**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Cour II
B-5252/2014, B-5982/2014, B-5983/2014

# Arrêt du 27 juillet 2016

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
Hans Urech, Ronald Flury, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

**Commune de X._____,**
recourante,

contre

**Office fédéral des assurances sociales OFAS,**
Effingerstrasse 20, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants ;
A._____, B._____ et le C._____.

## Faits :

**A.**
Par courriers du 20 juillet 2014 (date des timbres postaux), la Commune de X._____ (ci-après : la requérante ou la recourante), a déposé trois demandes d'aides financières, datées du 17 juillet 2014, concernant autant de structures d'accueil extra-familial pour enfants, à savoir le A._____ (augmentation de l'offre, dès le 1er août 2014), le B._____ (ouverture d'une nouvelle structure, dès le 25 août 2014) et le C._____ (augmentation de l'offre, dès le 1er août 2014).

**B.**
Par trois décisions du 30 juillet 2014, l'Office fédéral des assurances sociales OFAS (ci-après : l'autorité inférieure) a prononcé une non-entrée en matière sur deux des trois demandes d'aides financières et un rejet de la troisième (B._____). Dans une motivation similaire dans les trois décisions, l'autorité inférieure rappelle que selon l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance du 9 décembre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (ci-après : l'ordonnance, RS 861.1, dans sa teneur selon le ch. I de l'ordonnance du 10 décembre 2010, en vigueur depuis le 1er février 2011 [RO 2011 189]), les demandes d'aides financières pour les structures ouvrant, augmentant leur offre ou débutant la réalisation d'une mesure entre le 1er juillet 2014 et le 31 janvier 2015 doivent être adressées à l'office au plus tard le 1er juillet 2014.

L'autorité inférieure fait valoir que les demandes ont été envoyées le 20 juillet 2014, c'est-à-dire 19 jours après le délai, et qu'elles étaient donc tardives. La requérante a fait valoir, durant l'instruction du dossier, que l'exécutif communal n'a accepté officiellement le projet qu'en date du 3 juillet 2014 et qu'il n'avait pas été possible d'envoyer la demande plus tôt. Examinant la question d'une éventuelle restitution du délai, l'autorité inférieure estime que la raison du retard est d'ordre organisationnel et ne correspond pas à un motif objectif qui aurait empêché la requérante, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé.

**C.**
Par acte unique du 15 septembre 2014, la requérante a déposé un recours contre les trois décisions précitées auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) : la décision prise au sujet du A._____ est enregistrée sous le numéro B-5252/2014, celle relative au B._____ sous le numéro B-5982/2014 et enfin celle concernant le C._____ sous le numéro B-5983/2014. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à

l'admission du recours, à l'annulation des décisions attaquées et à ce que l'autorité inférieure soit invitée à statuer sur les trois demandes d'aides financières.

A l'appui de ses recours, la recourante fait valoir que le service compétent se fonde ainsi toujours sur un préavis adopté par le législatif communal ou encore sur une décision de l'exécutif communal. En l'espèce, la décision municipale donnée le 3 juillet 2014 constituait la seule base officielle que la recourante pouvait présenter avant l'augmentation des places d'accueil. Par conséquent, le responsable du service compétent avait besoin de se fonder sur une décision officielle de la Commune, avant de s'engager.

La recourante affirme que le délai de l'art. 15 de l'ordonnance est un délai d'ordre qui ne saurait se comprendre comme un délai péremptoire. Selon la recourante, l'art. 6 de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RS 861, ci-après : la loi fédérale) pose le principe selon lequel les demandes doivent être déposées avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre. En « transformant les délais » à l'art. 15 de l'ordonnance, l'autorité inférieure serait allée au-delà de que ce la loi lui permet.

**D.**
Par réponses du 14 janvier 2015, l'autorité inférieure a conclu au rejet des recours.

A l'appui de ses conclusions, l'autorité inférieure fait valoir que les conditions légales posées pour la restitution de délai ne sont pas réunies, s'appuyant en cela sur la jurisprudence du Tribunal. Elle fait valoir en particulier que la recourante aurait pu déposer sa demande à temps, puis, en cas de besoin, la retirer si le projet n'avait finalement pas été accepté par l'exécutif communal.

**E.**
Par courriers du 28 janvier 2015, la recourante a implicitement renoncé à répliquer, en se contentant de se référer entièrement à ses précédentes écritures.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que de besoin, dans les considérants en droit.

## Droit :

**1.**
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

**1.1** Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

**1.2** En particulier, les décisions rendues par l'autorité inférieure concernant les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants peuvent être contestées devant le Tribunal conformément à l'art. 33 let. d LTAF et à l'art. 35 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions, LSu, RS 616.1).

