en vertu de la Constitution. [...] ».

1.3. Ainsi que l'a déjà fait observer la section de législation ¹,

« Il est clair que le Gouvernement ne peut invoquer comme base de sanction à la fois la loi ordinaire et la loi de pouvoirs spéciaux.

[...]

Aussi, afin d'éviter toute équivoque tant en ce qui concerne la force juridique des dispositions en projet qu'en ce qui concerne les consultations obligatoires, le Gouvernement devra-t-il faire un choix. Selon l'option qu'il aura prise, il devra se borner à viser dans le préambule de son projet ou bien les seules lois ordinaires ou bien la seule loi de pouvoirs spéciaux du 2 février 1982, étant entendu qu'il n'y aura dispense de procéder aux consultations légalement prescrites que lorsque le Roi fonde son action sur les pouvoirs spéciaux et invoque l'urgence visée à l'article 3, § 2, de la loi du 2 février 1982 ».

Un choix quant au fondement légal s'impose donc à l'auteur du projet.

1.4. En l'espèce, dès lors que les formalités requises ont été réalisées ou sont en cours de réalisation et qu'aucune disposition décrétales n'est abrogée, modifiée, complétée ou remplacée par le projet à l'examen, la section de législation suppose que le Gouvernement

¹ Avis n° 14.674 donné le 7 mai 1982 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 138 du 30 décembre 1982 'modifiant l'arrêté royal n° 49 du 2 juillet 1982 relatif aux normes de création, de maintien et de dédoublement et au calcul du crédit d'heures, de l'enseignement secondaire de type I, concernant la fusion d'établissements ainsi que certains emplois du personnel des établissements d'enseignement secondaire de plein exercice de type I et de type II', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/14674.pdf>.

conçoit son projet comme une mise en œuvre du décret du 21 février 2019. Si telle est bien l'intention du Gouvernement, l'intitulé du projet sera modifié et l'alinéa 2 du préambule sera omis.

1.5. Si au contraire le projet à l'examen devait être présenté par le Gouvernement comme une mise en œuvre des pouvoirs spéciaux qui lui ont été octroyés dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19², il convient de noter que celui-ci devra faire l'objet d'une confirmation décrétales ultérieure, conformément à l'article 4 du décret du 17 mars 2020. Or, le principe d'une telle confirmation, bien qu'imposée par le décret du 17 mars 2020, apparaît inadéquat lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les mesures prises par le Gouvernement relèvent de sa compétence d'exécution des normes décrétales au sens de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' et peuvent trouver un fondement juridique exhaustif dans ces normes. Une telle confirmation aurait, en outre, pour conséquence que dans les deux arrêtés modifiés par le projet à l'examen, seules les nouvelles dispositions que ce dernier y insère, auront force de décret, à l'exclusion de toutes les autres. Cette combinaison, dans un même arrêté, de dispositions légales et de dispositions réglementaires n'est certainement pas à recommander³.

1.6. En conclusion, mieux vaut omettre du préambule le visa relatif au décret du 17 mars 2020 et fonder le dispositif en projet exclusivement sur les habilitations que procure le décret du 21 février, en l'espèce son article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, disposition dont il sera fait expressément mention au préambule.

Toutefois dès lors que l'auteur du projet entendrait se placer dans le cadre du décret du 17 mars 2020, son attention est attirée sur le fait que s'il devait s'avérer que le projet à l'examen déroge à des normes décrétales ou les modifie, il conviendrait, d'une part, que le projet soit accompagné d'un rapport au Gouvernement qui explicite en quoi le projet a cette portée et, d'autre part, que les dispositions de cette nature soient rédigées de manière autonome, de manière aussi à ce que la confirmation législative ne concerne que cet aspect du dispositif.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ressort de la notification de la séance du Gouvernement du 26 mars 2020 jointe au dossier soumis à la section de législation que la Ministre de la Petite Enfance a été chargée de la réalisation des formalités préalables suivantes, parallèlement à la saisine de la section de législation :

² Auquel cas l'alinéa 1^{er} du préambule sera omis.

³ Voir en ce sens l'avis n° 15.779/1 donné le 19 octobre 1983 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 226 du 7 décembre 1983 relatif à la disponibilité pour convenance personnelle des membres du personnel des établissements d'enseignement et des centres psycho-médico-sociaux, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/15779.pdf> ; l'avis n° 17.420/1 donné le 22 juillet 1986 sur un projet devenu l'arrêté royal n° 434 du 5 août 1986 'la législation sur le financement et le contrôle des institutions universitaires', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/17420.pdf>.

– la concertation intra-francophone, conformément aux articles 14 et 15 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' ;

– la consultation du conseil d'administration de l'ONE, conformément à l'article 7 du décret du 21 février 2019.

