tion en exerçant, sur son appréciation de l'utilité publique, un contrôle moins formel, donc plus effectif.

IV. — On peut alors espérer que le Conseil d'Etat poursuivra cet approfondissement de son contrôle. Il peut le faire au moins dans deux directions.

D'abord, à propos d'une autre solution qui révèle elle aussi une certaine tendance à juger *in abstracto* de l'utilité publique d'une opération : celle qui consiste à refuser de tenir compte, pour en apprécier la légalité, de l'attitude du propriétaire concerné.

On sait en effet que le juge n'accepte pas de dénier le caractère d'utilité publique à un projet de l'Administration pour le seul motif que le détenteur du sol s'apprêtait à réaliser de son propre chef un projet analogue (Cons. d'Et. 23 oct. 1963, *Veuve Musy*, *Rev. admin.* 1963. 461 et 584, note Liet-Veaux ; Ass., 26 nov. 1965, *Cie industr. de textiles artificiels et synthétiques*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 642 ; *Act. jur.*, D.A., 1966. 233, note Laporte ; 30 nov. 1966, *Menager*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 994 ; *Act. jur.*, D.A., 1967. 168 ; 10 juill. 1968, *consorts Troussier*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 827 ; 12 juin 1970, *S.C.I. Le Pré Juge*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 393 ; 27 oct. 1971, *Dlle Degraix*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 632 ; 11 oct. 1972, *Dlle Lallemand*, *Dr. admin.*, n° 308. — V. sur ce point observations Liet-Veaux, *Rev. admin.* 1963. 461 et 584).

Il y a là un élargissement, à vrai dire difficilement justifiable, de la notion d'utilité publique. Il serait dans la ligne de la jurisprudence actuelle, à nouveau illustrée par les arrêts *Veuve Barbaro* et *Adam*, d'en reconsidérer la portée.

Ensuite, à propos des moyens que le juge administratif se donne pour exercer son contrôle de l'utilité publique. Son examen porte essentiellement sur le dossier de l'enquête préalable. Or l'on sait dans quelles conditions la jurisprudence a admis, à propos des opérations d'urbanisme, la dissociation entre les acquisitions foncières et la réalisation des travaux (Cons. d'Et., Ass., 26 nov. 1965, *Cie industr. de textiles artificiels et synthétiques*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 642). Comme aucun texte n'impose une seconde enquête sur l'utilité publique des travaux, l'exproprié ne peut faire valoir ses observations et le juge se trouve de ce fait démuné de tout élément d'appréciation. Et, paradoxalement, la jurisprudence est encore moins exigeante pour les travaux ou ouvrages que la collectivité expropriante n'effectue pas elle-même, mais dont elle concède la réalisation à un organisme d'aménagement ou de rénovation (V. par ex. concl. Rigaud sur Cons. d'Et. 27 mai 1964, *Groupement de défense de l'îlot Firminy-Centre*, *Act. jur.*, D.A., 1964. 432 ; concl. Henry sur Cons. d'Et. 27 mars 1963, *Min. de la Construction C. Morel*, *Act. jur.*, D.A., 1963. 497). On reconnaît toutefois, sur ce dernier point, que la position du Conseil d'Etat est délicate s'il veut assurer à la fois l'efficacité de l'action administrative et la protection des expropriés. Mais il demeure qu'en l'état actuel de cette jurisprudence, le contrôle exercé sur l'utilité publique des opérations d'urbanisme demeure en grande partie purement formel et n'offre pas aux propriétaires dépossédés les garanties qu'ils sont en droit d'en attendre.

En vérité, c'est une refonte complète des textes relatifs à l'enquête d'utilité publique qui doit être entreprise, car la procédure actuelle n'assure que très imparfaitement l'information de l'exproprié, et encore moins celle du citoyen — qui est tout de même concerné en tant que contribuable. Une publicité plus honnête, une enquête mieux organisée et plus accessible à tous, des dossiers plus simples sans pour autant être incomplets, une procédure moins formaliste, autant d'éléments qui permettraient aux uns et aux autres, de faire valoir leurs observations sur l'opération envisagée, et au juge d'en contrôler effectivement l'utilité.

Jean-Paul GILLI,
Professeur aux Universités
de Nice et de Paris-Dauphine

CONSEIL D'ETAT

2 novembre 1973

PRESSE, Décret du 6 mai 1939, Ministre de l'Intérieur, Pouvoir, Journaux ou écrits de provenance étrangère, Interdiction, Danger pour l'ordre public, Erreur manifeste, Contrôle.

Le décret du 6 mai 1939 modifiant l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881 sur la presse, pris en application de la loi du 19 mars 1939, qui a accordé des pouvoirs spéciaux au Gouvernement, n'a pas fait l'objet d'une ratification législative (1) ;

Ni la modification ultérieure par voie législative d'autres dispositions de la loi du 29 juill. 1881, ni la référence faite à celle-ci par l'art. 7 de la loi du 16 juill. 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, n'ont conféré de valeur législative au décret du 6 mai 1939, dont la légalité peut ainsi être discutée devant le juge administratif (2) ;

Le décret du 6 mai 1939 n'a pas subdélégué illégalement au Ministre de l'Intérieur les pouvoirs conférés au Gouvernement par la loi du 19 mars 1939 en donnant, par la modification de l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881, au Ministre de l'Intérieur, le pouvoir d'interdire, par voie de décision individuelle, la circulation, la distribution ou la mise en vente des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés soit en langue étrangère, soit en langue française, s'ils sont de provenance étrangère (3) ;

Spécialement il n'y a pas détournement de pouvoir du Ministre de l'Intérieur lorsqu'il résulte des pièces du dossier que l'arrêté du 29 janv. 1969 interdisant circulation, distribution et mise en vente de la revue « Tricontinental », présentée soit comme l'édition française d'une publication étrangère, soit comme l'édition française de textes et articles contenus dans cette publication, n'était pas fondé sur des faits matériellement inexacts et, dès lors qu'elle n'était pas entachée d'erreur manifeste, l'appréciation à laquelle s'est livré le Ministre de l'Intérieur du danger que la revue présentait pour l'ordre public ne peut pas être discutée devant la juridiction administrative (4).