Le Tribunal est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

**1.3** Selon l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

Une collectivité publique – en l'espèce, une commune – a notamment qualité pour recourir si l'acte attaqué l'atteint de la même manière qu'un particulier ou de façon analogue, dans sa situation matérielle (patrimoine administratif ou financier) ou juridique et qu'elle a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (arrêts du TAF B-2482/2013 du 10 avril 2015 consid. 1.2 et C-2224/2013 du 11 décembre 2013 consid. 1.3 ; voir aussi ATF 140 V 328 consid. 5.2 à 5.4, 135 II 156 consid. 3.1, 132 V 113 consid. 5).

En l'espèce, la qualité pour recourir doit manifestement être reconnue à la recourante.

**1.4** Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50 et 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont également respectées.

**1.5** Le recours est dès lors recevable.

**2.**

**2.1** Aux termes de l'art. 24 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF, RS 273), applicable par renvoi de l'art. 4 PA, il y a lieu de réunir en une seule procédure des recours qui présentent une étroite unité dans le contenu de leur état de fait, et dans lesquels se posent les mêmes questions de droit (condition de la connexité). Selon la jurisprudence, il y a connexité plus précisément lorsque des prétentions portent sur des faits et des questions juridiques semblables, les demandes étant alors liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a un intérêt, afin d'éviter des solutions contradictoires, à les instruire et les juger en même temps (p.ex. ATF 134 III 80 consid. 7.1). Une telle solution correspond au principe de l'économie de la procédure et à l'intérêt de toutes les parties.

La jonction de causes fait l'objet d'une décision incidente séparée prise par le juge instructeur. Le juge dispose en ce domaine d'une grande marge d'appréciation. La décision peut être prise à chaque stade de la procédure, y compris avec l'arrêt au fond (sur l'ensemble du sujet : JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 171 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e éd. 2013, n° 3.17).

**2.2** En l'espèce, les causes B-5252/2014, B-5982/2014 et B-5983/2014. opposent les mêmes parties, dans une matière juridique identique, sur des questions de droit très semblables et sur la base d'états de fait comparables. A ce titre, il convient de préciser qu'à la lecture des considérants de la décision relative au B._____ (B-5982/2014), la décision est bien une non-entrée en matière, comme pour les deux autres cas, et non un rejet, comme cela est indiqué à tort dans la décision attaquée.

Les conditions de la connexité sont ainsi réunies et le principe de l'économie de la procédure conduit donc à joindre ces trois causes ; la procédure ainsi unifiée porte la référence B-5252/2014.

**3.**
En l'espèce, au moment où les décisions attaquées ont été rendues, les textes applicables n'avaient pas la teneur actuellement en vigueur.

La loi fédérale a été prorogée depuis lors jusqu'au 31 janvier 2019 (art. 10 al. 5 de la loi fédérale, introduit par le ch. I de la loi fédérale du 26 septembre 2014, en vigueur du 1er février 2015 au 31 janvier 2019 [RO 2015 513]).

L'ordonnance a quant à elle été modifiée par le ch. I de l'ordonnance du 28 novembre 2014, en vigueur depuis le 1er février 2015 (RO 2015 25). En l'espèce, la décision attaquée se fonde sur la teneur de ce texte résultant du ch. I de l'ordonnance du 10 décembre 2010, en vigueur dès le 1er février 2011 (RO 2011 189 ; voir également l'arrêt du TAF B-4608/2013 du 16 juin 2015 consid. 3.3).

Influençant la solution du litige, la question du droit applicable en l'espèce sera examinée plus loin (consid. 6.7).

**4.**

**4.1** Selon l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale, la Confédération octroie dans la limite des crédits ouverts des aides financières à la création de places d'accueil extra-familial pour enfants afin d'aider les parents à mieux concilier famille et travail ou formation. L'art. 1 al. 2 précise que les aides financières fédérales sont allouées uniquement en cas de participation financière appropriée des cantons, des collectivités locales de droit public, des employeurs ou d'autres tiers.

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 les références citées).

**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 de la loi fédérale ; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 ss de l'ordonnance). 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. 5 al. 1 de l'ordonnance).

**5.**

La recourante, qui soutient que l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance irait « au-delà de ce que la loi […] permet », se plaint d'une violation du principe de la légalité.

Le Tribunal peut en principe revoir la légalité des ordonnances du Conseil fédéral dans le cadre d'un contrôle concret des normes (ATF 141 V 473 consid. 8.4, 133 V 42 consid. 3.1 ; ATAF 2014/50 consid. 2, 2014/8 consid. 2.4).