Le préambule sera complété pour faire état de ces formalités préalables. Par ailleurs, si à la suite des formalités précitées le texte soumis à la section de législation devait encore subir des modifications, l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État' impose de lui soumettre les dispositions modifiées.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Si l'article 1^{er} du projet limite au 5 avril 2020, la date à laquelle la crise du Covid-19 est considérée comme une circonstance exceptionnelle concernant les motifs d'absence des enfants au sens de l'article 71 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 'portant réglementation générale des milieux d'accueil', aucune limite précise dans le temps n'est par contre fixée par le projet à l'examen pour les indemnités prévues en faveur des milieux d'accueil.

L'auteur du projet veillera par conséquent à apporter une attention particulière aux limites dans le temps des mesures à prendre, vu leur caractère exceptionnel.

À cet égard, il peut à nouveau être utilement fait référence à la suggestion émise par l'Inspecteur des Finances, dans son avis du 24 mars 2020, selon laquelle :

« le choix de procéder à une modification de l'AGCF du 2 mai 2019 a pour effet que les dispositions introduites dans le texte ont une vocation pérenne. Il serait préférable que les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le COVID-19 fassent l'objet d'un texte spécifique, multisectoriel et à caractère temporaire, le temps de résoudre cette crise. Cela évitera de devoir à nouveau modifier l'AGCF du 2 mai 2019 une fois la crise du COVID-19 résolue ».

2. L'arrêté en projet se donne pour fondement juridique le décret du 21 février 2019.

Conformément à l'article 3 de ce décret, la notion de « milieux d'accueil de la petite enfance » recouvre désormais cinq types de services : (1) les crèches, (2) les (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s, (3) les services d'accueil d'enfants, (4) les services d'accueil spécialisé de la petite enfance et (5) les services d'accueil d'enfants malades à domicile.

En l'espèce, et contrairement à ce que laisse supposer l'intitulé du projet à l'examen, il semble que l'intention de son auteur soit de limiter le champ d'application des nouvelles indemnités qu'il instaure aux trois premiers types de milieux d'accueil, à savoir les crèches, les (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s et les services d'accueil d'enfants.

Interrogée sur les motifs justifiant cette différence de traitement, la déléguée du Ministre a répondu ce qui suit :

« À ce stade, les indemnités ne sont pas prévues pour ces services, mais il pourrait s'indiquer de prévoir un fondement réglementaire, étant donné que ces services doivent faire face à des besoins supplémentaires en raison de la crise du COVID-19 ».

Au vu de cette réponse, si la différence de traitement devait être maintenue, il appartiendra à l'auteur du projet d'être en mesure de justifier valablement celle-ci au regard des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination.

En tout état de cause, l'expression « milieux d'accueil subsidiés » utilisée à l'article 3 du projet à l'examen sera clarifiée.

3. Le projet à l'examen entend modifier le tableau figurant à l'annexe de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 septembre 2003 'relatif aux cas de force majeure et circonstances exceptionnelles visés à l'article 71 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 portant réglementation générale des milieux d'accueil'. Ces deux arrêtés ont toutefois été abrogés en date du 1^{er} janvier 2020, conformément à l'article 13 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 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, 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'.

Il conviendra par conséquent de ne plus y faire référence dans le préambule de l'arrêté en projet, et de revoir l'article 1^{er} du projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Il convient de faire figurer la motivation de l'urgence au préambule de l'arrêté, précédée de la mention « Vu l'urgence motivée par ».
2. À l'alinéa 8, il convient de tenir compte de ce qu'un arrêté ministériel du 23 mars 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-1', publié dans la seconde édition du *Moniteur belge* de ce même 23 mars 2020, a abrogé celui du 18 mars 2020, lequel avait abrogé celui du 13 mars 2020.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Il est renvoyé à l'observation générale n° 3.

Article 3

1. Ainsi que l'a fait remarquer l'Inspecteur des Finances dans son avis du 24 mars 2020,

« [l']article 104/1 nouveau en projet, inséré par l'article 3 de l'arrêté en projet, fixe le principe de l'octroi d'une indemnisation pour les milieux d'accueil subsidiés, mais laisse la fixation des modalités de cette indemnisation au Gouvernement. Cela implique qu'un autre arrêté devra être ultérieurement adopté pour la fixation de ces modalités, alors que cela pourrait très bien être fait dès à présent. Ceci a pour conséquence que l'ensemble du dispositif présenté dans la note au Gouvernement n'est pas mis en œuvre par le texte en projet et confirme l'observation formulée plus haut sur le fait qu'un instrument juridique multisectoriel spécifique aux mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre le COVID-19 serait préférable ».

Interrogée à ce sujet, la déléguée a répondu :

« Notre souhait est d'éviter de devoir adopter un arrêté du Gouvernement à chaque fois qu'il s'agit d'octroyer une indemnité, dans l'hypothèse où la période de confinement devait être prolongée. Les modalités des indemnités correspondant à la période du 16 mars au 3 avril sont matérialisées dans la note au Gouvernement jointe au projet. Nous estimons que cette note exécute cette habilitation à définir les modalités des indemnités pour cette première période, et nous souhaiterions suivre le même procédé (une note au Gouvernement) si de nouvelles indemnités devaient être prévues ».