Nouv. Rép. et Mise à jour, v° *Presse*, n° 128 s.
Rép. admin. et Mise à jour, v° *Presse*, par G. Bureau, n° 102.

(Soc. anon. « Librairie François Maspero ».) — ARRÊT

LE CONSEIL D'ETAT ; — En ce qui concerne le décret du 6 mai 1939 : — Considérant que le décret du 6 mai 1939 modifiant l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881 sur la presse, pris en application de la loi du 19 mars 1939, qui a accordé des pouvoirs spéciaux au gouvernement, n'a pas fait l'objet d'une ratification législative ; que ni la modification ultérieure par voie législative d'autres dispositions de la loi du 29 juill. 1881, ni la référence faite à celle-ci par l'art. 7 de la loi du 16 juill. 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, n'ont conféré de valeur législative au décret du 6 mai 1939, dont la légalité peut ainsi être discutée devant le juge administratif ; — Considérant que la loi du 19 mars 1939 a accordé des pouvoirs spéciaux au gouvernement et autorisé celui-ci à prendre par décret, jusqu'au 30 nov. 1939, les mesures nécessaires à la défense du pays ; que l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881, modifié par le décret du 6 mai 1939, a donné au ministre de l'Intérieur le pouvoir d'interdire, par voie de décision individuelle, la circulation, la distribution ou la mise en vente des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés soit en langue étrangère, soit en langue française, s'ils sont de provenance étrangère ; qu'en définissant ainsi les attributions du ministre de l'Intérieur, le décret du 6 mai 1939 n'a pas subdélégué illégalement au ministre de l'Intérieur les pouvoirs conférés au gouvernement par la loi précitée ;

Sur la légalité de l'arrêté attaqué : — Considérant que l'édition française de la revue « Tricontinental », à l'égard de

laquelle a été prise la mesure attaquée, porte le même titre que la revue éditée à Cuba et se donnant comme « l'organe théorique du secrétariat exécutif de l'organisation de solidarité des peuples d'Afrique, d'Asie et d'Amérique Latine » ; que les deux publications ont une présentation semblable ; que la quasi-totalité des articles parus dans l'édition française sont la traduction de textes publiés dans la revue « Tricontinental », éditée à Cuba, dont la diffusion a été interdite en France ; que l'éditeur français a d'ailleurs expressément déclaré, dans le n° 4 de l'édition française, que celle-ci reproduisait les textes les plus importants, intégraux et sans modification, de l'édition cubaine interdite ; que la revue dont il s'agit se présente tantôt comme l'édition française de cette publication étrangère, tantôt comme l'édition française des textes et articles contenus dans cette publication ; que, dans ces conditions, et bien qu'il ne soit pas contesté que la Société éditrice soit française, la revue « Tricontinental » éditée en France doit être regardée comme étant de provenance étrangère au sens de l'art. 14 modifié de la loi du 29 juill. 1881 ; — Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que l'arrêté du 29 janv. 1969, par lequel le ministre de l'Intérieur a interdit la circulation, la distribution et la mise en vente de cette revue, n'est pas fondé sur des faits matériellement inexacts ; que, dès lors qu'elle n'est pas entachée d'erreur manifeste, l'appréciation à laquelle s'est livré le ministre de l'Intérieur du danger que la revue présentait pour l'ordre public ne peut pas être discutée devant la juridiction administrative ; — Considérant enfin que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ;

Art. 1^{er}. — La requête susvisée de la Société « Librairie François Maspéro » est rejetée.

Du 2 nov. 1973. - Cons. d'Et. - M. Chenot, pr. - Mme Même, rap. - MM. Braibant, comm. du gouv. - Waquet et George, av.

NOTE

(1 à 4) Les circonstances de ce que l'on a appelé « l'affaire de la Tricontinental » sont trop connues pour qu'il soit nécessaire de les décrire en détail. L'Organisation de solidarité des peuples d'Afrique, d'Asie et d'Amérique Latine, créée à la suite de la Conférence de La Havane de 1966, publiée en plusieurs langues une revue intitulée « Tricontinental » dont la Société « Librairie François Maspéro » assurait la diffusion en France jusqu'à l'interdiction décidée par un arrêté de M. Marcellin en date du 23 nov. 1968, pris sur la base de l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881, modifié par le décret du 6 mai 1939. Saisi par la société d'un recours en annulation, le tribunal administratif de Paris rejeta sa demande par un jugement du 2 juill. 1969, non frappé d'appel (*Rec. Cons. d'Et.*, p. 646).

Pressentant peut-être cette mesure, la Société avait, en avril 1968, pris l'initiative de publier une revue portant le même titre, mais éditée en France et par ses soins. C'est à l'encontre de cette édition « française » que le ministre de l'Intérieur prit, le 27 janv. 1969, un second arrêté d'interdiction. A nouveau, le tribunal administratif de Paris rejeta le recours introduit par la Société Maspéro qui, cette fois, porta l'affaire en appel devant le Conseil d'Etat.

Fidèle à une technique qu'elle utilise souvent, la Haute juridiction, dans l'arrêt ci-dessus reproduit, reprend d'une main ce qu'elle donne de l'autre ; elle rejette la requête au fond tout en laissant prévoir une évolution jurisprudentielle de grande portée. Il semble en effet légitime de considérer que cette décision sonne le glas de la théorie dite « du domaine de haute police ».