Il est vrai que, selon une jurisprudence constante du Tribunal, le délai prévu aux art. 6 al. 1 et 2 de la loi fédérale et 10 al. 2 de l'ordonnance doit être

qualifié de péremptoire, permettant à l'autorité, sans formalisme excessif, de ne pas entrer en matière sur les demandes tardives (entre autres : arrêts du TAF B-4608/2013 du 16 juin 2015 consid. 4.2, C-2224/2013 du 11 décembre 2013 consid. 8). Cependant, cette jurisprudence, mobilisée par l'autorité inférieure, ne lui est d'aucun secours. En effet, les décisions attaquées font application de l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance et non de l'art. 10 al. 2 de ce texte.

Il convient donc d'examiner la conformité de l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance au droit supérieur, en particulier à l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale.

**5.1** Selon l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Le principe de la séparation des pouvoirs empêche quant à lui un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe ; en particulier, il interdit au pouvoir exécutif d'édicter, par des ordonnances, des dispositions qui devraient figurer dans une loi, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 141 V 688 consid. 4.2.1, 134 I 322 consid. 2.2, 130 I 1 consid. 3.1).

La jurisprudence et la doctrine distinguent à ce titre les ordonnances de substitution et les ordonnances d'exécution. Une *ordonnance de substitution* suppose l'existence d'une délégation législative respectant certaines conditions, à savoir : le droit constitutionnel n'interdit pas une délégation, elle est prévue dans un acte normatif – soit une loi formelle – soumis à référendum, elle est limitée à une matière déterminée et la loi elle-même énonce, dans les grandes lignes, les règles les plus importantes (ATF 140 I 218 consid. 6.5, 134 I 322 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 7 ; arrêt du TAF B-5820/2015 du 8 juin 2016 consid. 4.1).

Une *ordonnance d'exécution* repose quant à elle directement sur l'art. 182 al. 2 Cst. qui dispose que le Conseil fédéral veille à la mise en œuvre de la législation. Il arrive que les lois fédérales comprennent une clause d'exécution rappelant cette attribution de l'exécutif fédéral. Cette clause est cependant en principe dépourvue de portée propre (PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3e éd. 2011, § 46 no 21 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I : Les fondements, 3e éd. 2012, p. 251 s. et n. 712).

**5.2** Il convient maintenant, à la lumière de cette distinction, de qualifier l'ordonnance applicable en l'espèce. Placé sous l'intitulé « Exécution »

dans la section 5 de la loi fédérale dédiée aux dispositions finales, l'art. 9 de la loi fédérale se contente de rappeler que le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution. Tout au plus précise-t-elle qu'il doit agir après avoir entendu les organisations spécialisées compétentes. Cette disposition, qui rappelle simplement l'art. 182 al. 2 Cst., ne constitue pas une clause de délégation (sur le sens à donner à une clause semblable : arrêt du TF 2C_923/2014 du 22 avril 2016 consid. 7.2).

Partant, l'ordonnance applicable en l'espèce, en particulier son art. 15 al. 1, sont des normes d'exécution.

**5.3**

**5.3.1** Pour déterminer le contenu admissible d'une ordonnance d'exécution, la jurisprudence et la doctrine ont créé la distinction entre *normes primaires* et *normes secondaires.* Seules ces dernières peuvent se trouver dans une ordonnance d'exécution. Une norme secondaire est une règle qui ne déborde pas du cadre de la loi, qui ne fait qu'en préciser certaines dispositions et fixer, lorsque c'est nécessaire, la procédure applicable (ATF 139 II 460 consid. 2.2, 136 I 29 consid. 3.3, 130 I 140 consid. 5 ; arrêt du TF 2C_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 7 ; arrêt du TAF A-126/2015 du 25 septembre 2015 consid. 5.2.1). Par opposition, une norme primaire est une règle dont on ne trouve aucune trace dans la loi de base, une règle qui étend ou restreint le champ d'application de cette loi, confère aux particuliers des droits ou leur impose des obligations dont la loi ne fait pas mention. Il est précisé que la plupart des ordonnances énoncent à la fois des dispositions secondaires et des dispositions primaires (ATF 118 Ib 367 consid. 3a ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, no 1545).

Pour aller plus loin, on peut dire que les normes d'exécution précisent et détaillent le sens et le contenu de la loi ; elles définissent les notions que la loi formule ; elles en organisent l'application ; elles la concrétisent. Elles ne contiennent aucun droit et aucune obligation qui ne soient pas déjà posés par la loi, sauf si elles doivent combler d'éventuelles lacunes (ATF 141 II 169 consid. 4.3.1, 136 I 29 consid. 3.3). L'interprétation de la loi et de l'ordonnance en cause revêt une grande importance, même s'il ne s'agit que d'exécution. Certes, l'ordonnance ne saurait dépasser le cadre des règles primaires qu'elle applique. L'exécution n'est pas pour autant la simple reproduction inerte d'un concept légal. Celui-ci peut être interprété largement, ou au contraire restrictivement, et l'interprétation qui en est faite influe sur sa portée : il faudra donc vérifier si elle reste conforme à la loi

(MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., p. 252 ; voir aussi : ATF 141 précité consid. 3.3, 139 II 460 consid. 2.1, 133 II 331 consid. 7.2).

**5.3.2** Selon la jurisprudence, les principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs limitent le droit du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances d'exécution par *quatre règles.* En premier lieu, l'ordonnance d'exécution doit se rapporter à la même matière que celle qui fait l'objet de la loi qu'elle exécute. Ensuite, elle ne peut ni abroger, ni modifier cette loi. En troisième lieu, elle doit rester dans le cadre tracé et la finalité poursuivie par la loi et se contenter de préciser la réglementation dont celle-ci contient le fondement. Enfin, l'ordonnance d'exécution ne doit pas imposer au citoyen de nouvelles obligations qui ne sont pas prévues par la loi, et cela même si ces compléments sont conformes au but de la loi. On peut ajouter qu'elle doit en outre être conforme aux droits et principes de nature constitutionnelle (ATF 142 V 26 consid. 5.1, 136 I 29 consid. 3.3, 130 I 140 consid. 5.1 ; ATAF 2014/8 consid. 2.3 et 3.2, 2011/11 consid. 5, 2009/6 consid. 5.1 ; HAEFLIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd. 2008, no 1860 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., no 1552 s. ; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, vol. I, 2012, nos 407 et 582 s.).

C'est à l'aune de ces critères que le Tribunal doit examiner la légalité de l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance. Le cas échéant, le constat judiciaire de l'illégalité de l'ordonnance n'aboutit pas à son annulation, mais seulement à l'annulation de la décision rendue sur ce fondement contraire au droit (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., no 1906).

**6.**

**6.1** L'art. 6 al. 2 de la loi fédérale dispose que :

> 2 Les structures d'accueil collectif de jour et d'accueil parascolaire doivent déposer leur demande avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre.

L'art. 10 al. 2 de l'ordonnance quant à lui prévoit que :

> 2 Les demandes d'aides financières complètes doivent être présentées à l'Office fédéral des assurances sociales (office) avant l'ouverture de la structure, l'augmentation de l'offre ou la réalisation de la mesure, mais au plus tôt quatre mois auparavant.

L'art. 15 al. 1 de l'ordonnance, dérogeant à l'art. 10 al. 2 de l'ordonnance, se lit ainsi :

[1] Les demandes d'aides financières pour les structures ouvrant, augmentant leur offre ou débutant la réalisation d'une mesure entre le 1er juillet 2014 et le 31 janvier 2015 doivent être adressées à l'office au plus tard le 1er juillet 2014.

**6.2** Il convient préalablement de déterminer le sens de l'art. 6 al. 2 de la loi et de l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance.

**6.2.1** La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Dans le cas où plusieurs interprétations sont possibles, le juge recherche la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but recherché, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires (interprétation historique). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le juge adopte une position pragmatique en suivant une pluralité de méthodes, sans soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité (ATF 141 III 444 consid. 2.1, 140 V 227 consid. 3.2, 140 III 315 consid. 5.2.1, 138 III 166 consid. 3.2, 136 III 283 consid. 2.3.1, 135 III 640 consid. 2.3.1).

**6.2.2**

**6.2.2.1** En l'espèce, le litige porte sur les mots « avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre » utilisés par l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale. A première vue, cette expression ne semble guère présenter de difficultés d'interprétation. Littéralement, cette disposition exige que la demande soit déposée au préalable, et non le jour de cet événement, encore moins plus tard (voir la jurisprudence du TAF sur cette question : arrêts du TAF B-4608/2013 du 16 juin 2015 consid. 4.2, C-2224/2013 du 11 décembre 2013 consid. 8.1, C-8087/2010 du 12 février 2013 consid. 4.1 et C-2070/2008 du 5 janvier 2009 consid. 5.2). Le texte de cette disposition est clair et ne devrait donc appeler aucun autre argument d'interprétation.

