

Numéro du rôle : 4064
Arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative aux articles 21 et 23 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Melchior et A. Arts, et des juges P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt n° 164.028 du 24 octobre 2006 en cause de la SA « Varec » contre l'Etat belge et la société de droit allemand « Diehl Remscheid GmbH & Co. », dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 6 novembre 2006, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat le 12 janvier 1973, interprétés en ce sens que les pièces confidentielles d'un dossier de l'administration doivent être versées au dossier administratif et doivent être communiquées aux parties, violent-ils l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 17 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, dès lors qu'ils ne permettent pas d'assurer le droit au respect des secrets d'affaires ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- l'Etat belge, représenté par le ministre de la Défense, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue Lambermont 8;
- le Conseil des ministres.

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 27 juin 2007 :

- ont comparu :
 - . Me P.-O. de Broux, qui comparaisait également *loco* Me N. Cahen, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'Etat belge, représenté par le ministre de la Défense;
 - . Me B. Gors *loco* Me F. Maussion et Me P. Goffaux, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs P. Martens et M. Bossuyt ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

La SA « Varec » poursuit devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision du ministre de la Défense d'attribuer à la société « Diehl » le marché pluriannuel relatif à la livraison de 32 000 maillons de chenille pour véhicules blindés.

Au cours de la procédure, l'auditeur rapporteur demanda à la partie adverse de communiquer l'annexe 14 de l'offre de la société « Diehl » qui n'avait pas été versée au dossier administratif.

La partie adverse refusa de déférer à la demande de l'auditeur au motif que cette annexe avait été restituée à la société « Diehl », comme le prévoyait le cahier spécial des charges. En outre, elle estima qu'il ne lui appartenait pas de verser au dossier administratif la copie de cette annexe, qui était restée en sa possession, les sociétés « Varec » et « Diehl » s'opposant quant aux droits intellectuels attachés aux plans contenus dans cette annexe.

La société « Diehl » informa également l'auditeur de ce que son offre contenait des données et informations confidentielles et qu'elle s'opposait dès lors à ce que des parties tierces, en ce compris la société « Varec », puissent en prendre connaissance.

Dans son rapport du 23 février 2006, l'auditeur rapporteur conclut à l'annulation de la décision attaquée en faisant état du caractère incomplet du dossier administratif.

Le Conseil d'Etat estime qu'il convient de rechercher si, en application du principe du contradictoire, des pièces contenant des données et informations confidentielles ou sensibles liées à des secrets commerciaux inclus dans une offre doivent être versées au dossier administratif et, dès lors, rendues accessibles tant au juge qu'à l'ensemble des parties.

Par conséquent, il décide de poser, non seulement, la question préjudicielle précitée, mais aussi une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, à l'article 15, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 et à l'article 6 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Le Conseil d'Etat demande à la Cour de justice des Communautés européennes si ces dispositions doivent être interprétées en ce sens que l'instance responsable des procédures de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, en ce compris le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître et prendre de telles informations en considération.

III. *En droit*

- A -

Position de la partie requérante devant le Conseil d'Etat

A.1. La partie requérante devant le Conseil d'Etat estime que la question préjudicielle et la réponse qui pourrait y être donnée ne sont pas déterminantes pour la solution du litige pendant devant celui-ci.

En effet, cette question ne concerne aucun des moyens invoqués à l'appui du recours en annulation, mais est liée à un incident survenu en cours de procédure et relatif à l'obligation, pour toute partie adverse, de déposer le dossier administratif. En outre, le Conseil d'Etat demeure parfaitement en mesure de statuer sur la requête, sur la base notamment des premier et troisième moyens de celle-ci, sans avoir égard aux pièces qui ne sont pas déposées par la partie adverse ou qui ne sont pas transmises à la partie requérante.