Au demeurant, si telle est la nouveauté fondamentale introduite par l'arrêt commenté, celui-ci se prononce également sur la légalité du décret-loi du 6 mai 1939. Il confirme, en outre, implicitement la jurisprudence regrettable de la Haute assemblée relative à l'autorité de la chose jugée au pénal (Cf. Cons. d'Et., Ass., 8 janv. 1971, *Desamis*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 19 ; *Act. jur.*, D. A., 1971. 297, concl. Théry).

I. — La légalité du décret du 6 mai 1939.

1. — Le décret du 6 mai 1939 pris sur le fondement de la loi du 19 mars 1939 autorisant le gouvernement à prendre « les mesures nécessaires à la défense du pays » a modifié et complété la loi sur la liberté de la presse du 29 juill. 1881, aggravant le régime des publications étrangères. La ratification législative qui, aux termes de la loi d'habilitation, devait intervenir avant le 30 nov. 1939, ne fut jamais acquise. Aussi, conformément à sa jurisprudence habituelle, le Conseil d'Etat a-t-il considéré qu'il s'agit d'un acte de caractère administratif dont il lui appartient d'apprécier la légalité (Cf. par exemple Cons. d'Et. 6 févr. 1931, *Tardif*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 152 ; 25 janv. 1957, *Etabl. Charlionats*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 54 ; *Rev. dr. publ.* 1957. 1057, note Waline).

Un problème se posait cependant car, à plusieurs reprises, le législateur a modifié certaines dispositions de la loi du 16 juill. 1881 que le décret litigieux a complétée (L. 5 janv. 1951, 25 mars et 19 déc. 1952, 4 févr. 1958, 28 nov. 1969 et ordonnance du 6 mai 1944). Par ailleurs, l'art. 7 de la loi n° 49-956 du 26 juill. 1949 relative aux publications destinées à la jeunesse, renvoie à la loi de 1881 dans son ensemble. On pouvait dès lors se demander si le Parlement n'avait pas implicitement validé le décret du 6 mai 1939.

Malgré les incertitudes de la jurisprudence en matière de validation implicite des décrets-lois (V. la note du Professeur F. Moderne sous Cons. d'Et. 18 mai 1973, *Synd. nat. des ingénieurs et techniciens agréés*, *Act. jur.*, D. A., 1973. 482), il paraît difficile de considérer que le législateur a clairement approuvé le décret entrepris. Les lois citées plus haut ne visent en effet pas directement les dispositions ajoutées en 1939 ; elles ne les ont jamais modifiées et n'en ont pas étendu le champ d'application ; dès lors, les jurisprudences Société « Etablissements Charlionats » et S.N.I.T.A. (préc.) sont inapplicables. Sur ce point, la position du Conseil d'Etat ne peut qu'être approuvée.

2. — La Haute assemblée, qui avait eu l'occasion d'appliquer à maintes reprises le décret du 6 mai 1939 (V. Cons. d'Et. 19 févr. 1958, *Soc. Les Editions de la terre de feu*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 114 ; 17 déc. 1958, *Soc. Olympia Press*, req. n° 45 339, D. 1959. 175, concl. Braibant ; S. 1959. 69) mais n'avait, semble-t-il, jamais été saisi de sa validité par le biais d'une exception d'illégalité, rejette ensuite celle soulevée par la Librairie Maspéro en considérant que ce texte « n'a pas subdélégué illégalement au ministre de l'Intérieur les pouvoirs conférés au gouvernement par la loi précitée ».

A cet égard, l'arrêt commenté introduit une précision dans la jurisprudence patiemment élaborée par le Conseil d'Etat en matière de délégation de pouvoirs (V. J.C. Groshens, La délégation administrative de compétence, D. 1958. Chron., p. 197 ; R. Odent, *Contentieux administratif*, 1970-71, p. 1420 s.). Alors que, traditionnellement, il considère que les lois d'habilitation n'autorisent pas le gouvernement « à renvoyer à des décrets simples ou à des arrêtés ministériels la détermination même des mesures à prendre au cas où leur réalisation (entraîne) des dérogations à des dispositions de lois ou de règlements d'administration publique » (Cons. d'Et. 27 déc. 1938, *Amicale des anciens combattants des chemins de fer*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 983 ; D.P. 1939. 3. 57, concl. Roujou, note Rolland ; S. 1939. 3. 33, note Laroque), il semble ici admettre que la subdélégation est valable du moment que seul est délégué le pouvoir de prendre des décisions individuelles.

II. — Le sens de l'expression « journaux et écrits de provenance étrangère ».

Le décret du 6 mai 1939 prévoit que le ministre de l'Intérieur peut interdire la circulation, la distribution ou la mise en vente en France « des journaux et écrits de provenance étrangère, rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France ». Ce texte pose deux problèmes d'inégale importance : 1° le fait que soient visés les « journaux et écrits » autorise-t-il le ministre de l'Intérieur à interdire « en bloc » les différents numéros parus et à paraître d'une revue ? 2° que faut-il entendre par « provenance étrangère » ?

1. — Aussi bien sur le plan des principes que par ses conséquences pratiques, l'interdiction d'une publication a un caractère de gravité infiniment supérieur s'il s'agit d'une revue périodique et non d'un écrit isolé. En la prononçant, le ministre, dans le second cas, connaît le contenu du livre qu'il interdit ; au contraire, dans l'hypothèse d'une revue, il infère du contenu des précédentes livraisons celui des numéros futurs et tente à l'éditeur un véritable procès d'intention (V. à cet égard la note du Professeur Drago sous Cons. d'Et. 22 avr. 1966, *Soc. Union africaine de presse*, J.C.P. 1966. II. 14805, concl. Galmot, note Drago ; D. 1967. Somm. 1). Par ailleurs, les journaux et revues sont fréquemment vendus pour l'essentiel par abonnements : l'interdiction de la parution place à cet égard l'éditeur dans une situation très embarrassante par rapport à ses clients et l'oblige de plus à modifier son programme de publication à long terme.

