

---

## 2022 I/1

Extrait de l'arrêt de la Cour II  
dans la cause Ville de X. contre Office fédéral des assurances sociales  
B-600/2021 du 5 avril 2022

**Aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants. Aides financières destinées aux structures d'accueil parascolaire existantes. Notion d'augmentation significative de l'offre. Contrôle de la légalité de l'ordonnance révisée.**

Art. 1, art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc. Art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc.

1. **Interprétation de l'art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc. Est significative une augmentation manifeste et sans ambiguïté de l'offre dans le but de favoriser la conciliation entre vie privée et vie professionnelle (consid. 5.5).**
2. **Rappel de la jurisprudence. Pour évaluer le besoin en places d'accueil, l'OFAS ne peut pas se fonder sur un seul calcul tenant compte de tous les blocs horaires (matin, midi et après-midi); il doit au contraire examiner chaque bloc séparément (consid. 4.4.2).**
3. **Interprétation et effets de l'art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2019. Un calcul de l'offre existante selon la moyenne du nombre de places d'accueil occupées sur la journée réduit l'importance des places créées pour la période de midi (consid. 5.6–5.8).**
4. **Contrôle des normes. L'art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc se révèle contraire tant à l'art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc qu'à l'art. 1 LAAcc (consid. 5.9).**

**Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Finanzhilfen für bestehende Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung. Begriff der wesentlichen Erhöhung des Angebots. Prüfung der Gesetzmässigkeit der revidierten Verordnung.**

Art. 1, Art. 2 Abs. 2 zweiter Satz KBFHG. Art. 7 Abs. 3 erster Satz KBFHV.

1. **Auslegung von Art. 2 Abs. 2, zweiter Satz KBFHG. Eine wesentliche Erhöhung des Angebots ist eine offensichtliche und eindeutige**

**Erhöhung des Angebots an Betreuungsplätzen zur Förderung der besseren Vereinbarkeit von Privat- und Berufsleben (E. 5.5).**

2. **Darstellung der bisherigen Rechtsprechung. Zur Beurteilung des Bedarfs an Betreuungsplätzen darf das BSV nicht allein auf eine Mischberechnung über alle Betreuungseinheiten hinweg (Morgen, Mittag und Nachmittag) abstellen, sondern es hat diesbezüglich auch jede Betreuungseinheit für sich allein zu prüfen (E. 4.4.2).**
3. **Auslegung und Wirkungen von Art. 7 Abs. 3, erster Satz KBFHV, der am 1. Februar 2019 in Kraft getreten ist. Eine Berechnung des Angebots, die auf den Durchschnitt der Betreuungsplätze der drei Betreuungseinheiten abstellt, reduziert die Bedeutung der Plätze, die für die Mittagsbetreuung neu geschaffen werden (E. 5.6–5.8).**
4. **Normenkontrolle. Art. 7 Abs. 3, erster Satz KBFHV widerspricht sowohl Art. 2 Abs. 2, zweiter Satz KBFHG als auch Art. 1 KBFHG (E. 5.9).**

**Aiuti finanziari per la custodia di bambini complementare alla famiglia. Aiuti destinati alle strutture di custodia parascolastiche esistenti. Concetto di aumento significativo dell'offerta. Controllo della legalità dell'ordinanza riveduta.**

**Art. 1, art. 2 cpv. 2 seconda frase LACust. Art. 7 cpv. 3 prima frase OACust.**

1. **Interpretazione dell'art. 2 cpv. 2 seconda frase LACust. Per aumento significativo si intende un aumento manifesto e inequivocabile dell'offerta, volto a favorire la conciliabilità tra vita privata e professionale (consid. 5.5).**
2. **Richiamo della giurisprudenza. Per valutare il bisogno di posti per la custodia di bambini, l'UFAS non può fondarsi su un calcolo unico basato su tutti i blocchi orari (mattino, mezzogiorno e pomeriggio); deve invece esaminare separatamente ogni blocco (consid. 4.4.2).**
3. **Interpretazione ed effetti dell'art. 7 cpv. 3 prima frase OACust, entrato in vigore il 1° febbraio 2019. Il calcolo dell'offerta esistente in base alla media del numero di posti di custodia occupati durante la giornata riduce l'importanza dei posti creati per l'orario di mezzogiorno (consid. 5.6–5.8).**