Position de la partie adverse devant le Conseil d'Etat

A.2.1. La partie adverse devant le Conseil d'Etat souligne que les dispositions en cause consacrent, notamment, le caractère inquisitorial de la procédure devant le Conseil d'Etat. Ces dispositions ne sont toutefois assorties d'aucune mesure permettant de protéger la vie privée et, en particulier, les secrets d'affaires des personnes physiques ou morales.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, le caractère confidentiel de documents ne peut faire obstacle à leur dépôt au dossier administratif. Il ne saurait toutefois être déduit, ni de cette jurisprudence, ni des dispositions litigieuses, que le Conseil d'Etat lui-même ne devrait pas respecter la vie privée des personnes contraintes de déposer des documents confidentiels. Tel est particulièrement le cas en matière de marchés publics, où l'offre déposée par un soumissionnaire est confidentielle.

A.2.2. La notion de vie privée est une notion large qui peut s'étendre à des activités professionnelles ou commerciales et dont le respect est protégé tant par l'article 22 de la Constitution que par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Les secrets d'affaires sont des données développées dans un cadre privé et commercial. Ces secrets couvrent, de façon générale, les données importantes pour l'entreprise et dont la publication est de nature à lui causer un préjudice. Dans un marché public, le dépôt de l'offre doit être considéré comme un acte de la vie privée, posé dans le cadre d'une relation commerciale. Le contenu de cette offre relève d'ailleurs tant du respect de la vie privée que de celui du secret des lettres.

Il est généralement admis que la protection de l'article 8 de la Convention européenne et de l'article 22 de la Constitution est acquise aux personnes tant morales que physiques. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé que l'article 32 de la Constitution s'appliquait aux personnes morales. Or, tout comme l'article 32, l'article 22 de la Constitution utilise le terme « chacun » pour désigner les bénéficiaires du droit qu'il consacre. La Cour elle-même reconnaît aux personnes morales la jouissance des droits et libertés consacrés par le titre II de la Constitution.

A.2.3. La protection des secrets d'affaires est aussi un droit fondamental reconnu au sein de l'Union et un principe général de droit européen. Ce principe interdit, non seulement, la divulgation d'informations recueillies dans le cadre d'une procédure de contrôle, mais aussi l'utilisation de ces informations dans un but autre que celui pour lequel elles ont été demandées.

Le principe général du respect des secrets d'affaires est également un principe fondamental en droit économique et en droit de la concurrence. L'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, ainsi que l'article 16 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, le confirment. De même, dans le cadre d'une instruction devant le Conseil de la concurrence, l'auditorat se prononce sur le caractère confidentiel de tous les documents et données réunis au cours de l'instruction, sous le contrôle des parties et du Conseil. Si la confidentialité est admise, la personne ayant fourni les données doit établir un résumé ou une version non confidentielle du document en cause.

A.2.4. Lorsque le respect dû au secret des affaires est invoqué devant la Cour de justice des Communautés européennes ou le Tribunal de première instance de l'Union européenne, la partie qui l'invoque compose un dossier non confidentiel à communiquer aux autres parties. Ce n'est que si celles-ci contestent la confidentialité de certaines pièces que le président de la chambre se prononce sur le caractère confidentiel ou non des pièces litigieuses.

Dans la même perspective, certaines juridictions ont déjà accepté d'écarter des règles du droit judiciaire lorsqu'elles empêchent la protection des secrets d'affaires d'une des parties au litige.

A.2.5. Le droit au respect des secrets d'affaires est également consacré par l'article 6, § 1er, 7°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Toute administration peut ainsi refuser l'accès à un document administratif si elle constate que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection du caractère, par nature confidentiel, des informations d'entreprise, lesquelles incluent les secrets d'affaires.

A.2.6. En outre, la réglementation relative aux marchés publics offre aux soumissionnaires des garanties expresses quant à la protection de leurs secrets d'affaires. Ainsi en va-t-il des articles 9, paragraphe 3, et 15, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE, du 14 juin 1993. En droit interne, l'article 21bis, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 dispense également le pouvoir adjudicateur de communiquer aux entreprises non retenues des renseignements confidentiels.

Ce principe est, par ailleurs, expressément consacré par les nouvelles directives européennes en la matière et par le projet de loi qui les transpose en droit belge.