La Haute assemblée ne semble pas avoir prêté une grande attention à cet important problème cependant évoqué par son commissaire du Gouvernement, qui condamnait le caractère général et absolu de la mesure attaquée, « le fait qu'elle ait porté sur la totalité des numéros passés et à venir de la revue, sans égard au contenu particulier de chaque livraison ». L'attitude du Conseil d'Etat est d'autant plus surprenante et regrettable que, dans au moins une affaire récente, il a estimé qu'une mesure d'interdiction prise sur le fondement des dispositions combinées des décrets du 6 mai et du 29 juill. 1939 et visant l'introduction en Nouvelle-Calédonie de tous les écrits provenant d'une société d'édition étrangère était illégale, l'autorité administrative ayant « l'obligation de ne se prononcer qu'après examen particulier de chacune des publications qu'elle se propose de frapper » (Cons. d'Et. 16 nov. 1962, *Dolbeau*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 614).

Il est vrai que d'une part les faits de l'espèce étaient un peu différents : tous les écrits provenant de la Société Maspéro n'avaient pas, bien évidemment, été interdits ; et, d'autre part, un argument de texte a peut-être évité tout scrupule au Conseil d'Etat : en effet, dans sa rédaction antérieure à 1939, l'art. 14 de la loi de 1881 distinguait entre l'interdiction d'un numéro isolé, pour laquelle le ministre de l'Intérieur était compétent, et celle de l'ensemble des livraisons, qui supposait l'intervention du conseil des ministres ; on peut soutenir que la suppression de cette distinction implique que le ministre agissant seul dispose désormais de l'ensemble des pouvoirs qu'il partageait antérieurement avec le gouvernement. Il n'en reste pas moins que cette interprétation très extensive des compétences de l'autorité de police ne s'imposait pas évidemment. On ne peut que la regretter et espérer qu'à l'avenir des requérants invoqueront ce moyen avec plus de vigueur que la Société Maspéro dans cette affaire, obligeant ainsi le Conseil d'Etat à prendre nettement position.

2. — Beaucoup plus explicites sont les motifs qui ont poussé la Haute assemblée à admettre, conformément aux conclusions de M. Braibant, le caractère étranger de la revue *Tricontinental*. La question n'était pas, à vrai dire, très embarrassante, mais a permis au juge de donner de nouvelles précisions sur ce qu'il faut entendre par « provenance étrangère ».

Comme on l'a rappelé plus haut, la revue *Tricontinental* est publiée en France par une société française qui ne jouit, semble-t-il, d'aucune aide financière étrangère. Par ailleurs, les différents numéros de ce périodique ne reprennent pas l'intégralité des articles figurant dans les éditions cubaines et, au contraire, contiennent parfois des études originales. Cependant, ces éléments, qui plaident en faveur du caractère français de la publication, sont largement contrebalancés par les faits relevés dans l'arrêt : titre repris de la revue éditée à Cuba, reproduction pour l'essentiel des articles déjà publiés dans celle-ci (ceci de l'aveu même de M. Maspéro), présentation semblable. Dans ces conditions, la « provenance » de la revue interdite ne paraît pas discutable. Admettre qu'elle est « française » reviendrait en effet à vider de son contenu l'art. 14 de la loi de 1881 : n'importe quel éditeur français pourrait publier des ouvrages étrangers interdits pour tourner la mesure les frappant. La position du Conseil d'Etat est d'ailleurs conforme à l'esprit de l'art. 14 dont les alin. 3 et 4 disposent : « lorsqu'elles sont faites sciemment, la

mise en vente, la distribution ou la reproduction des journaux et écrits interdits sont punies d'un emprisonnement (...) et d'une amende (...).

« Il en est de même de la reprise de la publication d'un journal ou d'un écrit interdit ».

En adoptant cette interprétation, le juge administratif complète et précise sa position antérieure. L'expression « provenance étrangère » doit s'entendre au sens intellectuel aussi bien que matériel. Déjà, dans l'arrêt *Barbier* (4 juin 1954, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 345 ; D. 1955. Somm. 36 ; S. 1954. 3. 87 ; *Act. jur.*, D.A., 1954. II. 335, note Pinto) le Conseil d'Etat avait semblé admettre que l'élément déterminant en la matière était les « concours étrangers » ayant permis ou facilité la publication, formule ambiguë mais correspondant bien à l'interprétation large du texte de l'art. 14 qu'il a adoptée par la suite. Concluant dans l'affaire *Girodias*, M. Braibant, suivi par la Haute juridiction, a défini les publications étrangères « celles qui sont matériellement ou intellectuellement de provenance étrangère » (17 déc. 1958, D. 1959. 175). Et, à plusieurs reprises, le juge administratif a retenu le critère du concours intellectuel pour qualifier une publication d'étrangère (Cf. Cons. d'Et. 19 févr. 1958, *Soc. Les Editions de la terre de feu*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 114, traduction en langue française du livre d'un auteur étranger ; ou Cons. d'Et. 18 juill. 1973, *Monus*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 527, ouvrage écrit en français par un réfugié étranger et imprimé à l'étranger). C'est donc un faisceau d'indices concordants qui permet de déterminer la provenance étrangère d'une publication. Par son arrêt du 2 novembre dernier, le Conseil d'Etat l'a confirmé clairement et a fait application de cette méthode dans le cas d'une revue périodique.