Pareil procédé n'est pas admissible. Il ne peut en effet être admis qu'une habilitation faite au Gouvernement soit exécutée par le biais d'une note au Gouvernement, dès lors que cette dernière est dépourvue de portée normative. Si la note au Gouvernement est destinée à « fournir des explications pour la bonne compréhension des nouvelles règles,

surtout si celles-ci sont techniques ou complexes » ⁴, les nouvelles règles doivent quant à elles être fixées par l'arrêté lui-même. Les nouvelles règles doivent quant à elles être fixées par voie d'arrêté. Par conséquent, il convient de fixer les modalités d'indemnisation dans un arrêté en bonne et due forme, que ce soit dans le projet à l'examen directement (ce qui semble être préférable vu la volonté exprimée dans la note au Gouvernement de pouvoir « dans des délais rapprochés [...] apporter un ballon d'oxygène en particulier pour les milieux d'accueil dont la trésorerie est limitée et qui comptent sur les rentrées des régulières de la participation des parents » ⁵), ou dans un prochain arrêté à adopter par le Gouvernement ou par un membre du Gouvernement délégué à cette fin.

Pour autant que de besoin, il est rappelé que ces modalités d'indemnisation devront respecter les principes constitutionnels de l'égalité et de la non-discrimination.

La même observation vaut pour l'article 5.

2. L'article 104/1 en projet prévoit que l'indemnité qu'octroiera l'ONE est « affectée par priorité au maintien de la rémunération du personnel dont l'exécution du contrat de travail est suspendue au sens de l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail », à savoir – faut-il le supposer – dans les cas d'événements de force majeure tels que visés à l'article 26, alinéa 1^{er}, de cette loi du 3 juillet 1978.

La note au Gouvernement du 26 mars 2020 jointe au dossier transmis à la section de législation indique que cette indemnité est forfaitaire. Dès lors, il n'y aura pas, en toutes hypothèses, « maintien » de la rémunération mais bien compensation sous la forme d'un forfait de la perte de revenu résultant pour le travailleur de la suspension du contrat de travail durant laquelle il percevra une indemnité de chômage.

Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait que la disposition soit clarifiée sur ce point.

3. L'article 3 dispose que l'ONE « peut octroyer » l'indemnité visée dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19. Tel que formulé, l'article 3 du projet semble conférer un caractère facultatif à l'indemnisation.

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

« Il s'agit d'une obligation [pour autant que les moyens budgétaires soient disponibles et que les modalités fixées par le Gouvernement soient remplies]. Le texte sera modifié en ce sens ».

La même observation vaut pour l'article 5.

⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 3.14.

⁵ Cfr. p. 4 de la note au Gouvernement jointe au dossier soumis à la section de législation.

Article 6

L'article 6 confère une portée rétroactive à l'arrêté en projet.

Ainsi que l'a rappelé la section de législation dans son récent avis n° 67.142/AG donné le 25 mars 2020 ⁶,

« la rétroactivité ne peut se justifier que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général ⁷. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une procédure judiciaire ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit bien déterminée, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous ⁸ ».

En l'espèce, la rétroactivité est justifiée par la nécessité de soutenir les acteurs du secteur de l'Enfance affectés par les mesures prises par les arrêtés du Ministre fédéral de l'Intérieur des 13, 18 et 23 mars 2020 pour contenir la propagation du Covid-19 et dont la viabilité est, à très court terme, menacée par les conséquences économiques et sociales de ces mesures.

Pareille rétroactivité est admissible.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

⁶ Avis n° 67.142/AG donné le 25 mars 2020 sur la proposition devenue la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I et II)', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67142.pdf>.

⁷ Note de bas de page n°22 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, voir notamment : C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2 ; C.C., 19 décembre 2013, n° 172/2013, B.22 ; C.C., 29 janvier 2014, n° 18/2014, B.10 ; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1 ; C.C., 22 janvier 2015, n° 1/2015, B.4 ; C.C., 7 mai 2015, n° 54/2015, B.12 ; C.C., 14 janvier 2016, n° 3/2016, B.22 ; C.C., 3 février 2016, n° 16/2016, B.12.1 ; C.C., 28 avril 2016, n° 58/2016, B.9.2 ; C.C., 9 février 2017, n° 15/2017, B.9.2.

⁸ Note de bas de page n° 23 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir, par ex. : C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2 ; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1 ; C.C., 28 mai 2015, n° 77/2015, B.4.1 ; C.C., 24 mars 2016, n° 48/2016, B.6 ; C.C., 6 octobre 2016, n° 126/2016, B.7.3.