A.2.7. Les dispositions en cause doivent, dès lors, être interprétées conformément aux normes qui leur sont supérieures, ainsi qu'en ayant égard au principe général de droit relatif à la protection des secrets d'affaires. Cette interprétation s'impose d'autant plus qu'une dérogation à ce principe ainsi qu'aux articles 22 de la Constitution, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peut être prévue que par la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il s'ensuit que les dispositions en cause ne sauraient être comprises autrement que comme permettant de garantir la protection des secrets d'affaires de toute partie à une procédure au Conseil d'Etat, et ce spécialement en matière de marchés publics.

Position du Conseil des ministres

A.3.1. Le Conseil des ministres souligne, tout d'abord, que les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ont été modifiés par une loi du 15 septembre 2006. Cette modification est toutefois sans incidence sur la question préjudicielle.

L'article 21, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat a pour objectif d'accélérer les procédures en annulation, en sanctionnant l'immobilisme ou l'inertie de l'administration. Quant à l'article 23 des mêmes lois, il exprime le caractère inquisitorial de la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat.

A.3.2. Le Conseil des ministres estime qu'il aurait pu être fait application, en l'espèce, de la faculté prévue à l'article 21, alinéa 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Le juge administratif aurait, en effet, pu enjoindre à la partie intervenante de déposer la pièce litigieuse et assortir son ordre d'une astreinte. Toutefois, il est probable que la société « Diehl » se serait également prévalu de la nécessité de protéger ses secrets d'affaires, de telle sorte que la question de la constitutionnalité des dispositions litigieuses se serait posée en des termes analogues.

A.3.3. Le respect dû aux secrets d'affaires constitue un principe général de droit européen et est consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Conformément à l'arrêt *Akzo*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 24 juin 1986, la Commission européenne ne peut communiquer les documents d'une entreprise à des tiers que si elle s'est assurée, au préalable, que ces documents ne contenaient pas de secrets d'affaires. Ce principe général doit être appliqué de la même manière dans le cadre d'une procédure strictement juridictionnelle. A défaut, il suffirait en effet à une entreprise d'introduire un recours juridictionnel, même manifestement non fondé, pour avoir accès aux secrets d'affaires de ses concurrents.

La jurisprudence ultérieure confirme d'ailleurs ce point de vue. C'est ainsi que, par l'arrêt *Mobistar* du 13 juillet 2006, la Cour de justice a imposé à une autorité juridictionnelle l'obligation de garantir le secret des affaires.

A.3.4. Cette obligation de confidentialité prend également appui sur divers textes de droit communautaire, notamment en droit des marchés publics, qui constituent autant de consécutions particulières du principe général du respect dû au secret des affaires.

A.3.5. Le respect dû au secret des affaires peut également être analysé comme une composante du droit au respect de la vie privée, même s'il ne s'agit pas, en l'espèce, de la vie privée au sens strict de l'expression.

La Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, déjà eu l'occasion de souligner que rien ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de vie privée.

A.3.6. Le législateur a tenu compte, à de nombreuses reprises, de l'obligation de préserver les secrets d'affaires. A titre d'exemple, l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 dispense le pouvoir adjudicateur de communiquer aux entreprises candidates ou soumissionnaires non retenues les renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises privées ou publiques ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

Le législateur a tout récemment rappelé cette exigence. L'article 11 de la loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, non encore publiée à la date de l'envoi du mémoire du Conseil des ministres, mais adoptée par la Chambre des représentants et le Sénat, dispose en effet qu'en cas de procédure de recours, l'instance saisie et le pouvoir adjudicateur veillent au respect du caractère confidentiel des renseignements fournis par les soumissionnaires.

A.3.7. En conclusion, il convient d'interpréter les dispositions litigieuses à la lumière du respect dû au secret des affaires, consacré par diverses dispositions de valeur supra-législative. Ni la lettre des deux articles en cause, ni leur *ratio legis* ne s'oppose d'ailleurs à une telle interprétation.

Interprétées de cette manière, les dispositions en cause autoriseraient le Conseil d'Etat à exiger la production de toutes les pièces figurant au dossier administratif, mais ne lui permettraient de communiquer aux parties à la cause que les documents dont il juge qu'ils ne contiennent pas de secrets d'affaires.

- B -

Quant aux dispositions en cause

B.1. Le Conseil d'Etat interroge la Cour sur la compatibilité avec l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, s'ils devaient être interprétés en ce sens que les pièces confidentielles contenues dans le dossier administratif de la partie adverse doivent être communiquées, non seulement au Conseil d'Etat, mais aussi aux parties.

