



---

Cour II  
B-198/2018

## **Arrêt du 30 janvier 2019**

---

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),  
David Aschmann et Christian Winiger, juges,  
Fabienne Masson, greffière.

---

Parties

**Commune de X.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Sébastien Fanti, avocat,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants.

**Faits :****A.**

En date du 25 octobre 2012, la Commune de X.\_\_\_\_\_ (ci-après : la commune ou la recourante) a adressé à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) une demande d'octroi d'une aide financière pour la structure d'accueil parascolaire Y.\_\_\_\_\_. Par décision du 1<sup>er</sup> mars 2013, l'OFAS a rejeté cette demande au motif qu'un besoin significatif pour au minimum dix places d'accueil, quatre jours par semaine, n'était pas prouvé, les conditions d'octroi d'une aide financière n'étant donc pas remplies.

**B.**

Le 9 mai 2017, la commune a transmis à l'OFAS une nouvelle demande d'aide financière pour Y.\_\_\_\_\_ sur la base d'une augmentation de l'offre déjà existante. Il était prévu que l'offre passe de 15 places d'accueil le matin, à midi et l'après-midi à 25 places pour chacun de ces blocs horaires à partir du 16 août 2017.

**C.**

Par décision du 23 novembre 2017, l'OFAS a rejeté cette demande au motif qu'un besoin pour une augmentation moyenne significative de l'offre de cette structure n'était pas démontré. Il a considéré en substance que, selon les statistiques des présences effectives sur les 13 semaines suivant l'augmentation de l'offre, l'occupation moyenne de la structure sur cette période était de 11.6 places le matin, 16.4 places à midi et 13 places l'après-midi. Il a ajouté que la commune avait confirmé par téléphone du 21 novembre 2017 que l'état, à cette date, des contrats conclus par les familles ne permettait pas de démontrer une évolution significative de l'occupation dans le futur. En outre, il a constaté que seul le bloc horaire de midi attestait d'une occupation légèrement supérieure à l'offre existante, soit 1.4 places, les places du matin et de l'après-midi déjà existantes avant l'augmentation n'étant en moyenne pas entièrement occupées. Il a souligné que l'occupation moyenne sur l'ensemble de la structure était de 13.7 places et se situait en dessous de l'offre existante de 15 places. Il en a déduit que les nouvelles places occupées à midi ne constituaient dès lors qu'un déplacement des places inutilisées le matin et l'après-midi.

**D.**

Par écritures du 9 janvier 2018, la commune a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Sous suite de frais et dépens, elle conclut principalement à sa modification en ce sens que la demande d'aide financière est admise à hauteur du montant maximal

pouvant être alloué ; subsidiairement, elle demande son annulation et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour décision dans le sens des considérants. À l'appui de ses conclusions, elle se plaint d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents et d'une violation du droit sous forme d'un excès ou d'un abus, par l'autorité inférieure, de son pouvoir d'appréciation ; elle qualifie en outre la décision d'inopportune.

**E.**

Par pli du 8 février 2018, la recourante a apporté des compléments relatifs à son développement économique.

**F.**

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure conclut à son rejet au terme de ses remarques responsiveness du 26 avril 2018.

**G.**

La recourante a, en outre, déposé des observations les 1<sup>er</sup> juin 2018, 20 juillet 2018 et 20 août 2018 ; l'autorité inférieure, de son côté, s'est prononcée les 29 juin 2018 et 2 août 2018.

**H.**

Invitée à se prononcer sur la pièce relative aux inscriptions définitives à Y.\_\_\_\_\_ (16 août 2018) produite par la recourante en annexe à sa détermination du 20 août 2018 en particulier au regard de la récente jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, l'autorité inférieure a, dans ses observations du 1<sup>er</sup> novembre 2018, soutenu que le principe de non-rétroactivité devait également s'appliquer aux changements de jurisprudence. Elle déclare que, même dans le cas contraire, soit si les derniers chiffres produits par la recourante devaient être pris en considération, la demande de cette dernière devrait être rejetée.

**I.**

Dans ses observations du 15 novembre 2018, la recourante souligne que le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à la jurisprudence ; elle relève, en outre, qu'il n'y a pas eu de renversement de jurisprudence à proprement parler. Elle indique également que, en application de la maxime inquisitoire, un fait nouveau peut en principe être avancé à tout moment dans une procédure administrative.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

**Droit :****1.**

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

**1.1** Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF, le tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'OFAS concernant les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. d LTAF et à l'art. 35 al. 1 de la loi sur les subventions du 5 octobre 1990 (LSu, RS 616.1). Ledit tribunal s'avère dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

**1.2** 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 commune doit être touchée directement et non de manière indirecte ou médiate (cf. arrêt du TAF C-2224/2013 du 11 décembre 2013 consid. 1.3 ; ATF 135 I 43 consid. 1.4 ; 135 II 145 consid. 6.2). En l'espèce, la qualité pour recourir doit manifestement être reconnue à la recourante.

**1.3** Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont également respectées.

Le recours est dès lors recevable.

**2.**

Le recours de droit administratif est ouvert pour violation du droit fédéral (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou pour inopportunité (art. 49 PA). Le tribunal de céans dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen (cf. arrêt du TAF C-976/2013 du 8 juillet 2014 consid. 2.2 et les réf. cit.). Selon une jurisprudence constante, une autorité fera toutefois preuve de retenue dans l'examen des appréciations de l'autorité de première instance lorsque la nature de l'objet du litige le justifie ou le commande (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2<sup>e</sup> éd. 2013, p. 88 ss, n° 2.149 ss et les réf. cit. ; JÉRÔME CANDRIAN,

Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 180). Ainsi, le Conseil fédéral – compétent avant la création du Tribunal administratif fédéral pour juger en dernière instance des causes en matière de subventions auxquelles la législation ne donne pas un droit – avait pour pratique constante de n'examiner la décision de l'administration qu'avec une certaine retenue (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.83, 59.5 et 55.17). Nonobstant, dans la mesure où le recourant conteste l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou s'il se plaint de vices de procédure, l'autorité de recours examinera les griefs soulevés avec pleine cognition, sous peine de déni de justice formel (cf. ATF 106 la 1 et, parmi d'autres, JAAC 45.43 qui se réfère expressément à cette jurisprudence ; voir également MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., p. 90 s., n° 2.154 ss). L'autorité de céans a adhéré à cette jurisprudence dans son arrêt du 30 novembre 2007 dans la cause C-2561/2007 (voir également arrêts B-3567/2016 du 7 septembre 2018 consid. 3 ; C-2892/2013 du 9 mai 2014 consid. 2.2 ; C-2224/2013 consid. 2.2).

### 3.

À deux reprises dans ses déterminations (une première fois le 1<sup>er</sup> juin 2018 puis une seconde fois le 20 juillet 2018), la recourante relève que seul son recours a permis de connaître l'étendue des arguments ayant poussé l'autorité inférieure à rendre sa décision de refus ; cela constituerait, en soi, la démonstration d'une violation du droit d'être entendu. Quand bien même il y aurait lieu de constater une violation du droit d'être entendu de la recourante, faute de motivation suffisante de la décision entreprise, elle devrait cependant être considérée comme réparée, la recourante ayant eu abondamment la possibilité de se prononcer dans le cadre de la présente procédure (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les réf. cit.). Par conséquent, point n'est besoin d'examiner ce grief de manière plus approfondie.

### 4.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2018, la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RS 861) a subi une modification devenant à cette occasion la LAAcc (RO 2018 2247). Bon nombre de dispositions applicables en l'espèce n'ont toutefois pas subi de modifications à cette occasion. À cette même date, l'ordonnance du 9 décembre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RO 2003 258 ; ci-après : l'ancienne ordonnance) a été remplacée par l'ordonnance du 25 avril 2018 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (OAAcc, RS 861.1). Les anciennes dispositions demeurent applicables en l'espèce. En effet, lorsqu'un changement de

droit survient, comme ici, durant la procédure de recours et qu'aucune règle de droit intertemporel ne détermine le droit applicable, la jurisprudence admet qu'en principe une autorité de recours doit trancher le cas selon le droit en vigueur au moment du prononcé de la décision attaquée (cf. ATF 129 II 497 consid. 5.3.2 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2C\_318/2012 du 22 février 2013 consid. 3.2 non publié dans l'ATF 139 II 121). Par ailleurs, il ressort du commentaire de l'OAAcc que les dispositions matérielles de l'ancienne ordonnance du 9 décembre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants ne sont pas modifiées (cf. Commentaire OAAcc, disponible sur le site de l'autorité inférieure, <[https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen\\_neue\\_Finanzhilfen.pdf.download.pdf/20180425%20Commentaire%20OAAcc.pdf](https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen_neue_Finanzhilfen.pdf.download.pdf/20180425%20Commentaire%20OAAcc.pdf)>, p. 6, consulté le 29.01.2019).

## 5.

Selon l'ancien art. 1 al. 1 LAAcc, 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 (voir actuellement art. 1 al. 2 let. a LAAcc). Il n'y a pas de droit à ces aides financières (cf. Initiative parlementaire, Incitation financière pour la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial : rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 22 février 2002, FF 2002 3925 ss, 3947 ; arrêts du TAF B-3091/2016 du 8 février 2018 consid. 3 ; B-3544/2015 du 9 décembre 2016 consid. 4 ; C-591/2010 du 23 mai 2012 consid. 6).

Les aides financières peuvent notamment être allouées aux structures d'accueil parascolaire pour enfants jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire (art. 2 al. 1 let. b LAAcc ; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 ss de l'ancienne ordonnance) lorsqu'elles sont gérées par des personnes physiques, des cantons, des communes ou d'autres personnes morales (art. 3 let. a LAAcc), que leur financement paraît assuré à long terme, pour une durée de six ans au moins (art. 3 let. b LAAcc) et qu'elles répondent aux exigences cantonales de qualité (art. 3 let. c LAAcc).

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'ancienne ordonnance). En vertu de l'art. 5 al. 2 de l'ancienne ordonnance, une structure parascolaire satisfait aux exigences si elle dispose d'un nombre minimal de 10 places, si elle est ouverte au moins quatre jours par semaine et 36 semaines

scolaires par année et, enfin, si elle accueille les enfants pendant des blocs horaires qui durent au moins une heure le matin, au moins deux heures à midi ou toute la pause de midi (repas compris) ou au moins deux heures l'après-midi. Si les aides financières sont destinées en priorité aux structures nouvelles, elles peuvent être allouées également aux structures existantes qui augmentent significativement leur offre (art. 2 al. 2 LAAcc), c'est-à-dire augmentent d'un tiers le nombre de places d'accueil mais au minimum de 10 places ou étendent les heures d'ouverture par l'augmentation d'un tiers du nombre de blocs horaires mais au minimum de 50 blocs horaires par année (art. 5 al. 3 de l'ancienne ordonnance).

