

Avis de droit

Modèles de coûts normatifs pour l'accueil de l'enfance subventionné sous l'angle de la liberté économique

à l'attention de kibesuisse – Fédération suisse pour l'accueil de jour de l'enfant

rendu par
Ralph Trümpler, professeur (HES) et docteur en droit

Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG
Josefstrasse 59
8005 Zurich
www.rudincantieni.ch

Table des matières

1	Contexte.....	3
1.1	Attribution du mandat et objet de l'avis de droit.....	3
1.2	Remarques relatives à l'avis de droit.....	4
1.3	Bibliographie et documents utilisés.....	4
2	Introduction.....	7
3	Dispositions des lois spéciales sur l'accueil de l'enfance.....	8
3.1	La surveillance des enfants placés comme point de départ.....	8
3.2	Conséquences sur le droit cantonal et communal.....	9
3.3	Principes de la législation sur les subventions.....	12
3.4	Origine des modèles de coûts normatifs.....	14
3.5	Financement des personnes et financement de l'offre, motivés par des considérations de politique sociale ou économique ?.....	14
4	Considérations sous l'angle constitutionnel.....	15
4.1	Ordre fondamental de l'État de droit et subventions.....	15
4.2	Réflexions sur les systèmes de subvention cantonaux contraires aux principes fondamentaux.....	18
4.3	Sur le rapport entre les charges de droit public et les relations de droit privé.....	19
5	Conclusions et réponses aux questions.....	20

1 Contexte

1.1 Attribution du mandat et objet de l'avis de droit

- 1 Le 24 mai 2023, la mandante décrivait la situation existante dans le domaine de l'accueil de l'enfance par des crèches et des garderies de la manière suivante : aujourd'hui, la plupart des crèches sont organisées selon le droit privé, mais bénéficient cependant de subventions de l'État. Dans un nombre croissant de cantons, les subventions sont liées au modèle des coûts normatifs. Ces modèles servent non seulement à déterminer les subventions versées aux parents, mais leurs calculs sont également utilisés comme base pour estimer ce que peut coûter une journée dans une crèche du point de vue du canton. Les modèles de coûts normatifs correspondants sont donc assortis de prescriptions et de charges (par exemple les tarifs parentaux maximaux).
- 2 Les charges prévues dans ces modèles par l'État restreignent parfois sensiblement la liberté de décision des organisations concernées sur le plan économique, ce qui peut aller jusqu'à menacer leur existence. La Fédération suisse pour l'accueil de jour de l'enfant se demande par conséquent dans quelle mesure la liberté économique inscrite dans la Constitution est encore garantie dans de tels modèles.
- 3 La tendance de l'État à limiter la liberté de décision des crèches en contrepartie de subventions (dont une grande partie est versée aux parents) s'observe à tous les niveaux (communes, cantons, Confédération). La mandante cite la ville de Zurich à titre d'exemple tiré de la pratique. Les structures qui proposent des places subventionnées sont limitées en matière de tarification et ne peuvent, pour une place, demander plus que ce qui est prescrit par la ville. Cela est garanti par des clauses correspondantes dans les conventions conclues entre la ville et les crèches. La ville de Zurich réglemente donc le coût d'une place dans une crèche subventionnée pour une famille, indépendamment de l'offre de prestations concrète de la crèche concernée. Le prix pour les parents ayant droit à une subvention est donc le même dans toutes les crèches de la ville de Zurich qui proposent ces places, même si les prestations proposées diffèrent parfois radicalement d'une crèche à l'autre. Les conventions de prestations que les crèches doivent conclure avec la ville de Zurich pour pouvoir facturer les places subventionnées stipulent explicitement que les prestations qui dépassent l'offre de base rémunérée par les subventions accordées aux parents (et qui sont parfois liées de manière indissociable à certaines crèches) ne peuvent pas être facturées en sus ou séparément. Même les parents qui seraient disposés à rémunérer les prestations supplémentaires d'une crèche ne doivent pas se voir facturer des prestations (de service) supplémentaires.
- 4 Un autre exemple cité par la mandante est celui de l'avant-projet de la loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse [*Kinder- und Jugendhilfegesetz*] mis en consultation dans le canton de Zurich, qui précise, en plus des coûts normatifs et du plafond tarifaire, tout ce qui peut être facturé en plus par les structures d'accueil collectif de jour. Dans le canton des Grisons, le droit cantonal autorise les prestataires à fixer eux-mêmes le tarif, qui ne doit cependant pas dépasser le tarif maximal fixé par le gouvernement, fondé sur des coûts normatifs. Ces coûts normatifs sont fixés par le gouvernement sur la base des coûts moyens des offres économiques d'accueil de l'enfance reconnues dans le

canton, selon les comptes analytiques vérifiés des années précédentes. Aucune évolution des coûts normatifs n'est admise.

- 5 Dans ce contexte, il est demandé une expertise juridique sur les questions suivantes :
- À quelles conditions les atteintes de l'État (communes, cantons ou Confédération) à la liberté économique garantie par la Constitution sont-elles autorisées dans le cadre du subventionnement de l'accueil de l'enfance ?
 - Dans quelle mesure les modèles de coûts normatifs, associés ou non à des conditions complémentaires telles que des tarifs maximaux, constituent-ils une atteinte injustifiée à la liberté économique ?
- 6 Au regard de ces questions, l'avis de droit vise à mettre en lumière la situation des prestataires dans le domaine l'accueil de l'enfance dont l'organisation relève du droit privé. La mandante souhaite également que l'avis de droit distingue notamment les différentes formes de subvention (financement de l'offre et financement des personnes) et les différentes prescriptions étatiques (de la Confédération et des cantons).

1.2 Remarques relatives à l'avis de droit

- 7 La remise du présent avis de droit ne garantit en aucun cas que les autorités politiques, les services administratifs ou les autorités judiciaires parviendront, lors de l'examen des questions abordées, aux mêmes conclusions que l'expert qualifie de pertinentes en l'espèce. Les incertitudes existantes quant à l'appréciation de questions juridiques déterminées seront, dans la mesure du possible, mentionnées dans l'avis de droit.

1.3 Bibliographie et documents utilisés

- 8 Les abréviations sont utilisées conformément aux usages du Tribunal fédéral. La doctrine, la jurisprudence et les textes normatifs utilisés pour l'établissement de l'avis de droit sont décrits plus en détail dans le texte ou dans les notes de bas de page. Pour répondre aux questions soumises à l'avis de droit, il a notamment été fait appel à la littérature suivante (même si elle n'est pas citée en détail) :

- BUNDI LIVIO, Die Subventionsüberprüfung im Rahmen von Art 5 SuG, in : Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (édit.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zurich/Saint-Gall/Baden-Baden 2011, p. 423 ss (cité : Subventionsprüfung)
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, thèse, Lucerne, Zurich 2016 (cité : Subventionen)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), St. Galler Kommentar BV, 4^e éd., Zurich/Saint-Gall 2023
- ELSER DOMINIK, Die privatisierte Erfüllung von Staatsaufgaben, thèse, Zurich 2020

- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall 2020
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne 2013
- HETTICH PETER, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung, in : Revue de droit suisse (RDS) 2021, p. 155 ss
- HETTICH PETER/KOLMAR MARTIN/HOFFMANN MAGNUS/KOLLER JANNICK/MATHIS LUKAS, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zurich/Saint-Gall 2017
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zurich 2014
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4^e éd., Zurich 2012
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018
- LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA, in : Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (édit.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zurich/Saint-Gall/Baden-Baden 2011, p. 451 ss
- MÖLLER FABIAN, Rechtsschutz bei Subventionen, Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts, thèse, Bâle 2006
- MÄCHLER AUGUST, Subventionsrecht, in : Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich 2015, p. 859 ss
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4^e éd., Berne 2008
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2^e éd., Berne 2023
- OESCH MATTHIAS, Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, in : Revue de droit suisse (RDS) 2012, p. 255 ss
- POLEDNA TOMAS/TRÜMPLER RALPH, Klarstellungen des Bundesgerichts bei der Restfinanzierung der Pflegekosten – mögliche Auswirkungen und Impulse, in : Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 2018/4, p. 215 ss (cité : Klarstellungen)
- POLEDNA TOMAS/TRÜMPLER RALPH, Pflegeheime – wer rudert, wer steuert?, in : NZZ du 20 septembre 2018, p. 9 (cité : NZZ)
- POLTIER ETIENNE, Les subventions, in : Lienhard Andreas (édit.), Finanzrecht SBVR vol. X, Bâle 2011, p. 343 ss
- RHINOW RENE/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^e éd., Bâle 2011
- RICHLI PAUL, Zur Wirtschaftsfreiheit in Deutschland, Italien, Österreich und in der Schweiz, in: Breitenmoser Stephan et al (édit.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich/Baden-Baden 2007, p. 648 ss
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zurich/Saint-Gall 2010

- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd., Berne 2022
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Bâle 2015

9 Les actes normatifs et documents suivants ont été pris en compte :

Confédération :

- Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; RS 0.101)
- Constitution fédérale (Cst. ; RS 101)
- Code civil (CC ; RS 210)
- Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10)
- Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (LSu ; RS 616.1)
- Loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (LAAcc ; RS 861)
- Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE ; RS 211.222.338)
- Ordonnance sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (OAAcc ; RS 861.1)
- Message du 15 décembre 1986 à l'appui d'un projet de loi sur les aides financières et les indemnités, FF 1987 I 369 ss
- 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 ss.

Cantons :

- AG: Einführungsgesetz zum ZGB (EG ZGB; SAR 210.300)
- AG: Botschaft an den Grossen Rat Nr. 16.136 vom 22. Juni 2016 betreffend EG ZGB und EG OR, Totalrevision
- BS: Gesetz betreffend Tagesbetreuung von Kindern (TBG; BS 815.100)
- BS: Verordnung über die Betreuung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagesfamilien (KTV; BS 815.110)
- GL: Kinderbetreuungsgesetz (KiBG; Nr. IV B/1/13)
- GL: Verordnung über den Vollzug des Kinderbetreuungsgesetzes (KiBV; Nr. IV B/1/15)
- GL: Verordnung über die Festsetzung der Pauschalbeiträge für die Kinderbetreuung (PauBV; Nr. IV B/1/14)
- GR: Gesetz über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden (KIBEG; BR 548.300)
- GR: Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden (BR 548.310)
- NW: Gesetz über die familienergänzende Kinderbetreuung (KiBG; NG 764.1)
- NW: Vollzugsverordnung zum Kinderbetreuungsgesetz (kKiBV; NG 764.11)
- SH: Kantonale Pflegekinderverordnung (SHR 211.224)
- SZ: Kinderbetreuungsgesetz (KiBeG; GS 26-77; Abl 2022 1287; [pas encore en vigueur]) et Mitberichtsentswurf zur vorgesehenen Kinderbetreuungsverordnung

- ZH: Verfassung des Kantons Zürich (KV; LS 101)
- ZH: Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG; LS 852.1)
- ZH: Kinder- und Jugendhilfeverordnung (KJHV; LS 852.11)
- ZH: Verordnung über die Tagesfamilien und Kindertagesstätten (V TaK; LS 852.14)
- ZH: Vorentwurf zur Änderung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022 der Bildungsdirektion des Kantons Zürich

Communes :

- Stadt Zürich: Verordnung über die familienergänzende Kinderbetreuung in der Stadt Zürich (VO KB; AS 410.130)
- Stadt Winterthur: Verordnung über die Kinderbetreuung im Vorschulbereich sowie in Tagesfamilien der Stadt Winterthur (Kita-Verordnung; SRS 4.5-1)
- Stadt Winterthur: Reglement über die Kinderbetreuung im Vorschulbereich sowie in Tagesfamilien der Stadt Winterthur (Kita-Reglement; SRS 4.5-1.1)

2 Introduction

- 10 En 2021, près de deux tiers des enfants de moins de 13 ans ont été confiés à une structure d'accueil de l'enfance en Suisse. L'accueil a été assuré le plus souvent par des crèches et des structures d'accueil parascolaire ainsi que par les grands-parents. Les statistiques indiquent que les enfants accueillis en institution avaient un besoin supplémentaire de 11 %. Les parents invoquaient principalement des motifs financiers pour expliquer ce besoin supplémentaire. L'absence d'offres correspondantes a aussi été invoquée, un peu moins fréquemment, comme raison du déficit d'accueil. Pour 7 % des enfants non accueillis par un mode d'accueil institutionnel, les parents avaient également besoin d'un accueil de ce type, mais y ont renoncé principalement pour des raisons financières¹. Il a également été constaté que les dépenses des parents pour l'accueil de l'enfance variaient considérablement. Cela n'est toutefois vrai que si l'on compare les données en chiffres absolus. L'Office fédéral de la statistique souligne le « fait notable » que, si les parents payeurs sont répartis par classes de revenu, la part du revenu brut consacrée à l'accueil de l'enfance reste « relativement similaire » pour toutes les classes de revenu².
- 11 Le fait que les dépenses en pourcentage du revenu brut restent « relativement similaires » pour différentes classes de revenu s'explique avant tout par l'influence considérable exercée par l'État au moyen de subventions. Aujourd'hui, les offres privées d'accueil de l'enfance institutionnel ne sont, dans la plupart des cas, pas seulement subventionnées, mais modélisées et nivelées par des mesures cantonales (charges dans les conventions de prestations, application de modèles de coûts normatifs, etc.). Le résultat de cette évolution se répercute, d'une part, sur la statistique. D'autre part, la libre concurrence entre les prestataires s'en trouve entravée. Nous exposerons ci-après ce

¹ Cf. ch. 7.3 du rapport statistique 2021 « Les familles en Suisse ».

² Cf. ch. 7 ss, en particulier ch. 7.5, du rapport statistique 2021 « Les familles en Suisse » publié par l'Office fédéral de la statistique : Ces dépenses constituent 5,4 % du revenu brut des ménages du tiers inférieur, 6,5 % de celui des ménages du tiers moyen et 6,9 % de celui du tiers supérieur.

qu'il en est de cette situation et du respect des libertés économiques fondamentales des prestataires.

3 Dispositions des lois spéciales sur l'accueil de l'enfance

3.1 La surveillance des enfants placés comme point de départ

- 12 Dans le domaine de l'accueil de l'enfance, la *surveillance des enfants placés* est définie comme une tâche de l'État. Elle englobe les domaines du placement chez des parents nourriciers³, du placement à la journée⁴ et du placement dans des institutions⁵, ainsi que le placement dans des crèches, garderies et autres établissements analogues⁶. Les principes et les modalités en la matière sont réglés à l'art. 316 al. 1 CC et dans l'ordonnance du Conseil fédéral sur le placement d'enfants. En se référant aux réglementations étatiques relatives à la surveillance des enfants placés, le Tribunal fédéral a retenu qu'il s'agissait, sur le plan matériel, de droit public⁷. Selon les prescriptions de la Confédération, le placement d'enfants hors du domicile familial est donc soumis à autorisation et à une surveillance étatique⁸. Les compétences de surveillance correspondantes peuvent être déléguées à une autorité cantonale ou communale appropriée⁹. La compétence législative est étendue aux cantons en ce qui concerne la désignation des autorités délivrant les autorisations et la désignation des autorités de surveillance¹⁰.
- 13 Les tâches et les obligations des organes étatiques dans le domaine de la surveillance de l'accueil de l'enfance découlent en premier lieu du droit fédéral. En principe, les cantons doivent se conformer à ces prescriptions matérielles¹¹. Des dispositions complémentaires peuvent toutefois être édictées aux fins d'assurer la protection des mineurs vivant en dehors de leur foyer¹². En outre, les cantons ont une compétence thématique définie pour faciliter le placement d'enfants¹³.
- 14 Quelques cantons ont édicté des réglementations d'exécution simples dans le domaine de la surveillance des enfants placés. Des dispositions correspondantes figurent dans des lois d'application

³ Art. 4 OPE.

⁴ Art. 12 OPE.

⁵ Cf. art. 13 al. 1 let. a OPE.

⁶ Cf. art. 13 al. 1 let. b OPE.

⁷ ATF 143 III 473 consid. 2.3.3.

⁸ Cf. art. 316 al. 1 CC en relation avec l'art. 1 al. 1 OPE.

⁹ Cf. art. 2 al. 2 OPE.

¹⁰ ATF 143 III 473 consid. 2.3.1.

¹¹ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 5A.3/2003 du 14 juillet 2003, consid. 5.1 s., selon lequel les cantons sont libres de concrétiser les prescriptions matérielles de l'OPE, pour autant qu'ils respectent le cadre légal fédéral.

¹² Cf. art. 3 al. 1 OPE ; également l'art. 29 al. 1 OPE.

¹³ Cf. art. 3 al. 2 OPE.

du CC¹⁴ ou dans de brèves ordonnances cantonales sur le placement d'enfants¹⁵. Dans d'autres cantons, les dispositions relatives à la surveillance des enfants placés font partie d'un domaine de réglementation plus large. Elles font par exemple partie de l'« aide à l'enfance et à la jeunesse » ou de l'« accueil des enfants » et sont donc incluses dans des lois et des ordonnances portant sur des thèmes plus larges. Il en résulte une législation spéciale qui ne règle pas seulement les questions de surveillance, mais régit aussi de manière exhaustive l'accueil de l'enfance, la plupart du temps sous le titre d'« encouragement ». Les actes législatifs cantonaux et communaux en la matière précisent notamment l'encouragement des offres d'accueil, règlent la perception des contributions en fonction de la capacité économique des parents, fixent des tarifs maximaux et citent certains objectifs de politique sociale pour le subventionnement des offres privées sollicitées par les parents (par exemple la possibilité d'une meilleure intégration des parents dans la vie professionnelle ou d'une meilleure conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle). En ce qui concerne le droit des parents aux subventions, les limites de revenu et de fortune sont généralement fixées de manière assez large. Cela peut créer un défi pratique pour les prestataires privés de crèches, les contraignant à proposer des places correspondantes et, le cas échéant, de conclure des conventions de prestations correspondantes avec l'État¹⁶.

3.2 Conséquences sur le droit cantonal et communal

15 Les cantons qui disposent d'une telle législation spéciale sont confrontés à des conséquences d'ordre réglementaire. L'exemple du canton de Zurich et de la ville de Zurich en est l'illustration. La tâche de surveillance des enfants placés incombant à l'État ne constitue qu'un élément mineur de la législation plus générale sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse. Certaines dispositions de la loi cantonale sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse et des ordonnances d'exécution précisent en effet les conditions d'autorisation et les modalités de la surveillance que les communes doivent exercer¹⁷. Cependant, lorsque ces mêmes dispositions obligent les communes à garantir une offre d'accueil de l'enfance adaptée aux besoins et à y contribuer financièrement (étant précisé qu'il est également prescrit que les contributions des parents doivent tout au plus couvrir les frais), on ne peut pas dire que cela relève de la tâche de surveillance des enfants placés incombant à l'État¹⁸. Une telle réglementation s'inscrit certes dans le droit de la surveillance, mais elle a des répercussions sur la politique sociale et économique, que la révision de la loi dans le canton de Zurich accentuera davantage. Une nouvelle § 18 loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse [KJHG] précise la participation des

¹⁴ Dans le canton d'Argovie, il existe par exemple des bases légales correspondantes dans la *EG ZGB* [loi d'application du code civil]. Le droit cantonal et les travaux préparatoires y relatifs se réfèrent uniquement aux compétences et les attribuent aux conseils communaux du lieu de situation de l'institution de jour sans autres explications matérielles (voir § 18 al. 2 *EG ZGB* [loi d'application du code civil] et Message au Grand Conseil n° 16.136 du 22 juin 2016 concernant l'*EG ZGB* et l'*EG OR* [loi d'application du droit des obligations], p. 16 s.).

¹⁵ Cf. p. ex. *Pflegekinderverordnung* [ordonnance sur le placement d'enfants] du Conseil d'État dans le canton de Schaffhouse.

¹⁶ Cf. dans ce contexte également l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.4.

¹⁷ Cf. § 18 ss *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse], en particulier les § 18a al. 1 et 18b al. 1, ainsi que les dispositions de la *V Tak* (ZH) [ordonnance sur l'accueil familial de jour et les crèches].

¹⁸ § 18 al. 1 à 3 *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse].

communes zurichoises aux coûts de l'accueil de l'enfance (avec dorénavant un pourcentage précis). Il est également prévu que les modèles de subventions communaux puissent être alignés à l'avenir sur un modèle de subvention type [« *Muster-Subventionsmodell* »] cantonal¹⁹. Selon les nouvelles réglementations cantonales, les parents devront alors prendre en charge les coûts imputables par place, concrétisés au niveau de l'ordonnance²⁰. Parallèlement, la loi interdira aux prestataires privés d'organiser de manière conforme au marché l'offre de base [« *Grundangebot* »] définie par l'État dans le domaine subventionné²¹.

- 16 Les modifications prévues du droit cantonal ne doivent toutefois pas masquer le fait que des réglementations très similaires existent déjà aujourd'hui dans le droit communal et dans certaines conventions de prestations conclues avec des prestataires en application de ce droit. La ville de Zurich, par exemple, fixe l'offre de base autorisée en matière d'accueil de l'enfance dans son domaine de réglementation²², règle les contributions des parents²³ et régule les prestations subventionnées par un modèle de financement basé sur un taux de coûts standard [« *Normkostensatz* »] pour une place d'accueil standard [« *standardisierten Betreuungsplatz* »] ainsi que sur des jours d'ouverture normaux [« *Normöffnungstage* »] et des heures d'ouverture normales [« *Normöffnungszeiten* »]²⁴. Le droit communal oblige tout prestataire qui veut proposer (et/ou qui doit le faire pour des raisons économiques) des places d'accueil subventionnées en zone urbaine à facturer la contribution des parents selon le tarif dérivé de ce système. Chaque convention de prestations fixe un taux de coût par journée de prise en charge sur la base de coûts normatifs, la subvention des personnes *et les contributions des parents, prises ensemble*, ne pouvant dépasser le montant de ce taux convenu²⁵. Les prestataires peuvent fixer eux-mêmes les tarifs pour leurs prestations qui dépassent le volume hebdomadaire de prise en charge donnant droit à des subventions en termes de

¹⁹ Cf. l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 3 et 13 ainsi que la réglementation du § 14 let. f.

²⁰ Cf. l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 26 ainsi que la réglementation du § 18 al. 5.

²¹ Ce n'est que pour les offres complémentaires clairement délimitées, qui peuvent être sollicitées sur une base volontaire et qui n'ont que peu ou plus rien à voir avec la mission effective d'accueil et de formation (p. ex. cours de natation pendant le temps de prise en charge, service de transport) que les prestataires peuvent prélever des contributions des parents supérieures aux coûts imputables. Le § 18 al. 3 let. b de l'avant-projet de la *KJHG* [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] protège en ce sens l'*offre de base fixée par l'État* et n'autorise à cet égard aucun aménagement conforme à l'économie de marché. Les prestations qui ne peuvent être distinguées de l'offre de base, comme un taux d'encadrement plus bas, une alimentation biologique ou le bilinguisme, ne doivent pas se « *in Elternbeiträgen niederschlagen, die über die anrechenbaren Kosten pro Platz hinausgehen* » [traduire par des contributions des parents qui dépassent les coûts imputables par place]; voir l'avant-projet de la *KJHG* et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 23 s.

²² Conformément à l'art. 19 al. 2 et 3 *VO KB* (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance], la prestation à fournir ainsi que le taux de coût servant de base à l'indemnisation des frais d'accueil sont fixés dans des conventions de prestations; à cet effet, le « *Normkostensatz, der die Tageskosten für einen standardisierten Betreuungsplatz abdeckt* » [taux de frais standard qui couvre les coûts journaliers pour une place d'accueil standardisée] est fixé de manière souveraine, conformément au § 20 al. 2 *VO KB* en relation avec l'annexe 1 à la *VO KB*.

²³ Cf. art. 10 ss *VO KB* (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance].

²⁴ Cf. art. 20 al. 1, 3 et 4 *VO KB* (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance] ainsi que l'annexe 1 à la *VO KB* (Ville de Zurich).

²⁵ Cf. art. 20 al. 1 en relation avec l'art. 19 al. 5 *VO KB* (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance].

temps ou qui se situent en dehors des heures d'ouverture normales²⁶. Les prestataires ne disposent toutefois d'aucune liberté au niveau du contenu de l'offre, étant donné que la ville de Zurich fixe l'étendue de l'accueil dans les conventions de prestations et que les prestataires ne sont autorisés à exiger une rémunération supplémentaire des parents que dans trois cas (de prestations supplémentaires en termes de temps) spécifiquement énumérés. La marge de manœuvre des prestataires dans le secteur privé se limite notamment à proposer plus d'heures d'accueil par jour ou plus de jours d'accueil par semaine ou par année (que ne le prévoit l'offre de base subventionnée)²⁷. D'autres offres ou prestations supplémentaires en termes de contenu, allant au-delà de l'offre de base d'une « place d'accueil standardisée », ne sont pas possibles et la Ville de Zurich interdit de les facturer aux parents. La ville procède à cet effet à des contrôles ponctuels auprès des prestataires et vérifie les contributions facturées aux parents²⁸. S'il est constaté qu'un prestataire ne respecte pas les prescriptions de la convention de prestations, la ville peut ordonner une suspension des admissions [« *Aufnahmestopp* »] ou résilier la convention de prestations²⁹.

- 17 Les conséquences présentées ci-avant sur le droit de certains cantons et communes ne sont qu'un exemple. Pour l'instant, il existe encore différents systèmes de subvention à l'échelle de la Suisse. Il est frappant de constater que les collectivités publiques qui ne sont pas encore passées à de nouveaux modèles ne se trouvent pas exposées aux mêmes contraintes juridiques que d'autres qui suivent déjà la tendance des modèles de coûts normatifs³⁰. En application des nouveaux modèles, l'État définit notamment les « offres de base » en matière d'accueil de l'enfance. Par exemple, les coûts d'exploitation standardisés et leur financement par les parents et les pouvoirs publics sont fixés souverainement, les paramètres correspondants étant fixés dans la loi³¹. Il paraît évident que

²⁶ Cf. art. 19 al. 4 VO KB (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance].

²⁷ Le contrat soumis aux prestataires par le Département des affaires sociales de la Ville de Zurich précise les règles correspondantes sous le titre « *Zusätzliche Leistungen* » [prestations supplémentaires].

²⁸ Art. 18bis al. 5 VO KB (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance].

²⁹ Cf. art. 18bis al. 3 et 4 VO KB (Ville de Zurich) [ordonnance sur l'accueil de l'enfance], en cas de suspension des admissions, il est interdit aux prestataires d'attribuer de nouvelles places d'accueil subventionnées pour une durée maximale d'une année.

³⁰ Des réglementations communales un peu plus anciennes présentent des traits plus libéraux : Par exemple, le droit communal de la ville de Winterthur, promulgué en 2014, prévoit une contribution minimale pour les titulaires de l'autorité parentale, mais pas de montant maximal. Le montant maximal de la contribution parentale par jour de prise en charge dépend du tarif journalier de l'institution assurant l'accueil. Le montant n'est pas plafonné. Lorsque le tarif journalier fixé par le prestataire dépasse la somme de la contribution minimale des parents et de la contribution maximale de la ville, les parents doivent prendre en charge la différence indépendamment de leur capacité économique, cf. art. 12 al. 2 et art. 16 de la *Kita-Verordnung* (Ville de Winterthur) [ordonnance sur les crèches] et art. 20 du *Kita-Reglement* (Ville de Winterthur) [règlement sur les crèches]. Les communes qui émettent des bons de garde adoptent souvent une approche libérale : Les prestataires peuvent définir leur offre et leur structure tarifaire. De plus, les parents peuvent librement choisir où ils veulent utiliser les bons.

³¹ La notion de « fixation » convient en particulier dans les cas où le législateur ne permet pas une évolution ou une adaptation automatique des coûts normatifs (par exemple au renchérissement). Dans le canton des Grisons, par exemple, on applique un modèle de coûts normatifs selon lequel le tarif est fixé par les prestataires, mais ne peut pas dépasser le tarif maximal fixé par le Conseil d'État. Les coûts normatifs ne peuvent pas évoluer automatiquement, mais font uniquement l'objet d'un « *periodische Überprüfung* » [réexamen périodique], cf. art. 6

des « valeurs maximales pour les contributions forfaitaires des pouvoirs publics » et des valeurs maximales ou « valeurs cibles » pour les contributions des parents ainsi qu'un « coût des structures d'accueil par place et par jour » défini par l'État entraînent automatiquement une modélisation et un nivellement de l'offre privée³². Compte tenu des considérations qui suivent, la compatibilité de cela avec les principes du droit constitutionnel et de la législation sur les subventions paraît discutable.

3.3 Principes de la législation sur les subventions

18 D'un point de vue dogmatique, on distingue deux formes (admissibles) de subventions³³ : le subventionnement par une indemnité et le subventionnement par une aide financière. Les indemnités présupposent une base légale suffisante. Elles peuvent être prévues pour compenser ou atténuer les charges financières que l'accueil de l'enfance et l'exécution de tâches publiques pour le compte de l'État font peser sur le secteur privé. Par conséquent, le versement d'une indemnité (au sens de l'art. 3 al. 2 LSU) est toujours lié à la délégation et à l'accomplissement d'une tâche publique (affectation à des fins déterminées). Le paiement vise à indemniser la prestation d'un tiers, que l'État devrait sinon assumer lui-même (dans l'accomplissement de ses propres tâches), de sorte qu'il existe toujours un rapport synallagmatique. En revanche, lorsqu'il ne s'agit pas d'assumer des tâches étatiques, mais d'exercer une activité choisie par des structures privées elles-mêmes, qui relève toutefois de l'intérêt public, l'État peut soutenir financièrement l'activité en question, pour autant qu'il dispose d'une base légale suffisante. Ces aides financières (au sens de l'art. 3 al. 1 LSU) servent principalement à maintenir et à piloter des activités relevant de l'économie privée, auxquelles sont liés des intérêts publics importants, que le secteur privé n'est toutefois pas tenu de poursuivre ou d'exécuter³⁴. La question de savoir quels intérêts publics entrent en ligne de compte pour l'octroi d'aides financières est une question d'appréciation et d'interprétation. Pour l'essentiel, la Constitution et la législation (spéciale) applicable servent de référence. Il en résulte habituellement des intérêts relevant de la politique sociale ou environnementale, ou éventuellement de la police, qui

al. 2 de la *Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden* [ordonnance sur l'encouragement de l'accueil de l'enfance dans le canton des Grisons].

³² Cf. p. ex. dans le droit du canton de Glaris l'art. 7 al. 1 let. b et l'art. 9 *KiBG* (GL) [loi sur l'accueil de l'enfance] et les art. 1 ss *PauBV* (GL) [ordonnance sur les contributions forfaitaires en matière d'accueil de l'enfance] ; dans le droit du canton de Nidwald, cf. art. 5 al. 2 ch. 6 et art. 8 ch. 1 *KiBG* (NW) [loi sur l'accueil de l'enfance] et §§ 6 et 8 *kKiBV* (NW) [ordonnance d'exécution relative à la loi sur l'accueil de l'enfance] ; dans le droit du canton de Bâle-Ville, les « *Modellkosten* » [coûts modèles] désignés au § 15 al. 2 *TBG* (BS) [loi sur l'accueil à la journée] en relation avec les § 18 et 23 *KTV* (BS) [ordonnance sur l'accueil des enfants dans des crèches et dans des familles de jour] ; dans le droit du canton des Grisons, cf. art. 6 s. *KiBEG* (GR) [loi sur l'encouragement de l'accueil de l'enfance dans le canton des Grisons] et l'art. 6 de la *Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden* [ordonnance sur l'encouragement de l'accueil de l'enfance dans le canton des Grisons] ; voir en outre le droit du canton de Schwyz non encore en vigueur, qui définira également au § 10 *KiBeG* (SZ) [loi sur l'accueil de l'enfance] et dans les futures ordonnances d'exécution correspondantes les conditions concrètes pour les subventions et fixera les différents standards des offres au moyen d'un modèle de coûts normatifs.

³³ L'évolution complexe et fluctuante de la notion de subvention en droit suisse ne sera pas examinée plus en détail ici ; voir cependant BUNDI, Subventionen, p. 1 ss.

³⁴ ELSER, p. 10.

peuvent justifier la mise en place de systèmes de subvention et l'octroi d'aides financières. Lorsque les systèmes de subvention et les aides financières y afférentes sont également liés à des intérêts relevant de la politique économique, ou lorsque de tels intérêts ne peuvent être exclus, ils doivent être examinés de manière critique. À cet égard, il existe des prescriptions constitutionnelles spéciales en matière économique sur lesquelles nous reviendrons plus en détail.

- 19 Ni la Constitution, ni la loi fédérale sur les subventions (qui constitue une sorte de « partie générale » de la législation suisse sur les subventions³⁵), ni les réglementations fédérales sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants³⁶ ne légitiment des systèmes de subvention et des aides financières revêtant un caractère de politique économique. Il ressort des dispositions fédérales et des travaux préparatoires y relatifs que les aides financières allouées dans le domaine de l'accueil extra-familial pour enfants doivent poursuivre un objectif de politique sociale. Un objectif de politique économique apparaît dès lors comme étant d'emblée sans rapport avec l'octroi d'aides financières dans ce domaine. Concrètement, l'objectif (supérieur) de politique sociale est double : continuer à favoriser la conciliation de la vie familiale et professionnelle, et proposer une offre qui répond mieux aux besoins des parents exerçant une activité lucrative³⁷.
- 20 Si l'on observe la conception et l'application des nouveaux systèmes de subvention dans le domaine de l'accueil de l'enfance, on constate qu'ils font essentiellement la distinction entre le financement des personnes et le financement de l'offre. Ces deux formes de financement reposent sur des modèles de coûts normatifs et sur des conventions de prestations, qui nivellent et uniformisent l'offre d'accueil de l'enfance auprès des prestataires privés. Pour autant que l'on puisse en juger, ces conséquences et d'autres encore sur l'activité économique privée des prestataires ne sont pas abordées dans les analyses d'impact de la réglementation. Généralement, les travaux préparatoires se concentrent sur les objectifs de politique sociale, tels que l'élargissement des possibilités offertes aux parents. L'idée est que les subventions cantonales permettent aux parents d'augmenter leur taux d'activité ou de rester actifs dans leur profession. Il s'agit aussi de réduire la dépendance des parents vis-à-vis de l'aide sociale, d'améliorer leur prévoyance vieillesse et de mieux exploiter le potentiel de main-d'œuvre qualifiée. On estime en outre qu'un accueil extra-familial de qualité a un effet intégrateur³⁸.
- 21 Les nouveaux modèles de subventionnement des cantons ont pour but de poursuivre ces objectifs de politique sociale et de déployer les effets qui en découlent. Ce sont les seuls buts et intérêts invoqués et visés. Ces dernières années, la Confédération, plus précisément le Conseil fédéral, n'a cessé d'insister sur cette motivation : afin de réduire les frais assumés par les parents pour l'accueil des enfants par des tiers, les cantons et les communes devraient investir plus de moyens dans l'accueil extra-familial. Ils peuvent le faire en subventionnant davantage de places d'accueil ou en

³⁵ Cf. BUNDI, Subventionsprüfung, p. 425.

³⁶ Cf. la LAAcc et l'OAAcc.

³⁷ Cf. FF 2016 6161, 6162 et 6169 ss ainsi que 6199 ; également l'art. 1 al. 1, l'art. 3a al. 1 et l'art. 3b al. 1 LAAcc.

³⁸ Voir p. ex. l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 1 s.

adaptant leurs critères d'octroi des subventions de façon soit à étendre le cercle des bénéficiaires, soit à augmenter les montants octroyés³⁹. L'orientation des nouveaux modèles de financement et de subventions des cantons est-elle toutefois conforme à ces objectifs ? D'où viennent les nouveaux modèles de financement et de subventions ? Et ont-ils, le cas échéant, des effets de distorsion ou d'exclusion de la concurrence illicites ?

3.4 Origine des modèles de coûts normatifs

22 Comme énoncé, les modèles de subvention cantonaux actuellement introduits, ou en cours d'introduction dans le domaine de l'accueil de l'enfance, s'alignent en grande partie sur des coûts normatifs. Ils nivellent ainsi les subventions étatiques et les tarifs des prestataires⁴⁰. L'accueil de l'enfance subventionné est ainsi soumis à un diktat du prix et de l'offre, comme c'est le cas dans d'autres domaines : Après l'introduction du nouveau financement des soins en 2011, les cantons ont fait usage de l'importante marge d'appréciation que leur accordait la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) en ce qui concerne le financement résiduel des coûts des soins⁴¹. Ils ont par la suite adapté un instrument connu dans le domaine hospitalier, permettant de fixer les forfaits par cas sur la base d'indices de référence d'hôpitaux comparables. Dans le domaine des soins, on a également commencé par appliquer des coûts normatifs. Les plafonds fixés pour les contributions des pouvoirs publics aux coûts des soins ont entraîné un nivellement du financement des EMS, ce qui a eu des conséquences négatives pour les EMS et, très vite aussi pour les personnes qui y sont soignées⁴².

23 Il semble maintenant qu'une adaptation des modèles de coûts normatifs soit en cours dans le domaine de l'accueil de l'enfance. Cela ne paraît pas réfléchi dans la mesure où les prestataires privés ne remplissent pas en premier lieu une tâche étatique, mais qu'ils se trouvent dans des rapports de droit privé, liés à un intérêt public. Le fait qu'une telle situation puisse conduire à un non-respect des droits et principes constitutionnels dont bénéficient les prestataires semble évident. Ce point sera abordé ci-après.

3.5 Financement des personnes et financement de l'offre, motivés par des considérations de politique sociale ou économique ?

24 Tant le subventionnement qui se fonde sur des tarifs parentaux (financement des personnes) que le subventionnement par lequel l'État (co-)finance les coûts des prestataires (ce qui, à son tour, est sensé entraîner indirectement une baisse du tarif parental ; également appelé financement indirect des personnes ou financement de l'offre), sont principalement axés sur la situation des parents avec des enfants issus de ménages à faible revenu ou de groupes à revenu moyen. Les deux modes de financement (des personnes et de l'offre) visent à compenser équitablement la capacité contributive

³⁹ Cf. FF 2016 6161, 6171.

⁴⁰ Cf. à ce sujet le n° 17 ci-avant avec les références correspondantes dans les notes de bas de page.

⁴¹ L'art. 25a al. 5 deuxième phrase LAMal a la teneur suivante : « Les cantons règlent le financement résiduel. »

⁴² Cf. sur l'ensemble et l'intervention du Tribunal fédéral POLEDNA/TRÜMPLER, NZZ, p. 9 et POLEDNA/TRÜMPLER, Klarstellungen, p. 215 ss ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_446/2017 du 20 juillet 2018.

des parents⁴³. Un examen plus minutieux de ces modes de financement dans les différents cantons conduit rapidement à s'interroger sur le rôle moteur de la politique sociale. C'est surtout le cas des modèles de coûts normatifs, assortis de prescriptions et de charges, qui nivellent l'offre privée et limitent ainsi l'activité économique lucrative privée des prestataires.

25 Concrètement, il s'agit des prescriptions cantonales contenues dans les lois et les ordonnances ainsi que des charges figurant dans les conventions de prestations, qui ne permettent manifestement pas de « subventionner davantage de places d'accueil » ou qui ne permettent justement pas d'« étendre le cercle des bénéficiaires » ou d'« augmenter les montants octroyés »⁴⁴. Nombre de prescriptions et de charges mises en œuvre aujourd'hui n'ont aucun effet sur la politique sociale, ou pas en premier lieu, mais revêtent un caractère de politique économique. C'est notamment le cas lorsque les pouvoirs publics interdisent aux prestataires privés de mettre en place ou de compléter, selon les principes de l'économie de marché, l'« offre de base » définie par l'État dans le domaine subventionné, ou d'offrir des prestations allant au-delà d'une « place d'accueil standardisée » dans le domaine de la formation et de l'accueil (voir les exemples aux n^{os} 15 s. ci-avant concernant la révision de la loi prévue dans le canton de Zurich et l'exemple communal de la ville de Zurich). Ces systèmes n'encouragent pas une activité économique privée choisie par des structures privées dans l'optique de poursuivre des intérêts publics légitimes, mais participent à la conduite d'une politique structurelle et économique étatique en limitant ou en éliminant le jeu de l'offre et de la demande.

26 Mais comment juger de la constitutionnalité d'un tel système de subvention ? Le financement des personnes ou de l'offre, et l'octroi de subventions qui en découle, constituent une intervention de l'État, qui doit répondre aux principes constitutionnels. Il s'agit notamment du respect du principe de la légalité ou du principe de la proportionnalité. Par ailleurs, les financements des personnes ou de l'offre peuvent être illicites au regard du droit constitutionnel économique, par exemple lorsque des offres définies par l'État sont proposées dans le secteur privé de la libre concurrence, et que ces offres servent en premier lieu à préserver des structures existantes ou limitent la concurrence de manière excessive, voire l'éliminent, comme nous le verrons ci-après.

4 Considérations sous l'angle constitutionnel

4.1 Ordre fondamental de l'État de droit et subventions

27 La garde d'enfants par des structures privées constitue une activité économique lucrative privée. Contrairement à d'autres ordres juridiques, toute activité économique privée exercée à des fins lucratives jouit en Suisse d'une protection étendue au titre des droits fondamentaux, dans la mesure

⁴³ Cf. par exemple l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 23 : « *Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen* » [une participation sous la forme d'un financement de l'offre doit également se traduire par une réduction des coûts imputables par place, en faveur des parents].

⁴⁴ Cf. n^o 21 ci-dessus ; au sujet de la citation, voir FF 2016 6161, 6171.

où cette protection découle de la liberté économique conformément à l'art. 27 Cst., associée aux règles restrictives de l'art. 94 al. 1 et 4 Cst., et qu'elle s'applique aussi bien à titre individuel qu'institutionnel⁴⁵. D'autres critères découlent également de la Constitution, tels que le principe de l'égalité de traitement de concurrents directs ou celui de la neutralité concurrentielle de l'État. Ces critères servent également à garantir une concurrence effective, l'égalité de traitement des différents acteurs du marché et le développement économique de chacun sans entrave de l'État. Au regard de la jurisprudence et de la doctrine, il n'est pas audacieux de dire que les critères déduits de la Constitution constituent à la fois le cadre de l'activité économique privée exercée en Suisse à des fins lucratives tout en assurant une protection spécifique de la liberté économique. Ce *bouclier protégeant la liberté économique* doit en principe être respecté et garanti conformément à la Constitution⁴⁶ lors de toute intervention étatique, c'est-à-dire également lors d'interventions administratives ne relevant pas de la puissance publique⁴⁷ et dans le domaine de l'administration de prestation⁴⁸.

28 Ce qui est décrit ici comme un « bouclier protégeant la liberté économique » n'est rien d'autre que l'essence ou le noyau de l'ordre économique suisse. Il ressort des trois règles de base que sont l'art. 27 Cst. (à savoir la liberté économique en tant que *droit fondamental*), l'art. 94 al. 1 Cst. (à savoir le *principe* de la liberté économique) et l'art. 94 al. 4 Cst. (c'est-à-dire la disposition selon laquelle les mesures étatiques dérogeant au principe de la liberté économique nécessitent une base légale spéciale au niveau de la Constitution) ainsi que d'autres droits fondamentaux liés à l'économie (comme la garantie de la propriété, la liberté d'établissement ou la liberté syndicale) et de certaines règles constitutionnelles concernant des compétences et des objectifs dans le domaine de l'économie (comme p. ex. l'art. 95 al. 2 Cst. ou l'art. 96 Cst.) qu'il existe en Suisse un ordre de principe fondé sur la liberté, l'économie de marché et l'autonomie privée. Le choix du système économique décrit par le constituant appelle (toutes) les autorités étatiques et (toutes) les autres entités chargées de tâches publiques à instaurer et à garantir un ordre en principe libre de

⁴⁵ Sur la « *Sonderstellung* » [position particulière] et la « *besonderen Schutz* » (protection particulière) de la liberté économique en Suisse par rapport à d'autres ordres juridiques, cf. RICHLI, p. 669 ; en outre, RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^{os} 1 ss, parlent d'une « *im internationalen Vergleich wohl einzigartige[n] systembezogene[n] Funktion* » [fonction systémique sans doute unique en comparaison internationale] de ce droit fondamental et l'expliquent ailleurs avec la « *Eigenart des Schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts* » [nature propre du droit constitutionnel économique suisse], cf. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 n^{os} 90 ss.

⁴⁶ En particulier en vertu des art. 36 et 94 al. 4 Cst.

⁴⁷ « *Verletzungen der Wirtschaftsfreiheit, die nicht auf Verfügungen beruhen sind gleichfalls verfassungswidrig* » [les violations de la liberté économique qui ne reposent pas sur des décisions sont également anticonstitutionnelles], SCHOTT, n^o 791 ; de plus, le Tribunal fédéral a par exemple clarifié le fait que le principe de la neutralité concurrentielle s'applique aussi aux activités étatiques relevant de l'économie privée, cf. ATF 138 I 378 consid. 9.1.

⁴⁸ Par administration de prestation, on entend toute intervention étatique visant à fournir des prestations économiques et sociales. Le fait qu'il existe ici aussi un lien avec les droits fondamentaux et les principes de l'État de droit (comme le principe de la légalité) semble aujourd'hui incontesté ; cf. LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 464 avec de nombreuses références ; ATF 141 V 688 consid. 4.2.2 ss, ATF 138 I 378 consid. 7.2 ; ATF 131 I 313 consid. 5.4 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n^{os} 36 ss et n^{os} 379 ss ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 452, constatent cependant aussi qu'en pratique (surtout dans le domaine des subventions) on ne peut pas encore parler d'une application établie du principe de la légalité.

l'intervention de l'État [*« grundsätzlich staatsfreie »*], de sorte que l'activité économique lucrative privée ne repose pas sur une concurrence entravée ou dirigée par l'État [*« durch den Staat behinderten oder gelenkten Wettbewerb »*]⁴⁹. Comme le relève également le Tribunal fédéral, la doctrine dominante part du principe qu'il découle des dispositions constitutionnelles relatives à l'économie en vigueur un choix de principe pour un ordre économique fondé sur l'économie privée [*« Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung »*], selon lequel l'activité économique est en principe réservée au secteur privé [*« die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich den Privaten vorbehalten ist »*]⁵⁰ et peut être exercée librement par celui-ci.

29 La reconnaissance fondamentale de l'économie de marché libre ne signifie toutefois pas que l'État ne doit exercer aucune influence sur l'économie privée⁵¹. Une influence est possible en particulier pour des raisons de police et de politique sociale ou environnementale, dans le respect des principes de l'État de droit. Toutefois, cela est conditionné à ce que les effets sur la concurrence soient correctement évalués et restent acceptables⁵². Dès lors qu'une mesure étatique ne s'écarte pas d'un objectif licite ou que ces effets ne dépassent pas cet objectif⁵³ et que les impacts de la mesure sur la concurrence peuvent uniquement être considéré comme des « effets secondaires » (c'est-à-dire que les principaux éléments du mécanisme du marché subsistent et que l'État ne supprime pas le jeu de l'offre et de la demande⁵⁴), cette mesure est conforme au principe fondamental, certains effets (accessoires) d'orientation de l'économie ou de distorsion de la concurrence devant être acceptés⁵⁵. En revanche, lorsqu'une mesure étatique poursuit des objectifs protectionnistes ou produit principalement des effets de distorsion ou d'exclusion de la concurrence, l'intervention de l'État entrave en premier lieu la concurrence et n'est plus compatible avec les principes du droit constitutionnel économique⁵⁶. Il convient d'ajouter que l'art. 94 Cst. n'implique pas seulement une interdiction de distorsion de la concurrence (garantie négative de la concurrence), mais aussi une obligation de principe pour les collectivités publiques d'adopter des solutions aussi favorables que possible à la concurrence (obligation d'optimisation de la concurrence)⁵⁷. Cela vaut aussi bien dans le domaine de l'administration restrictive que dans celui de l'administration de prestation.

⁴⁹ Cf. sur cette description RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, notamment au § 4 n° 63 et n° 69 ; également KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 31 n° 11.

⁵⁰ ATF 138 I 378 consid. 6.3.2 ; à ce sujet cf. également HÄNNI/STÖCKLI, n° 1718.

⁵¹ Cf. KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 31 n° 14.

⁵² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 n° 54 ss, en particulier n°s 60 et 61.

⁵³ HETTICH, p. 163, considère qu'il y a distorsion de concurrence (illicite) lorsque « *die durch eine staatliche Intervention induzierte Wettbewerbsveränderung vor dem Hintergrund der angestrebten normativen Ziele als problematisch erachtet werden muss* » [la modification de la concurrence induite par une intervention de l'État doit être considérée comme problématique au regard des objectifs normatifs poursuivis], cf. également la référence à HETTICH/KOLMAR/HOFFMANN/KOLLER/MATHIS, p. 115, qui rappellent dans ce contexte la nécessité d'avoir une « *klare Vorstellung der normativen Ziele* » [une idée précise des objectifs normatifs]. Selon le point de vue défendu ici, cette « idée précise » des objectifs normatifs d'un système de subvention étatique ne peut résulter que de l'interprétation des actes normatifs relatifs aux subventions.

⁵⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 n° 60.

⁵⁵ Cf. KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 31 n° 63.

⁵⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n°s 92 ss et § 16 n° 63 ; cf. aussi POLTIER, n°s 36 ss.

⁵⁷ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 n° 71 ; cf. également l'art. 94 al. 3 Cst.

30 Concrètement, lorsqu'il s'agit de subventions, l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et les principes de l'État de droit, tant dans l'exercice de sa compétence réglementaire (législation) que dans l'exercice de l'activité administrative correspondante (application du droit). Dans ce contexte, la doctrine mentionne entre autres les principes de la légalité, de l'égalité des droits, de l'intérêt public et de la proportionnalité ainsi que de la bonne foi. L'énumération est complétée par les principes constitutionnels économiques (c.-à-d. le bouclier protégeant la liberté économique). Dans la mesure où l'État octroie des subventions, il ne doit pas intervenir dans la libre concurrence ni l'éliminer [« *in den freien Wettbewerb eingreifen und diesen ausschalten* »]. L'État ne peut influencer de manière ciblée la libre concurrence en octroyant des subventions que si la Constitution fédérale l'y autorise [« *nur den freien Wettbewerb mit Subventionen gezielt beeinflussen, sofern dafür eine Ermächtigung in der Bundesverfassung besteht* »]⁵⁸. Lorsque le subventionnement poursuit des objectifs protectionnistes ou qu'un système de subvention a pour principal effet de fausser ou d'exclure la concurrence, la doctrine considère généralement qu'il n'est pas (plus) compatible avec le principe de la liberté économique ; de telles subventions destinées à orienter l'économie ne sont admissibles que si elles sont justifiées par la Constitution⁵⁹. Toutefois, comment les principes de droit constitutionnel économique sont-ils pris en compte lors de la conception des systèmes de subvention ?

4.2 Réflexions sur les systèmes de subvention cantonaux contraires aux principes fondamentaux

31 Depuis 1990, l'octroi des subventions fédérales est régi par un acte législatif général relatif aux subventions. La loi fédérale sur les aides financières et les indemnités repose sur les diverses dispositions constitutionnelles qui fondent la compétence de la Confédération pour l'octroi de subventions⁶⁰. La Constitution contient donc des points de repère pour la Confédération. Tel n'est pas le cas de l'instauration de systèmes cantonaux de subvention et de l'octroi de subventions cantonales. La Constitution fédérale ne mentionnant aucunement les *subventions cantonales ou communales aux entreprises privées*. En conséquence, la Constitution ne dit rien non plus sur les subventions cantonales susceptibles de fausser la concurrence, voire de l'éliminer. Les subventions de la Confédération qui faussent la concurrence peuvent être justifiées par une disposition constitutionnelle prévoyant une dérogation au principe de la liberté économique, conformément à l'art. 94 al. 4 Cst., alors que cela n'est pas possible pour les subventions cantonales fondées sur le droit cantonal. Les cantons et les communes, n'ayant pas le droit de déroger à cette règle en vertu de la Constitution, doivent, par rapport à la Confédération, se conformer davantage aux principes fondamentaux et rester neutres vis-à-vis de la concurrence⁶¹.

⁵⁸ MÄCHLER, p. 879 s., notamment avec référence à RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n° 63.

⁵⁹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 n° 63 ; dans ce sens également MÖLLER, p. 105 et MÄCHLER, p. 879 s. ; en outre POLTIER, n° 38, qui relève que la « ligne rouge » entre les systèmes de subvention admissibles et les systèmes de subventions illicites est parfois difficile à tracer ; avis critique également de BUNDI, Subventionen, p. 126.

⁶⁰ Cf. FF 1987 I 369, 425.

⁶¹ Cf. à ce sujet MÖLLER, p. 105 ; il existe une exception en ce qui concerne le domaine des droits régaliens réservés prévue par l'art. 94 al. 4 Cst.

32 S'agissant de l'octroi de telles subventions et de l'instauration de systèmes de subvention correspondants, il est rappelé que la Constitution laisse la maîtrise de ces systèmes cantonaux et subventions cantonales à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté économique et à la loi sur le marché intérieur et ce, dans l'intérêt d'une concurrence effective [*« im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wirtschaftsfreiheit bzw. zum Binnenmarktgesetz »*]⁶². Dans ce contexte, la doctrine constate que la liberté économique ne permet pas, du point de vue structurel, de compenser l'absence de prescriptions spécifiques en matière de droit des subventions uniquement par la mise en œuvre (créatrice) des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle aucun système cohérent relatif aux subventions (ou contre celles-ci) fondé sur la liberté économique ne s'est développé jusqu'à présent. La pratique en matière d'octroi de subventions cantonales et communales peine à respecter la liberté économique et l'impératif intrinsèque des valeurs de liberté et d'économie de marché, inscrits dans la Constitution fédérale⁶³. Il n'est toutefois pas exclu que les tribunaux finissent tout de même par intervenir⁶⁴. Cela se justifie d'autant plus lorsque les prescriptions des modèles de coûts normatifs, ainsi que les charges relatives, sont conçues de manière à ce que le subventionnement paraisse non seulement contraire aux principes fondamentaux, mais qu'il viole également les principes de l'État de droit⁶⁵. Outre le bouclier protégeant la liberté économique, cette remarque concerne également le rapport entre les systèmes de subvention et les relations de droit privé.

4.3 Sur le rapport entre les charges de droit public et les relations de droit privé

33 L'adéquation légale des modèles de coûts normatifs et des prescriptions et charges cantonales, qui ont pour effet de niveler l'offre privée dans le domaine de l'accueil de l'enfance, peut aussi être évaluée en tenant compte des principes généraux du droit administratif. Il est reconnu que l'État est également lié par les principes de l'État de droit en ce qui concerne les dispositions accessoires décidées ou convenues. Les charges ou conditions doivent être compatibles avec le principe de la proportionnalité. Cela signifie qu'elles doivent être adéquates, nécessaires et proportionnées entre

⁶² SCHOTT, n^{os} 886 s. ; voir aussi OESCH, p. 274 s.

⁶³ Cela vaut non seulement pour le respect du « bouclier protégeant la liberté économique », mais aussi, de manière générale, pour les principes fondamentaux de l'État de droit ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 452, constatent par exemple qu'en pratique (notamment dans le domaine des subventions), on ne peut pas encore parler d'une application établie du principe de la légalité.

⁶⁴ Cf. à ce sujet également l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.3 et consid. 4.3.4.

⁶⁵ MÄCHLER, p. 880, au sujet du « *Verbindlichkeit der massgebenden Rechtssätze* » [caractère obligatoire des règles de droit déterminantes] ; cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_750/2013 du 28 avril 2014, consid. 3.1 avec d'autres références : L'admissibilité de charges et de conditions découle du but poursuivi par la loi et de l'intérêt public inhérent à l'objet principal. Les dispositions accessoires doivent en outre être compatibles avec le principe de la proportionnalité, en remplissant les conditions de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité entre le but et l'effet de l'intervention. Tout système de subvention ne respectant pas ce principe pourrait être considéré comme anticonstitutionnel (au regard de l'art. 5 Cst., mais aussi, le cas échéant, de l'art. 27 en relation avec l'art. 94 Cst.).

le but et l'effet de l'intervention. Les charges doivent en particulier être nécessaires pour atteindre le but visé⁶⁶.

- 34 Dans le domaine de l'accueil de l'enfance subventionné, l'État ne supporte pas le risque économique. Ce risque est entièrement assumé par le secteur privé. Le financement d'un nombre déterminé de places n'est pas garanti par l'État et les collectivités publiques ne fournissent aucune garantie en cas de déficit⁶⁷. Tant que le soutien étatique et les financements des personnes et de l'offre profitent essentiellement aux parents⁶⁸ et tant que les limites de revenu et de fortune de ces derniers sont fixées de manière à contraindre de fait les prestataires privés à conclure avec l'État des conventions de prestations en matière d'accueil subventionné⁶⁹, la nécessité, l'exigibilité dans le cas concret et la proportionnalité du système de subvention dans son ensemble peuvent être remises en question. Lorsque des prescriptions ou charges ne poursuivent pas un objectif de réglementation en matière de politique sociale, mais revêtent plutôt un caractère de politique structurelle et économique, alors l'adéquation de la mesure étatique quant à l'atteinte du but visé est déjà sujette à caution (cf. à ce sujet n° 25 ci-avant).
- 35 Le Tribunal fédéral a retenu dans un autre contexte que l'influence exercée sur les relations de droit privé via des autorisations et de charges (de droit public) a des limites. Concernant le lien entre les charges de droit public contenues dans une autorisation et les relations de droit privé, il a retenu qu'il ne peut pas être exigé d'une structure privée concernée qu'elle subisse des pertes dans ses relations de droit privé avec des tiers à cause de charges de droit public⁷⁰. Cette jurisprudence affirme (également), à titre principal, que les systèmes étatiques et les actes et mesures qui en résultent ne doivent pas entraver l'activité économique privée, juridiquement et dans les faits. Cependant, les modèles de coûts normatifs actuellement en vigueur dans le domaine de l'accueil de l'enfance subventionné ne semblent pas respecter cette règle.

5 Conclusions et réponses aux questions

- 36 L'obligation des collectivités publiques de veiller à une offre de places d'accueil adaptée aux besoins et de participer aux coûts ne leur confère aucune compétence générale d'influer de manière démesurée sur les offres d'accueil privées et sur la concurrence existante en la matière⁷¹. Tout système de subvention cantonal ou communal doit être conforme à la Constitution et respecter en

⁶⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n^{os} 929 ss ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_750/2013 du 28 avril 2014, consid. 3.1, et 2C_855/2008 du 11 décembre 2009, consid. 4.

⁶⁷ Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.4.

⁶⁸ Cf. par exemple l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 23 : « *Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen* » [une participation sous la forme d'un financement de l'offre doit également se traduire par une réduction des coûts imputables par place, en faveur des parents].

⁶⁹ Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.4.

⁷⁰ Cf. ATF 130 II 290 consid. 2.8.

⁷¹ Cf. à ce sujet également l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.3 et consid. 4.3.4.

particulier les principes de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle inscrits à l'art. 94 al. 1 Cst. ainsi que le principe de la proportionnalité. Lorsque des prescriptions et charges reposent sur des motifs de politique économique, ou lorsque l'application du système de subvention entraîne des distorsions de la concurrence non justifiées par les intérêts publics définis dans la législation spéciale, alors l'intervention de l'État est contraire aux dispositions de la Constitution relatives à l'économie et aux principes fondamentaux (cf. nos 27 ss ci-avant). Dans de tels cas, la Constitution fédérale n'autorise pas les cantons à déroger au principe de la liberté économique (cf. n° 31 ci-dessus).

37 Les cantons et les communes ne doivent pas restreindre de manière disproportionnée l'exercice des libertés économiques des prestataires privés, ni entraver ou supprimer de manière excessive la concurrence. Cependant, un tel effet peut être attribué aux modèles de coûts normatifs. Les prescriptions cantonales et communales qui en découlent, ainsi que les charges qu'elles entraînent, perdent de vue les objectifs (de subvention) légaux initiaux et revêtent un caractère de politique structurelle et économique (cf. à ce sujet n° 25 ci-avant). Le constat que ces pratiques portent atteinte aux principes de l'État de droit et aux dispositions de la Constitution relatives à l'économie repose aussi sur le fait que l'État ne garantit pas au secteur privé le financement d'un certain nombre de places, et ne fournit aucune garantie quant au déficit. Le risque économique reste donc entièrement à la charge des prestataires privés⁷². En outre, tant que les subventions profiteront essentiellement aux parents⁷³, et tant que les limites de revenu et de fortune de ces derniers seront définies de manière à contraindre de fait les prestataires privés en matière d'accueil à conclure des conventions de prestations avec l'État⁷⁴, ces systèmes de subvention pourront être remis en question au regard du droit constitutionnel.

38 Le Tribunal fédéral qualifie en même temps la liberté économique de gardienne de l'ordre économique privé [« *Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung* »] et de protection de l'exercice de certaines activités économiques du point de vue individuel [« *individualrechtlicher Schutz der Ausübung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten* »]⁷⁵. Le principe de proportionnalité est considéré comme la règle d'or de l'État de droit moderne [« *goldene Regel des modernen Rechtsstaats* »]⁷⁶. Il convient de garder ces deux éléments à l'esprit au regard de la tendance à recourir aux coûts normatifs et aux tarifs maximaux, ainsi qu'en ce qui concerne la conception et l'utilisation ultérieurs des modèles de subvention correspondants.

39 **Synthèse des réponses apportées aux questions posées : À quelles conditions les atteintes de l'État (communes, cantons ou Confédération) à la liberté économique garantie par la Constitution**

⁷² Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.4.

⁷³ Cf. par exemple l'avant-projet de la *KJHG* (ZH) [loi sur l'aide à l'enfance et à la jeunesse] et son rapport explicatif du 10 juin 2022, p. 23 : « *Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen* » [une participation sous la forme d'un financement de l'offre doit également se traduire par une réduction des coûts imputables par place, en faveur des parents].

⁷⁴ Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich AN.2020.00005 du 7 septembre 2021, consid. 4.3.4.

⁷⁵ ATF 124 I 11 consid. 5a.

⁷⁶ MÜLLER, p. 3 et les références citées.

sont-elles autorisées dans le cadre du subventionnement de l'accueil de l'enfance ? Dans quelle mesure les modèles de coûts normatifs, associés ou non à des conditions complémentaires telles que des tarifs maximaux, constituent-ils une atteinte injustifiée à la liberté économique ?

En vertu de la liberté économique, l'État doit adapter un comportement neutre vis-à-vis de la concurrence, et respecter les principes fondamentaux, tant dans le cadre de l'administration restrictive que lors de l'octroi de prestations. Les mesures étatiques qui interviennent dans la concurrence ou contreviennent au principe de la concurrence en méconnaissant des éléments majeurs des mécanismes du marché et en éliminant le jeu de l'offre et de la demande sont illicites. Les systèmes de subvention cantonaux ou communaux (de même que les prescriptions qu'ils contiennent ou les charges associées), qui sont fondés sur des motifs de politique structurelle et économique et qui entravent ou éliminent la concurrence, ne sont par principe pas conformes aux dispositions de la Constitution relatives à l'économie. Par ailleurs, l'octroi de subventions par les cantons et les communes ne peut pas bénéficier de la dérogation prévue par la Constitution fédérale (au sens de l'art. 94 al. 4 Cst.). De plus, L'État est tenu de respecter les principes de l'État de droit (art. 5 Cst.) en élaborant notamment les systèmes de subvention dans le respect du principe de proportionnalité. Cela implique que les financements de l'offre et des personnes doivent remplir les conditions de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité entre le but et l'effet de l'intervention. Les charges liées aux subventions (p. ex. dans les conventions de prestations) doivent ainsi être nécessaires pour atteindre le but visé. Dès lors que ces conditions ne sont pas remplies ou qu'il est démontré par des cas particuliers que l'intervention étatique entrave effectivement l'activité économique privée de manière inadmissible ou disproportionnée - voire la rend impossible - il existe, selon l'opinion ici défendue, une violation des principes de la liberté économique et de la proportionnalité.

Zurich, le 18 août 2023

Ralph Trümpler, avocat, professeur (HES) et docteur en droit