B.2.1. L'article 21 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose :

« Les délais dans lesquels les parties doivent transmettre leurs mémoires, leurs dossiers administratifs ou les documents ou renseignements demandés par la section d'administration sont fixés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Lorsque la partie requérante ne respecte pas les délais prévus pour l'envoi du mémoire en réplique ou du mémoire ampliatif, la section statue sans délai, les parties entendues à leur demande, en constatant l'absence de l'intérêt requis.

Lorsque la partie défenderesse ne transmet pas le dossier administratif dans le délai fixé, sans préjudice de l'article 21*bis*, les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts.

Lorsque le dossier administratif n'est pas en possession de la partie défenderesse, elle doit en aviser la chambre saisie du recours. Celle-ci peut ordonner le dépôt du dossier administratif moyennant une astreinte conformément aux dispositions de l'article 36.

[...] ».

B.2.2. L'article 23 des mêmes lois coordonnées dispose :

« La section d'administration correspond directement par courrier avec toutes les autorités et administrations qu'elle estime nécessaires.

Elle a le droit de se faire communiquer par ces autorités et administrations tous documents et renseignements relatifs aux affaires sur lesquelles elle est appelée à statuer ».

B.3.1. Il ressort de la décision de renvoi que le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation de la décision, prise par le ministre de la Défense, d'attribuer un marché de fourniture de maillons de chenilles de chars à une société concurrente de la partie requérante.

L'auditeur rapporteur a demandé à la partie adverse de communiquer les plans constituant l'annexe n° 14 de l'offre de la société adjudicataire, partie intervenante devant le Conseil d'Etat. La partie adverse a refusé d'accéder à cette demande en invoquant, notamment, le respect dû au secret des affaires de la partie intervenante qui a confirmé que l'annexe litigieuse comprenait des documents qu'elle estime confidentiels.

B.3.2. L'article 11, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » dispose que, dans le cas d'une procédure de recours, l'instance saisie et le pouvoir adjudicateur veillent au respect du

caractère confidentiel des renseignements relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

En application de l'article 80 de la loi du 15 juin 2006, cet article 11 entrera en vigueur à la date fixée par le Roi.

En l'absence d'arrêté royal fixant l'entrée en vigueur de cet article 11, il ne produit pas encore d'effet, de sorte que la Cour répond à la question préjudicielle sans tenir compte de cette disposition.

Quant au fond

B.4.1. L'article 22 de la Constitution dispose :

« Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

B.4.2. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

B.4.3. L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

B.5.1. Le droit au respect de la vie privée et familiale a pour objet essentiel de protéger les personnes contre les immixtions dans leur intimité, leur vie familiale, leur domicile ou leur correspondance. La proposition qui a précédé l'adoption de l'article 22 de la Constitution insistait sur « la protection de la personne, la reconnaissance de son identité, l'importance de son épanouissement et celui de sa famille » (*Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 100-4/2°, p. 3).

B.5.2. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a entendu chercher « à mettre le plus possible la proposition en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la [Convention] » (*Doc. parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 997/5, p. 2).

B.5.3. Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus. Bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette disposition ajoute en effet immédiatement : « sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ».

Les dispositions précitées exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prévue par une disposition législative suffisamment précise et qu'elle corresponde à un besoin social impérieux, c'est-à-dire qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi.

B.6.1. Le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou

commercial (CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29; CEDH, 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, § 47).

Il s'ensuit que les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée.

B.6.2. Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales. A ce titre le siège social, l'agence ou les locaux professionnels d'une personne morale peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme son domicile (CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, § 41).

Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires.

B.6.3. La Cour relève, pour le surplus, que la protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la sphère d'activité privée d'une personne physique ou morale constitue un principe général du droit communautaire (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, C-46/87 et C-227/88, § 19, *Rec.*, 1989, p. 2859; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères S.A.*, C-94/00, § 27, *Rec.*, 2002, p. I-9011).