En vertu de l'art. 7 de l'ancienne ordonnance, les aides financières allouées pour les structures d'accueil parascolaire sont versées sous forme de contributions forfaitaires. Pour les structures existantes qui augmentent leur offre de façon significative, seules sont déterminantes les nouvelles places et les blocs horaires supplémentaires (al. 1). Les contributions forfaitaires sont calculées selon les prescriptions de l'annexe 2 (al. 2). La contribution forfaitaire pour une offre à plein temps s'élève à 3'000 francs par place et par an (chiffre 1.1 de l'annexe 2). Une offre à plein temps correspond à une durée d'ouverture annuelle d'au moins 225 jours ; pour les offres ayant des durées d'ouverture plus courtes, la contribution est réduite en proportion (chiffre 1.2). Sont déterminants, pour le calcul des contributions forfaitaires, les blocs horaires pendant lesquels les enfants sont accueillis (chiffre 1.3). On distingue les blocs horaires suivants : l'accueil du matin d'une durée d'au moins 1 heure avant le début de l'école ou d'au moins 3 heures les jours de congé (let. a), l'accueil de midi devant durer au moins 2 heures ou toute la pause de midi, repas compris, pendant les jours d'école comme pendant les jours de congé (let. b) et, enfin, accueil de l'après-midi, soit au moins 2 heures après la fin de l'école ou au moins 4 heures les jours de congé (let. c).

Conformément à l'art. 6 LAAcc, les demandes d'aides financières doivent être adressées à l'OFAS (al. 1) ; 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 (al. 2). La demande d'aide financière doit notamment comprendre un descriptif détaillé du projet à soutenir, notamment des informations sur le but et le besoin (art. 5 al. 3 de l'ancienne ordonnance). De plus, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. a PA, les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes.

**6.**

Invitée à se déterminer sur la récente jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, notamment des arrêts B-3091/2016 du 8 février 2018, B-3819/2017 du 3 mai 2018 et B-1311/2017 du 11 juillet 2018, l'autorité inférieure a soutenu que le principe de non-rétroactivité devait également s'appliquer à la jurisprudence. La recourante conteste cette vision, relevant qu'au demeurant, il n'y a pas eu de renversement de jurisprudence à proprement parler. Une modification de jurisprudence ne contrevient pas à la sécurité du droit, au droit à la protection de la bonne foi et à l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle s'appuie sur des raisons objectives, telles qu'une connaissance plus exacte ou complète de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs (cf. ATF 135 II 78 consid. 3.2 et les réf. cit.). En principe, une nouvelle jurisprudence doit s'appliquer immédiatement et aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée. Le droit à la protection de la bonne foi, qui découle de l'art. 9 Cst., doit néanmoins être pris en considération (cf. ATF 142 V 551 consid. 4.1 ; 140 V 154 consid. 6.3.2 ; 135 II 78 consid. 3.2). En l'espèce, les arrêts précités ont en particulier eu vocation à préciser la notion de besoin. Celle-ci figure à l'art. 10 al. 1 let. a de l'ancienne ordonnance qui dispose que la demande d'aides financières doit comprendre un descriptif détaillé du projet à soutenir, notamment des informations sur le but et le besoin, ainsi que tous les renseignements nécessaires concernant les personnes participant au projet. La recourante ne se prévaut pas de motifs découlant du principe de la bonne foi qui justifieraient, selon elle, que les précisions apportées par ces arrêts de 2018 ne s'appliquent pas à sa situation ; au contraire, elle considère justement qu'ils s'y appliquent. Déjà pour cette raison, il convient de ne pas s'écarter du principe de l'application immédiate de la jurisprudence.

**7.**

L'autorité inférieure estime que la présente procédure vise à déterminer si la décision entreprise était correcte au regard des moyens de preuve à disposition au moment où elle a été prononcée ; elle ajoute que le tableau d'inscriptions transmis par la recourante en annexe à son courrier du 20 août 2018 concerne une période bien ultérieure et doit être considérée comme étrangère à la présente procédure de recours. Compte tenu de la maxime inquisitoire, les faits nouveaux qui se sont déroulés au cours de la procédure de recours peuvent être invoqués dans le cadre de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral s'ils s'inscrivent dans l'objet du litige (cf. arrêts du TAF B-3091/2016 consid. 4.5 ; B-1583/2011 du 8 juin 2011 consid. 3.1 et les réf. cit.). Ainsi, si de nouveaux chiffres plus fiables ou plus



récents sont présentés au cours de la procédure de recours, il convient de les prendre en considération.

#### **8.**

Dans le cas d'espèce, il est constant que l'offre de Y. \_\_\_\_\_ est passée de 15 places d'accueil le matin, à midi et l'après-midi à 25 places pour chacun de ces trois blocs horaires dès le 16 août 2017. Pour être qualifiée de significative au sens de l'art. 2 al. 2 LAAcc, l'augmentation de l'offre doit porter sur un tiers du nombre de places d'accueil mais au minimum 10 places ou étendre les heures d'ouverture par l'augmentation d'un tiers du nombre de blocs horaires mais au minimum de 50 blocs horaires par année (cf. supra consid. 5). In casu, le nombre de places d'accueil est passé de 15 à 25 pour chacun des trois blocs horaires. L'augmentation de l'offre est donc significative au sens des dispositions précitées. Ce point n'est au demeurant pas litigieux.

#### **9.**

La recourante se plaint d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. Elle conteste tout d'abord les propos que l'autorité inférieure lui attribue au cours de l'entretien téléphonique du 21 novembre 2017. Relevant que l'autorité inférieure s'est contentée, pour évaluer le besoin, d'examiner l'augmentation moyenne de la structure sur les 13 semaines ayant suivi l'augmentation de l'offre, elle déclare que la fréquentation a atteint à plusieurs reprises, entre la rentrée scolaire 2017 et le dépôt du recours, 16 enfants le matin, 24 enfants à midi et 20 enfants l'après-midi. Elle note qu'entre 2012 et 2017, la demande a doublé sur la plupart des périodes. Se référant aux statistiques de la Confédération, elle estime que rien n'indique que cette tendance à l'augmentation de la demande s'affaiblira.

De son côté, l'autorité inférieure maintient que les déclarations de la recourante au cours de l'entretien téléphonique du 21 novembre 2017 ont bien été faites. Elle souligne que ces déclarations ne faisaient de toute façon que confirmer ce qui avait été écrit plus tôt par courriel du 14 novembre 2017.

**9.1** En vertu de l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves. Conformément à l'art. 49 let. b PA, le recourant peut invoquer la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris

en compte. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, par exemple parce qu'elle a à tort nié le caractère pertinent d'un fait (cf. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, n° 1043 et la réf. cit.) ; c'est également le cas lorsqu'elle a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple (cf. BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2<sup>ème</sup> éd. 2015, p. 566). Sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. BENJAMIN SCHINDLER, in : *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, 2<sup>ème</sup> éd. 2019, art. 49 PA n° 30). Le point de savoir si un fait se révèle décisif est une question de droit (cf. ATF 122 II 17 consid. 3 ; arrêt du TAF B-5756/2014 du 18 mai 2017 consid. 3.3 non publié à l'ATAF 2017 IV/7 ; ZIBUNG/HOFSTETTER, in : *Praxiskommentar VwVG*, 2<sup>ème</sup> éd. 2016, art. 49 PA n° 36).

**9.2** En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu qu'au cours de l'entretien téléphonique du 21 novembre 2017, la recourante avait affirmé que l'état des contrats conclus alors par les familles ne permettait pas de démontrer une évolution significative de l'occupation dans le futur. Dans son courriel du 14 novembre 2017, la recourante a déclaré : « Au niveau de l'évolution de l'occupation dans les prochains mois, il y a actuellement un nouveau contrat signé, mais un départ sera également enregistré en janvier (la famille déménage). Donc pas de changement substantiel en perspective ». D'emblée, force est de constater avec l'autorité inférieure que la déclaration de la recourante dans ce courriel présente une teneur comparable aux propos qu'elle aurait tenus durant l'entretien téléphonique du 21 novembre 2017 tels que rapportés par l'autorité inférieure de sorte qu'il importe peu de savoir ce qu'elle y a déclaré précisément. De surcroît, cette déclaration – qui ne paraît au demeurant que tirer une conclusion logique du nombre de contrats conclus – n'est en tout état de cause pas déterminante dans le cadre de l'appréciation du besoin ; le sont en revanche, dans une certaine mesure, les contrats conclus avec les parents (cf. infra consid. 10).

Pour le reste, la recourante ne conteste pas réellement l'établissement des faits en tant que tel mais plutôt son appréciation juridique, en particulier au regard de la notion de besoin. Il s'agit d'une question de droit qui sera examinée avec le fond.

**9.3** Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits de manière inexacte ou incomplète. Partant, mal fondé, le grief de la recourante doit être rejeté.

**10.**

La recourante voit dans la décision entreprise une violation du droit, en particulier un excès ou un abus, par l'autorité inférieure, de son pouvoir d'appréciation. Elle souligne que l'autorité inférieure a évalué le besoin en places d'accueil en se fondant sur le taux d'occupation moyen de la structure sur les 13 semaines ayant suivi l'augmentation de l'offre ; se référant à la jurisprudence, elle relève que ce taux ne peut servir de seul critère d'évaluation du besoin, l'offre ne pouvant servir à déterminer la demande. En outre, elle estime que la période de 13 semaines n'est pas réaliste. Elle en déduit que l'autorité inférieure a excédé son pouvoir d'appréciation, l'évaluation du besoin devant faire l'objet d'un nouvel examen. Elle rappelle également que la fréquentation a, à plusieurs reprises, entre la rentrée scolaire 2017 et le dépôt du recours, dépassé le nombre de places auparavant disponible, atteignant 16 enfants le matin, 24 enfants à midi et 20 enfants l'après-midi ; elle souligne également l'évolution démographique et les projets en cours. La recourante en conclut que l'autorité inférieure a violé son pouvoir d'appréciation en considérant que l'augmentation des places d'accueil ne répondait pas à un besoin.

L'autorité inférieure estime de son côté que, selon la volonté du législateur, la condition d'une augmentation significative de l'offre doit s'appliquer à l'entier de l'offre, soit en considérant ensemble les modules du matin, du midi et de l'après-midi ; il serait inapproprié de tenir compte isolément de l'un ou l'autre module. Elle rappelle que le besoin ne peut pas être défini par le nombre de places offertes mais doit être évalué sur la base du nombre de places effectivement occupées et des planifications de l'occupation selon les contrats d'accueil conclus par les parties. Elle ajoute que l'occupation se détermine par le calcul du nombre de places d'accueil occupées en moyenne. Elle souligne que ne sont pas déterminants pour la preuve du besoin le nombre d'enfants inscrits, l'offre en places d'accueil, le nombre de personnel engagé, d'autres circonstances sociales ou les projections démographiques. Elle explique que, selon le formulaire de contrôle des présences effectives sur les 13 semaines suivant l'augmentation de l'offre fourni par la recourante, l'occupation moyenne de la structure sur cette période est de 11.6 places le matin, 16.4 places à midi et de 13 places l'après-midi ; elle souligne que seul le bloc horaire de midi montre une occupation légèrement supérieure à l'offre existante. Elle affirme qu'en ce qui concerne les blocs du matin et de l'après-midi, les

places déjà existantes avant l'augmentation ne sont en moyenne pas occupées, le besoin n'étant par conséquent pas démontré. En outre, elle note qu'avec 13.7 places occupées en moyenne par jour, les 15 places existantes ne sont en moyenne pas occupées. Elle relève par ailleurs que même si le bloc de midi devait être analysé de manière isolée, le fait que l'occupation moyenne ne dépasse que de 1.4 places l'offre existante ne permettrait pas de démontrer un besoin significatif pour au moins 10 places supplémentaires sur ce bloc horaire. L'autorité inférieure note également qu'une analyse sur 19 semaines conduit au même constat. De plus, elle considère que l'évolution positive de l'occupation de la structure depuis son ouverture en novembre 2012 n'est pas pertinente, le besoin en nouvelles places devant être analysé en considérant la situation à compter de l'augmentation de l'offre. Il en va selon elle de même des hypothèses d'occupation à long terme basée sur des projections démographiques, rappelant que la loi limite les aides financières pour la création de places d'accueil à trois ans. Quant au point de savoir si l'évaluation doit tenir compte de moyennes ou de pics d'occupation, elle rappelle que l'annexe 2 de l'ancienne ordonnance fait référence aux moyennes, indiquant en outre que, vu l'art. 7 al. 3 de ladite ordonnance, il serait inapproprié de fonder l'analyse du besoin sur les pics d'occupation. Elle relève néanmoins que, même au regard des pics, la moyenne journalière s'élève alors à 20 places, ce qui ne représente qu'une moyenne de cinq places supplémentaires.

Dans ses observations du 1<sup>er</sup> juin 2018, la recourante rappelle que le but des aides financières est également de soutenir la structure au moment de la création des places dans la mesure où les difficultés financières des structures se rencontrent souvent dans la phase de démarrage lorsque le taux d'occupation n'est pas toujours maximal. En outre, elle estime que l'analyse des pics d'occupation est un indice concret du besoin en places d'accueil puisqu'ils démontrent une fréquentation à la hausse sur tous les modules.

Le 29 juin 2018, l'autorité inférieure a encore exposé que les planifications de l'occupation selon les contrats signés permettent de tenir compte d'une éventuelle occupation future qui ne serait pas encore visible dans le contrôle des présences effectives. En outre, elle déclare qu'il ne serait pas conforme au but de la loi d'octroyer des aides ne servant qu'à financer des pics d'occupation alors que l'augmentation moyenne de la structure se situe en dessous de l'offre existante avant l'augmentation. Se déterminant le 1<sup>er</sup> novembre 2018 sur la pièce relative aux inscriptions définitives à Y. \_\_\_\_\_ (16 août 2018) produite par la recourante en annexe à sa détermination du 20 août 2018, elle note que ladite pièce présente une

valeur probante insuffisante pour l'examen du besoin. Si elle reconnaît que les contrats signés et définitifs constituent certes un moyen de preuve du besoin, les contrôles des présences effectives de la structure durant l'année scolaire 2016-2017 et au début de l'année scolaire 2017-2018 démontrent que l'occupation fluctue d'une semaine à l'autre ; compte tenu de ces fluctuations, ce tableau d'inscriptions figé est, selon elle, trop incertain pour démontrer l'occupation future de la structure et constituer une preuve déterminante du besoin.

**10.1** La notion de besoin figure à l'art. 10 al. 1 let. a de l'ancienne ordonnance qui dispose que la demande d'aides financières doit comprendre un descriptif détaillé du projet à soutenir, notamment des informations sur le but et le besoin, ainsi que tous les renseignements nécessaires concernant les personnes participant au projet. L'art. 11 al. 2 let. b de l'ancienne ordonnance dispose quant à lui que l'office transmet la demande d'aides financières à l'autorité compétente du canton dans lequel l'accueil doit être offert ou la mesure réalisée pour avis. L'autorité cantonale doit notamment indiquer si le canton estime que le projet soumis répond à un besoin. Le recours à cette notion est rendu nécessaire par le but même de la loi fédérale. Il serait contraire au dessein exprès du législateur d'accorder des aides financières à des structures d'accueil qui n'ont pas leur raison d'être ou d'encourager la création de places d'accueil qui ne seront pas occupées (cf. arrêts du TAF C-2629/2012 du 12 décembre 2013 consid. 9.2.1 ; C-6288/2008 du 15 juin 2009 consid. 5.1). Ni la loi fédérale ni l'ancienne ordonnance ne définissent toutefois plus précisément cette notion (cf. arrêt B-3091/2016 consid. 4.4).

La preuve du besoin constitue une condition absolue pour l'octroi d'une aide financière dans le domaine de l'accueil extra-familial (cf. arrêts du TAF B-6282/2016 du 26 septembre 2018 consid. 5.3.2 ; B-1311/2017 du 11 juillet 2018 consid. 5.3 ; B-3091/2016 consid. 4.4 et les réf. cit. ; B-5387/2015 du 31 janvier 2017 consid. 4.1). La preuve du besoin intervient en amont, au moment du dépôt de la requête, et contribue à déterminer si une structure peut se voir allouer une aide financière et pour combien de places (cf. arrêts du TAF B-6282/2016 consid. 5.3.2 ; B-4145/2016 du 3 mars 2017 consid. 4.4 ; C-2554/2010 du 18 avril 2010 consid. 3.4.1 ; C-2629/2012 consid. 9.2.1). L'examen du besoin d'une augmentation de l'offre d'une structure d'accueil ne saurait reposer sur le seul nombre de places d'accueil parascolaire nouvellement créées (cf. arrêt B-1311/2017 consid. 5.3 et les réf. cit.). On relèvera ainsi qu'en principe, la détermination du besoin par l'autorité inférieure ne peut être le résultat d'un calcul exact ; elle doit bien plus résulter d'une évaluation

appropriée des circonstances du cas particulier. L'autorité inférieure dispose à cet égard d'une importante marge d'appréciation, dont elle doit faire usage de manière conforme à la constitution et à la loi (cf. arrêt B-1311/2017 consid. 5.3 et la réf. cit.). Il convient en outre de tenir compte du fait que, selon l'art. 2 al. 2 LAAcc, les aides financières sont destinées en priorité aux structures nouvelles ; elles ne sont allouées qu'en second lieu aux structures existantes qui augmentent leur offre de façon significative.

L'aide financière fédérale vise à augmenter l'offre d'accueil parascolaire là où la demande est déjà forte (cf. Initiative parlementaire, Incitation financière pour la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial : rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 22 février 2002, FF 2002 3925 ss, 3935 ; arrêt du TAF B-1311/2017 consid. 5.3). En outre, l'évaluation du besoin en places d'accueil ne saurait reposer ni sur de simples spéculations ni sur des attentes non étayées (cf. arrêts du TAF B-1311/2017 consid. 5.3 ; C-6288/2008 consid. 5.3). L'évolution démographique future n'est pas non plus pertinente (cf. arrêts du TAF B-1311/2017 consid. 5.3 ; B-8232/2015 du 19 août 2016 consid. 6.3.4). Pour évaluer le besoin, il convient en premier lieu de déterminer si les places d'accueil existant déjà avant l'augmentation de l'offre sont effectivement occupées (cf. arrêts B-1311/2017 consid. 5.3 ; C-2554/2010 consid. 3.4.1). De plus, l'occupation effective des places nouvellement créées atteste (rétroactivement) qu'il y avait, à tout le moins pour ces places, un besoin préalable (cf. arrêts B-1311/2017 consid. 5.3 ; B-8232/2015 consid. 6.1 et les réf. cit.). Si, lors du prononcé de la décision, il existe déjà des chiffres sur l'occupation effective des places après l'augmentation de l'offre, ces chiffres renseignent sur le besoin durant ces périodes de manière plus fiable que des évaluations précédentes sur la base de listes et de contrats conclus avec les parents (cf. arrêts B-1311/2017 consid. 5.3 ; B-3091/2016 consid. 4.5). En revanche, le nombre total d'enfants inscrits, le nombre de places offertes, la surface des locaux ou encore le personnel engagé au sein de la structure ne constituent pas des critères valables pour évaluer le besoin (cf. arrêts C-2554/2010 consid. 3.4.1 ; C-6288/2008 consid. 5.3 ; voir cependant arrêt du TAF B-3091/2016 consid. 4.5). En effet, le tribunal de céans rappelle que l'offre ne saurait servir à déterminer la demande (cf. arrêt C-6288/2008 consid. 5.3).

En outre, 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 (cf. arrêt B-1311/2017 consid. 5.5). Par conséquent, si l'existence d'un besoin n'est pas attesté pour l'un des blocs horaires mais qu'il l'est pour un autre, l'autorité inférieure ne pourra 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 (cf. arrêt B-1311/2017 consid. 5.5). 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 significatif au sens de l'art. 2 al. 2 de la loi fédérale en lien avec l'art. 5 al. 3 let. a de l'ordonnance. 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.

En outre, l'ancienne ordonnance prévoit certes que le calcul de la contribution forfaitaire repose sur des moyennes et que des places qui ne sont pas occupées chaque jour conduisent à une réduction de l'aide octroyée (art. 7 al. 3 de l'ancienne ordonnance et annexe 2). Cela étant, elle ne contient aucune exigence similaire s'agissant d'apprécier le besoin. Or, il est évident que les enfants fréquentant l'école et le jardin d'enfants doivent prendre leur repas de midi durant la pause de midi. Le besoin qui en découle ne peut donc être reporté ni durant les pauses du matin ou de l'après-midi ni pendant les vacances. Par ailleurs, les seules fluctuations de la demande concernant l'offre du bloc horaire de midi sont inhérentes à la demande elle-même qui diminue en toute logique de manière drastique durant les vacances ; de même, la demande est forcément plus faible lorsque les enfants ont congé l'après-midi. Enfin, les autres fluctuations, plus faibles, d'un jour à l'autre sont liées aux activités professionnelles des parents que les organismes responsables des structures peuvent difficilement influencer (cf. arrêt B-3091/2016 consid. 4.8).

**10.2** En l'espèce, il convient d'emblée de relever, conformément à ce qui est exposé ci-dessus, que les projections démographiques de la commune ne peuvent pas être prises en considération dans la détermination du besoin. Aussi, les explications de la recourante sur les projets immobiliers, la création de nouveaux postes de travail ou l'évolution du taux de natalité ne sont pas pertinentes. Par ailleurs, la qualité des services offerts ne se présente pas non plus comme un critère déterminant dans l'examen du besoin. En outre, ainsi que cela ressort de la récente jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il convient de tenir compte non pas de l'entier

de l'offre mais de chaque bloc horaire séparément. La moyenne des blocs horaires pris ensemble telle que mentionnée parfois par l'autorité inférieure n'est pas pertinente puisque l'on ne saurait « déplacer » à midi des places inutilisées le matin et l'après-midi comme elle le suggère dans la décision entreprise. Au contraire, il convient, conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus, d'examiner chaque bloc horaire séparément.

Pour se déterminer sur le besoin de l'augmentation de l'offre non seulement durant la procédure déroulée devant elle mais également au cours de la procédure de recours (cf. supra consid. 7), l'autorité inférieure a en particulier pu se fonder sur les chiffres relatifs au contrôle des présences au cours des 19 semaines ayant suivi l'augmentation de l'offre ainsi que sur le tableau des inscriptions définitives au 16 août 2018. Concernant ce dernier, l'autorité inférieure considère que cette pièce présente une valeur probante insuffisante pour l'examen du besoin : si elle reconnaît que les contrats signés et définitifs constituent certes un moyen de preuve du besoin, les contrôles des présences effectives de la structure durant l'année scolaire 2016-2017 et au début de l'année scolaire 2017-2018 démontrent que l'occupation fluctue d'une semaine à l'autre ; compte tenu de ces fluctuations, ce tableau d'inscriptions figé est, selon elle, trop incertain pour démontrer l'occupation future de la structure et constituer une preuve déterminante du besoin. Ces explications ne prêtent pas le flanc à la critique. En effet, des chiffres sur l'occupation effective des places après l'augmentation de l'offre renseignent sur le besoin durant ces périodes de manière plus fiable que des évaluations précédentes sur la base de listes et de contrats conclus avec les parents. Au demeurant, la recourante, soumise à une obligation de collaborer, demeurait libre, au cours de la présente procédure de recours, de verser au dossier des chiffres plus récents pourtant existants sur l'occupation des places d'accueil, ce qu'elle n'a pas fait (cf. arrêt B-1311/2017 consid. 5.6.1). Elle n'est d'ailleurs pas sans ignorer que les faits nouveaux qui se sont déroulés au cours de la procédure de recours peuvent être invoqués dans le cadre de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, l'ayant elle-même relevé dans ses observations du 15 novembre 2018.

En ce qui concerne les chiffres de présence, il est permis de relever, à titre liminaire, que ceux relatifs à l'année scolaire 2016-2017 jusqu'au 31 mai 2017 démontrent que les 15 places offertes alors n'ont jamais été entièrement occupées dans aucun des trois blocs horaires. Par ailleurs, s'agissant du bloc horaire du matin, il ressort des chiffres fournis par la recourante pour les 19 semaines suivant l'augmentation de l'offre que l'occupation des places n'a dépassé les 15 places disponibles avant cette



augmentation que trois fois pour atteindre une fréquentation de 16 enfants. Aussi, le besoin de 10 places d'accueil supplémentaires pour atteindre 25 places pour le bloc du matin n'est manifestement pas démontré. Pour ce qui est du bloc horaire de l'après-midi, il ressort certes des pièces présentant le contrôle des présences que l'occupation au cours des 19 semaines de l'année scolaire 2017-2018 a régulièrement dépassé les 15 places déjà offertes avant l'augmentation de l'offre ; c'est en particulier le cas les jeudis et vendredis. Le nombre d'enfants durant l'après-midi n'a cependant jamais dépassé 20. Aussi, le besoin pour les 10 places d'accueil supplémentaires pour le bloc horaire de l'après-midi, soit un total de 25 places également, n'est pas non plus démontré. Enfin, concernant le bloc horaire de midi, il apparaît certes, à la lecture des mêmes pièces, que les 15 places déjà disponibles avant l'augmentation de l'offre ont été, à l'exception du mercredi, généralement insuffisantes. Cela étant, les 25 places offertes depuis l'augmentation de l'offre n'ont pourtant jamais été entièrement occupées au cours de ces 19 semaines. À seulement deux reprises, les 24 places ont été occupées ; à quatre reprises, 23 l'ont été. Le besoin pour 25 places d'accueil à midi n'est dès lors pas établi.

**10.3** Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'autorité inférieure a, à juste titre, constaté qu'il n'avait pas été démontré que l'augmentation de l'offre répondait à un besoin au sens de la jurisprudence précitée. Partant, mal fondé, le grief de la recourante doit être rejeté.

## **11.**

La recourante qualifie la décision dont est recours d'inappropriée et inopportune. Outre le besoin selon elle donné, la recourante se prévaut du label « (...) », estimant que ce label de qualité correspond au but de la loi. Elle expose également que, depuis le premier refus de l'OFAS du 1<sup>er</sup> mars 2013, la prévision de cette autorité s'était avérée clairement erronée, soulignant que la structure est efficace et attire un nombre grandissant de familles. Par ailleurs, elle relève que, selon le décompte disponible sur le site de la Confédération, le solde destiné aux aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (dans le canton) est relativement élevé ; elle considère qu'il ne fait aucun sens de limiter à outrance l'octroi des aides financières dans ce canton. Enfin, elle se prévaut également dans ce cadre de la situation démographique de la région. Le moyen de l'opportunité peut être soulevé dans le cadre d'un recours devant le tribunal de céans (art. 49 let. c PA). Le contrôle de l'opportunité ne peut toutefois intervenir que dans le respect du cadre légal, lorsque la loi confère à l'autorité un pouvoir d'appréciation (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3<sup>e</sup> éd. 2011, p. 797 s. ; TANQUEREL, op. cit., p. 306 ; arrêt du TAF B-6455/2008 du

31 juillet 2009 consid. 8). Lorsque ce grief est soulevé, l'autorité supérieure ne vérifie pas si des normes juridiques ont été violées, mais s'assure que la décision en cause est bien la meilleure que l'autorité inférieure pouvait prendre (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., p. 797 n° 5.7.4.5 ; voir aussi SCHINDLER, op. cit., art. 49 PA n° 39). Cela étant, dès lors que le Tribunal administratif fédéral doit faire preuve d'une certaine retenue, comme c'est le cas en l'espèce (cf. supra consid. 2), il ne saurait sans motifs valables substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative, à tout le moins lorsque celle-ci a examiné les éléments essentiels à la décision et a effectué les éclaircissements nécessaires de manière minutieuse et complète (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1 et les réf. cit. ; 129 II 331 consid. 3.2 ; 123 V 150 consid. 2). Cette réserve n'empêche pas le Tribunal d'intervenir lorsque la décision attaquée semble objectivement inopportune (cf. arrêt du TAF A-3102/2017 du 3 décembre 2018 consid. 2.1). En l'espèce, il ressort des considérations qui précèdent que la conclusion de l'autorité inférieure, selon laquelle la démonstration d'un besoin quant à une augmentation de l'offre n'a pas été apportée, ne prête pas le flanc à la critique. Par ailleurs, la preuve du besoin constitue une condition absolue pour l'octroi d'une aide financière dans le domaine de l'accueil extra-familial (cf. supra consid. 10.1). Partant, faute d'une telle preuve, l'autorité inférieure ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour allouer des aides financières. Le tribunal de céans, qui doit contrôler et respecter les lois, ne peut par conséquent pas prendre en compte ses éléments apportés par la recourante relatifs au label « (...) », à sa situation démographique ou au solde destiné aux aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (dans le canton) sous l'angle de l'opportunité.

## 12.

Dans ses écritures de recours, la recourante requiert l'audition des parties. Aux termes de l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Le Tribunal n'est dès lors pas lié par les offres de preuves des parties et peut se limiter à ce qui lui paraît pertinent. En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne sauraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les réf. cit.). En l'espèce, l'audition des parties est requise par la recourante pour l'ensemble des faits présentés. Or, il appert qu'il s'agit soit de faits non contestés, comme les dates relatives à l'ouverture de la structure, l'augmentation de l'offre ou les différentes étapes de la procédure, ou de faits non pertinents dans la

présente cause, à l'instar des projections démographiques ou des témoignages de parents d'enfants censés démontrer la qualité – non remise en cause – des prestations offertes et leur utilité. Les renseignements nécessaires à déterminer si l'augmentation de l'offre répond à un besoin découlent directement des pièces attestant l'occupation effective des places d'accueil. L'audition des parties ne saurait donc conduire le tribunal de céans à des conclusions différentes de celles retenues. Partant, il peut y être renoncé.

### **13.**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

### **14.**

**14.1** 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 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]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, et 4 FITAF).

En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 2'800 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 2'800 francs déjà versée.

**14.2** Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

### **15.**

Cette décision n'est pas sujette à recours, la loi fédérale ne donnant pas un droit formel à ces aides financières (art. 83 let. k LTF).

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de 2'800 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée du même montant.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Luc Baechler

Fabienne Masson

Expédition : 12 février 2019