



Strasbourg, 18 octobre 2021

CDL-AD(2021)031

Avis n°. 1031/2021

Or. angl.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

PAYS-BAS

AVIS

SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DES CITOYENS

**Adopté par la Commission de Venise
à sa 128^{ème} session plénière
(Venise et en ligne, 15-16 octobre 2021)**

Sur la base des commentaires de

**M. Richard BARRETT (Membre, Irlande)
Mme Claire BAZY MALAURIE (Membre, France)
M. Eirik HOLMØYVIK (Membre suppléant, Norvège)
Mme Jasna OMEJEC (Membre, Croatie)**

Contenu

I. Introduction	3
II. Contexte.....	3
III. Remarques générales / normes.....	7
A. Portée de l'avis.....	7
B. État de droit.....	8
C. Exemples de cas similaires dans d'autres pays	9
IV. Le niveau législatif	10
A. Remarques générales	10
B. Législation.....	11
C. Le contrôle parlementaire de l'exécutif	13
1. Mesures institutionnelles.....	14
2. Médiateur	15
3. Accès à l'information.....	16
D. Études d'impact	18
V. Le niveau administratif	19
A. Interprétation rigoureuse des dispositions légales	19
B. Flux d'informations entre la fonction publique et les ministres du gouvernement.....	20
C. Flux d'informations au sein des entités administratives	20
D. Procédures de plainte	20
E. Protection des données / discrimination par l'intelligence artificielle	21
VI. Le niveau judiciaire	22
A. Rôle du pouvoir judiciaire dans le cadre de l'État de droit.....	22
B. Proportionnalité	23
C. Structure du pouvoir judiciaire administratif	26
D. Contrôle constitutionnel.....	27
E. Dialogue et rapports.....	28
VII. Conclusion	29

I. Introduction

1. Par lettre du 25 février 2021, Mme Khadija Arib, présidente de la Chambre des représentants des États généraux des Pays-Bas, a sollicité l'avis de la Commission de Venise, afin de répondre à deux questions relatives à l'affaire des allocations familiales :

- 1) Quelles lois, quelle mise en œuvre ou quelles pratiques ont contribué au fait que le pouvoir et les contre-pouvoirs ont insuffisamment fonctionné dans cette affaire et que le citoyen a été écrasé au milieu ? Quelles sont les solutions possibles pour réparer cette situation et empêcher qu'elle ne se reproduise à l'avenir ?
- 2) Le droit administratif néerlandais, y compris le Conseil d'État, est-il suffisant, et quels contrôles et contrepoids devraient être ajoutés au droit ou à la mise en œuvre de la justice administrative (et éventuellement à des branches adjacentes du droit), pour donner aux citoyens une protection adéquate, y compris un accès effectif à la justice et à l'aide juridique ?

2. M. Richard Barrett, Mme Claire Bazy Malaurie, M. Eirik Holmøyvik et Mme Jasna Omejec ont été rapporteurs pour cet avis.

3. Les 24 et 25 juin 2021, M. Richard Barrett, Mme Claire Bazy Malaurie, M. Eirik Holmøyvik et Mme Jasna Omejec, assistés de M. Schnutz Dürr du Secrétariat, ont eu des réunions en ligne avec des représentants du Parlement néerlandais, du ministère des Affaires sociales et de l'Emploi, du ministère de la Justice et de la Sécurité, du ministère de l'Intérieur et des Relations au sein du Royaume, le Ministère des Finances, la Cour Suprême (*Hoge Raad*), le Conseil d'Etat (*Raad van State*) et le Conseil de la Justice (*Raad voor de rechtspraak*), ainsi que le Médiateur, des avocats enquêteurs, des journalistes enquêteurs, des représentants de la communauté universitaire et l'Association des Contribuables Néerlandais (*Bond voor Belastingbetalers*) (ci-après "les interlocuteurs").

4. Le présent avis a été préparé sur la base de la traduction anglaise du Rapport 2020 de la Commission d'enquête parlementaire sur les allocations familiales intitulé "Une injustice sans précédent" (*Ongekend onrecht*) (ci-après "le Rapport PIC 2020") (CDL-REF(2021)073). La traduction peut ne pas refléter fidèlement la version originale sur tous les points. La Commission a également eu accès à des traductions non officielles du rapport 2017 du Médiateur national "Pas de jeu de puissance mais *fair-play*" (*Geen powerplay maar fair play*) (ci-après "le rapport 2017 du Médiateur")¹ et de divers autres textes.

5. Le présent avis a été rédigé sur la base des commentaires des rapporteurs et des résultats des réunions en ligne des 24 et 25 juin 2021. Il a été examiné lors de la réunion conjointe des sous-commissions sur l'État de droit et les Institutions démocratiques le 14 octobre 2021. Suite à un échange de vues avec Mme Judith Tielen et M. Pieter Omtzigt, membres de la Chambre des Représentants, il a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 128^{ème} session plénière (Venise et en ligne, 15-16 octobre 2021).

II. Contexte

6. La présentation du contexte de l'affaire de l'allocation de garde d'enfants ci-dessous s'inspire du rapport PIC 2020 et du rapport du médiateur 2017.

¹ Rapport du Médiateur national "No power play but fair play. Approche disproportionnellement dure à l'égard de 232 familles bénéficiant de l'allocation de garde d'enfants" (*Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*) du 9 août 2017, numéro du rapport : 2017/095. La version originale du rapport est disponible sur https://www.nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%202017-095%20Geen%20powerplay%20maar%20fair%20play_0.pdf (la Commission de Venise a eu accès à une traduction non officielle).

7. Le 23 juin 2005 le Parlement néerlandais a adopté la loi sur l'harmonisation des régimes liés aux revenus (loi générale sur les régimes liés aux revenus ou loi générale sur les régimes sous condition de ressources - ci-après « le AWIR »), qui a instauré un système complexe d'allocations de garde d'enfants dans lequel les parents achètent des services spécifiques de garde d'enfants préscolaires et extrascolaires sur un marché réglementé auprès d'un centre de garde d'enfants agréé (*kindercentrum* - par exemple un jardin d'enfants) ou d'une nourrice (*gastouder*). Dans le cadre de ce régime, les parents sont remboursés d'une partie des frais, en fonction de leurs revenus, sous la forme d'une allocation.

8. Cette "allocation" (*toeslag*) est un "acompte" provisoire et conditionnel versé à l'avance par l'État aux demandeurs. L'État ne couvre qu'une partie des frais de garde d'enfants. Les parents doivent toujours payer le reste eux-mêmes. Leur contribution personnelle est obligatoire et ils doivent être en mesure de prouver qu'ils l'ont fournie à l'aide de relevés bancaires pertinents.

9. Contrairement aux "prestations sociales générales" destinées à garantir un niveau minimum de subsistance, y compris les "allocations familiales" (*kinderbijslag*) qui sont accessibles à tous les citoyens, l'allocation de garde d'enfants est une "allocation sous condition de ressources", qui dépend de la preuve que le revenu d'une personne sont inférieurs à un certain niveau et qui n'est versée que sur demande. Avec l'adoption de l'AWIR en septembre 2005, les allocations sous condition de ressources relatives à la garde d'enfants, aux soins de santé et au logement ont été harmonisées.²

10. Le nouveau système a également impliqué un transfert de la fonction de paiement de l'allocation des services sociaux vers l'administration fiscale et douanière du ministère des finances (*Belastingdienst/ Toeslagen*).

11. Il a fallu attendre 2011 pour que l'administration fiscale et douanière renforce ses capacités et introduise un système informatique permettant d'effectuer des contrôles à plus grande échelle. Dans ce système informatique, les demandes considérées comme suspectes étaient sélectionnées sur la base d'un modèle de classification des risques, basé sur l'intelligence artificielle (IA), qui était un algorithme "auto-apprenant" à partir d'exemples de demandes correctes et incorrectes. L'un des nombreux indicateurs utilisés pour identifier les cas de fraude était la citoyenneté et les demandeurs d'origine étrangère étaient sélectionnés par le système pour un examen détaillé de leur dossier.

12. En 2013, il a été révélé que, dans le cadre d'une fraude à grande échelle, un système criminel avait été mis en place pour escroquer systématiquement l'État néerlandais en versant des aides sociales pendant des années. Les meneurs du stratagème avaient recruté des personnes pour qu'elles se rendent aux Pays-Bas où elles s'inscrivaient comme résidentes, puis demandaient des allocations de loyer et de soutien aux enfants. Ils retournaient ensuite dans leur pays d'origine, retiraient l'allocation dans des distributeurs automatiques de billets et partageaient les recettes avec les meneurs.

13. Le système était conçu de telle sorte que l'allocation était versée sur demande des parents, qui présentaient une estimation des frais de garde d'enfants pour l'année suivante. En raison d'une vérification initiale minimale, presque tous les demandeurs recevaient des "avances" pour l'allocation. Des vérifications étaient ensuite effectuées. Jusqu'au 1^{er} janvier 2021, l'article 26 de l'AWIR, intitulé « Recouvrement dû par l'intéressé », était ainsi libellé : « Si une révision d'une allocation ou une révision d'une avance donne lieu à un montant à recouvrer ou si un règlement d'une avance avec une allocation y conduit, l'intéressé est redevable de l'intégralité du montant du recouvrement. Cette disposition a été interprétée par l'administration fiscale et douanière comme l'approche dite du "tout ou rien", de sorte que même si un parent avait agi de bonne foi

² Le rapport PIC 2020.

mais ni le parent ni la nourrice n'ont pu justifier d'heures utilisées ou de contribution parentale, etc., le parent devait rembourser l'intégralité du montant pour l'année entière. Cette approche a conduit à des demandes de remboursement élevées, comme ce fut le cas pour 15 % des parents.³ Les demandes de remboursement pouvaient porter sur les cinq années précédentes. Tout écart mineur entre les paiements annoncés avant l'année et ceux effectivement effectués au cours de l'année était interprété comme frauduleux et entraînait l'obligation de rembourser l'allocation dans son intégralité (approche dite du "tout ou rien").

14. Cette approche stricte n'a pas été atténuée par un quelconque test de proportionnalité ou une clause de sauvegarde. En fait, alors que la Section consultative du Conseil d'État⁴ mettait en garde contre l'adoption de la loi en question sans clause de sauvegarde, le Conseil de la magistrature, consulté sur le projet, a souligné que l'inclusion d'une clause de sauvegarde pouvait être une source de conflit et, pour cette raison, donner lieu à de fréquents recours devant le tribunal administratif.⁵ Finalement, la loi a été adoptée avec une clause de sauvegarde peu pratique, portant uniquement sur les effets du test de patrimoine.⁶ Ce n'est qu'en juin 2020 que le législateur a promulgué la nouvelle loi sur l'ajustement des difficultés de l'AWIR. Elle prolongeait la clause existante et introduisait une clause de rigueur dans l'AWIR.⁷

15. L'approche du "tout ou rien" a entraîné des demandes de remboursement massives de la part des parents. Dans certains cas, le montant annuel versé s'élevait à quelque 30 000 euros et la totalité du montant devait être remboursée, y compris ce qui avait été versé les années précédentes, même si le montant des demandes incorrectes était beaucoup plus faible.

16. De nombreux parents ont fait appel devant les tribunaux administratifs et certains d'entre eux ont obtenu gain de cause en première instance.⁸ Dans ces cas, l'administration fiscale et douanière a fait appel devant la plus haute juridiction administrative, la Section du contentieux du Conseil d'État, qui a toutefois confirmé l'approche du "tout ou rien".

17. Les parents ont eu beaucoup de mal à recevoir des explications sur cette solution car le système était très centralisé. Les services sociaux locaux n'étaient pas compétents car la gestion avait été attribuée de manière centralisée à l'administration fiscale et douanière et les plaintes ne pouvaient être déposées que via un centre d'appel téléphonique. Il semblerait que des instructions internes aient été données depuis 2013 pour qu'aucune aide ne soit apportée aux parents concernés.

18. La révélation d'une fraude à grande échelle (voir paragraphe 12) a donné un élan important à la politique antifraude du gouvernement. Sous la pression de l'opinion publique et des hommes politiques, l'administration fiscale et douanière a adopté une méthode rigoureuse de lutte contre la fraude.

³ Le rapport PIC 2020, p. 57.

⁴ Voir VI.C ci-dessous pour la structure du Conseil d'État.

⁵ Mémoire explicatif de l'AWIR 2005 de l'AWIR 2005 - *Memorie van toelichting - Harmonisatie van inkomensafhankelijke regelingen (Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen)*, Kamerstukken II, 2004/05, 29764, no. 3, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-3.html>. Le 19 octobre 2021, le Conseil de la Justice s'est opposé à un nouveau durcissement de la politique de sanctions en matière de protection sociale et de législation du travail.

⁶ *Gewijzigd amendement van de leden OMTZIGT en WEEKERS ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13 (nr. 32)*, disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-32.html>.

⁷ Loi du 1er juillet 2020 modifiant la loi sur les régimes généraux liés aux revenus en ce qui concerne l'extension de la clause de pénibilité et l'introduction du régime de pénibilité, d'une disposition de filet de sécurité, de la base d'un régime de compensation ainsi que d'un régime de compensation O/GS (loi sur l'ajustement de la pénibilité AWIR), disponible sur <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043785/202007-07>.

⁸ Il semblerait que les instructions générales n'aient pas été incluses dans les dossiers qui ont été remis aux tribunaux.