B.6.4. En imposant à l'autorité administrative de transmettre aux parties devant le Conseil d'Etat les secrets d'affaires d'une personne morale contenus dans le dossier administratif et de se départir du secret professionnel auquel elle est tenue en vertu de l'article 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 « relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics », les dispositions litigieuses peuvent entraîner une ingérence dans la vie privée de la personne morale intéressée. Une telle ingérence doit donc poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité et ce, même si l'ingérence peut aller plus loin lorsque sont en cause des activités professionnelles ou commerciales que dans d'autres cas (CEDH, arrêt *Niemietz* précité, § 31).

B.7.1. L'article 21 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat vise à « remédier à la longueur voulue ou non par les parties en cause dans les recours introduits devant le Conseil d'Etat » et à lutter contre « l'immobilisme ou l'inertie de l'administration » (*Doc. parl.*, Sénat,

1989-1990, n° 984/1, p. 3). Quant à l'article 23 des mêmes lois, il confirme le caractère inquisitorial de la procédure devant le Conseil d'Etat.

B.7.2. Ces deux dispositions garantissent aussi un procès équitable en assurant le caractère contradictoire de la procédure.

B.7.3. Le respect du principe du contradictoire est consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel s'applique au litige pendant devant le Conseil d'Etat.

Le respect de ce principe du contradictoire implique en règle le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée devant le juge et de la discuter.

B.8.1. Les droits de la défense doivent toutefois être mis en balance avec les intérêts qui relèvent du domaine de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut ainsi concevoir des situations exceptionnelles dans lesquelles certaines pièces du dossier, en raison par exemple de leur caractère confidentiel, échappent à la contradiction (CEDH, 21 juin 2007, *Antunes et Pires c. Portugal*, § 35).

Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6.1 de la Convention précitée les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, les difficultés qu'éprouverait une des parties dans l'exercice de sa défense en raison d'une limitation de ses droits doivent être compensées par la garantie qu'offre la procédure suivie devant la juridiction (CEDH, 20 février 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, §§ 70 et 72).

Inversement, les atteintes à la vie privée qui découlent d'une procédure judiciaire doivent se limiter autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part (CEDH, 12 février 2007, *L.L. c. France*, § 45).

B.8.2. Interprétées en ce sens qu'elles ne permettent en aucune manière à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'en empêcher la communication aux autres parties, les dispositions en cause ne sont pas compatibles avec l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.8.3. Dans cette interprétation, la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

B.9.1. La Cour constate cependant que les dispositions en cause peuvent recevoir une autre interprétation.

B.9.2. Si le droit à un procès équitable est violé lorsque des documents essentiels à la solution du litige ne sont pas communiqués à l'une des parties à la cause (CEDH, 25 janvier 1995, *McMichael* c. Royaume-Uni, § 80), ce principe doit céder lorsque son application stricte engendrerait une violation manifeste du droit au respect de la vie privée de certaines personnes, en leur faisant courir un risque particulièrement grave et très difficilement réparable (CJCE, 11 décembre 1985, *Hillegom* c. *Hillenius*, C-110/84, § 33; CJCE, 24 juin 1986, *Akzo Chemie* c. Commission, C-53-85, § 28; CJCE, 6 avril 1995, *BPB Industries et British Gypsum* c. Commission, C-310/93, §§ 26/27; CJCE, 13 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04, §§ 40 et 43. Voy. aussi *mutatis mutandis*, CEDH, 20 décembre 2001, *P.S.* c. Allemagne, §§ 27-30; CEDH, 10 novembre 2005, *Bocos-Cuesta* c. Pays-Bas, §§ 70-72).

B.9.3. Dans ces hypothèses, des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles.

A ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence.

B.9.4. C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient d'apprécier la confidentialité alléguée de certaines pièces contenues dans le dossier administratif, en faisant, dans chaque cas, la balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires.

B.10. Dans cette interprétation, la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- Interprétés en ce sens qu'ils ne permettent pas à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'empêcher leur communication aux parties et qu'ils ne permettent pas au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de ces pièces, les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat violent l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

- Interprétées en ce sens qu'elles permettent à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'empêcher leur communication aux parties et qu'elles permettent au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de ces pièces, les mêmes dispositions ne violent pas l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 19 septembre 2007.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior