

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 96 (1977)

Artikel: La bonne foi en droit public

Autor: Picot, François

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896325>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 30.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La bonne foi en droit public

Rapport présenté par FRANÇOIS PICOT

Docteur en droit

Avocat au Barreau de Genève

Table des matières

Chapitre premier

Le problème	119
-----------------------	-----

Chapitre II

La bonne foi en droit civil	132
---------------------------------------	-----

Chapitre III

Evolution de la jurisprudence sur la bonne foi en droit public	142
--	-----

Chapitre IV

La place et la portée du principe de la bonne foi dans le droit public – Légalité – Intérêt public et sécurité du droit	172
--	-----

Chapitre V

Bonne foi – Droit constitutionnel – Politique	189
---	-----

Notice bibliographique	197
----------------------------------	-----

Chapitre premier

Le problème

1. Un ami auquel je confiai que j'étais en train de préparer un rapport sur «la bonne foi en droit public» m'a dit: «Comme il doit être difficile de rédiger un travail sur quelque chose qui n'existe pas.»

Cela m'a remis en mémoire une anecdote entendue à Bâle, au temps de mes études: un professeur de droit civil interroge son collègue du droit public sur le sujet du cours qu'il vient de donner à ses étudiants. La réponse est: Steuerrecht. Et le civiliste de rétorquer: Es gibt kein Steuerrecht, es gibt nur Steuerwillkür.

La réaction de mon ami exprime une opinion bien souvent latente non seulement dans le public, mais même chez bien des juristes. Ce sentiment logé au cœur de beaucoup c'est que les pouvoirs publics, les autorités, l'Etat, toutes ces grandeurs abstraites dont on parle dans les journaux sont qualifiées du vocable «ils». «Ils» c'est une combinaison de technocrates et de politiciens qui parviendront toujours à leur fin et face à cette engeance, le malheureux citoyen sera toujours trompé quoi qu'il fasse.

Cet état d'esprit n'est pas nouveau; il n'est que de consulter les anciennes collections de Libelles, Pamphlets, caricatures du XIX^e siècle, pour s'en persuader. Je ne citerai qu'un exemple pris dans mon canton, les caricatures d'Adam Toepffer et la collection du «Carillon de Saint-Gervais» de l'époque du Kulturkampf. Ces états d'esprit étaient peut-être sans trop de conséquences en un temps où l'importance du corps des fonctionnaires était moindre qu'à l'heure actuelle et où les domaines d'intervention de l'Etat étaient plus limités.

Actuellement, citer l'aménagement du territoire, le développement de l'enseignement, les assurances sociales, la fiscalité, pour ne prendre que quelques domaines, permet de démontrer combien le citoyen se trouve en contact plus fréquent avec l'Etat. Dans ces diverses sphères d'activité, le Parlement édicte des lois, l'Administration rédige des règlements et le citoyen constate que sa liberté personnelle est de plus en plus limitée par les règles qu'il rencontre à tout moment dans son activité. La législation ne tient plus dans un

ou deux volumes, mais nécessite les 24 volumes du Recueil systématique dont les suppléments doivent être souvent classés si l'on veut se maintenir à jour. A ces volumes déjà nombreux, il faut ajouter ceux de nos lois cantonales, sans compter les nombreuses circulaires, instructions administratives, formules ad hoc qu'il faut connaître si l'on veut qu'une démarche parfois mineure soit faite dans les formes et ait quelque chance de parvenir au lieu où elle provoquera, peut-être, un résultat. Le nombre de situations dans lesquelles l'attitude de méfiance des citoyens peut se manifester est donc infiniment plus grand qu'au temps d'Adam Toepffer.

Il faut dire aussi que le fonctionnaire, c'est le corollaire des constatations précédentes, a vu son domaine d'intervention s'élargir, ses compétences sont souvent vastes et ses supérieurs (en dernière analyse les citoyens) attendent de lui qu'il réalise certaines tâches dans un délai déterminé. Comment s'étonner dans ces conditions si certains d'entre eux sont parfois atteints d'une attitude de méfiance à l'égard des citoyens et ont tendance dans quelques circonstances à remplacer le dialogue (dont ils ont l'impression qu'il n'aura pour effet que de faire traîner les choses en longueur) par une attitude d'autorité ou même de roublardise.

Cette attitude de méfiance des uns et des autres est grave, car elle paralyse l'Etat dans des tâches essentielles et engendre un climat de mécontentement qui se répercute dans les domaines les plus divers de la vie publique.

Cette atmosphère de méfiance et de mécontentement, il faut bien le relever, ne provient pas uniquement des rapports de droit entre le citoyen et l'Administration. Elle a sa source également dans la carence et les erreurs vraies ou supposées de l'Autorité qu'elle soit administrative ou politique. Elle est issue de manque de prévoyance, de scandales, de fautes comme il s'en produit dans toute administration humaine.

Cette méfiance est d'autant plus grave que notre époque implique que des décisions difficiles et lourdes de conséquences soient prises dans des domaines délicats. Nous pensons notamment à tous les problèmes liés à l'énergie en général et à l'énergie nucléaire en particulier, à la protection de l'environnement, au rôle des ordinateurs dans l'Administration et à la protection du droit de la personnalité. Ces décisions, pour être prises sereinement et dans l'intérêt de tous, postulent un dialogue loyal entre l'Autorité, l'Administration et le citoyen. La confiance qui doit régner entre les autorités et les citoyens est essentielle pour l'atmosphère d'un pays¹.

¹ KARL JASPERS, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, p.203: «Im Rechtsstaat herrscht Vertrauen, im Gewaltstaat allseitiges Mißtrauen.»

Si les causes de cette méfiance ne sont, comme nous l'avons vu, pas uniquement juridiques, ce n'est pas par un principe de droit que l'on pourra restaurer cette confiance. Mais les principes dont nous allons parler dans nos débats n'ont pas leur source uniquement dans le droit.

Il est donc très utile que la Société Suisse des Juristes ait mis le sujet de la bonne foi en droit public à l'ordre du jour de son assemblée de 1977. Nous pensons que les travaux et les discussions qu'ils susciteront pourront contribuer à créer, dans une certaine mesure, les conditions d'une confiance qui doit être maintenue, et dans certains cas restaurée.

2. Dans son étude sur le droit public non écrit, le Juge fédéral ANDRÉ GRISEL, actuellement Président du Tribunal fédéral², déclare dans les premières lignes :

«L'activité du juge est plus complexe qu'il ne le semble. A première vue, il s'agit simplement de constater des faits et d'appliquer le droit. En réalité, cette seconde opération en comprend deux : la recherche de la règle qui vise les faits constatés, puis la détermination de sa portée. Et encore ces démarches se combinent-elles plutôt qu'elles ne se succèdent. Pour repérer la règle pertinente, il importe d'en délimiter le champ d'application au moins approximativement. A l'inverse, c'est parfois en interprétant une règle que le juge se rend compte qu'elle est inapplicable.»

Après avoir décrit l'activité du juge analysant et appliquant des textes précis de droit édicté ou une coutume, il ajoute :

«La difficulté s'accroît en cas de recours aux règles qui n'appartiennent ni au droit édicté ni au droit coutumier. Leur découverte coûte au juge un effort inhabituel : il y a lieu non plus de scruter des textes ou de se renseigner sur telle ou telle pratique, mais de tirer des déductions de l'ensemble de l'ordre juridique en s'inspirant de son esprit.»

Ce texte définit très précisément l'espace infini dans lequel se situent les problèmes posés par le sujet que nous abordons. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet que le principe de la bonne foi en droit public est un principe constitutionnel. Mais aucun texte directement applicable ne définit ce principe. Il existe, il est vrai, l'article 2 du Code civil, il fait partie du titre préliminaire, mais le problème est justement de savoir jusqu'à quel point ce texte, prévu pour le droit civil, peut s'appliquer dans le droit public. En droit public, on peut se poser la question d'une référence à l'article 4 de la

² Etude parue dans «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle 1972, p.139.

Constitution fédérale, mais il est difficile d'en déduire des règles précises sur la bonne foi. On peut aussi admettre que ce principe doit plutôt se définir par référence aux règles fondamentales du droit, aux règles générales appliquées dans tout Etat fondé sur le droit.

Si nous cherchons la solution dans l'idée même de bonne foi, nos difficultés ne sont pas toutes résolues car nous sommes en présence d'une notion très générale, d'une «Generalklausel» qui ne saurait être appliquée sans que par approches successives nous établissions comment elle peut se concrétiser pour pouvoir être utilisée comme règle de droit dans des situations données.