19. Afin de lutter contre la fraude, l'administration fiscale et douanière avait mis en place en 2013 une équipe spéciale de gestion de la lutte contre la fraude au sein du ministère des Finances, le “*Combiteam Aanpak Facilitators*” (CAF). Les employés de chaque division des ministères concernés pouvaient transmettre au CAF les signaux d'éventuels facilitateurs de fraude. L'équipe du CAF a lancé l'enquête dite “CAF 11” contre une garderie, ce qui a donné lieu à de nombreuses visites de la garderie et à des contrôles administratifs. Selon le rapport PIC 2020, dans l'affaire CAF 11, l'allocation à des groupes entiers de parents a été illégalement arrêtée, il n'y a pas eu de *fair-play* et le temps de traitement des objections a été beaucoup trop long. Finalement, aucune fraude n'a été constatée. Il s'est avéré que la CAF avait travaillé en partant du principe que 80% des bénéficiaires étaient “mauvais” et 20% “bons”, malgré le fait qu'une telle approche signifiait que même les personnes qui n'avaient commis aucun acte répréhensible seraient sanctionnées. C'est ce qu'on a appelé “l'approche 80/20” ou l'approche de groupe.

20. L'affaire de la CAF 11 a donné lieu au rapport 2017 du médiateur “Pas de jeu de pouvoir mais du fair-play. Une action dure et disproportionnée contre 232 familles bénéficiant de l'allocation de garde d'enfants”. Malgré la recommandation du Médiateur en 2017, aucune compensation n'a été activement proposée aux parents dont l'allocation avait été injustement arrêtée. Les parents étaient censés introduire eux-mêmes une demande de dommages et intérêts.

21. En 2017, le conseiller juridique principal de l'administration fiscale et douanière a rédigé un mémo interne signalant de graves problèmes dans le système d'allocations pour garde d'enfants (le “mémo Palmen”). Selon le rapport PIC 2020, ce mémo n'a pas été ajouté au dossier comme il aurait dû l'être, et il n'a pas été inclus dans une série de fiches d'information préparées au sein du ministère des Finances pour le Secrétaire d'Etat en 2019. Ce n'est qu'en réponse à une demande spécifique qu'une version expurgée, laissant de côté les passages les plus importants, a été transmise au Parlement en octobre 2020 et le Parlement n'a reçu le mémo complet qu'en décembre 2020.

22. Après des efforts importants de la part des avocats représentant les parents, qui ont conduit à une couverture médiatique, et des interrogations supplémentaires de la part du Médiateur et de certains membres du Parlement, le Comité consultatif sur la mise en œuvre des allocations au sein des autorités fiscales (connu sous le nom de “Comité Donners”) a proposé un système de compensation pour les parents dans l'affaire CAF 11.

23. Enfin, le 23 octobre 2019, la Section du contentieux du Conseil d'État a radicalement modifié son interprétation de l'AWIR et a adopté deux arrêts faisant application des principes généraux de bonne administration et du principe de proportionnalité (CDL-REF(2021)076).⁹

24. Le 15 janvier 2021, le Premier ministre a envoyé une lettre¹⁰ au président de la Chambre des représentants dans laquelle il s'est excusé au nom du gouvernement pour les difficultés sans précédent que les parents et leurs enfants ont dû endurer. Il a annoncé une série de réformes concernant le système de prestations mais aussi des mesures générales visant à améliorer la prise en compte des signaux d'alerte, à améliorer l'accès à l'administration, à améliorer la législation, à éviter la discrimination, à fournir des informations au Parlement. Le même jour, le

⁹ En réponse au rapport d'enquête parlementaire (voir ci-dessous), le président de la section du contentieux du Conseil d'État a publié un article : Bart Jan van Ettenkoven, Tussen wet en recht (Entre droit et justice, https://www.njb.nl/media/4119/098-107_njb02_art02.pdf) - disponible en traduction anglaise.

¹⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinetop-rapport-ongekend-onrecht> (la Commission de Venise a eu accès à une traduction informelle)

gouvernement a démissionné. Des élections ont ensuite eu lieu. Au moment de la préparation de cet avis, les Pays-Bas ont toujours un gouvernement intérimaire.

25. Le 17 juillet 2020, l'Autorité de protection des données a publié un rapport soulignant que le système d'évaluation des risques de l'Administration fiscale et douanière, basé sur l'intelligence artificielle, n'avait pas respecté le Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'UE et s'était appuyé sur des données discriminatoires sur la citoyenneté.¹¹

26. Selon le rapport PIC 2020, il a été révélé par la suite qu'entre 2012 et 2019, quelque 25 000 à 35 000 personnes avaient été jugées coupables de malveillance ou de négligence grave, mais il est apparu que dans 94 % de ces cas, la qualification de malveillance ou de négligence grave était injustifiée, "parce que le motif n'avait pas été correctement enregistré, parce qu'il n'y avait pas de preuve évidente de malveillance ou de négligence grave, ou parce que les motifs de cette qualification n'avaient pas été communiqués aux parents en question".¹²

27. Le rapport PIC 2020 a conclu :

"La commission constate que, lors de la mise en œuvre de l'allocation de garde d'enfants, les principes fondamentaux de l'État de droit ont été violés. Ce reproche concerne non seulement la mise en œuvre - plus précisément par l'administration fiscale et douanière/les prestations - mais aussi le législateur et le pouvoir judiciaire.

[...]

Sans vouloir commenter les décisions de justice individuelles, la commission constate que pendant de nombreuses années, la justice administrative a également contribué de manière significative au maintien d'une application impitoyable de la législation sur l'allocation de garde d'enfants, au-delà de ce qui est impérativement prévu par la loi. Ce faisant, le système de justice administrative a négligé son importante fonction de sauvegarde des droits des citoyens individuels. La commission a été particulièrement frappée par le non-respect des principes généraux de bonne gouvernance, censés servir de tampon et de couverture protectrice pour les personnes dans le besoin, qui s'est poursuivie jusqu'en octobre 2019."

III. Remarques générales / normes

A. Portée de l'avis

28. Les questions que la Chambre des représentants a posées à la Commission de Venise ne mentionnaient que l'allocation de garde d'enfants (*kinderopvangtoeslag*). De même, le rapport de la commission d'enquête 2020 ne traite que de l'allocation de garde d'enfants. Cependant, dans ce même rapport, la commission d'enquête a fait remarquer que :

*"Deux semaines avant la publication de ce rapport, une lettre a été envoyée à la Chambre des représentants indiquant que le régime d'indemnisation devait être étendu aux personnes qui avaient été injustement traitées dans le cadre de l'allocation de soins de santé, de l'allocation de logement et du budget pour enfants (*kindgebonden budget*), même si, lors des auditions publiques, il avait été déclaré que rien n'indiquait que des erreurs avaient été commises dans le cadre d'autres prestations."¹³*

29. Au cours des réunions vidéo, les interlocuteurs ont confirmé que le rapport PIC 2020 ne donne pas une image complète du problème à l'étude. Il semble qu'il y ait eu un débat à la

¹¹ Belastingdienst/Toeslagen, De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag (Administration fiscale / Allocations : Le traitement de la nationalité des demandeurs d'allocations de garde d'enfants), Onderzoeksrapport z2018-22445, https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

¹² Document parlementaire II 2019/20, 31 066, n° 613, mentionné dans le rapport PIC 2020, p. 25.

¹³ Le rapport PIC 2020.

Chambre des représentants sur ce problème plus large dans le domaine des prestations sociales (et peut-être des impôts) aux Pays-Bas.

30. Malgré cela, le présent avis se concentre sur la clarification du contexte juridique de l'affaire de l'allocation de garde d'enfants afin de mettre en lumière des problèmes cruciaux dans le domaine du droit administratif et de la pratique aux Pays-Bas. Les propositions de cet avis pourraient toutefois être pertinentes pour d'autres domaines du droit administratif.

31. La Commission de Venise n'est pas en mesure d'enquêter et d'établir des liens de causalité entre des faits spécifiques et des lacunes dans la protection de l'Etat de droit. En ce qui concerne les faits, l'avis se fonde sur les informations fournies par les autorités néerlandaises, notamment le rapport du Parlement, ainsi que sur les informations fournies par les interlocuteurs et par des sources publiques.

B. État de droit

32. Il convient de préciser d'emblée que, d'une manière générale, la Commission de Venise est d'avis que les Pays-Bas sont un État qui fonctionne bien, doté d'institutions démocratiques solides et de garanties pour l'État de droit.

33. La lutte contre la fraude aux prestations sociales et l'adoption de mesures visant à promouvoir l'efficacité de l'administration publique sont deux objectifs légitimes qui ne peuvent être contestés. Toutefois, toute mesure prise pour atteindre ces objectifs doit respecter l'État de droit.

34. L'État de droit se réalise par degrés successifs. La pleine prééminence du droit requiert un effort constant, même dans les démocraties solidement établies.¹⁴ Pour tous les pays respectant les exigences de l'État de droit, ceci est un processus continu, qui doit être adapté à l'évolution des circonstances politiques, sociales, économiques, culturelles et technologiques. À cet égard, le maintien de l'État de droit ne concerne pas seulement les institutions et les garanties juridiques formelles, mais aussi le maintien d'un environnement favorable à l'État de droit par le biais de la culture politique et juridique de la société.¹⁵ Il faut pour cela une culture politique très consciente des conséquences des décisions politiques sur l'État de droit et faisant preuve de retenue lorsque les mesures souhaitées par les politiques sont contraires à l'État de droit. Il faut également une culture juridique dans laquelle l'État de droit est accepté comme cadre et limite des décisions et politiques démocratiques.

35. Presque tous les problèmes liés à l'affaire de l'allocation de garde d'enfants pourraient être analysés en se référant au rapport de la Commission de Venise sur l'État de droit et à la Liste des critères d'évaluation de l'État de droit (dont certaines sont adressées au pouvoir législatif, d'autres au pouvoir exécutif et d'autres encore au pouvoir judiciaire) figurant dans le rapport 2011 de la Commission de Venise sur l'État de droit (notes de bas de page non citées) :

“46. La sécurité juridique exige que les dispositions légales soient claires et précises et visent à garantir le caractère prévisible des situations et des rapports juridiques. [...]

47. Le Parlement ne peut déroger aux droits fondamentaux en adoptant des textes de loi ambigus. Les citoyens jouissent ainsi d'une protection juridique essentielle contre l'État, ses organes et ses agents.

48. La sécurité juridique impose également à l'État de respecter, en principe, les engagements qu'il a pris envers les particuliers ou les promesses qu'il leur a faites (notion d'attentes légitimes). La sécurité juridique signifie également que les engagements ou les

¹⁴ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, I.A para. 29.

¹⁵ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, I.A para. 42.

promesses de l'État envers les particuliers doivent en général être respectés (notion de "confiance légitime").

49. *Cette indispensable sécurité juridique n'oblige cependant pas à appliquer des dispositions de manière inflexible, au point de faire abstraction des préceptes d'humanité et d'équité. [...]*

51. *La sécurité juridique - et la primauté du droit - implique que la législation soit concrètement mise en œuvre, ce qui suppose qu'elle soit applicable. Il importe donc d'apprécier, avant son adoption, si la loi est applicable et de vérifier a posteriori si elle peut effectivement être appliquée. Cela signifie que l'examen de la question de la prééminence du droit doit prendre en compte l'évaluation législative préalable et ultérieure.*"¹⁶

36. La Liste des critères d'évaluation de l'État de droit de la Commission de Venise énumère un certain nombre de principes à prendre en considération dans le cadre de l'affaire des allocations familiales. La *légalité*, y compris l'existence d'un contrôle judiciaire effectif, la *sécurité juridique*, les *garanties juridiques contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir*, et la *non-discrimination* sont particulièrement importants.¹⁷

37. La Cour européenne des droits de l'homme considère l'État de droit non seulement tel qu'il s'exprime dans des droits spécifiques et dans l'application des droits, mais aussi au niveau législatif. L'importance de la prévisibilité de la législation pour l'État de droit a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme depuis la décision *Malone* de 1984¹⁸ et les décisions ultérieures ont mis en garde contre l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire à l'exécutif, car cela peut conduire à des décisions arbitraires.¹⁹ On pourrait soutenir que le manque de latitude accordé aux autorités administratives par la loi était la cause profonde du problème examiné. Toutefois, la sévérité de la législation a été exacerbée par l'approche du "tout ou rien" appliquée par l'administration fiscale et douanière. Cette approche n'était pas la seule interprétation possible d'une loi rigide mais plutôt un choix des autorités pour l'interprétation et l'application de la loi.

C. Exemples de cas similaires dans d'autres pays

38. Il convient de noter que certains des éléments clés de l'affaire des allocations familiales néerlandaises, tels que la rigidité de la législation visant à prévenir la fraude à la sécurité sociale et l'insuffisance du contrôle interne et externe des agences administratives, étaient des caractéristiques proéminentes d'une affaire similaire de sanction abusive à grande échelle de bénéficiaires de prestations sociales découverte en Norvège en 2019.²⁰ Dans cette affaire, les gouvernements successifs ont tenté de lutter contre la fraude à la sécurité sociale et de réduire les exportations de ces prestations. Faute d'avoir aligné correctement la loi sur l'assurance nationale sur le droit de l'EEE²¹, l'administration du travail et de la protection sociale (NAV) a mal appliqué la loi pendant des années en exigeant des bénéficiaires de certaines prestations qu'ils restent en Norvège et ne se rendent pas dans d'autres pays de l'EEE. Un grand nombre de personnes se sont vu refuser des prestations auxquelles elles avaient légalement droit, beaucoup se sont vu signifier des demandes de remboursement injustifiées, et certaines ont également purgé des peines de prison pour fraude auxquelles elles n'auraient pas dû être condamnées. L'enquête officielle a noté que la culture de gestion au sein de la NAV n'encourageait pas la

¹⁶ Commission de Venise, CDL-AD(2011)003rev, Rapport sur la prééminence du droit.

¹⁷ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit.

¹⁸ *Malone c. Royaume-Uni*, no. 8691/79, 67 : Le droit interne doit être « compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (...). Il implique ainsi - et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 (art. 8) - que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 ».“

¹⁹ Voir par exemple *Amman c. Suisse* [GC], no 27798/95, par. 56, *Rotaru c. Roumanie*, no 28341/95, par. 55.

²⁰ Voir Rapport officiel norvégien, NOU 2020 : 9, *Blindsonen*, pp. 26-29 (résumé en anglais).

²¹ Espace économique européen, comprenant tous les États membres de l'UE, la Norvège, l'Islande et le Lichtenstein.

remise en question des vérités établies, que les circulaires étaient incorrectes au regard de la loi, que le ministère ne disposait pas de systèmes permettant de contrôler la pratique de la NAV, et que tant les procureurs que les tribunaux, y compris la Cour suprême, s'appuyaient largement sur l'interprétation de la loi par la NAV. Le rapport conclut : "L'affaire illustre ce que peut être le résultat lorsque les institutions censées veiller à ce que les autorités publiques ne causent pas d'injustices aux individus ne disposent pas des ressources nécessaires pour le faire, ne suivent pas les évolutions qui interviennent et ne réagissent pas ou ne communiquent pas de manière adéquate."²²

39. Un autre exemple est l'affaire des soins de longue durée en Irlande, qui concernait la facturation illégale des soins aux résidents âgés en Irlande pendant une période de près de trois décennies. Cette pratique a perduré en dépit du fait que des doutes répétés et croissants ont été soulevés quant à la base juridique sous-tendant ces factures. Après cet événement, un rapport (le rapport Travers) a noté une confiance excessive dans la capacité de la législation à répondre à toutes les situations. Comme dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants, il semble que l'on se soit trop fié à la loi, telle qu'appliquée par un tribunal sans que l'on ait pensé à prendre une décision politique pour changer la situation. Dans le cas de l'affaire des soins de longue durée en Irlande, il s'agissait d'une croyance totalement infondée dans la capacité de la loi à traiter la situation en question, malgré de nombreux avis contraires.

40. Ces quelques exemples montrent que le cas des allocations familiales néerlandaises n'est pas unique. Bon nombre des suggestions développées dans le présent avis peuvent également s'appliquer à d'autres pays.

IV. Le niveau législatif

A. Remarques générales

41. Les Pays-Bas disposent d'un système élaboré et complet d'évaluation des projets de loi. Mais dans ce cas, ce système n'a pas bien fonctionné. Certains risques de la loi n'ont pas été perçus ou, lorsqu'ils l'ont été, ils ont été écartés. La Section consultative du Conseil d'État avait identifié le besoin d'un moyen discrétionnaire pour atténuer les difficultés, mais les partisans de la loi ont écarté ce risque, préférant l'efficacité dans la lutte contre la fraude.

42. Il était connu que le versement de l'allocation à l'avance à des personnes aux ressources limitées, avant une vérification adéquate de l'éligibilité, signifiait que des demandes de remboursement interviendraient et que certaines impliqueraient des difficultés.

43. Il y a peut-être eu aussi un problème de conception structurelle, séparant le rôle des ministères dont la politique consiste à promouvoir les avantages sociaux de la prestation, du rôle de mise en œuvre de l'administration fiscale et douanière, qui a une expérience et une grande efficacité dans la collecte des fonds plus que dans leur décaissement.

44. L'État de droit doit être appliqué par tous les pouvoirs au sein de l'État, à commencer par le Parlement en tant que pouvoir législatif. En effet, le Parlement, a une responsabilité primordiale dans la sauvegarde de l'État de droit. La responsabilité du Parlement à cet égard est triple. Premièrement, le Parlement est chargé de promulguer des lois et de fournir un financement suffisant aux tribunaux et aux autres organes désignés par la Constitution et la loi pour sauvegarder l'État de droit, afin qu'ils puissent remplir leurs fonctions efficacement.²³ Deuxièmement, le Parlement doit, en sa qualité de législateur, veiller à ce que les lois matérielles

²² Voir Rapport officiel norvégien, NOU 2020 : 9, *Blindsonen*, p. 29 (résumé en anglais).

²³ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, II.E.1.a.x., paragraphe 75.

respectent les exigences de l'État de droit en termes de prévisibilité²⁴ pour les personnes concernées, de précision et de portée dans le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif,²⁵ et de respect des droits de l'homme. Troisièmement, le Parlement a une fonction de contrôle vis-à-vis de l'exécutif et doit lui demander des comptes. Le contrôle parlementaire va de pair avec le contrôle judiciaire.

B. Législation

45. L'affaire de l'allocation de garde d'enfants concerne le principe de sécurité juridique, qui est une exigence fondamentale de l'Etat de droit, et comprend à la fois la prévisibilité des lois et les attentes légitimes. Le régime d'allocation de garde d'enfants a été conçu de telle sorte que les parents ne recevaient pas des prestations et donc des droits, mais se voyaient plutôt accorder des acomptes provisoires, et les paiements étaient conditionnels. Si une telle structure juridique est acceptable, elle est susceptible de donner lieu à des malentendus dans le contexte des allocations sociales qui sont souvent considérées comme des droits légaux. La confusion quant à la nature juridique de l'allocation de garde d'enfants semble avoir été aggravée par le fait qu'il n'y avait que peu ou pas de vérifications au moment de la demande et que les demandes de remboursement n'arrivaient que des années plus tard. En outre, jusqu'au 7 juillet 2020, la loi en question ne contenait pas de clause générale de sauvegarde, mais seulement une clause limitée.

46. Il incombe au législateur de veiller à ce que les lois soient prévisibles et aient des effets qui répondent aux attentes légitimes des individus. Il incombe également au législateur de trouver un équilibre entre les intérêts de l'administration publique en matière d'efficacité et l'intérêt de l'individu en matière de sécurité juridique.

47. Alors que la Section consultative du Conseil d'État a mis en garde contre l'adoption de la loi sans clause de sauvegarde, d'autres se sont opposés à l'inclusion d'une clause de sauvegarde, soulignant que l'inclusion de la clause de sauvegarde pourrait être une source de conflit et, pour cette raison, pourrait donner lieu à de fréquents recours devant le tribunal administratif. Finalement, la loi a été adoptée avec une clause de sauvegarde peu pratique, portant uniquement sur les effets du test de patrimoine.²⁶ Ce n'est qu'en juin 2020 que le législateur a promulgué la nouvelle loi sur l'ajustement des difficultés dans l'AWIR. Elle prolongeait la clause existante et introduisait un régime dit de sauvegarde dans l'AWIR.²⁷

48. La Commission de Venise est d'avis que, en tant que tel, le risque de recours contre des dispositions légales ne devrait pas être un motif de rejet de cette législation. Des dispositions généralisées relatives aux difficultés peuvent en effet entraîner un grand nombre de cas et laisser aux juges le soin de prendre des décisions de principe. Les clauses de sauvegarde devraient être adaptées aux spécificités de la loi. C'est là que le Parlement a peut-être échoué, car la première clause s'est avérée peu pratique.

49. Afin de garantir la prévisibilité, les régimes d'allocations sociales conditionnelles ne faisant l'objet que d'une faible vérification *ex ante* devraient être accompagnés d'une information et d'une orientation adéquates du public par les organes administratifs. En outre, le facteur temps est essentiel. Si la vérification et la contestation interviennent tôt, les difficultés sont réduites.

²⁴ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, II.B.3.

²⁵ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, II.C.ii.

²⁶ *Gewijzigd amendement van de leden OMTZIGT en WEEKERS ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13 (nr. 32)*, disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-32.html>.

²⁷ Loi du 1er juillet 2020 modifiant la loi sur les régimes généraux liés aux revenus en ce qui concerne l'extension de la clause de pénibilité et l'introduction du régime de pénibilité, d'une disposition de filet de sécurité, de la base d'un régime de compensation ainsi que d'un régime de compensation O/GS ("loi sur l'ajustement de la pénibilité AWIR"), disponible sur <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043785/2020-07-07>.

50. Les rapporteurs ont appris des autorités néerlandaises l'existence de plusieurs initiatives visant à mieux adapter la législation aux conditions de vie réelles des citoyens à l'avenir. Une initiative portera sur l'encadrement de la législation sociale et mettra l'accent sur une formulation simple et non technique. Les rapporteurs ont appris que si tous les projets de loi sont examinés par le ministère de la Justice avant d'être présentés au cabinet, ces examens ont pris un caractère plus technique au fil des ans. Le renforcement de la contribution de la société civile à la préparation des projets de loi a été présenté comme une solution possible pour sensibiliser davantage aux questions d'Etat de droit au stade de la rédaction. Les rapporteurs ont également pris connaissance d'un nouveau système de législation pilote, dans lequel la législation est introduite provisoirement pour recueillir des expériences avant l'adoption finale. Une autre initiative est l'introduction de clauses de révision dans la législation. En outre, les nouveaux projets de loi devront inclure la contribution des citoyens à la mise en œuvre de la législation. Ces initiatives sont les bienvenues et semblent pratiques et adaptées.

51. Les autorités néerlandaises peuvent également envisager d'autres mesures visant à assurer la sécurité juridique en matière de législation. La législation pourrait inclure, dans le chapitre introductif ou dans les chapitres pertinents, des principes fondamentaux de bonne administration. L'objectif de telles dispositions serait d'informer les praticiens que la loi doit être interprétée à la lumière de certains principes de base et de guider les organes administratifs dans la mise en œuvre et l'application de la loi.²⁸ Pour ce faire de manière cohérente, l'exécutif devrait revoir ses instructions sur la législation et les modifier si nécessaire pour garantir que son évaluation interne de la qualité de la législation comprend un contrôle efficace du respect des principes fondamentaux de bonne administration et de l'Etat de droit, tels que la sécurité juridique, la confiance légitime, la non-discrimination, l'appréciation individuelle et la proportionnalité.

52. Le Parlement a la responsabilité particulière de permettre aux tribunaux et aux autres institutions d'exercer leur rôle de garants de l'Etat de droit. Selon les interlocuteurs rencontrés par la Commission de Venise, à l'exception des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, il ne semble pas exister d'instrument général de droit administratif permettant aux juges néerlandais d'annuler des décisions administratives formellement légales ayant des effets manifestement déraisonnables ou disproportionnés. Dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants, la Section du contentieux administratif du Conseil d'État s'est abstenue de contrôler la proportionnalité de la législation en raison de la construction spécifique de la clause de proportionnalité de l'article 3-4 de la loi administrative générale. Cette clause est formulée de manière à ce que son application dépende de la loi matérielle, ce qui laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Dans le cas de l'allocation de garde d'enfants, la loi a été intentionnellement formulée de manière à ne pas prévoir de pouvoir discrétionnaire, et l'article 3-4 a donc échoué en tant que garantie jusqu'à sa réinterprétation par la Section du contentieux du Conseil d'État en 2019.²⁹

53. La façon dont le Parlement, en tant que législateur, a abordé cette législation montre deux problèmes du point de vue de l'État de droit : premièrement, le Parlement a intentionnellement adopté une législation sévère sans clause de sauvegarde. Deuxièmement, le Parlement a sévèrement restreint la capacité des tribunaux à limiter les conséquences négatives de la loi en ne leur permettant pas d'examiner la proportionnalité dans des cas individuels. La combinaison de ces deux éléments n'a pas contribué à créer un environnement favorable à l'État de droit dans le cadre de l'affaire des allocations de garde d'enfants.

²⁸ En Norvège, à la suite d'une interprétation erronée de longue date du droit de l'UE/EEE concernant les prestations sociales à l'étranger, une commission d'experts a recommandé d'inclure dans la législation nationale des marqueurs juridiques renvoyant au droit communautaire pertinent, voir le Rapport officiel norvégien, NOU 2021 : 8, p. 287-290.

²⁹ Voir les arrêts du 23 octobre 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, et ECLI:NL:RVS:219:3536.

54. La Commission de Venise n'est pas en mesure de recommander un contrôle général de proportionnalité ou la portée d'un tel contrôle qui devrait tenir compte des spécificités du système juridique néerlandais. En tout état de cause, il est important de noter que le contrôle de proportionnalité par le pouvoir judiciaire ne doit pas être confondu avec un contrôle de nécessité et peut être subordonné à des conditions spécifiques afin que le contrôle judiciaire n'empiète pas trop sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration et les considérations politiques. Le législateur néerlandais devrait trouver un équilibre entre ces deux exigences, le contrôle de proportionnalité et la discrétion administrative.

55. En ce qui concerne les questions institutionnelles, le Parlement néerlandais peut déjà demander conseil à la Section consultative du Conseil d'État. En outre, l'amélioration du contrôle législatif "interne" peut être envisagée, par exemple en veillant à ce qu'un comité permanent soit spécifiquement chargé d'examiner efficacement les lois et leur application afin de garantir le respect des principes généraux de bonne administration et de l'État de droit.³⁰

C. Le contrôle parlementaire de l'exécutif

56. La Commission de Venise rappelle que *"parmi les fonctions de base que presque tous les parlements remplissent en plus de l'adoption des lois et des budgets, l'une des plus importantes est celle de la supervision et du contrôle de l'exécutif - parfois aussi appelée surveillance, enquête ou contrôle parlementaire."*³¹

57. L'opposition devrait participer à la supervision, à l'examen et au contrôle de l'action et de la politique du gouvernement et elle devrait jouer un rôle important dans cette supervision. Comme l'a souligné l'Assemblée parlementaire, *"En participant au contrôle et à la critique du travail gouvernemental, en évaluant de manière continue l'action du gouvernement et en exigeant de ce dernier qu'il rende compte, l'opposition concourt à assurer la transparence de la décision publique et l'efficacité dans la gestion des affaires publiques, contribuant ainsi à la défense de l'intérêt public et à prévenir des dysfonctionnements et des abus."*³²

58. Le cadre constitutionnel et juridique néerlandais semble fournir des instruments importants pour le contrôle parlementaire, tels que l'obligation pour le gouvernement de fournir des informations au Parlement, le droit pour 30 députés de prendre plusieurs mesures (voir ci-dessous) et même un droit pour un député individuel (article 68 de la Constitution) de demander des auditions parlementaires, des questions écrites et orales et des interpellations, des enquêtes parlementaires et externes.

59. Comme le montre le rapport PIC 2020, le contrôle parlementaire du gouvernement n'a pas été efficace dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants. Les actions entreprises au Parlement avant 2019 semblent être limitées à quelques députés individuels, bien que le Parlement ait été

³⁰ Par exemple, à l'instar du Joint Committee of Human Rights bicaméral au Royaume-Uni. Des organes parlementaires pour aider les députés à examiner la compatibilité des projets de loi avec la Constitution et le droit international, y compris les exigences fondamentales de l'État de droit, comme le Conseil juridique en Suède et le Comité du droit constitutionnel en Finlande.

³¹ "Parmi les fonctions de base que presque tous les parlements remplissent, outre l'adoption des lois et des budgets, l'une des plus importantes est celle de la supervision et du contrôle du gouvernement et de l'administration (l'exécutif) - parfois aussi appelée surveillance, enquête ou contrôle parlementaire", Commission de Venise, CDL-AD(2010)025, Rapport sur le rôle de l'opposition dans un parlement démocratique, adopté par la Commission de Venise, para. 116; voir aussi CDL-AD(2019)015, Paramètres des relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de contrôle, para. 25.

³² APCE Résolution (2008) 1601, Lignes directrices de procédures sur les droits et devoirs de l'opposition dans un parlement démocratique, point 3 ; voir aussi Commission de Venise, CDL-AD(2019)015, Paramètres des rapports entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste des critères, para 122.

informé dès septembre 2014 du niveau élevé des remboursements effectués par les parents et du rapport du Médiateur en août 2017.³³

60. Plusieurs interlocuteurs ont imputé l'inefficacité du contrôle parlementaire au degré élevé de fragmentation du Parlement néerlandais, qui a conduit à un modèle politique fortement consensuel (le modèle dit des polders).³⁴ Bien qu'une culture politique consensuelle soit généralement positive, les interlocuteurs ont fait valoir de manière convaincante que la version néerlandaise a conduit à une culture politique où la critique du gouvernement par les députés des partis au pouvoir est fortement désapprouvée, ce qui peut avoir un effet dissuasif sur la participation des députés de la coalition gouvernementale au contrôle parlementaire. La critique de l'exécutif semble avoir été fortement découragée pour les députés de la majorité gouvernementale. En raison du système électoral proportionnel néerlandais, il existe de nombreux partis au Parlement (actuellement 19). De ce fait, la majorité gouvernementale aux Pays-Bas est souvent très serrée, le vote de chaque député compte. Plusieurs interlocuteurs ont souligné que la difficulté de former un gouvernement aux Pays-Bas conduit à un contrôle très strict des partis sur leurs députés et que la dissidence est fortement découragée. Cela semble à son tour entraîner une forte pression sur les députés qui émettent des critiques sur certains points de l'administration, car ces critiques peuvent être considérées comme une attaque contre la majorité gouvernementale.

61. La Commission de Venise note qu'à la lumière d'une forte culture de consensualisme basé sur la coalition aux Pays-Bas, les mécanismes de contrôle et de responsabilité parlementaires peuvent avoir un effet limité puisqu'ils nécessitent généralement des décisions à la majorité. Pour que ces mécanismes soient efficaces dans un système parlementaire avec des gouvernements majoritaires, la culture politique doit accepter une certaine séparation institutionnelle entre le gouvernement et le parlement et ses membres individuels. Si la séparation politique entre le gouvernement et le Parlement est moins nette dans les systèmes parlementaires, ils n'en ont pas moins des fonctions différentes. Il faut accepter que les députés des partis gouvernementaux représentent également le Parlement en tant qu'institution et que la participation au contrôle parlementaire du gouvernement ne soit pas un acte de déloyauté.

1. Mesures institutionnelles

62. Si, dans le contexte néerlandais actuel, on constate que le contrôle parlementaire du gouvernement présente des lacunes, certaines mesures institutionnelles peuvent être prises pour renforcer le pouvoir de l'opposition face à la majorité gouvernementale au Parlement.

63. Certains systèmes parlementaires confèrent à l'opposition des pouvoirs minoritaires en ce qui concerne la fonction de contrôle du parlement. Au Parlement néerlandais, la règle dite des 30 membres est la règle de base, ou plus exactement un ensemble de règles, visant à assurer le débat et le contrôle par l'opposition. Le règlement intérieur de la Chambre des représentants permet à 30 députés, soit 1/5 du nombre total de représentants, de prendre certaines mesures procédurales. L'article 54a permet à 30 députés de demander un débat au Parlement. Les articles 124-127 permettent à 30 députés de demander au Parlement d'approuver des traités. L'article 130c permet à 30 députés de demander qu'un sujet soit inscrit dans la loi. L'article 133 donne à 30 députés le pouvoir de procéder à une interpellation.

64. Les pouvoirs de la minorité ne semblent pas s'étendre aux auditions des commissions ou aux enquêtes parlementaires. Selon l'article 27 du Règlement intérieur, les commissions ont le pouvoir d'organiser des auditions, mais ces mesures nécessitent une décision à la majorité. Bien

³³ Document parlementaire 35 510, no. 3, Enquête parlementaire sur l'allocation de garde d'enfants, p. 17.

³⁴ Voir Ruby B. Andeweg & Galen A. Irwin, *Governance and Politics in the Netherlands*, 4e édition, Palgrave Macmillian : Londres 2014.

qu'il n'y ait pas de consensus européen sur la question de savoir si les minorités parlementaires devraient avoir des pouvoirs spéciaux et dans quelle mesure, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé qu'une minorité qualifiée ait le pouvoir de créer une commission d'enquête ou une mission parlementaire d'information, et de tenir des auditions en commission.³⁵ La Commission de Venise est également favorable, en principe, à l'octroi de ces pouvoirs spéciaux aux minorités parlementaires.³⁶ Bien que ces pouvoirs ne soient pas très répandus en Europe, plusieurs pays permettent aux minorités parlementaires de lancer des enquêtes et des auditions.³⁷ Ces droits de la minorité doivent être soigneusement circonscrits pour ne pas donner lieu à des abus. Compte tenu du contexte néerlandais spécifique de la politique de coalition et de son effet négatif sur la fonction de contrôle du Parlement, l'extension de la règle des 30 membres aux auditions et aux enquêtes parlementaires devrait être considéré.

65. Outre les pouvoirs formels, l'efficacité du contrôle parlementaire dépend également du temps et des ressources dont disposent les députés pour exercer leur fonction de contrôle en plus de leurs fonctions politiques. Cela s'applique également au contrôle des projets de loi préparés par le gouvernement. L'augmentation du personnel et des ressources du Parlement et de ses membres individuels pourrait avoir des effets positifs, à condition que ces ressources soient consacrées et affectées au contrôle du gouvernement et des lois.³⁸

66. Une autre mesure possible pourrait être d'élever la fonction de contrôle dans les méthodes de travail internes du Parlement en créant une commission permanente distincte pour ce rôle. Il semble que le Parlement néerlandais, comme de nombreux autres parlements européens, exerce le contrôle parlementaire séparément dans chaque commission responsable d'un ou plusieurs ministères, ainsi que dans des commissions *ad hoc* spéciales pour les enquêtes parlementaires. Bien que ce modèle garantisse que les députés puissent suivre de près leurs domaines politiques distincts, il existe un risque que le contrôle global du gouvernement soit perdu dans la sectorisation de la fonction de contrôle qui en résulte. En outre, il peut également y avoir un risque que les députés, dans le cadre du travail en commission, consacrent moins d'attention au contrôle qu'à la législation, au budget et aux autres questions politiques soumises à la commission. Les interlocuteurs ont mentionné qu'en pratique, les députés reçoivent peu de soutien de la part de leur commission dans l'exercice de la fonction de contrôle. Cela suggère que les commissions devraient être renforcées en termes de personnel et de ressources pour les députés et/ou d'organisation du travail en commission

2. Médiateur

³⁵ Résolution 1601 (2008) de l'APCE, Lignes directrices de procédure sur les droits et responsabilités de l'opposition dans un parlement démocratique, 2.2.8 et 2.5.4.

³⁶ Commission de Venise, CDL-AD(2019)015, Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de contrôle, Partie II, G.2, para 131 seq; Commission de Venise, CDL-AD(2010)025, Rapport sur le rôle de l'opposition dans un parlement démocratique, paras. 121-124.

³⁷ Au Parlement français, les règlements intérieurs des deux chambres permettent à tous les groupes politiques, quel que soit leur effectif, de demander la création de commissions d'information ou de contrôle; l'article 44 de la Loi fondamentale allemande permet à 1/4 des membres du Bundestag de créer une commission d'enquête. L'article 115 de la Constitution finlandaise permet à 10 députés de lancer une enquête sur la responsabilité constitutionnelle d'un ministre du gouvernement. L'article 27 du règlement intérieur du Parlement norvégien permet à 1/3 des membres des commissions de convoquer des auditions et de décider qui sera invité. Cette décision peut faire l'objet d'un appel auprès de la présidence du Parlement par un autre tiers de la commission. Dans ce cas, c'est la présidence (nommée à la représentation proportionnelle) qui décide. Pour la commission permanente des affaires constitutionnelles et du contrôle, le droit pour 1/3 des membres de demander des auditions est inconditionnel. Une minorité d'1/3 de cette commission peut également ouvrir un dossier et mener des enquêtes dans le but d'évaluer la responsabilité constitutionnelle des ministres du gouvernement.

³⁸ Commission de Venise, CDL-AD(2018)028, Malte - Avis sur les dispositions constitutionnelles et la séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire et des forces de l'ordre, para. 89.

67. L'institution du Médiateur est une institution importante conçue pour aider le Parlement à contrôler le gouvernement et à découvrir les illégalités, les abus et les violations du principe de bonne administration dans le système administratif. Le Médiateur a publié un rapport spécial au Parlement sur l'affaire de l'allocation de garde d'enfants en 2017. Cependant, ce rapport ne semble pas avoir suscité d'action rapide, ni de la part du Parlement, ni de la part du gouvernement. L'institution du Médiateur est un outil indispensable pour le Parlement dans sa fonction de contrôle, mais comme l'institution du Médiateur n'a aucun pouvoir pour faire appliquer ses conclusions, le changement nécessite une volonté politique. À cet égard, il convient de mettre l'accent sur la dernière phrase du paragraphe 20 des Principes de Venise pour l'institution du Médiateur :

“20. Le Médiateur présente au parlement un rapport des activités de son institution, au moins une fois par an. Dans son rapport, le Médiateur peut informer le parlement de l'absence de suivi par l'administration publique. Le Médiateur doit également pouvoir se prononcer sur des questions précises, s'il l'estime opportun. Les rapports du Médiateur doivent être rendus publics. Ils doivent être dûment pris en compte par les autorités.”³⁹

3. Accès à l'information

68. L'accès à l'information est une condition préalable au contrôle du gouvernement par le Parlement. Conformément à la tradition parlementaire européenne, l'article 68 de la Constitution néerlandaise donne aux députés des deux chambres du Parlement le droit de recevoir oralement ou par écrit *“toute information”* demandée par un ou plusieurs de ses membres. Le gouvernement a l'obligation correspondante de fournir les informations demandées, pour autant que la fourniture de *“ces informations ne soit pas contraire aux intérêts de l'État”*. Aux Pays-Bas, les ministres et les secrétaires d'État disposent de trois semaines pour répondre aux questions, ou de six semaines si un délai supplémentaire est justifié.⁴⁰

69. Toutefois, selon le rapport parlementaire, le Parlement a été *“mal informé à plusieurs reprises et s'est et s'est heurté au refus du cabinet de fournir des informations - par exemple, dans le but de protéger des opinions personnelles”*.⁴¹ En outre, les interlocuteurs ont souligné que le Gouvernement avait pour habitude de ne pas laisser de traces écrites de ses décisions, ce qui rendait difficile le contrôle parlementaire. Les conclusions du rapport PIC 2020 sur le manque de respect des obligations constitutionnelles sont préoccupantes et doivent être prises au sérieux. La Commission a été informée que l'article 68 de la Constitution n'est pas opposable devant les tribunaux.