III. — L'extension du contrôle de l'erreur manifeste.

Confirmant une jurisprudence regrettable en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée au pénal et donnant d'utiles précisions sur la légalité du décret du 6 mai 1939 et sur l'interprétation qu'il faut donner à ce texte, l'arrêt Société Librairie Maspéro est intéressant à plus d'un titre. Mais c'est par l'application nouvelle qu'il fait de la théorie de l'erreur manifeste qu'il mérite surtout de retenir l'attention. Prenant à cet égard le contre-pied de la jurisprudence antérieure, il est amplement justifié par des considérations aussi bien théoriques que pratiques et constitue un indiscutable progrès malgré le caractère ambigu de la notion dont il fait application.

1. — Longtemps, les commentateurs ont été divisés sur la vocation de l'erreur manifeste de qualification (expression préférable à celle utilisée habituellement d'« erreur manifeste d'appréciation »). Certains parlent de « l'esprit conquérant » de la jurisprudence et estiment que tous les actes discrétionnaires de l'Administration seront tôt ou tard soumis au contrôle minimum du juge, y compris celui de l'erreur manifeste (V. J.-Y. Vincent, *L'erreur manifeste d'appréciation*, *Rev. admin.* 1971. 407). D'autres observent une prudente réserve ; ainsi M. le président Odent qui écrit : « Cette notion d'erreur manifeste d'appréciation a donc été retenue dans des matières nombreuses et variées. Est-elle applicable à l'ensemble du contentieux de l'excès de pouvoir ? La question n'a, à ma connaissance, pas été expressément tranchée » (*op. cit.*, p. 1571). D'autres enfin se montrent sceptiques quant aux possibilités d'extension de ce contrôle dans les matières où la réserve du juge tient non à son incompetence technique mais à son souci de ne pas entraver l'action administrative (V. B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, D. 1965. Chron., p. 121).

Il n'est pas douteux que jusqu'à une période récente la jurisprudence a semblé donner raison à ces derniers. Sans doute pouvait-on faire remarquer que « l'erreur manifeste n'est pas un moyen d'ordre public ; le juge n'est pas obligé de la soulever d'office si le requérant ne l'invoque pas » (J.-Y. Vincent, *op. cit.*, p. 417) ; mais ce raisonnement est peu convaincant.

Les membres du Conseil d'Etat semblent en effet avoir eu conscience de l'existence de deux « catégories » de pouvoirs discrétionnaires : ceux qui sont soumis au contrôle minimum,

y compris celui de l'erreur manifeste, ceux qui excluent ce motif d'annulation. Ainsi, dès 1955, le commissaire du Gouvernement Heumann, dans ses conclusions sur l'affaire *Association franco-russe Rousky-Dom* (Cons. d'Et. Sect. 22 avr. 1955, *Rev. admin.* 1955. 404) estimait que, dans les domaines « de haute police » (« mesures liées à l'état des relations internationales »), le juge, par exception à la jurisprudence *Barel* (Cons. d'Et. 28 mai 1954, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 308, concl. Letourneur ; D. 1954. 594, note Morange ; S. 1954. 3. 97 note Mathiot ; *Rev. prat. dr. admin.* 1954. 149, concl. Letourneur et note Eisenmann ; *Act. jur.*, D.A., 1954. II. 396, note Long, *Rev. admin.* 1954. 393, concl. Letourneur et note Liet-Veaux) ne peut en principe demander à l'Administration la production des documents susceptibles d'étayer sa conviction.

Dix ans plus tard, concluant sur l'arrêt *Assoc. « Comité d'entente pour l'Algérie française »*, M. Galmot estimait que si, en principe, le juge administratif exerce un contrôle assez poussé sur les mesures de police restrictives de liberté, « les principes s'effacent cependant lorsque (le Conseil d'Etat) désire laisser à l'autorité de police une très grande liberté d'action. C'est ainsi que, dans une série de domaines qui se rattachent à la police générale de la sécurité publique, vous refusez d'examiner si les faits retenus par l'administration à l'appui de la décision attaquée étaient de nature à la justifier légalement. C'est en particulier le cas pour la police des étrangers... » (Cons. d'Et. 5 févr. 1965, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 73 ; l'expression « police générale de la sécurité publique » est également employée par M. Odent, *op. cit.*, p. 1561). Et M. Braibant lui-même précisait en 1970 : « L'on peut distinguer, au point de vue du contrôle de l'appréciation, trois catégories d'actes : ceux qui sont soumis au contrôle de la qualification juridique et pour lesquels, par conséquent, l'administration ne dispose d'aucune marge de manœuvre ; ceux qui, à l'inverse, relèvent de la pure opportunité et pour lesquels la liberté d'appréciation de l'autorité administrative est entière ; et entre les deux catégories, ceux qui ne sont soumis qu'à un contrôle qualifié de minimum ou de restreint » (concl. sur Cons. d'Et. 13 nov. 1970, *Lambert*, citées dans la chronique de MM. Labetoulle et Cabanes, *Act. jur.*, D.A., 1971. 33). Commentant ces conclusions, les chroniqueurs de l'Actualité juridique estiment que « l'existence de la deuxième catégorie distinguée par M. Braibant (celle des actes sur lesquels aucun contrôle de l'erreur manifeste n'est effectué) paraît difficilement niable » (*ibid.*).

Il est du reste frappant de constater que toutes les décisions rendues jusqu'ici par le Conseil d'Etat en matière de « police générale de la sécurité publique » s'abstiennent de mentionner parmi les contrôles exercés celui de l'erreur manifeste. Si les arrêts antérieurs à la célèbre jurisprudence *Lagrange* (Cons. d'Et. 15 févr. 1961, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 121 ; *Act. jur.*, D.A., 1961. 200, chron. Galabert et Gentot) sont peu pertinents à cet égard, les décisions rendues après 1961 sont concordantes (Cf. notamment Cons. d'Et. 29 mai 1963, *Malpellil*, *Rec. Cons. d'Et.*, Tables, p. 946 ; 31 janv. 1964, *Epoux Bonjean*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 73 ; 22 avr. 1966, *Tochou*, *ibid.*, p. 279 ; D. 1966. 504, note Dran ; *Rev. dr. publ.* 1966. 584, concl. Galmot ; *Rev. admin.* 1966. 277, note Liet-Veaux ; 18 juill. 1973, *Monus*, préc.).

2. — Cependant, trois ans après avoir affirmé l'existence d'un contrôle « infra minimum », le commissaire du Gouvernement Braibant, dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, a pris le contre-pied de sa position antérieure. Après un rappel de la jurisprudence et de la répugnance du juge à contrôler les motifs ayant justifié les mesures arrêtées en matière de police des étrangers, il ajoute : « Le moment nous paraît venu d'aller au-delà de cette jurisprudence traditionnelle (...). Le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste, c'est-à-dire à la fois apparente et grave ».

Conformément à cette suggestion, le Conseil d'Etat, dans un considérant dont le caractère de « principe » est indéniable, a accepté de contrôler l'existence d'une erreur manifeste dont il a constaté l'absence en l'espèce. Et l'on voit mal pourquoi cette jurisprudence ne serait pas désormais étendue à toutes les matières que l'on classait traditionnellement dans le domaine dit de haute police. Aucune considération théorique ne s'oppose plus à ce que le Conseil d'Etat exer-

ce pleinement un contrôle juridictionnel minimum en matière de dissolution d'associations étrangères, d'assignation à résidence, d'expulsion, etc... Du reste, dans un jugement *Schoenmann*, rendu le 9 juin 1971, le tribunal administratif de Paris avait déjà estimé que l'interdiction de pénétrer sur le territoire français faite à un Américain, secrétaire général du Tribunal Bertrand Russel, était légale en l'absence d'erreur de droit, d'erreur de fait et d'erreur manifeste (*Rec. Cons. d'Et.*, p. 862) ; et le Conseil d'Etat lui-même avait accepté dans son arrêt *Mihoubi Mohand Tayeb* de contrôler l'« urgence absolue » en matière d'expulsion des étrangers (16 janv. 1970, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 24), signe avant-coureur de la décision de 1973.

Il est difficile de savoir ce qui a conduit la Haute juridiction à modifier ainsi sa position. Peut-être faut-il y voir le reflet des inquiétudes nourries dans certains milieux vis-à-vis de l'« abandon des libertés » et de la sévérité accrue manifestée envers les étrangers, surtout depuis 1968 ? En tout cas, cet arrêt met partiellement fin à une situation choquante. On s'expliquait mal en effet pourquoi le Conseil d'Etat, qui acceptait de contrôler par le biais de l'erreur manifeste les garanties offertes par un candidat à l'exercice d'une fonction (5 nov. 1965, *Marion*, *Act. jur.*, D.A., 1966. 315), la qualification professionnelle des médecins (24 avr. 1964, *Conseil de l'Ordre des médecins*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 986 ; 5 janv. 1966, *ministre de la santé publique*, *Rec. Cons. d'Et.*, Tables, p. 1070) ou même les problèmes posés par l'emploi de la gomme arabe comme stabilisateur dans les crèmes glacées (6 nov. 1963, *Soc. Iranex*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 523), refusait d'exercer ce contrôle en ce qui concerne l'exercice de libertés essentielles. « Un ministre, et souvent même un directeur ou un chef de bureau agissant par délégation, peuvent interdire un ouvrage de l'esprit dès lors qu'il est de provenance étrangère sans l'intervention d'un organisme consultatif et sans procédure contradictoire. Le contrôle juridictionnel est la contrepartie nécessaire d'un pouvoir aussi exorbitant » (concl. Braibant).

La solution retenue par le Conseil d'Etat s'imposait d'autant plus que la discrimination existant dans les textes législatifs ou réglementaires entre nationaux et ressortissants étrangers en matière de libertés publiques est particulièrement regrettable dans le contexte international actuel. Elle est contraire à l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Convention européenne de 1950 ou des pactes conclus sous les auspices des Nations unies en 1966, et parfois même à leur lettre ; ces instruments, il est vrai, ne sont pas contraignants pour la France, mais on peut se demander si elle ne va pas aussi à l'encontre de certaines dispositions du Traité de Rome (Cf. pour une réponse négative, Trib. admin. Paris, 16 mars 1971, *Garot*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 840, à propos précisément de l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881). Quoi qu'il en soit, s'il n'appartient pas au juge administratif de modifier les textes législatifs, ou réglementaires, on ne peut qu'approuver son souci de les interpréter dans un sens restrictif lorsqu'ils portent atteinte à l'exercice de certaines libertés. A cet égard, l'arrêt commenté constitue un progrès sensible.

3. — Il paraît cependant difficile d'approuver ce progrès sans réserve.

Le danger de la solution retenue tient dans la très grande marge d'appréciation que le juge se reconnaît dans le contrôle de l'erreur manifeste. Celle-ci doit être en principe tellement évidente et grossière que n'importe quelle personne normalement éclairée doit pouvoir la constater ; mais, en fait, elle laisse une très large place à l'appréciation subjective du juge et repose souvent sur des raisonnements complexes, en particulier en matière d'équivalence d'emplois dans la fonction publique (Cf. Cons. d'Et. 15 févr. 1962, *Lagrange*, préc., ou 15 avr. 1970, *Minier*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 250) et de remembrement (Cf. par exemple Cons. d'Et. 20 déc. 1968, *Gindre*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 669). La difficulté qu'ont les plaideurs et les commissaires du Gouvernement à établir l'existence d'une erreur manifeste de qualification en témoigne, de même que les divergences d'opinions entre ces derniers et la formation contentieuse (ce n'est pas la première fois qu'elle se produit entre M. Braibant et le Conseil d'Etat. — V. Cons. d'Et. 13 nov. 1970, *Lambert*, et la chron. de MM. Labetoulle et Cabanes préc.). L'opération consistant à passer de l'arbi-

traire de l'Administration à celui du juge n'est pas forcément positive.