**4. Controllo delle norme. L'art. 7 cpv. 3 prima frase OACust si rivela contrario sia all'art. 2 cpv. 2 seconda frase LACust sia all'art. 1 LACust (consid. 5.9).**

Par formulaire daté du 22 juillet 2019 et enregistré le 25 juillet 2019, la Ville de X. a adressé à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS; ci-après: autorité inférieure) une demande d'aides financières pour une structure d'accueil parascolaire portant sur une augmentation de l'offre d'accueil, passant de 75 places d'accueil le matin, 95 places à midi et 7 places l'après-midi, 5 jours par semaine, à 95 places d'accueil le matin, 160 places à midi et 105 places l'après-midi, 5 jours par semaine pendant la période scolaire, dès le 19 août 2019.

Par décision du 11 janvier 2021, l'autorité inférieure a rejeté cette demande d'aides financières. A l'appui de cette décision, elle retient que l'offre augmentée est de 75 places le matin, 150 à midi et 95 l'après-midi. Sur cette base, elle calcule une augmentation de l'offre globale de 81.7 places ( $75 + 95 + 75/3 = 81.7$ ) à 106.7 places ( $75 + 150 + 95/3 = 106.7$ ) en moyenne pendant la période scolaire. Ainsi, cette augmentation ne s'élève qu'à 25 places, alors que la législation sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants en requerrait 27.2, c'est-à-dire une augmentation d'un tiers de l'offre existante.

Par acte du 10 février 2021, X. (ci-après: recourante) a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral admet le recours et réforme la décision attaquée dans ce sens que la demande d'aides financières déposée par la recourante est admise pour une augmentation significative de 55 places d'accueil pour le bloc horaire de midi.

*Extrait des considérants:*

**4.**

**4.1** Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (LAAcc, RS 861), la Confédération entend favoriser une meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation (al. 1). Dans ce but, elle octroie, dans la limite des crédits ouverts, des aides financières à la création de places d'accueil extra-familial pour enfants (al. 2 let. a), à l'augmentation

des subventions cantonales et communales à l'accueil extra-familial pour enfants, à condition que les frais à la charge des parents pour la garde des enfants par des tiers puissent ainsi être réduits (let. b) et aux projets visant une meilleure adéquation de l'offre d'accueil extra-familial aux besoins des parents (let. c). Il n'y a pas de droit à ces aides financières (entre autres, arrêts du TAF B-4608/2013 du 16 juin 2015 consid. 3.1 et B-2482/2013 du 10 avril 2015 consid. 4 et réf. cit.).

**4.2** Les aides financières concernent notamment les structures d'accueil parascolaire pour enfants jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire (art. 2 al. 1 let. b LAAcc; art. 7 ss de l'ordonnance du 25 avril 2018 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants [OAAcc, RS 861.1]). Sont considérées comme des structures d'accueil parascolaire les structures qui accueillent des enfants d'âge scolaire en dehors du temps consacré à l'enseignement (art. 7 al. 1 OAAcc).

**4.3** Selon l'art. 2 al. 2 LAAcc, les aides financières sont destinées en priorité aux structures nouvelles; elles peuvent être allouées également aux structures existantes qui augmentent leur offre de façon significative.

#### **4.4**

**4.4.1** Jusqu'au 30 juin 2018, la notion d'augmentation significative de l'offre se retrouvait à l'art. 5 al. 3 de l'ordonnance du 9 décembre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RO 2003 258; ci-après: ancienne ordonnance) qui était ainsi rédigé:

Est considérée comme une augmentation significative de l'offre:

- a. une augmentation d'un tiers du nombre de places d'accueil, mais au minimum de 10 places, ou
- b. une extension des heures d'ouverture par l'augmentation d'un tiers du nombre de blocs horaires, mais au minimum de 50 blocs horaires par année.

L'OAAcc a repris cette règle à l'identique à l'art. 7 ancien al. 3 entre le 1<sup>er</sup> juillet 2018 et le 31 janvier 2019 (RO 2018 2251).

**4.4.2** Sur cette base, le Tribunal a, dans l'arrêt B-3091/2016 du 8 février 2018 consid. 4.9, établi que l'évaluation du besoin ne saurait être le résultat d'un calcul tenant compte de l'occupation de tous les blocs horaires concernés; il convient bien plus de déterminer le besoin pour chacun des blocs horaires de manière séparée puisque les blocs horaires du matin, de midi et de l'après-midi peuvent chacun faire l'objet d'une demande et être

subventionnés. Par conséquent, si l'existence d'un besoin n'est pas attestée pour l'un des blocs horaires, mais qu'il l'est pour un autre, l'autorité inférieure ne peut pas rejeter entièrement la demande en se fondant sur un seul calcul tenant compte de tous les blocs horaires; elle doit au contraire examiner séparément chaque bloc horaire. Il en découle qu'une augmentation de l'offre d'au moins 10 places dans l'un des blocs horaires du matin, de midi ou de l'après-midi est significative au sens de l'art. 2 al. 2 LAAcc en lien avec l'art. 5 al. 3 let. a de l'ancienne ordonnance (art. 7 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase OAAcc). Ces 10 places doivent cependant en même temps constituer un tiers des places existant avant l'augmentation pour que l'augmentation de l'offre soit significative au sens de l'art. 5 al. 3 let. a de l'ancienne ordonnance (art. 7 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase let. a OAAcc; voir aussi arrêts du TAF B-3819/2017 du 3 mai 2018 consid. 4.4.2; B-1311/2017 du 11 juillet 2018 consid. 5.5 ou encore B-198/2018 du 30 janvier 2019 consid. 10.1).

#### 4.5

**4.5.1** Par ordonnance du 7 décembre 2018, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2019 (RO 2019 339), le Conseil fédéral a ajouté, au début de l'art. 7 al. 3 OAAcc, la première phrase suivante:

L'existence d'une augmentation significative de l'offre se détermine par une comparaison avec l'offre existante prise dans sa globalité.

La même exigence a été introduite à l'art. 4 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase pour ce qui est de l'accueil préscolaire.

**4.5.2** Pour justifier l'ajout de cette phrase, le Commentaire de l'OFAS de la modification du 7 décembre 2018 de l'ordonnance sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (art. 7 al. 3 p. 3, ci-après: Commentaire, < [www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen\\_Verordnungsanderung\\_181207.pdf.download.pdf/Commentaire\\_de\\_la\\_modification\\_de\\_l\\_ordonnance\\_de\\_decembre\\_2018.pdf](http://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen_Verordnungsanderung_181207.pdf.download.pdf/Commentaire_de_la_modification_de_l_ordonnance_de_decembre_2018.pdf) >, consulté le 21 février 2022), explique ce qui suit:

Les structures d'accueil parascolaire peuvent proposer des blocs horaires le matin, à midi ou le soir (art. 7, al. 2, let. c). La question de l'augmentation significative, en ce qui concerne les institutions proposant plusieurs blocs horaires, a donné lieu ces derniers temps à des incertitudes. Des requérants ne savaient pas trop si l'augmentation devait être significative par rapport à l'ensemble de l'offre existante, ou s'il suffisait d'augmenter d'un tiers ou de dix au moins le nombre de

places pour un seul bloc horaire. Afin de respecter la volonté du législateur de ne soutenir que des augmentations significatives de l'offre, il est indispensable de comparer l'augmentation prévue avec l'ensemble de l'offre existante. Si donc une institution proposait jusqu'ici plusieurs blocs horaires, la question à examiner est celle de savoir s'il y a vraiment une augmentation significative justifiant une aide financière, toujours par rapport à l'ensemble de l'offre actuelle. Il ne suffit donc pas qu'une structure existante, qui propose par exemple 30 places le matin, 30 à midi et 30 l'après-midi crée uniquement 10 places supplémentaires à midi. Dans ce cas, l'offre existante, de 30 places en moyenne par jour  $([30+30+30]/3)$  ne passe qu'à 33,3 places  $([30+40+30]/3)$ . Par rapport à l'ensemble de l'offre, une telle augmentation reste modeste et les charges qu'elle implique ne justifient pas une aide financière.

## 5.

Les tribunaux peuvent examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité des ordonnances du Conseil fédéral (ATF 146 II 56 consid. 6.2.2; 142 II 182 consid. 2.3.3 et 139 II 460 consid. 2.1 entre autres).

**5.1** Pour procéder à ce contrôle, il faut commencer par qualifier l'OAAcc. Placé sous l'intitulé « Dispositions d'exécution » dans la section 5 de la LAAcc, dédiée aux dispositions finales, l'art. 9 LAAcc dispose que le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution. Cette clause est cependant dépourvue de portée propre, car elle rappelle simplement l'art. 182 al. 2 Cst. et ne constitue pas une clause de délégation (dans un cas semblable: arrêt du TF 2C\_923/2014 du 22 avril 2016 consid. 7.2 s.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5<sup>ème</sup> éd. 2021, § 46 n° 1668; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3<sup>ème</sup> éd. 2012, p. 251 s. et nbp 712). Cela amène à conclure que l'OAAcc est une ordonnance d'exécution (voir aussi arrêt du TAF B-5252/2014 du 27 juillet 2016 consid. 5.2).

## 5.2

**5.2.1** Une ordonnance d'exécution ne peut disposer que dans le cadre de la loi dont elle dépend et de la finalité qu'elle poursuit (*intra legem*). Elle peut établir des règles complémentaires de procédure, préciser et détailler certaines dispositions de la loi, et éventuellement combler de véritables lacunes; en revanche, elle ne peut pas introduire des règles ayant pour effet de restreindre les droits des particuliers ou de leur imposer des obligations au-delà de ce que prévoient les dispositions de la loi

(*secundum legem*), même si ces règles concourent au but de ces dispositions (ATF 142 V 26 consid. 5.1; 141 II 169 consid. 4.3.1; 139 II 460 consid. 2.2; 136 I 29 consid. 3.3; 134 I 269 consid. 4.2; 130 I 140 consid. 5.1; ATAF 2014/8 consid. 2.3 et 3.2; 2011/11 consid. 5; 2009/6 consid. 5.1; ULRICH HÄFELIN et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10<sup>ème</sup> éd. 2020, n° 1860 s.; DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, 2014, n° 306).

**5.2.2** Les ordonnances d'exécution sont soumises à un contrôle de légalité et de constitutionnalité. Sous l'angle de la légalité, le Tribunal examine si l'ordonnance d'exécution reste dans le cadre de la loi, si elle se contente d'en préciser le contenu ou d'en définir les termes sans contenir de règles primaires modifiant le champ d'application de la loi. Sous l'angle de la constitutionnalité, le Tribunal vérifie que l'ordonnance d'exécution soit conforme aux droits et principes de nature constitutionnelle. En cas de violation originaire de la Constitution, le juge doit refuser d'appliquer l'ordonnance (ATF 142 II 415 consid. 2.2; arrêt du TAF A-1405/2014 du 31 juillet 2015 consid. 2.2.3; GIORGIO MALINVERNI et al., *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 4<sup>ème</sup> éd. 2021, n° 2004 s.; WIEDERKEHR/RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, vol. I, 2012, n° 407 et 582 s.).

**5.3** En l'espèce, il faut examiner si la phrase: « L'existence d'une augmentation significative de l'offre se détermine par une comparaison avec l'offre existante prise dans sa globalité » insérée à l'art. 7 al. 3 OAAcc est conforme à l'art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc qui prévoit que « [d]es aides financières peuvent être allouées aux structures existantes qui augmentent leur offre de façon significative ».

Il est vrai que la notion d'*augmentation significative de l'offre* n'est précisée nulle part ailleurs dans la loi fédérale. Le Conseil fédéral pouvait donc préciser cette disposition légale par une ordonnance d'exécution. Encore faut-il que le Conseil fédéral, en précisant que l'offre existante devait être appréciée *dans sa globalité*, soit resté dans le cadre de la loi (consid. 5.2). Pour s'en assurer, il faut interpréter la notion d'*augmentation significative de l'offre* telle qu'elle résulte de la loi elle-même (consid. 5.5), puis la notion d'*offre prise dans sa globalité* inscrite dans l'ordonnance (consid. 5.6), et vérifier que la solution résultant de l'application de l'ordonnance est compatible avec celle issue de la loi (consid. 5.7–5.8).

**5.4** Conformément à la jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas

absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 143 II 202 consid. 8.5; 142 II 80 consid. 4.1; 140 II 289 consid. 3.2; 139 II 49 consid. 5.3.1).

#### **5.5**      Interprétation de la loi:

L'art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc dispose que des aides financières peuvent être allouées aux structures existantes qui augmentent leur offre de façon significative. C'est ici la notion d'*augmentation significative de l'offre* qui nécessite une interprétation.

##### **5.5.1**    Interprétation littérale:

Si la notion d'augmentation est claire, il est nécessaire de s'arrêter sur les mots « offre » et « significatif ».

Le substantif « offre » renvoie à la quantité d'un bien ou d'un service qui peut être proposé sur le marché à un prix donné (dictionnaire Larousse en ligne, < [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr) >, consulté le 21 février 2022). En soi, ce terme est clair. On doit en revanche souligner à ce stade que la loi ne qualifie pas cette offre. Elle ne contient en particulier pas la notion d'offre prise dans sa globalité, introduite dans l'ordonnance. Sans cette qualification, toute offre augmentée est ouverte aux aides financières, à condition qu'elle soit significative.

A ce propos, « significatif » (*wesentlich, significativo*) est l'adjectif qui qualifie quelque chose nettement, sans ambiguïté; c'est un synonyme de manifeste, clair, marquant (dictionnaire Larousse en ligne). Appliqué à l'augmentation de l'offre en places d'accueil, cet adjectif signifie que des aides financières peuvent être accordées dès que cette augmentation est manifeste et sans ambiguïté.

##### **5.5.2**    Interprétation historique:

En son temps, le législateur avait précisé que

L'aide sera destinée en priorité aux structures qui se créent. Toutefois, celles qui existent et augmentent leur offre pourront également recevoir le soutien financier de la Confédération [...]. Le but étant *d'accroître le nombre de places d'accueil*, il ne serait pas opportun de se limiter au financement des seules nouvelles structures [...]. L'augmentation de l'offre devra cependant être significative, un accroissement mineur n'entraînant évidemment pas des charges à même de justifier un soutien financier [Rapport du 22 février 2002 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire Incitation financière pour la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial, FF 2002 3925, 3937; ci-après: Rapport (mise en évidence ajoutée)].

Seront considérées comme augmentant leur offre de façon significative les structures qui l'augmentent au minimum d'un tiers par rapport à leur capacité d'accueil initiale, mais d'au moins 10 places d'accueil au total (Rapport, FF 2002 3925, 3947).

Autrement dit, selon le législateur historique, cette règle (augmentation d'un tiers, mais au moins de 10 places) garantissait *déjà* que l'on n'aide pas financièrement les augmentations mineures de l'offre; il n'envisageait aucune autre restriction, notamment en ce qui concerne la détermination de l'offre existante.

### 5.5.3 Interprétation téléologique:

Le but poursuivi par le législateur a un peu évolué avec le temps. A l'origine, les travaux préparatoires de la loi fédérale permettent de rappeler que « [le] projet de loi proposé se veut un véritable programme d'impulsion à la création de places d'accueil pour enfants. Le principe est d'octroyer une aide financière complémentaire pour financer la création de places d'accueil » (Rapport, FF 2002 3925, 3936).

Selon l'actuel art. 1 al. 1 LAAcc, modifié par la loi fédérale du 16 juin 2017, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018 (RO 2018 2247), la Confédération entend favoriser une meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation. Selon le Message du 29 juin 2016 concernant la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (FF 2016 6161), la Confédération veut inciter les cantons et les communes à investir davantage dans l'accueil extra-familial des enfants, afin d'améliorer la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle. Elle entend aussi soutenir des projets qui visent à adapter l'offre d'accueil aux besoins des parents qui exercent une activité lucrative (FF 2016 6161, 6162). Insistant sur l'adéquation nécessaire de l'offre aux

besoins des parents, le Message déplore que certaines plages horaires sont parfois tellement fréquentées que des listes d'attente doivent être mises en place au sein des structures, plus particulièrement pour l'accueil de midi (FF 2016 6161, 6172). Plus loin, évoquant la flexibilité grandissante et les modes et horaires de travail très variés, le Message explique que les parents devraient disposer d'une offre plus étoffée en places d'accueil flexibles (jours de garde variables, accueil en dehors des horaires habituels, places d'accueil disponibles à court terme; FF 2016 6161, 6173 s.).

Il faut donc à ce stade retenir que le but du législateur fédéral est essentiellement la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle. C'est à cette lumière que la LAAcc doit être interprétée.

#### **5.5.4** Interprétation systématique:

Comme le Tribunal l'a déjà relevé, la LAAcc ne contient aucune autre référence à l'augmentation significative de l'offre. Cette notion se concrétise seulement à l'art. 7 al. 3 let. a OAAcc qui édicte notamment la règle selon laquelle est considérée comme une augmentation significative de l'offre, une augmentation d'un tiers du nombre de places d'accueil, mais au minimum de 10 places (voir l'art. 5 al. 3 let. a de l'ancienne ordonnance). On retrouve également cette notion à l'art. 4 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc à propos de l'accueil préscolaire. Autrement dit, en exigeant que l'offre existante soit prise dans sa globalité, l'ordonnance a ajouté une restriction à ce qu'il faut comprendre comme une augmentation significative de l'offre.

Sur un autre plan, l'ordonnance dispose que peuvent être subventionnées les structures qui accueillent les enfants pendant des blocs horaires du matin, de la pause de midi *ou* de l'après-midi (art. 7 al. 2 let. c OAAcc et art. 5 al. 2 let. c de l'ancienne ordonnance; voir aussi art. 9 al. 2 et l'annexe 2 de l'OAAcc pour le calcul des aides financières qui se base sur ces trois blocs horaires). C'est d'ailleurs sur ce fondement que l'arrêt B-3091/2016 consid. 4.9 avait conclu que chaque bloc horaire pouvait faire l'objet d'une demande et être subventionné en tant que tel (consid. 4.4.2). Cette disposition est restée inchangée dans l'OAAcc modifiée au 1<sup>er</sup> février 2019. Par conséquent, le droit en vigueur donne à la notion de bloc horaire (et non à la moyenne de ceux-ci) une grande importance dans le mécanisme de subventionnement des places d'accueil.

#### **5.5.5** Conclusion:

Le Tribunal retiendra que la LAAcc prévoit des aides financières lorsque

l'offre en places d'accueil est augmentée de manière manifeste et sans ambiguïté, dans le but de favoriser la conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle. Le législateur n'a pas voulu qualifier l'offre existante et son mode de détermination. Il est précisé que le montant des aides financières est calculé par bloc horaire.

#### 5.6 Interprétation de l'ordonnance:

L'art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc dispose que l'existence d'une augmentation significative de l'offre se détermine par une comparaison avec l'offre existante prise dans sa globalité. C'est ici le mot « globalité », qui n'est pas précisé ailleurs, qui prête à discussion.

##### 5.6.1 Interprétation littérale:

Le mot « globalité » (*gesamt, complessivo*) renvoie à la qualité de ce qui constitue un tout (dictionnaire Larousse en ligne). Appliqué à l'offre, ce substantif signifie qu'elle doit être prise dans son ensemble.

##### 5.6.2 Interprétation téléologique et historique:

Pour comprendre ce mot, il faut se référer au Commentaire précité où l'on peut lire l'explication suivante: « Afin de respecter la volonté du législateur de ne soutenir que des augmentations significatives de l'offre, il est indispensable de comparer l'augmentation prévue avec l'ensemble de l'offre existante » (op. cit. art. 7 al. 3 p. 3; consid. 4.5.2). Concrètement, le Commentaire explique, exemple à l'appui, qu'il faut calculer cette augmentation globale en faisant la moyenne du nombre de places d'accueil occupées dans chaque bloc horaire (matin, midi et après-midi).

##### 5.6.3 Conclusion:

La révision de l'OAAcc avait pour but de modifier le calcul de l'offre existante, en procédant dorénavant à une moyenne du nombre de places d'accueil occupées, en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal (consid. 4.4.2).

#### 5.7

5.7.1 Pour comprendre les effets de la première phrase de l'art. 7 al. 3 OAAcc, on peut repartir du calcul exposé dans le Commentaire précité (consid. 4.5.2), à savoir:

	Ancienne offre	Nouvelle offre <b>insuffisante</b>		Nouvelle offre <b>suffisante</b>	
Matin	30	30		30	
Midi	30	40	+10	60	<b>+30</b>

Après-midi	30	30		30	
Moyenne	30	33.3	+3.3	40	+10

Selon ce Commentaire, l'offre en places d'accueil passant de 30 à 40 places à midi est insuffisante pour être qualifiée de significative, alors même que, pour la période de midi, elle remplit la double condition de l'augmentation d'un tiers et au moins 10. Pour que l'offre augmentée soit suffisante, il faudrait, si l'on suit l'OAAcc en calculant l'offre existante moyenne, un doublement de l'offre à midi (de 30 à 60 places d'accueil).

**5.7.2** Il faut ici rappeler que les structures d'accueil parascolaires, qui accueillent des enfants jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire, connaissent une réalité particulière en ce qui concerne des repas de midi. Elles doivent être en mesure de proposer un accueil et des repas à des enfants scolarisés, dont les parents travaillent et ne peuvent que difficilement être à la maison pour la pause de midi. Par conséquent, ces enfants n'occupent pas de places d'accueil le matin et l'après-midi, puisqu'ils sont alors à l'école. Or, cette nécessité d'accueil à midi s'inscrit dans le but de la LAAcc, à savoir la conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle par une offre plus étoffée, ce qui était le but du législateur fédéral (consid. 5.5.3).

Il n'est pas soutenable de prétendre comme le fait le Commentaire précité que, « [par] rapport à l'ensemble de l'offre, une telle augmentation [de 30 à 40 places à midi] reste modeste et les charges qu'elle implique ne justifient pas une aide financière ». Ne serait-ce qu'en raison des infrastructures supplémentaires (cuisine pour les repas, agencement, etc.) et des coûts de personnel, une telle augmentation est susceptible d'entraîner des coûts supplémentaires non négligeables pour la structure d'accueil concernée. Or, ce sont ces investissements que le législateur fédéral entendait soutenir. Il n'y a pas de raison pour qu'une augmentation limitée à la période de midi reçoive moins d'aides financières qu'une augmentation des places d'accueil sur l'ensemble de la journée.

Cette incohérence vient de ce que l'OAAcc a *déjà* tenu compte de la volonté du législateur historique de ne pas subventionner les augmentations mineures par la règle de l'accroissement d'un tiers du nombre de places d'accueil, mais au minimum de 10 places (consid. 5.5.2). En ajoutant la prise en compte globale de l'offre existante, l'OAAcc a posé une exigence excessive au regard du but de la loi.

**5.7.3** En conclusion, faire la moyenne des places occupées de chaque bloc horaire (matin, midi et après-midi) réduit considérablement l'importance des places créées à midi. Ce faisant, l'OAAcc entrave la création de places d'accueil à midi et s'écarte du but principal de la loi, à savoir une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée.

**5.8** En l'espèce, le cas de la recourante permet d'arriver aux mêmes conclusions. Sa situation est la suivante:

	Ancienne offre	Nouvelle offre	Différence
Matin	75	75	+0
Midi	95	150	<b>+55</b>
Après-midi	75	95	+20
Moyenne	81.7	106.7	+25.0
Augmentation moyenne d'un tiers (selon le calcul de l'autorité inférieure):			+27.0 (81.7/3)

Il apparaît donc que l'augmentation de l'offre à midi de la recourante est de 55 places. Encore une fois, une appréciation objective conduit à considérer que cette augmentation est significative au sens de la LAAcc, car elle est manifeste et sans ambiguïté. La recourante se propose de créer des places d'accueil dans une proportion de 58% supérieure à l'offre existante à midi (55 places créées, par rapport à 95 places existantes). De même, parce qu'elle a lieu sur la période de midi, elle contribuera grandement à la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle de nombreux parents. Au regard des travaux préparatoires de la loi, le législateur fédéral n'envisageait pas que des aides financières soient refusées dans un tel cas.

**5.9** En ayant pour résultat de refuser des aides financières à des projets qui augmentent leur offre de manière significative, la première phrase de l'art. 7 al. 3 OAAcc se révèle contraire à l'art. 2 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase LAAcc. Elle est également contraire à l'art. 1 LAAcc en ce qu'elle fait obstacle au but de la loi, à savoir la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle.

**5.10** Comme exposé plus haut (consid. 4.4.2), la jurisprudence a reconnu aux structures qui augmentaient leur offre en places d'accueil sur un seul bloc la possibilité d'obtenir des aides financières. Imposer une détermination globale de l'offre pour effet de restreindre un droit existant dans

la loi, ce qui n'est pas admissible en soi (consid. 5.2.1). Cela constitue un motif supplémentaire d'illégalité de l'art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc.

**5.11**      En rejetant la demande d'aides financières déposée par la recourante sur le fondement de la première phrase de l'art. 7 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase OAAcc, la décision attaquée se révèle illégale.