70. Le maintien de l'État de droit ne concerne pas seulement les institutions et les garanties juridiques formelles, mais aussi le maintien d'un environnement favorable à l'État de droit par le biais de la culture politique.⁴² Cela signifie que la culture politique doit être très consciente des conséquences des décisions sur l'État de droit et faire preuve de retenue lorsque les mesures souhaitées par les politiques sont contraires à l'État de droit. L'accès à l'information est essentiel pour le contrôle parlementaire du gouvernement. En principe, aucun document officiel ne doit être refusé au Parlement. Si l'information est sensible, le Parlement dispose de règles sur le secret et la confidentialité, tant en commission qu'en séance plénière.⁴³ Si l'information contient des éléments confidentiels, ces parties peuvent être noircies avant que les documents ne soient mis à la disposition du Parlement. Pour que le contrôle parlementaire soit efficace, il est essentiel que ce soit l'organe de contrôle, et non l'organe soumis au contrôle, qui décide quelles

³⁹ Commission de Venise, CDL-AD(2019)005, Principes sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur (“les Principes de Venise”), paragraphe 20.

⁴⁰ Article 12.2 du Règlement intérieur de la Chambre des représentants.

⁴¹ Document parlementaire 35 510, no. 3, Enquête parlementaire sur l'allocation de garde d'enfants, p. 20.

⁴² CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, I.A para. 42.

⁴³ Voir les articles 143-147 du règlement intérieur de la Chambre des représentants.

informations sont nécessaires à des fins de contrôle. Refuser de communiquer des informations au Parlement au motif qu'elles reflètent les opinions personnelles des ministres ou des fonctionnaires est un argument fallacieux, car les motifs des politiques et des actions ou inactions peuvent être des éléments importants pour définir la responsabilité.

71. La coopération loyale et constructive entre les organes de l'Etat est un principe fondamental et primordial pour une démocratie constitutionnelle.⁴⁴ Dans un avis précédent, la Commission de Venise a défini le principe de coopération loyale et constructive comme un devoir : *“même si une institution est en situation de pouvoir, parce qu'elle a la capacité d'influer sur d'autres institutions de l'Etat, elle doit le faire en tenant compte de l'intérêt de l'Etat tout entier et donc des intérêts des autres institutions et de la minorité parlementaire.”*⁴⁵

72. Le principe de coopération loyale et constructive est particulièrement important dans un système parlementaire où l'application des lois est subordonnée à des décisions prises à la majorité au Parlement. Si les droits constitutionnels des parlementaires ne sont pas respectés par le gouvernement sur la base de leur seule force normative, des mécanismes permettant de les rendre pratiques et efficaces devraient être envisagés.

73. En effet, le droit à l'information gouvernementale pour les membres du Parlement peut être considéré comme un droit démocratique fondamental selon la tradition parlementaire moderne⁴⁶ et est reconnu comme tel dans divers documents du Conseil de l'Europe.⁴⁷ Dans la Résolution 1601 (2008) de l'APCE, Lignes directrices procédurales sur les droits et devoirs de l'opposition dans un parlement démocratique, le droit à l'information est reconnu comme un élément essentiel de la fonction de contrôle du Parlement vis-à-vis du gouvernement et de la responsabilité de ce dernier. Comme tout droit parlementaire, le droit à l'information doit être pratique et effectif.⁴⁸

74. Selon le rapport PIC 2020 et certains des interlocuteurs, un problème important concernant l'accès du Parlement à l'information dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants a été la pratique du Gouvernement de ne pas communiquer au Parlement des informations sur les consultations internes entre ministères ou entre fonctionnaires et ministres au motif qu'elles reflètent les opinions personnelles des fonctionnaires. Une telle interprétation restrictive de

⁴⁴ Commission de Venise, CDL-AD(2019)015, Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de critères, paras 20-29.

⁴⁵ Commission de Venise, CDL-AD(2012)026, Avis sur la compatibilité avec les principes constitutionnels et l'Etat de droit des mesures prises par le gouvernement et le Parlement de Roumanie à l'égard d'autres institutions de l'Etat et sur l'ordonnance d'urgence du gouvernement portant modification de la loi n° 47/1992 concernant l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et sur l'ordonnance d'urgence du gouvernement portant modification et achèvement de la loi n° 3/2000 concernant l'organisation d'un référendum de Roumanie, paragraphe 87.

⁴⁶ Voir Hironori Yamamoto, *Tools for parliamentary oversight : Une étude comparative de 88 parlements nationaux*, Union interparlementaire 2007, p. 55. Sur les 88 parlements nationaux inclus dans l'étude, 80 ont permis aux députés individuels de soumettre une demande d'information écrite au gouvernement, et 58 parlements ont également fixé des délais pour les réponses, variant de 3 jours en Irlande à 60 jours en Australie, voir pp. 57-58.

⁴⁷ Commission de Venise, CDL-AD(2010)025, Rapport sur le rôle de l'opposition dans un parlement démocratique, paras. 55 et 118; CDL-AD(2019)015, Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de critères, paras. 40 et 124. Voir également Association parlementaire du Commonwealth, *Recommended Benchmarks for Democratic Legislatures*, 2018, repère 7.1.2 : *“ Le pouvoir législatif doit disposer de mécanismes pour obtenir de l'exécutif des informations suffisantes pour exercer sa fonction de contrôle de manière significative et en temps utile. Il doit exister des procédures claires et efficaces exigeant de l'exécutif qu'il réponde en temps utile aux questions orales et écrites ainsi qu'aux rapports et recommandations des commissions parlementaires.”*

⁴⁸ Comparez par exemple le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, *Karácsony et autres c. Hongrie* [G.C.], no. 42461/13 et 44357/13.

l'article 68 semble s'écarter de l'interprétation qui prévaut depuis longtemps dans la pratique parlementaire et la doctrine constitutionnelle.⁴⁹ De l'avis de la Commission de Venise, il est également significatif que le droit à l'information des parlementaires soit prévu à l'article 68 de la Constitution. Il n'est donc pas évident que les limitations au droit à l'information gouvernementale prévues par la loi sur l'accès public à l'information gouvernementale s'appliquent aux parlementaires comme au grand public.

75. Le Parlement doit recevoir une information correcte, adéquate et opportune et ce droit doit être pratique et effectif. L'application des droits constitutionnels peut prendre de nombreuses formes et peut être exercée par des tribunaux généraux et spécialisés, des institutions parlementaires et des organes indépendants spéciaux. Il appartient aux autorités néerlandaises de décider des mesures à prendre en fonction du contexte politique et juridique néerlandais. L'obligation formelle du gouvernement de fournir des informations correctes et non trompeuses peut être renforcée en l'étendant à toute communication avec le Parlement, même si elle n'est pas spécifiquement demandée,⁵⁰ et en introduisant l'obligation de fournir les informations demandées sans délai.⁵¹

76. Des mesures peuvent également être prises du côté du gouvernement, par exemple par des règlements et des lignes directrices pour garantir que les décisions et les politiques sont motivées et transparentes vis-à-vis du Parlement. La Commission de Venise a appris des autorités néerlandaises que de telles mesures sont envisagées :

- Chaque département est tenu de mettre en œuvre un plan d'action sur les archives.
- Pour chaque document soumis au Parlement, le gouvernement publiera tous les documents sous-jacents que les ministres et les secrétaires d'État utilisent pour prendre leurs décisions.
- Les opinions personnelles ne seront plus considérées comme des documents internes, sauf dans les cas où il existe un intérêt de l'État, généralement lié à la défense et à des négociations.
- Une liste de documents sera publiée le jour de la réunion du cabinet, ainsi que l'avis pertinent du Conseil d'État.
- Le gouvernement a entamé un dialogue avec le Parlement sur les relations de travail entre les pouvoirs de l'État.

77. Ces initiatives sont les bienvenues et, si elles sont mises en œuvre, elles augmenteront la transparence du gouvernement et, par conséquent, permettront un contrôle parlementaire plus efficace. Cependant, ces initiatives du côté du gouvernement ne peuvent être efficaces dans des conditions réelles que si les députés sont mis dans une position juridique, politique et pratique pour contrôler le Gouvernement.

D. Études d'impact

78. Un aspect important de la préparation d'un projet de législation est l'évaluation de l'impact possible de la législation.⁵² Il semble que de telles études soient entreprises aux Pays-Bas et que diverses institutions, dont la Section consultative du Conseil d'État, soient consultées avant

⁴⁹ Voir Paul Bovend'Eert, Henk Kummeling, Solke Munneke et Wim Voermans, Factsheet Reikwijdte van Artikel 68 Grondwet, préparé pour la Chambre des représentants, 20 janvier 2020. <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z00722&did=2020D01523>.

⁵⁰ Comparez l'article 82 de la Constitution norvégienne.

⁵¹ Comparez l'article 47 de la Constitution finlandaise.

⁵² Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, II.5.v.; CourEDH, Hatton c. Royaume-Uni, 36022/97, 8 juillet 2003, § 128 : *“lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, (...) des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu.”* Voir aussi Evans c. Royaume-Uni, 6339/05, 10 avril 2007, § 64. Sur l'absence de véritable débat parlementaire depuis l'adoption d'une loi, qui a eu lieu en 1870, voir Hirst (n° 2) c. Royaume-Uni, 74025/01, 6 octobre 2005, § 79.

l'adoption de la législation. En outre, il peut s'avérer nécessaire de réexaminer la législation adoptée après une période d'application courte de la loi afin de détecter d'éventuels problèmes - du moins dans les cas, comme celui qui nous occupe, où il existe un soupçon de difficultés dès le départ ou lorsque l'avis de l'Avocat général (ou de la Chambre consultative du Conseil d'État) n'est pas suivi.

79. Les dispositions formelles d'une loi prévoyant une revue après une période déterminée seraient utiles lorsqu'une nouvelle législation est prévue. Les fonctionnaires chargés de la politique seraient ainsi tenus de veiller aux problèmes qui pourraient influencer la révision prévue.

80. À cet égard, il est également utile de rappeler la Recommandation Rec(2004)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes énoncées dans la Convention européenne des droits de l'homme et son annexe.⁵³ Une telle vérification aurait pu révéler des problèmes posés par la législation dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants.

V. Le niveau administratif

81. Au niveau administratif, il semble y avoir plusieurs problèmes, dont certains sont en cours de traitement au sein des ministères.

A. Interprétation rigoureuse des dispositions légales

82. Même si le texte de l'article 26 AWIR fait bien référence à un paiement en entier de la somme à récupérer, l'interprétation rigoureuse de l'article 26 AWIR excluant tout recours à la pondération et à la proportionnalité n'était pas impérative et une autre interprétation aurait pu être retenue par l'administration, comme l'a finalement confirmé la Section du contentieux du Conseil d'État en octobre 2019.

83. En 2009 déjà, l'administration fiscale et douanière a demandé l'avis de l'Avocat général sur l'interprétation de la loi dans la situation où il existait des arrangements illégaux et frauduleux dans les centres d'accueil pour enfants. L'avis de l'Avocat général comprenait les éléments suivants : *“que l'allocation de garde d'enfants pour les parents qui n'ont pas payé de contribution personnelle soit fixée à un niveau inférieur, suivi d'une évaluation individuelle dans chaque cas”*; *“que le raisonnement de l'administration fiscale et douanière/des prestations, par lequel l'allocation de garde d'enfants a été provisoirement fixée à zéro, était défendable, mais que les parents devraient avoir la possibilité de démontrer qu'ils font face à des coûts de garde d'enfants. De l'avis de l'Avocat général, cela impliquerait une évaluation spécifique qui tiendrait compte de tous les faits et circonstances. Dans la mesure où une contribution personnelle a été versée à la suite d'une réduction initiale de l'allocation de garde d'enfants, l'avocat général estime que le droit à l'allocation de garde d'enfants existe bel et bien.”*⁵⁴

84. Cependant, l'administration fiscale et douanière n'a pas suivi l'avis de l'Avocat général mais a développé une interprétation stricte de la loi, selon laquelle le défaut de paiement, total ou partiel, de la contribution personnelle conduit à exiger le remboursement de l'allocation de garde d'enfants dans son intégralité.

85. La Commission de Venise est d'avis que, dès le départ, le pouvoir exécutif devrait prendre en compte les effets et les difficultés possibles lorsqu'il applique de nouvelles dispositions légales, en tenant compte des scénarios possibles. Cela devrait être réexaminé lorsque des informations sur l'application de la loi - voir ci-dessus, les évaluations d'impact - montrent que l'application choisie entraîne des difficultés. Ce réexamen devrait être déclenché notamment par des

⁵³ [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=Rec\(2004\)5](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=Rec(2004)5).

⁵⁴ Document parlementaire II 2020/21, 31 066, n° 753, mentionné dans le rapport PIC 2020, p. 36.

informations émanant du pouvoir judiciaire, qu'il s'agisse d'un nombre élevé d'affaires ou de rapports du pouvoir judiciaire (voir la section ci-dessous sur le renforcement du flux d'informations du pouvoir judiciaire vers les autres branches du gouvernement). La contribution du médiateur est essentielle à cet égard, car c'est souvent lui qui est le premier à remarquer des problèmes systémiques dans l'application de la législation.⁵⁵

B. Flux d'informations entre la fonction publique et les ministres du gouvernement

86. Le flux d'informations entre les organes administratifs et les ministères et entre les ministères eux-mêmes semble avoir été déficient à plusieurs égards. Il s'agit d'une question récurrente dans le rapport PIC 2020. Les ministres du gouvernement ne semblent pas avoir été conscients de l'ampleur des problèmes, notamment en ce qui concerne l'approche "tout ou rien".

87. Il semblerait que les ministres et secrétaires d'État n'aient pas toujours reçu les informations pertinentes à temps et que, parfois, ils n'aient pas compris les informations et les signaux faibles en provenance de l'administration. Au moins au début, l'administration semble avoir présenté la situation au niveau ministériel sous un jour plus positif que ce n'était le cas en réalité. Si les ministres responsables sont tenus dans l'ignorance, il est probable que cela affecte négativement le contrôle du gouvernement par le Parlement et son accès à l'information.

C. Flux d'informations au sein des entités administratives

88. Un autre problème concerne le flux d'informations au sein des entités administratives. Il semble que les gestionnaires de cas sur le terrain aient mis en garde contre les effets des politiques de l'administration fiscale et douanière, mais que ces avertissements ne soient pas parvenus au niveau supérieur ou aient été ignorés par celui-ci. À cet égard, les autorités néerlandaises ont informé les rapporteurs que des inspections ont été créées dans certains ministères et sont en cours de création dans d'autres. Les rapporteurs ont également été informés des initiatives visant à changer la culture au sein de l'administration publique afin que les critiques internes soient mieux reçues et prises en compte.

89. Ces initiatives sont les bienvenues, et la Commission de Venise encourage la mise en place de systèmes d'alerte précoce au sein de tous les organes administratifs ainsi que des mesures permettant la circulation de l'information entre les organes administratifs. Étant donné que l'interprétation de la loi par l'administration fiscale et douanière peut être remise en question, ces systèmes d'alerte précoce devraient également permettre un examen interne de la légalité des politiques.

D. Procédures de plainte

90. Un quatrième problème concerne le système de plaintes interne de l'administration fiscale et douanière. Il a fallu beaucoup de temps pour que les plaintes soient traitées et il semble que les citoyens aient trouvé difficile la procédure de plainte.

91. Une procédure de recours administratif (objection) existe et un contentieux est possible. Cependant, le système des prestations familiales s'adresse à un très grand nombre de familles qui sont sinon précaires, du moins éloignées économiquement et culturellement des règles et procédures administratives. Il existerait un système sophistiqué au sein de l'administration fiscale et douanière pour traiter les demandes d'information ou les plaintes, mais il est apparemment totalement centralisé et il ne semble pas que les organismes de sécurité sociale ou les collectivités locales soient des lieux d'accueil ou d'assistance pour ces familles en cas de difficultés.

⁵⁵ Commission de Venise, CDL-AD(2019)005, Principes sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur ("les Principes de Venise"), para. 17.

92. Dans les systèmes d'administration de masse impliquant des personnes privées ayant un accès limité à l'aide juridique, les procédures de plainte devraient être simples et informelles. Les organes administratifs devraient être tenus d'informer les particuliers sur la manière de se plaindre en vertu d'un devoir de neutralité. Les lois et les directives peuvent établir des procédures simples pour permettre aux personnes de s'adresser elles-mêmes aux tribunaux.

E. Protection des données / discrimination par l'intelligence artificielle

93. Un aspect important de l'affaire de l'allocation de garde d'enfants a été la manière dont les fraudes éventuelles ont été identifiées. Le système informatique introduit à l'Administration fiscale et douanière en 2011 a permis d'effectuer des contrôles à plus grande échelle. Les demandes considérées comme suspectes ont été sélectionnées par le système informatique sur la base d'un modèle de classification des risques. Ce modèle de classification des risques est un modèle autoapprenant qui "apprend" à partir d'exemples d'application correctes et incorrectes. Il semble que le processus ait impliqué l'utilisation d'un grand nombre d'indicateurs, dont la citoyenneté.

94. En 2020, l'Agence néerlandaise de protection des données a présenté un rapport selon lequel le modèle de classification des risques comportait des processus inappropriés et discriminatoires, étant donné que la nationalité des demandeurs était utilisée comme critère de sélection des personnes sur lesquelles enquêter, sans autre indication sur la fraude commise. Le Commissaire à la protection des données a souligné que l'intelligence artificielle était utilisée pour effectuer cette sélection. L'utilisation de ce critère constituait une violation de la législation applicable, notamment du Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'UE.⁵⁶

94a. L'article 1 du protocole n° 12 de la CEDH contient une interdiction générale de la discrimination dans la "jouissance de tout droit prévu par la loi" ou par "une autorité publique". Contrairement à l'article 14 de la CEDH, il s'agit d'un "droit autonome" de ne pas être discriminé.⁵⁷ L'interdiction de la discrimination inclut également l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et la discrimination indirecte sans intention discriminatoire.⁵⁸ Le protocole a été ratifié et est en vigueur pour les Pays-Bas.

95. En ce qui concerne le droit de l'UE, l'article 22 du RGPD sur les conditions d'utilisation des algorithmes pour prendre des décisions ayant des effets juridiques est pertinent en l'espèce. En règle générale, une personne (physique ou morale) a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé l'affectant de manière significative. Toutefois, il existe trois exceptions. Deux d'entre elles sont fondées sur le consentement explicite de la personne ou sur la conclusion d'un contrat qui nécessite l'utilisation d'un algorithme. La troisième exception correspond aux cas où la règle de l'UE applicable ou celle de l'État membre autorise l'utilisation exclusive d'un algorithme pour fonder la décision en question. Dans ce cas, des mesures appropriées doivent être prévues afin de sauvegarder les droits et libertés et les intérêts légitimes de la personne concernée. En outre, aucune décision adoptée avec l'utilisation exclusive d'un algorithme ne peut être fondée sur des données à caractère personnel "sensibles" (données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses

⁵⁶ Belastingdienst/Toeslagen, De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag (Administration fiscale / Allocations : Le traitement de la nationalité des demandeurs d'allocations de garde d'enfants), Onderzoeksrapport z2018-22445, disponible à https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kindervangtoeslag.pdf (la Commission de Venise a eu accès à une traduction non officielle).

⁵⁷ Voir CEDH, Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine [GC], 2009, affaires n°s 27996/06 et 34836/06, 2 décembre 2009, § 53.

⁵⁸ Cour européenne des Droits de l'homme, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on, Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention (angl. seul.), para 31; Biao c. Danemark [GC], 2016, § 103; D.H. et autres c. République tchèque [GC], 2007, § 184.

ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que les données génétiques, biométriques, de santé ou les données relatives à la vie ou à l'orientation sexuelle d'une personne).

96. Aux Pays-Bas, l'utilisation de la citoyenneté en tant que critère pour identifier la fraude potentielle semble relever de ces interdictions. Les pratiques discriminatoires ont été systématisées par des algorithmes.

97. À l'avenir, des algorithmes d'intelligence artificielle (IA) plus sophistiqués seront probablement utilisés et il sera beaucoup plus difficile d'identifier quels critères ont été utilisés par ces algorithmes en raison de la nature même de l'apprentissage des systèmes d'IA modernes. La détection de préjugés dans un tel système peut être presque impossible, car les systèmes d'IA avec auto-apprentissage sont alimentés par de grandes quantités de données d'entraînement. Ces données proviennent du monde réel ; ils agrègent les décisions individuelles prises par les humains. Cependant, en partie, ces décisions passées, prises par les humains, peuvent déjà avoir été prises sur une base discriminatoire. D'un autre côté, de telles préjugés ne pourraient normalement pas être découverts sans une telle agrégation. Par conséquent, l'IA offre également une occasion de revoir les pratiques passées, et cela devrait être utilisé pour identifier les préjugés dans l'administration.

98. Les préjugés et la discrimination dans l'IA proviennent des données d'entraînement, qui peuvent être révélatrices d'une véritable discrimination passée. Cette discrimination peut se perpétuer dans le système d'IA. Lorsqu'un biais est détecté, le système doit être réentraîné. Par mesure de prudence, la Commission de Venise suggère que, lors de l'introduction des systèmes d'IA, les données d'entraînement anonymisées soient préservées afin de pouvoir détecter ce type de biais à un stade ultérieur. Les données d'entraînement totalement anonymes pourraient même être rendues publiques pour permettre la recherche de biais dans ces données.

99. Étant donné que ce secteur se développe rapidement et que de nouvelles techniques d'IA remplacent les anciennes en succession rapide, le commissaire à la protection des données et d'autres organismes compétents devraient suivre de près ces évolutions et leurs points de vue devraient être pris en compte dans la conception des futurs systèmes d'IA.

VI. Le niveau judiciaire

A. Rôle du pouvoir judiciaire dans le cadre de l'État de droit

100. Le pouvoir judiciaire est essentiel pour contrôler le travail du Parlement et du pouvoir exécutif. Alors que le pouvoir judiciaire et en particulier la Section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été critiqués dans le débat néerlandais pour leur inaction, toute mesure prise à l'égard du pouvoir judiciaire devrait renforcer son indépendance et sa capacité à exercer un contrôle judiciaire des décisions politiques et administratives. Cela pourrait inclure une plus grande indépendance financière du pouvoir judiciaire,⁵⁹ dont le budget dépend des négociations entre le ministère des Finances et le ministère de la Justice et de la Sécurité en ce qui concerne la justice ordinaire et le ministère de l'Intérieur et des Relations du Royaume en ce qui concerne le Conseil d'État.

101. Un sujet difficile à aborder est celui de la culture judiciaire et de la déférence. Plusieurs interlocuteurs ont mentionné que les tribunaux néerlandais faisaient généralement preuve de déférence à l'égard du Parlement.⁶⁰ Dans la mesure où la déférence est préjudiciable à la fonction

⁵⁹ Commission de Venise, CDL-AD(2010)004, Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : L'indépendance des juges, para. 55.

⁶⁰ Voir également Wim Voermans, "Conspicuous Absentees in the Dutch Legal Order : Constitutional

de contrôle des tribunaux, cette question ne peut être traitée que par des changements culturels au sein du pouvoir judiciaire lui-même.

102. Un autre problème est qu'il semble y avoir eu des lacunes dans la circulation de l'information entre les tribunaux de première instance et la Section du contentieux administratif du Conseil d'État. Si cette dernière n'a effectivement pas été consciente de l'ampleur des problèmes sociétaux causés par sa jurisprudence, des mesures devraient être prises pour améliorer le flux d'informations au sein de l'appareil judiciaire. Si la procédure d'appel ne suffit pas à informer la Section du contentieux administratif sur l'état du droit administratif, on pourrait envisager la création d'un forum séparé et interne pour l'échange d'informations entre cet organe et les tribunaux de district.

B. Proportionnalité

103. L'un des principaux problèmes est que les tribunaux et, en dernière instance, la Section du contentieux du Conseil d'État ne sont pas intervenus de manière décisive contre l'interprétation problématique de la loi par l'administration fiscale et douanière.

104. Alors que le libellé de l'article 26 de l'AWIR⁶¹ exigeait le recouvrement de l'intégralité du montant de l'allocation, le Conseil d'État a suivi l'interprétation stricte de cette disposition donnée par les administrations fiscale et douanière, approuvant l'approche rigide du "tout ou rien", et n'a pas interprété la disposition à la lumière du droit international. Une telle interprétation aurait pu conduire à l'application du principe de proportionnalité.

105. Comme indiqué ci-dessus, l'article 3:4 de la loi générale sur le droit administratif (ci-après "la LTA")⁶² établit le principe de proportionnalité en droit administratif. Cependant, la loi AWB est une loi générale qui s'applique aux procédures dans toutes les matières administratives, à moins qu'une question ne soit réglementée différemment dans une loi spéciale. L'article 3:4 de l'AWB est rédigé comme suit : " Article 3:4

1. *Lorsqu'elle prend un arrêté, l'autorité administrative met en balance les intérêts directement en jeu dans la mesure où aucune limitation à ce devoir ne découle d'une disposition légale ou de la nature du pouvoir exercé.*

2. *Les conséquences négatives d'une ordonnance pour une ou plusieurs parties intéressées ne doivent pas être disproportionnées par rapport aux objectifs à atteindre par l'ordonnance.*"⁶³

Review & A Constitutional Court, in *Judicial Cosmopolitanism : The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, G. F. Ferrari, ed., Brill Nijhoff : Leiden 2019, pp. 337-347, sur pp. 341-342.

⁶¹ Version en vigueur avant le 1^{er} janvier 2021 : "Si la révision d'une allocation ou la révision d'une avance conduit à un montant à recouvrer ou si la liquidation d'une avance avec une allocation y conduit, l'intéressé est redevable de la totalité du montant du recouvrement." (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2005*, n° 344 du 05/07/2005, disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2005-344.html>).

⁶² La loi sur le droit administratif général / *Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht - AWB)* est disponible sur <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2021-07-10>.

⁶³ Selon l'article 1:3 de la AWB, on entend par "arrêté" une décision écrite d'une autorité administrative constituant un acte de droit public. Il existe deux types d'arrêtés : les décisions administratives et les règles de politique générale. Une "décision administrative" est un ordre qui n'est pas de nature générale, y compris le rejet d'une demande d'un tel ordre. " Règle de politique " : un ordre, qui n'est pas un règlement de portée générale, qui fixe une règle générale pour la pesée des intérêts, la détermination des faits ou l'interprétation des règles statutaires dans l'exercice d'un pouvoir d'une autorité administrative. En vertu de l'article 1:2.1 de l'AWB, on entend par "partie intéressée" une personne dont l'intérêt est directement affecté par une ordonnance.

106. Jusqu'en octobre 2019, la Section du contentieux du Conseil d'État a estimé que l'article 3:4 ne pouvait pas être appliqué en cas de récupération de l'allocation de garde d'enfants, quelle que soit la partie ou le pourcentage de l'allocation totale concernée. La Section du contentieux a annulé les décisions contraires des juridictions inférieures.⁶⁴

107. Il est toutefois intéressant de noter que le Conseil d'État a l'habitude d'appliquer le principe de proportionnalité dans des cas similaires. Cela ressort d'une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Jusqu'à présent, la CEDH a rendu quatre décisions concernant les allocations sous condition de ressources gérées par l'administration fiscale et douanière.⁶⁵ Dans ces quatre affaires, la CEDH a conclu que les demandes étaient manifestement mal fondées et les a déclarées irrecevables. La question était de savoir si l'article 8 de la CEDH donnait droit au versement de ces allocations. En dernière instance nationale, la Section du contentieux du Conseil d'État avait estimé qu'un tel droit n'existait pas.⁶⁶

108. Dans ces affaires, la Section du contentieux du Conseil d'État s'est largement appuyée sur la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier sur le principe de proportionnalité et l'interdiction de la discrimination. En appliquant l'AWIR, la Division du contentieux administratif a effectué un test de proportionnalité en vertu de l'article 8 de la CEDH, en mettant en balance les intérêts concernés, ainsi qu'un test de justification "étape par étape" en vertu de l'article 14 de la CEDH pris conjointement avec l'article 8 de la CEDH.⁶⁷ Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme n'a vu aucune raison de substituer sa propre évaluation à celle des tribunaux nationaux.

109. Le système du monisme juridique et la suprématie de la CEDH sur le droit interne auraient pu faciliter une application générale du principe de mise en balance et de celui de proportionnalité. Dans cette optique, on pourrait rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé dans sa jurisprudence que

*"[...] elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention (Larkos c. Chypre [GC], no 29515/95, §§ 30-31, CEDH 1999-I)."*⁶⁸

110. Toutefois, la jurisprudence de la Section du contentieux du Conseil d'État entre 2012 et le 23 octobre 2019 a appliqué l'AWIR de manière beaucoup plus rigoureuse avec la loi sur la garde d'enfants. Jusqu'au 23 octobre 2019, la Section du contentieux n'appliquait pas les tests de mise en balance et de proportionnalité dans les affaires d'allocation de garde d'enfants.

111. L'article 1 du protocole 1 de la CEDH protège le droit des personnes à jouir paisiblement de leurs biens. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de

⁶⁴ L'arrêt de la Section du contentieux du Conseil d'État ECLI:NL:RVS:2019:3535, n° 201900753/1/A2 du 23 octobre 2019, points 8.1 et 8.9, sur <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2019:3535>.

⁶⁵ Affaire [Yeshtla c. Pays-Bas](#) (décision, n° 37115/11, 15/01/2019), [A.D. et I.K. c. Pays-Bas](#) (décision, n° 71815/14 et 71827/14, 12/03/2019), [Aghmadiet Jaghubi c. Pays-Bas](#) (décision, n° 70475/14 et 70530/14, 12/03/2019), [Heerawi c. Pays-Bas](#) (décision, n° 36558/14, 12/03/2019).

⁶⁶ Cf. décision [Aghmadi et Jaghubi](#), § 11.

⁶⁷ Dans chaque décision, la CEDH a cité l'arrêt du de la Section du contentieux du Conseil d'État ECLI:NL:RVS:2014:3788 du 22 octobre 2014, dans lequel de la Section du contentieux a d'abord relevé ce qui suit : " Prenant acte de ce que [l'appelant] a présenté, la Section du contentieux doit examiner si le moyen employé - la résiliation de l'allocation précédemment accordée à [l'appelant] - est raisonnablement proportionné au but légitime décrit ci-dessus sous 4.3. " Cf. décision [Aghmadi et Jaghubi](#) (§ 17), décision [Yeshtla](#) (§ 24), décision [A.D. et L.K.](#) (§ 25) et décision [Heerawi](#) (§ 16).

⁶⁸ CEDH, [Pla et Puncernau c. Andorre](#), arrêt, n° 69498/01, 13/07/2004, § 59.

“biens” peut inclure les attentes légitimes. Pour qu'une attente soit “légitime”, elle doit être d'une nature plus concrète qu'un simple espoir et être fondée sur une disposition légale ou un acte juridique portant sur l'intérêt patrimonial en question.⁶⁹ La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'article 1 du protocole 1 de la CEDH s'étend également aux prestations sociales.⁷⁰

112. Toute ingérence dans ces droits de propriété doit être justifiée par l'intérêt général.⁷¹ Cela implique un test de juste équilibre, évaluant tous les éléments pertinents par rapport au contexte spécifique de l'affaire⁷², y compris par exemple le montant ou le pourcentage du préjudice subi, le caractère arbitraire d'une condition,⁷³ la bonne foi du demandeur⁷⁴ et l'impact sur ses moyens de subsistance.⁷⁵ En outre, la Cour semble considérer les effets rétroactifs comme un facteur important dans ce test d'équilibre.⁷⁶

113. La Section du contentieux du Conseil d'État a estimé que l'article 1 du protocole 1 de la CEDH ne s'appliquait pas aux paiements conditionnels tels que ceux versés aux bénéficiaires dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants parce que les paiements anticipés ne constituaient pas un bien (*“aucune croyance équitable ne peut être tirée d'un paiement anticipé qu'un droit à ce paiement anticipé existe”*).⁷⁷

114. Cela s'explique par le fait que les demandeurs se sont vu accorder des prestations sans aucune vérification de leur droit. Jusqu'à ce que leur droit soit vérifié, les demandeurs ne pouvaient pas avoir la conviction qu'ils avaient effectivement droit à la prestation. Or, dans de nombreux cas, cette vérification n'a été effectuée qu'un certain nombre d'années après l'octroi du paiement. Dans l'intervalle, les bénéficiaires des paiements devaient compter sur ces derniers pour subsister. Les bénéficiaires recevaient des paiements qui pouvaient être révoqués dans leur intégralité (des années plus tard) sans qu'ils aient commis de faute ou presque.

115. Le 23 octobre 2019, la Section du contentieux du Conseil d'État a rendu deux arrêts en appel par lesquels elle a opéré un revirement de sa jurisprudence antérieure concernant l'allocation de garde d'enfants, mettant fin à l'approche du “tout ou rien”.⁷⁸ La Section du contentieux a relevé qu'*“en raison du grand nombre de cas similaires qui ont été soumis à la section au fil des ans, la gravité et l'étendue des conséquences financières de la jurisprudence telle que décrite ci-dessus sont devenues apparentes dans plusieurs cas. Au cours de cette période, la Division n'a pas constaté que ces conséquences avaient diminué en gravité ou en étendue. La présente affaire n'est donc pas un cas isolé”* (point 8.10 de l'arrêt).

116. La Section du contentieux du Conseil d'État a conclu que, contrairement à ce qu'elle avait précédemment jugé, lors de la détermination du droit à l'avance de l'allocation de garde d'enfants, l'administration fiscale et douanière peut évaluer quel montant d'allocation de garde d'enfants doit être déterminé si une partie des frais a été payée. Pour cette évaluation, l'administration fiscale et douanière doit appliquer l'article 3:4 de l'AWB et mettre en balance les intérêts en présence,

⁶⁹ CEDH, Kopecký c. Slovaquie [GC], §§49-50; Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie [GC], §173; Saghinadze et autres c. Géorgie, §103; Ceni c. Italie, §39; Béláné Nagy c. Hongrie [GC], §75.

⁷⁰ CEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n° 65731/01 et 65900/01, § 54, CEDH 2005.

⁷¹ CEDH, Kjartan Ásmundsson c. Islande, §§39-40; Rasmussen c. Pologne, §71; Moskal c. Pologne, §§51 et 64; CEDH, Grudić c. Serbie, §72; Hoogendijk c. Pays-Bas (déc.); Valkov et autres c. Bulgarie, §84; Philippou c. Chypre, §59.

⁷² CEDH, Béláné Nagy c. Hongrie [GC], §117 et Stefanetti et autres c. Italie, §59.

⁷³ CEDH, Klein c. Autriche, §55.

⁷⁴ CEDH, Moskal c. Pologne, §44; Čakarević c. Croatie, §§ 60-65; Casarin c. Italie, §74.

⁷⁵ CEDH, Šeiko c. Lituanie, §§32-35.

⁷⁶ CEDH, Bulgakova c. Russie, §47.

⁷⁷ Section du contentieux du Conseil d'État, 10 décembre 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445 et 16 mars 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691.

⁷⁸ Une analyse minutieuse de ces jugements figure dans le rapport PIC 2020 - Annexe 2 (voir note de bas de page 43), p. 133-136.

les conséquences négatives d'une décision ne pouvant être disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis par cette décision. Cette disposition confère à l'administration fiscale et douanière un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la détermination du montant à réclamer.

117. Ce revirement de jurisprudence est à saluer. Il ouvre la voie à la résolution des difficultés, à la compensation financière et à la fin de l'injustice telle qu'elle a été identifiée dans le rapport PIC 2020.

118. À cet égard, la Commission de Venise a toujours mis en garde contre le fait de considérer "l'État de droit" comme un concept purement formel au sens de "règle de droit" et non comme un concept substantiel,⁷⁹ c'est-à-dire que la loi doit être accompagnée de garanties contre les abus de pouvoirs juridiques.⁸⁰ La liste des critères d'évaluation de l'État de droit de la Commission de Venise indique qu'un "*pouvoir qui s'exerce par des décisions injustes, déraisonnables, irrationnelles ou abusives est incompatible avec l'État de droit*". Il semble sûr de conclure, ce qui a d'ailleurs été fait par plusieurs autorités néerlandaises, dont la Section du contentieux du Conseil d'État dans ses deux jugements de 2019, que l'application de l'approche "tout ou rien" relève de cette définition.

119. Quant aux garanties juridiques contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir, il faut d'abord noter que la Constitution n'offre aucune garantie de ce type puisqu'elle n'est pas applicable par les tribunaux (voir ci-dessous).

C. Structure du pouvoir judiciaire administratif

120. Comme en Belgique et au Luxembourg, le système de justice administrative aux Pays-Bas s'inspire du système français avec un Conseil d'État (*Raad van State*) à son sommet. Cependant, certaines réformes qui ont été faites en France n'ont pas été suivies aux Pays-Bas, par exemple le Raad van State décide en deuxième et dernière instance, dans un recours de pleine juridiction, et non en cassation. Aux Pays-Bas, ce sont donc les tribunaux ordinaires qui sont chargés des affaires administratives en première instance. Les recours de pleine juridiction, sur le fond, contre ces décisions vont au Conseil d'État.⁸¹

121. Cependant, le Conseil d'État a une double nature, c'est un organe consultatif et un organe judiciaire. Il est présidé par le Roi ou la Reine mais, en pratique, c'est le vice-président qui dirige l'institution. Le Raad van State est séparé en deux sections: la Section consultative conseille le gouvernement et le Parlement sur les projets de loi. Une autre, la Section du contentieux administratif, statue en dernière instance sur les recours contre les décisions administratives des tribunaux de première instance.

122. Bien qu'il existe deux sections distinctes, consultative et juridictionnelle, certains membres du *Raad van State* peuvent siéger dans des deux sections. Aux Pays-Bas, cette double nature du *Raad van State* a fait l'objet de discussions, mais au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas trouvé de violation de la Convention dans ce système.⁸²

⁷⁹ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, I.A para. 15.

⁸⁰ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, II.C Prévention de l'abus de pouvoir.

⁸¹ Cependant, les recours sur un certain nombre de questions administratives vont en appel au Tribunal central d'appel ou le Tribunal d'appel du commerce et de l'industrie. Ces matières comprennent : les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité, les prestations de vieillesse, les prestations de survivant, les rentes de décès, les prestations de chômage, les prestations familiales, l'aide sociale, les prestations aux victimes de guerre, les questions relatives aux fonctionnaires.

⁸² Cour européenne des droits de l'Homme, *Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC] - 39651/98, 39343/98, 46664/99 et al. Arrêt 6.5.2003 [GC].

123. Néanmoins, le législateur néerlandais a pris des mesures pour mieux séparer la fonction consultative de la fonction juridictionnelle. Toutefois, le législateur n'est pas allé jusqu'au bout. Il a réduit à dix le nombre de membres du Conseil d'État qui peuvent siéger dans les deux sections. Dans la pratique, seuls deux membres du *Raad van State* ont encore cette double fonction, et la Commission a été informée qu'il serait très peu probable que de nouveaux membres soient nommés dans les deux sections.

124. Dans l'optique d'une séparation claire des pouvoirs, la décision de séparer les deux fonctions au sein du *Raad van State* est certainement positive. Il est important que la séparation des deux fonctions soit visible.⁸³ Le législateur néerlandais pourrait envisager d'aller un peu plus loin et de supprimer la possibilité pour les membres d'appartenir aux deux sections ou de séparer les sections sur le plan institutionnel.

D. Contrôle constitutionnel

125. L'absence de contrôle constitutionnel aux Pays-Bas est une question qui a été soulevée par plusieurs interlocuteurs. L'article 120 de la Constitution néerlandaise stipule que "[l]a constitutionnalité des lois du Parlement et des traités ne sera pas contrôlée par les tribunaux". Cela signifie que même si un tribunal arrive à la conclusion que la loi qu'il doit appliquer est manifestement inconstitutionnelle, il sera quand même obligé d'appliquer cette loi.⁸⁴ Les Pays-Bas sont ainsi le seul État membre du Conseil de l'Europe et de la Commission de Venise à exclure totalement le contrôle de constitutionnalité.

126. En pratique, la Section consultative du Conseil d'État donne un avis a priori sur la constitutionnalité des projets de loi. Ce rôle consultatif est en effet très important et doit être préservé. Toutefois, la Section consultative du Conseil d'État donnera son avis sur les projets de loi à un moment donné. Elle ne sera pas systématiquement sollicitée pour donner son avis également sur des amendements ultérieurs introduits au Parlement. Plus important encore, l'inconstitutionnalité n'est souvent révélée que dans la pratique de l'application des lois.⁸⁵ L'article 120 de la Constitution oblige les tribunaux à appliquer une disposition légale, même si elle est clairement inconstitutionnelle.

127. Néanmoins, l'absence de contrôle constitutionnel aux Pays-Bas ne constitue pas un problème dans la plupart des cas. En vertu du système moniste établi par l'article 94 de la Constitution,⁸⁶ la protection des droits de l'homme est bien établie aux Pays-Bas. Les tribunaux néerlandais n'appliqueront pas une disposition légale nationale si elle est en contradiction avec le droit international, notamment la Convention européenne des droits de l'homme.

128. Cependant, dans le cas même de l'affaire des allocations de garde d'enfants, cette sauvegarde du droit international ne s'appliquait pas car le Conseil d'État avait décidé que ni l'article 6 de la CEDH ni l'article 1 du protocole 1 de la CEDH ne s'appliqueraient dans ces cas. La Convention n'a pas servi de garantie contre l'interprétation problématique de la législation pertinente concernant les allocations de garde d'enfants.

129. Il existe des domaines où la CEDH et d'autres conventions relatives aux droits de l'homme ne prévoient pas de recours, et où il pourrait y avoir une place pour un contrôle constitutionnel ou

⁸³ CDL-AD(2018)028, Malte - Avis sur les dispositions constitutionnelles et la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice et des forces de l'ordre, para. 144.

⁸⁴ Pour la jurisprudence dans la base de données CODICES, voir : NED-2013-2-006, NED-2012-2-007, NED-2007-1-003, NED-2007-1-001, NED-2006-3-001, NED-1998-3-022 (www.CODICES.CoE.int).

⁸⁵ Commission de Venise, CDL-AD(2011)001 Avis sur trois questions juridiques soulevées dans le processus de rédaction de la nouvelle Constitution de la Hongrie, para. 49.

⁸⁶ Article 94 de la Constitution- Les règlements statutaires en vigueur dans le Royaume ne sont pas applicables si cette application est en contradiction avec les dispositions des traités qui s'imposent à tous ou des résolutions des institutions internationales.

d'autres mécanismes nationaux pour garantir la constitutionnalité des lois et des décisions. La Commission de Venise note que si la plupart de ses Etats membres offrent un certain accès à la justice constitutionnelle individuelle, ce n'est pas une obligation et il existe une grande variété de modèles pour assurer la suprématie de la Constitution, tant en termes de contrôle *ex ante* au niveau législatif que de contrôle *ex post*.⁸⁷ La Commission souligne également qu'il n'est pas certain que le contrôle constitutionnel aurait permis d'éviter l'affaire des allocations familiales, car l'efficacité d'un tel contrôle dépend également des types de normes contenues dans la Constitution. À la lumière de l'expérience acquise dans l'affaire des allocations familiales, il appartient aux autorités néerlandaises d'examiner si l'article 120 de la Constitution doit être modifié ou si d'autres mécanismes de contrôle constitutionnel sont nécessaires. Dans tous les cas, l'introduction d'une révision constitutionnelle ne doit pas être considérée comme une solution rapide, mais doit être basée sur une analyse approfondie de la protection des droits dans le système juridique néerlandais et ses institutions.

E. Dialogue et rapports

130. Le pouvoir judiciaire a un aperçu unique du fonctionnement pratique de la législation. Le pouvoir judiciaire s'exprime à travers ses jugements, et c'est souvent le monde universitaire qui rassemble ces informations, mais le pouvoir judiciaire peut également participer à des discussions et des tables rondes organisées par d'autres pouvoirs publics. Le pouvoir judiciaire peut donc être une source d'information précieuse pour le législateur, car les problèmes systémiques dans l'interprétation et l'application de la loi deviennent évidents dans la jurisprudence des tribunaux.

131. La Commission a appris qu'aux Pays-Bas, seuls quelque 5 % des jugements des tribunaux sont publiés. Dans certains pays, la tâche consistant à rendre les jugements anonymes demande beaucoup de temps et d'énergie.⁸⁸ En utilisant des outils informatiques, il pourrait cependant être possible de préparer les affaires dès le départ de manière à ce qu'elles puissent être publiées de manière anonyme si les éléments permettant une identification de l'affaire soient stockées séparément et soient uniquement ajoutées dans la version disponible pour les parties. Une telle technique pourrait permettre la publication d'un pourcentage beaucoup plus élevé de jugements. Ceci est particulièrement important pour permettre l'accès à la motivation des arrêts des plus hautes juridictions.

132. Certains interlocuteurs ont suggéré que le pouvoir judiciaire soumette aux autres branches du gouvernement un rapport annuel sur l'application de la loi et/ou des tables rondes régulières entre le pouvoir judiciaire, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ces mesures semblent être très efficaces et pratiques, et seraient les bienvenues. La question de savoir comment mettre en place des canaux permettant au pouvoir judiciaire d'attirer l'attention des autres branches sur la législation qui pose des problèmes systémiques dans la pratique dépend des traditions

⁸⁷ Commission de Venise, CDL-AD(2021)039rev, Étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle, p. 4; CDL-AD(2016)007, Liste des critères d'évaluation de l'État de droit, paras. 108-113.

⁸⁸ Sur la nécessité d'anonymiser les jugements, voir, par exemple : CDL-JU(2011)011, L'exigence d'anonymat dans la publication des décisions de justice - Rapport de Mme Kjersti Buun Nygaard, Secrétaire Général adjoint, Cour suprême de Norvège (10^{ème} réunion de la conférence du conseil mixte sur la justice constitutionnelle sur "l'exigence d'anonymat dans la publication des décisions de justice"); CDL-JU(2011)012, L'anonymisation des arrêts au tribunal fédéral Suisse - rapport par M. Paul Tschümpferlin, Secrétaire Général, Tribunal fédéral de la Suisse (10^e réunion du conseil mixte sur la justice constitutionnelle - conférence sur "l'exigence de l'anonymat lors de la publication de décisions juridictionnelles"); CDL-JU(2011)010, L'exigence de l'anonymat lors de la publication de décisions juridictionnelles - Rapport de Mme Krisztina Kovács, Conseillère, Cour constitutionnelle de Hongrie (10^{ème} réunion du conseil mixte sur la justice constitutionnelle - conférence sur "l'exigence de l'anonymat lors de la publication de décisions juridictionnelles") .

néerlandaises. Quelle que soit la manière dont ces systèmes sont mis en place, leur objectif devrait être de renforcer le flux d'informations entre les différentes branches du gouvernement.

VII. Conclusion

133. La Commission de Venise a toujours mis en garde contre le fait de considérer l'État de droit comme un concept purement formel au sens de gouvernance par la loi et non comme un concept substantiel, c'est-à-dire que la loi doit être accompagnée de garanties contre les abus de pouvoir.

134. En général, les Pays-Bas sont un État qui fonctionne bien, doté d'institutions démocratiques solides et de garanties pour l'État de droit. Si les lacunes en matière de protection des droits individuels révélées dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants sont effectivement graves et systémiques et impliquent toutes les branches du gouvernement, il apparaît que les mécanismes de l'État de droit aux Pays-Bas ont finalement fonctionné. Les rapports du Médiateur, de la commission parlementaire et les amendements législatifs montrent la réaction des différents mécanismes du système néerlandais. Les problèmes d'État de droit révélés par l'affaire de l'allocation de garde d'enfants sont pris au sérieux par toutes les branches du gouvernement, ce qui est très positif. Dans l'intérêt de ses citoyens, les Pays-Bas semblent être capables et désireux d'aborder et de corriger leurs erreurs. Mais dans le cas présent, cette réaction a pris beaucoup plus de temps qu'elle n'aurait dû, et de graves dommages ont été causés aux familles concernées, et ceux qui ont tenté de dénoncer le problème ont rencontré beaucoup de résistance. La Commission de Venise espère que le présent avis contribuera au processus de réforme en cours. Prévenir vaut mieux que guérir.

135. La Commission de Venise se félicite donc d'un certain nombre d'initiatives qui ont été prises ou qui sont en cours. Nombre de ces réformes ont été annoncées dans la lettre du 15 janvier 2021 du Premier ministre au Président de la Chambre des représentants et comprennent l'amélioration de la qualité de la législation par une meilleure prise en compte des contributions de la société civile et le développement d'une législation pilote, l'amélioration de l'accès à l'information au Parlement et notamment l'abandon de la pratique consistant à considérer les "avis personnels" comme des documents internes à partir des informations fournies, ou encore l'amélioration de la circulation de l'information au sein des ministères et entre eux.

136. Le Président de la Chambre des représentants des États généraux des Pays-Bas a demandé à la Commission de Venise d'apporter sa contribution à une réflexion très large sur ce qui doit être fait aux Pays-Bas. Les propositions de la Commission de Venise ne sont pas seulement fondées sur des normes mais aussi sur l'expérience comparative et le bon sens. Plusieurs des propositions formulées dans cet avis pourraient être utiles dans la plupart des autres pays également.

137. Compte tenu de la complexité de la matière, ce processus de réforme doit être entrepris dans différents secteurs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire. La Commission de Venise fait les propositions suivantes, qui sont d'une grande portée et se veulent des pistes de réflexion pour la réflexion à mener par les autorités néerlandaises :

A. Le pouvoir législatif :

- l'inclusion de clauses de sauvegarde ou de proportionnalité devrait être envisagée pour la législation future lorsque cela est approprié aux objectifs spécifiques et à la conception de la politique en question;
- dans les parties appropriées, la nouvelle législation pourrait inclure des dispositions qui rappellent ou réaffirment les principes généraux de base d'une bonne administration;
- le règlement du Parlement pourrait être modifié pour faciliter le contrôle de l'exécutif, par exemple en étendant les droits d'audition et d'enquêtes parlementaires à l'initiative de 30 députés ou en veillant à ce qu'un comité permanent soit spécifiquement chargé de

l'examen efficace des lois et de leur application afin de garantir le respect des principes généraux de bonne administration et de l'Etat de droit;

- le droit des membres du Parlement à une information complète et sans délai en vertu de l'article 68 de la Constitution devrait être rendu pratique et effectif;
- les commissions et les députés individuels devraient bénéficier d'un personnel et de ressources suffisants, réservés au contrôle du gouvernement et des lois;
- en ce qui concerne les attitudes, bien que cela ne puisse être imposé par la législation, il devrait être considéré comme acceptable et même normal que les députés des partis gouvernementaux représentent également le Parlement en tant qu'institution et que la participation au contrôle parlementaire du gouvernement ne soit pas un acte de déloyauté.

B. Le pouvoir exécutif :

- Le flux d'informations au sein de la fonction publique et jusqu'au niveau ministériel, notamment sur les questions qui vont à l'encontre de la politique actuelle, devrait être amélioré;
- pour les particuliers, il convient de faciliter l'accès aux informations pertinentes, de rendre les procédures de plainte simples et informelles et d'offrir une aide sur la manière de porter plainte dans le cadre du devoir de neutralité;
- l'exécutif devrait revoir ses instructions sur la législation et les modifier si nécessaire pour s'assurer que son évaluation interne de la qualité de la législation comprend un contrôle efficace du respect des principes fondamentaux de bonne administration et de l'Etat de droit, tels que la sécurité juridique, les attentes légitimes, non-discrimination, évaluation individuelle et proportionnalité;
- l'exécutif doit évaluer et assurer la qualité de la loi, tant lors de la préparation de la législation à soumettre au Parlement que lorsqu'il applique de nouvelles dispositions légales, en tenant compte des scénarios et des risques possibles; ces évaluations doivent être revues le cas échéant;
- l'exécutif, le Commissaire à la protection des données et les autres organismes compétents devraient suivre de près l'évolution de l'intelligence artificielle et les nouveaux développements devraient être pris en compte dans la conception des futurs systèmes d'intelligence artificielle et lors de la révision des systèmes existants;
- les informations sectorielles doivent être largement partagées au sein de l'administration pour permettre une contribution pertinente également des autres secteurs de l'administration.

C. Le pouvoir judiciaire

- Des canaux pourraient être mis en place pour que le pouvoir judiciaire puisse attirer l'attention des autres branches sur la législation qui donne lieu à des problèmes systémiques dans la pratique;
- Sur la base d'une analyse approfondie, on pourrait envisager de modifier l'article 120 de la Constitution ou d'introduire d'autres mécanismes de contrôle constitutionnel.

138. La Commission de Venise est convaincue que les réformes en cours et à venir permettront d'améliorer la situation en évitant la répétition des problèmes apparus dans l'affaire de l'allocation de garde d'enfants. La Commission reste à la disposition des autorités néerlandaises pour toute assistance supplémentaire dans ce domaine.