A première vue, la seule solution valable serait de supprimer la notion même de pouvoir discrétionnaire. Le contrôle normal présente en effet le double et paradoxal avantage d'obliger d'une part l'Administration à une circonspection accrue dans la prise de décision et d'autre part le juge à un contrôle plus détaillé, plus rigoureux et, par suite, donnant davantage de garanties aux justiciables. A cela, on pourrait opposer que le pouvoir discrétionnaire est reconnu à l'Administration non par le juge, mais par le constituant ou le législateur selon qu'il estime nécessaire ou non de borner son pouvoir dans tel ou tel domaine. Une telle opinion tient davantage compte de la théorie que de la pratique ; la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée ne repose sur aucun critère objectif ; la preuve en est la facilité avec laquelle le juge passe de l'un à l'autre selon les périodes et les circonstances (V. J.-Y. Vincent, *op. cit.*, p. 414 s. et les exemples cités), à tel point que l'on a écrit « qu'à côté de ce que l'on pourrait appeler un pouvoir lié par la loi, il existe un pouvoir lié par le juge » (A. de Laubadère, *Traité élém. de droit administratif*, t. 1, n° 402).

En vérité, on peut se demander si la solution de ce problème complexe ne suppose pas une réappréciation fondamentale de la notion même de pouvoir discrétionnaire. D'une part, en effet, il est clair que l'action administrative ne saurait s'exercer sans une certaine souplesse et que cette nécessité est plus ou moins impérieuse selon les domaines. D'autre part, les dangers de l'erreur manifeste conduisent à douter que cette notion constitue un « compromis » satisfaisant (expression utilisée par J.-Y. Vincent, *ibid.*, p. 418 s., et reprise par M. Braibant dans ses conclusions sur cette affaire). La théorie du pouvoir discrétionnaire, bien mal nommée, loin d'être une doctrine de l'illimitation implique non pas l'arbitraire de l'autorité administrative, mais seulement un plus large éventail de choix dans les solutions qu'elle peut légalement adopter.

Le problème est dès lors de ne pas limiter abusivement la possibilité des choix possibles tout en ayant recours au contrôle normal comprenant celui de la qualification juridique des faits, de l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs, contrôle que ne permet qu'imparfaitement le recours à l'erreur manifeste.

Si l'on veut bien admettre qu'un pouvoir est discrétionnaire lorsque son exercice n'est soumis à aucune condition spécifique, propre au domaine dans lequel il s'exerce, il est certain que tel est le cas du pouvoir que le ministre de l'Intérieur tient de l'art. 14 de la loi du 29 juill. 1881. Mais rien n'empêche de considérer que si le ministre peut invoquer n'importe quel motif, celui-ci doit être de nature à justifier l'interdiction ; rien n'empêche que la juridiction administrative le contrôle pleinement notamment par le biais de la vérification de la qualification juridique. Ou plutôt si, un obstacle demeure : la jurisprudence du Conseil d'Etat encore hésitante en ce qui concerne l'obligation faite à l'Administration d'indiquer les motifs de ces décisions. Cette exigence s'impose de manière spéciale dans les cas où l'Administration dispose d'une compétence discrétionnaire et constitue la véritable condition d'exercice du pouvoir de contrôle qui doit revenir au juge.

Puisque dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat accepte de contrôler l'existence d'une erreur manifeste de qualification, c'est qu'un tel contrôle est possible, qu'il peut s'exercer par rapport à quelque chose ; et c'est en effet par rapport aux motifs spontanément fournis par le ministre que M. Braibant proposait de se placer. Il n'y a aucune raison, dans des matières aussi fondamentales que l'exercice des libertés — y compris par les étrangers — de reconnaître à l'Administration le droit de se tromper, fût-ce de manière marginale, non manifeste.

Il n'en reste pas moins que, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'arrêt Société « Librairie Maspéro » constitue un progrès non négligeable et il n'est pas interdit d'espérer que la généralisation du contrôle de l'erreur manifeste prélué à celui de la qualification juridique sans restriction. Si tel est le cas, cette décision aura constitué une nouvelle et importante étape vers le renforcement de l'Etat de droit.

Une dernière remarque enfin : l'édition « française » de la revue *Tricontinental* a été interdite le 27 janv. 1969 ; est-il raisonnable que la décision juridictionnelle définitive se prononçant sur la légalité de cette interdiction intervienne le 2 nov. 1973, soit quatre ans et neuf mois plus tard ? Ce délai s'accorde bien mal avec l'idée même d'un Etat de droit.

Alain PELLET,
Docteur en droit,
Assistant à l'Université de droit,
d'économie et de science sociale de Paris.

(3° CH. CIV.)

COUR DE CASSATION

18 mars 1974

CONTRAT D'ENTREPRISE, Forfait, Caractère immuable, Exception, Autorisation écrite, Architecte, Erreurs de plans.

En vertu de l'art. 1793 c. civ., il n'est fait exception au caractère immuable du prix forfaitairement fixé par les parties pour la construction d'un bâtiment, qu'au cas où le maître de l'ouvrage a, par écrit, autorisé des « changements ou augmentations » et accepté le nouveau prix (1) ;

Doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner le maître de l'ouvrage à payer à l'entrepreneur, pour prix des travaux de construction d'un immeuble, une somme supérieure à celle que les parties avaient forfaitairement fixée, estime que l'augmentation du coût de l'ouvrage entraînée par la nécessité d'une surépaisseur des planchers était due à l'erreur commise dans les plans établis par les architectes et soumis à l'entreprise, ce qui rendait inapplicables les dispositions exceptionnelles de l'art. 1793 (2).