Encore pourrait-on se demander si « avant » ne signifie pas « suffisamment tôt avant » l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre, de manière à ce que l'aide financière soit octroyée avant même cet événement. Si l'on admettait que l'argument littéral laisse planer un doute sur le sens à donner à cette disposition, il faudrait alors passer aux autres arguments d'interprétation.

**6.2.2.2** Du point de vue téléologique, le Tribunal a déjà établi que le programme d'impulsion prévu par la loi fédérale avait clairement pour

objectif de promouvoir la création de nouvelles places, de manière à en augmenter l'offre globale, et non pas de subventionner des places d'ores et déjà existantes. Le but ne consiste donc pas à soutenir les structures existantes qui n'ont pas pour projet d'augmenter leur offre, ni de garantir leur maintien (arrêts du TAF B-4608/2013 du 16 juin 2015 consid. 4.2, B-2482/2013 du 10 avril 2015 consid. 5.1, C-8087/2010 du 12 février 2013 consid. 4.1, C-591/2010 du 23 mai 2012 consid. 8.2 et C-6397/2010 du 24 octobre 2011 consid. 2.3.6).

Pour résumer, le but de la loi fédérale est que *l'aide financière soit versée* durant la phase d'impulsion. Dans ce sens, il n'y a pas d'intérêt à ce que *l'aide financière soit octroyée* avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre ; il suffit que la demande soit déposée avant cet événement. En effet, même si la demande d'aides financières est déposée peu avant cet événement, et donc si la décision d'octroi est prise après cet événement, l'aide financière parviendra dans les mois suivants, c'est-à-dire durant la phase d'impulsion, comme le veut la loi fédérale. De ce point de vue, il n'y a pas de raison de faire une lecture extensive du mot « avant » figurant à l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale.

**6.2.2.3** Les arguments systématiques et historiques n'apportent aucun élément d'interprétation supplémentaire.

**6.2.2.4** Partant, il faut retenir que l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale exige seulement que la demande soit déposée n'importe quand avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre. En pratique, il suffit que la demande soit déposée la veille.

**6.2.3** L'art. 15 al. 1 de l'ordonnance est manifestement un texte clair dans la mesure où il fait référence à des dates du calendrier (« entre le 1er juillet 2014 et le 31 janvier 2015 », « au plus tard le 1er juillet 2014 » ; voir p. ex. arrêt du TF 2C_144/2014 du 15 septembre 2014 consid. 4.2).

**6.3**

**6.3.1** Le contrôle de la légalité de l'ordonnance suppose que l'on examine à ce stade si celle-ci est restée dans le cadre tracé par la loi (consid. 5.3.2, troisième règle). Autrement dit, il faut qu'à l'issue d'un raisonnement syllogistique, la solution qui se dégage de l'application de l'ordonnance soit conforme avec celle qui se dégage de l'application de la loi.

**6.3.2** En l'espèce, les trois demandes ont été déposées le 20 juillet 2014 et les dates prévues pour la création de la nouvelle structure ou les augmentations de l'offre étaient les 25 juillet et 1er août 2014.

L'art. 6 al. 2 de la loi exige un dépôt de la demande « avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre ». Partant, selon cette disposition, les demandes ont en l'espèce été déposées dans les temps.

L'art. 15 al. 1 de l'ordonnance exige pour les ouvertures de structure ou les augmentations de l'offre qui ont lieu « entre le 1er juillet 2014 et le 31 janvier 2015 » que les demandes soient adressées « au plus tard le 1er juillet 2014 ». Partant, selon cette disposition, les demandes sont en l'espèce tardives.

Il s'ensuit que la solution résultant de l'application de l'ordonnance est différente de celle résultant de l'application de la loi. En aboutissant à une solution différente, l'ordonnance sort du cadre tracé par la loi. Au regard du principe examiné ici, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance doit être vu comme illégal.

**6.4** Il résulte de ce qui précède que l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance oblige les administrés à anticiper, parfois grandement, le dépôt de leurs demandes d'aides financières. Ce faisant, il durcit leurs « incombances », telles qu'elles découlent de l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale. Il touche aussi le champ d'application de la loi dans le temps, car il anticipe, dans les faits, la date d'expiration des effets de la loi, prévue alors pour le 31 janvier 2015 (art. 10 al. 4 de la loi fédérale). Dans ce sens, il touche aux conditions de mise en œuvre des droits des bénéficiaires de l'aide financière.

Cette appréciation résulte aussi de la comparaison de l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance avec l'art. 10 al. 2 qui est la norme d'exécution « ordinaire » de l'art. 6 al. 2 de la loi. L'art. 10 al. 2 de l'ordonnance prescrit que les demandes doivent être déposées « avant l'ouverture de la structure, l'augmentation de l'offre ou la réalisation de la mesure, mais au plus tôt quatre mois auparavant ». Cette disposition réglementaire n'enlève rien à la norme légale. Celui qui veut obtenir une aide financière peut (et doit) le faire avant l'ouverture ou l'agrandissement de sa structure ; il ne peut (et ne doit) simplement pas le faire trop tôt. En revanche, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance – comme on l'a dit – le prive de ce droit, d'une manière contraire à la loi fédérale.

Ce qui précède conduit à conclure que l'art. 15 al 1 de l'ordonnance viole le principe selon lequel une ordonnance d'exécution ne peut ni abroger, ni modifier la loi (consid. 5.3.2, deuxième règle). Autrement dit, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance est une règle primaire qui, faute de délégation législative, devrait figurer dans la loi fédérale elle-même (consid. 5.3.1).

**6.5** L'art. 15 al. 1 de l'ordonnance est aussi problématique au regard du principe selon lequel l'ordonnance doit rester dans la finalité poursuivie par la loi (consid. 5.3.2, troisième règle). En effet, la jurisprudence du Tribunal a constamment reconnu l'intérêt qu'il y a à déposer les demandes d'aides financières avant l'ouverture de la structure ou l'augmentation de l'offre (consid. 6.2.2.2). Or, comme le Tribunal l'a déjà relevé, le but de la loi est atteint par les art. 6 al. 2 de celle-ci et 10 al. 2 de l'ordonnance (*ibidem*). Autrement dit, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance va au-delà du but de l'art. 6 al. 2 de la loi et ne présente donc pas de nécessité (sur l'appréciation du temps dans l'examen de la proportionnalité [art. 5 al. 2 Cst.] : ATF 133 I 77 consid. 5.3, 132 I 43 consid. 7.2). Partant, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance est illégal aussi de ce point de vue.

**6.6** Comme le Tribunal l'a relevé (consid. 6.2.2.1), l'art. 6 al. 2 de la loi fédérale est un texte qui peut être qualifié de clair. L'art. 15 al. 1 de l'ordonnance ne peut donc pas fonder sa nécessité sur une lacune qu'il aurait fallu combler ou sur une précision qu'il aurait fallu apporter (consid. 5.3.1). Cette nécessité ne peut pas non plus reposer sur une procédure qu'il aurait fallu organiser, dès lors que, comme le Tribunal l'a vu, cette norme modifie en réalité le droit de fond (consid. 6.4 *in fine*).

**6.7**

**6.7.1** Le Commentaire de la modification du 10 décembre 2010 (disponible à l'adresse : http://www.bsv.admin.ch/praxis/kinderbetreuung/00111/index.html?lang=fr, consulté le 29 juin 2016, p. 6) explique que la disposition transitoire prévue à l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance avait été introduite de manière à ce que l'autorité inférieure dispose de suffisamment de temps pour traiter tous les dossiers – environ six mois seraient nécessaires – avant l'expiration de la loi, alors prévue pour le 31 janvier 2015. Ce texte indique à ce titre que « […] l'OFAS ne pourra plus prendre de décision sur l'octroi des aides financières après le 31 janvier 2015 ». Il précise encore que « [l]'art. 15 [al. 1] fixe une date butoir après laquelle il ne sera plus possible de déposer une nouvelle demande d'aides financières ». Plus loin, il ajoute : « Les dépenses engagées avant le 31 janvier 2015 doivent être payées jusqu'à leur terme, conformément à la décision ou au contrat

de prestations. Compte tenu de la durée des aides financières fixée par la loi, des paiements pourront intervenir jusqu'en 2018. Au-delà du 31 janvier 2015, plus aucune nouvelle dépense ne pourra être engagée ».

Il convient d'examiner ces affirmations à la lumière des règles qui régissent l'application de la loi dans le temps.

**6.7.2** En règle générale, on applique aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause ou qui doivent faire l'objet d'une évaluation juridique, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent. En cas d'abrogation, ou d'expiration comme en l'espèce, le droit abrogé continue de régir les faits antérieurs (ATF 137 V 394 consid. 3, 136 V 24 consid. 4.3, 130 V 445 consid. 1.2.1 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., p. 184 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 408 ; ALAIN GRIFFEL, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts, in : Felix Uhlmann [édit.], Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, 2014, p. 7 ss, p. 10 ; WIEDERKEHR/RICHLI, op. cit., vol. I, n° 777).

Certes, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour dire que, lorsque le droit change alors que l'affaire est pendante devant la première instance – les règles sont différentes si le droit change devant l'autorité de recours – le droit déterminant est celui qui est en vigueur le jour où l'administration statue. Encore faut-il pour cela qu'un plus ou moins grand intérêt public (« raisons impératives », *« zwingende Gründe »*) plaide pour cette solution (ATF 127 II 209 consid. 2b ; GRIFFEL, *ibidem*). Cependant, cette règle est surtout valable en matière d'autorisations ; en l'espèce, nous sommes en présence d'une administration de prestations, ce qui conduit à en rester à la première règle énoncée ci-dessus (dans ce sens : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., p. 185 ; TANQUEREL, op. cit., n° 410).

**6.7.3** En l'espèce, on pourrait se demander quel est l'événement déterminant pour la fixation du droit applicable. On pourrait hésiter entre le dépôt de la demande (20 juillet 2014) et l'ouverture de la structure (25 juillet 2014), respectivement les augmentations de l'offre (1er août 2014).

Cette question, qui doit s'apprécier selon le principe de la confiance (GRIFFEL, op. cit., p. 9), peut demeurer indécise. En effet, ces trois dates sont quoi qu'il en soit antérieures à la date alors prévue pour l'expiration de la loi fédérale (31 janvier 2015). Quel que soit l'événement retenu, il a eu lieu sous l'empire de l'ancien droit. Donc, selon le système exposé plus haut (consid. 6.7.2 *in initio*), quelle que soit la date à laquelle l'autorité

inférieure aurait rendu ses décisions au fond, elle aurait dû appliquer le droit en vigueur entre le 20 juillet 2014 et le 1er août 2014, c'est-à-dire la loi fédérale avant son expiration. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, l'expiration de la loi fédérale au 31 janvier 2015 ne l'empêchait nullement de verser des aides dans la limite des crédits disponibles.

**6.8** Cette manière de voir est renforcée par la lecture de la loi sur les subventions (LSu).

**6.8.1** Selon le Tribunal fédéral, la LSu constitue en quelque sorte la « partie générale » du droit fédéral des subventionnements publics (ATF 117 V 136 consid. 4c ; arrêt du TAF A-3343/2007 du 5 décembre 2007 consid. 4.1 ; voir aussi message du Conseil fédéral du 15 décembre 1986 à l'appui d'un projet de lois sur les aides financières et les indemnités, FF 1987 I 369, 375). En l'absence de règle dérogatoire dans la loi fédérale applicable en l'espèce, il convient de s'en référer à la LSu.

L'art. 36 LSu prévoit que les demandes d'aides ou d'indemnités sont appréciées en application du droit en vigueur au moment de la demande, lorsque la prestation est allouée avant l'exécution de la tâche (let. a), ou en application du droit en vigueur au début de l'exécution de la tâche, lorsque la prestation est allouée ultérieurement (let. b ; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, vol. II, 2014, no 1561 ss).

**6.8.2** L'art. 36 LSu fixe, comme moment déterminant, l'exécution de la tâche, à savoir, en l'espèce, l'ouverture d'une nouvelle structure ou les augmentations de l'offre (25 juillet 2014 ou 1er août 2014). Elle distingue ensuite selon que la prestation est allouée avant ou après ce moment. En l'espèce, deux hypothèses sont envisageables. Dans la première (la moins probable), l'autorité inférieure aurait rendu ses décisions *avant* ces deux dates ; le droit applicable aurait alors été celui en vigueur à la date de la demande (20 juillet 2014), c'est-à-dire la loi fédérale avant son expiration (art. 36 let. a LSu). Dans la seconde hypothèse (la plus probable), l'autorité inférieure aurait été amenée à statuer *après* ces dates ; le droit applicable aurait, dans ce cas, été celui en vigueur au début de l'exécution de la tâche (25 juillet 2014 ou 1er août 2014), c'est-à-dire également la loi fédérale avant son expiration (art. 36 let. b LSu). En résumé, dans les deux hypothèses, l'art. 36 LSu n'aurait jamais conduit l'autorité inférieure à appliquer le droit postérieur au 31 janvier 2015, c'est-à-dire l'absence de base légale suite à l'expiration de loi fédérale, même si les décisions avaient été rendues après cette date.

**6.8.3** A cela s'ajoute que, dans l'intervalle, la loi fédérale a été prorogée (consid. 3), ainsi que le crédit d'engagement correspondant, jusqu'au 31 janvier 2019 (art. 10 al. 5 de la loi fédérale [RO 2015 513] ; FF 2014 1281 [pour le crédit d'engagement] ; art. 4 al. 1 de la loi fédérale et art. 21 ss de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération [loi sur les finances, LFC, RS 611.0]).

Il n'y a par conséquent aucun obstacle à l'octroi de cette aide au regard du droit des finances publiques.

**6.8.4** Ainsi, l'argument de l'autorité inférieure, tiré de l'expiration à venir de la base légale pour justifier l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance, est sans fondement. Il n'y avait aucun motif pour obliger les administrés à déposer au plus tard le 1er juillet 2014 les demandes concernant des ouvertures de structure ou des augmentations de l'offre ayant lieu entre cette date et le 31 janvier 2015.

Dans ces conditions, la règle posée à l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance est arbitraire dans la mesure où elle ne repose pas sur des motifs sérieux et qu'elle est dépourvue de sens et de but (ATF 136 I 241 consid. 3.1).

**6.9** Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance, dans sa teneur résultant du ch. I de l'ordonnance du 10 décembre 2010 (RO 2011 189), est contraire à l'art. 6 al. 2 de la loi. L'autorité inférieure ne pouvait donc pas, sur ce fondement, refuser d'entrer en matière sur les trois demandes déposées par la recourante.

**7.**

Pour tous ces motifs, les décisions attaquées, en tant qu'elles sont fondées sur une disposition illégale de l'ordonnance, doivent être annulées. Les recours doivent par conséquent être admis.

Lorsque le recours porte sur une décision d'irrecevabilité ou, comme en l'espèce, de non-entrée en matière, l'objet du litige est limité à la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière. S'il admet le recours, le Tribunal annule la décision et renvoie le dossier à l'autorité inférieure pour qu'elle entre en matière et se prononce sur le fond de l'affaire (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; WEISSENBERGER/HIRZEL, in : Praxiskommentar VwVG, 2e éd. 2016, art. 61 PA no 19).

Tel doit donc être le cas en l'espèce.

**8.**

**8.1** Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1ère phrase PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées ; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA).

**8.2** En l'espèce, la recourante concluait à ce que l'autorité inférieure soit invitée à statuer sur le fond des trois affaires. Elle a par conséquent obtenu intégralement gain de cause. Quoi qu'il en soit, la partie obtenant un renvoi à l'autorité inférieure afin que cette dernière procède à des éclaircissements complémentaires est réputée, sous l'angle de la fixation des frais de procédure et des dépens, avoir obtenu entièrement gain de cause (ATF 132 V 215 consid. 6.1).

Partant, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure. Les trois avances sur les frais de procédure présumés de 2'000 francs (6'000 francs au total) versées par la recourante durant l'instruction lui seront restituées.

**8.3** Selon l'art. 7 al. 1 FITAF, la partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (voir aussi art. 64 al. 1 PA). Selon l'art. 7 al. 3 FITAF, les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens.

Bien que la recourante n'agisse pas ici en qualité d'autorité, mais dans la défense de ses intérêts patrimoniaux, elle est une collectivité publique importante, qui dispose des services juridiques adéquats ; elle n'est d'ailleurs pas représentée par un mandataire professionnel (ATAF 2011/19 consid. 60). De plus, elle n'a pas fait valoir de frais particulièrement élevés causés par la procédure au sens de l'art. 7 al. 1 FITAF.

Partant, il n'y a en l'espèce pas lieu d'allouer de dépens.

**9.**

Le présent arrêt est définitif, la loi fédérale ne donnant pas un droit formel aux aides financières en question (consid. 4.1 *in fine* ; art. 83 let. k de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

## Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

**1.**
Les causes B-5252/2014, B-5982/2014 et B-5983/2014 sont jointes et la procédure porte la référence B-5252/2014.

**2.**
Les trois recours sont admis et les trois décisions du 30 juillet 2014 sont annulées. Les causes sont renvoyées à l'autorité inférieure pour qu'elle entre en matière et statue sur le fond des trois affaires.

**3.**
Il n'est pas perçu de frais de procédure. Les trois avances de frais de 2'000 francs chacune (6'000 francs au total) versées par la recourante durant la procédure d'instruction lui sont restituées.

**4.**
Il n'est pas alloué de dépens.

**5.**
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (recommandé ; annexes : pièces en retour et formulaire « Adresse de paiement »)
– à l'autorité inférieure (n° de réf. […] ; recommandé ; annexe : dossier en retour)

| Le président du collège : | Le greffier : |
|---|---|
| Pietro Angeli-Busi | Yann Grandjean |

Expédition : 2 août 2016