Nouv. Rép., v° *Contrat d'entreprise*, n°s 46 s., 54 s.
Rép. civ., 1^{re} éd., v° *Entreprise*, par G. Minvielle, n°s 5 s.

(S.C.I. du Coudray C. Soc. anon. Union des Travaux et d'Entreprises et autres.) — ARRÊT

LA COUR : Sur le moyen unique : — Vu l'art. 1793 c. civ. ; — Attendu qu'en vertu de ce texte, il n'est fait exception au caractère immuable du prix forfaitairement fixé par les parties pour la construction d'un bâtiment qu'au cas où le maître de l'ouvrage, a, par écrit, autorisé des « changements ou augmentations » et accepté le nouveau prix ; — Attendu que pour condamner la Soc. civ. immob. du Coudray à payer à la Soc. Union des Travaux et d'Entreprises, pour prix des travaux de construction d'un immeuble, une somme supérieure à celle que les parties avaient, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2° ch., 12 juill. 1972), forfaitairement fixée, les juges du second degré ont estimé que l'augmentation du coût de l'ouvrage entraînée par la nécessité d'une surépaisseur des planchers était due à l'erreur commise dans les plans établis par les architectes et soumis à l'entreprise, ce qui rendait inapplicables les dispositions exceptionnelles de l'art. 1793 ; — Attendu qu'en statuant ainsi la Cour d'appel a, par refus d'application, violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, casse..., renvoie devant la cour d'appel de Reims.

Du 18 mars 1974. - 3° Ch. civ. - MM. Costa, pr. - Mestre, rap. - Tunc, av. gén. - George et Pradon, av.

NOTE. — (1 et 2) V. conf. Civ. 3°, 25 oct. 1972 (D. 1973. 495, note J. Mazeaud).

RECUEIL DALLOZ

SIREY

Rédacteur en chef : André DUNES — Rédacteur : Jean LAHILLE

Chronique

Joël RIDEAU, professeur agrégé des Facultés de droit. — *Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux.*

Notes

Jacques GHESTIN, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). — *La définition de la connexité en matière de compensation.* — Note sous Ch. com. 4 juill. 1973, p. 425.

Jacques GHESTIN, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). — *Elargissement de la notion de connexité en matière de compensation.* — Note sous Ch. com. 4 juill. 1973, p. 426.

Jacques GHESTIN, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). — *Fondement du régime particulier des obliga-*

tions connexes en matière de compensation. — Note sous Ch. com. 2 juill. 1973, p. 427.

Roland TENDLER, maître-assistant au Centre universitaire du Haut-Rhin. — *La responsabilité des agences de renseignements.* — Note sous Ch. com. 30 janv. 1974, p. 428.

Jean-Paul GILLI, professeur aux Universités de Nice et de Paris-Dauphine. — *La compatibilité des déclarations d'utilité publique avec les schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme.* — Note sous Cons. d'Et. 22 févr. 1974, p. 430.

Alain PELLET, docteur en droit, assistant à l'Université de droit, d'économie et de science sociale de Paris. — *Le glas de la théorie dite du « domaine de haute police » : légalité du décret du 6 mai 1939 ; sens de l'expression « journaux et écrits de provenance étrangère » ; extension du contrôle de l'erreur manifeste.* — Note sous Cons. d'Et. 2 nov. 1973, p. 432.

SOMMAIRE

I. — Jurisprudence

Animaux , Dégâts, Gibier, Propriétaire, Responsabilité, Condition, Quantité anormale. — 2 ^e Ch. civ. 4 janv. 1974	Somm. 88
Brevets d'invention , Concession de licence, Fin du contrat, Résiliation, Règlement judiciaire du licencié. — Trib. grande inst. de Paris, 7 mars 1974	Somm. 85
Chasse , Détenteur du droit de chasse, Responsabilité, Gibier, Dégâts, Animaux en nombre excessif. — 2 ^e Ch. civ. 4 janv. 1974	Somm. 88
Compensation , Dettes connexes, Contrat unique, Liquidation des biens, Dessaisissement du débiteur. — Ch. com. 4 juill. 1973. — Note de M. J. Ghestin	J. 425
— Dettes connexes, Résolution du même contrat, Liquidation des biens. — Ch. com. 4 juill. 1973. — Note de M. J. Ghestin	J. 426

Construction - urbanisme , Schémas directeurs, Programmes et décisions administratives, Compatibilité, Grands travaux d'équipement, Autoroute. — Cons. d'Et. 22 févr. 1974. — Note de M. J.-P. Gilli . J.	430
Contrat d'entreprise , Forfait, Caractère immuable, Exception, Autorisation écrite, Architecte, Erreurs de plans. — 3 ^e Ch. civ. 18 mars 1974	J. 436
Faillites , Créances, Vérification, Délai de production, Expiration, Admission définitive, Irrévocabilité, Exception, Trésor et sécurité sociale, Retard, Inaction des services, Relevé de forclusion (non). — Grenoble, 29 janv. 1974	Somm. 85
— Créances, Vérification, Forclusion, Demande principale irrecevable, Demande reconventionnelle, Objet, Droits distincts, Recevabilité, Créan-	

cier, Créance produite tardivement, Compensation, Impossibilité, Créance simplement éventuelle. — Aix-en-Provence, 23 avr. 1974 . Somm.	86
— Créances, Vérification, Instance antérieure, Demande principale irrecevable, Demande reconventionnelle, Absence d'autonomie, Irrecevabilité. — Aix-en-Provence, 7 mai 1974	Somm. 85
— Créances, Vérification, Procédure d'ordre public. — Aix-en-Provence, 23 avr. 1974	Somm. 86
— Créances, Vérification, Production tardive, Procédure antérieure, Pour-suite (non), Créance, Tribunal, Admission provisoire à 1 F (non). — Aix-en-Provence, 23 avr. 1974.	Somm. 86

(suite page 2 de la couverture)