En abordant ce terrain des clauses générales et du droit non écrit, nous nous heurtons au scepticisme et nous suscitons le sourire de bien des praticiens pour lesquels «tout est dans la loi» et qui considèrent que les réflexions sur la bonne foi tiennent plus du domaine de la morale que de celui du droit. Tout au plus pour ceux-ci la bonne foi est-elle un moyen que l'on invoque en dernier ressort si l'on n'en a trouvé aucun autre dans le droit édicté pour se tirer d'affaire dans un procès difficile. Les travaux de l'Assemblée de notre société montreront à ceux qui en douteraient l'intérêt doctrinal et la portée pratique de ces questions.

3. En voulant préciser, dans une première approche, ce qu'est la bonne foi, nous devons d'emblée comme rapporteur de langue française donner une précision. Si elle était omise le sens de nos réflexions en serait faussé.

Dans le texte français du titre préliminaire du Code civil le mot bonne foi intervient une première fois à l'article 2:

«Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.»

Le terme revient à l'article 3:

«La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit.

Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui.»

La seule différence entre les deux expressions de la bonne foi est qu'à l'article 2 il est question des «règles de la bonne foi» alors qu'à l'article 3 on parle simplement de «bonne foi».

Par cette différence, les rédacteurs de langue française du Code civil ont cherché à rendre de manière imparfaite les termes différents

que la langue allemande emploie dans l'un et l'autre article. Le texte allemand porte à l'article 2 «Treu und Glauben», à l'article 3 le mot «guter Glaube».

Les deux notions ont certes des liens entre elles, elles ne se recouvrent pas.

A l'article 2 l'expression «Treu und Glauben» qui est traduite par «les règles de la bonne foi» a quelque chose de plus large que le simple mot «bonne foi». Nous allons dans le paragraphe suivant définir ce terme plus avant. Disons simplement ici qu'il s'agit de la bonne foi conçue comme une règle intervenant dans un rapport juridique et prescrivant un certain comportement entre deux ou plusieurs personnes. Ce comportement est déterminé par les idées de fidélité, de loyauté et de confiance qui se trouvent dans l'expression «Treu und Glauben». C'est cette expression qui va servir de base aux réflexions du présent travail comme le titre allemand l'indique. Cette bonne foi est définie par la doctrine comme la bonne foi objective. Elle est à la fois norme de comportement pour les parties et principe d'interprétation du rapport juridique.

L'expression bonne foi de l'article 3 du Code civil exprime une notion très différente, il s'agit de l'ignorance excusable d'un fait. Comme le dit le professeur DESCHENAUX :

«Etre de bonne foi c'est tenir pour vrai ce qui ne l'est pas, ou régulier ce qui est entaché d'un vice, en se fondant sur le dire d'autrui ou sur certaines données de fait.»

Comme l'a relevé le professeur JÄGGI dans son commentaire à l'article 3, s'il y a un lien entre les deux notions et si la bonne foi de l'article 3 trouve sa racine dans la notion de «Treu und Glauben» de l'article 2, il y a lieu de les distinguer et la bonne foi au sens de l'article 3 est qualifiée de bonne foi subjective³.

4. Quelles sont les origines des règles de la bonne foi, de la «Treu und Glauben» que le législateur a placée à l'article 2 du Code civil ?

L'histoire en a été exposée dans l'ouvrage désormais classique du professeur W. BÜRGI paru à Berne en 1939. D'autres éléments très intéressants se trouvent dans la thèse de MARCEL BAUMANN «Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht» de Zurich en 1952. Nous n'entendons pas refaire toutes ces démonstra-

³ Sur ces différentes notions voir HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, p.137 et 197; HANS MERZ dans le Commentaire bernois, Bd.I: Einleitung, Bern 1962, ad. art.2, N° 82 et PETER JÄGGI, ibidem, ad. art.3, N°s 18 et 49, ainsi que la thèse française de ROBERT VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français, Bordeaux 1939, p.41.

tions, mais dans ce premier chapitre nous entendons éclairer, à l'aide de deux auteurs de l'Antiquité, certains des contours de cette notion de bonne foi. Leur influence à travers le Moyen-Age et la Renaissance se manifeste encore jusqu'à nous.

Si l'on admet dans un ordre juridique que les règles de la bonne foi doivent jouer un rôle comme normes de comportement pour les parties, ces règles, par ce fait même, devront également être considérées par ceux qui doivent interpréter ce rapport juridique. L'observation des règles de la bonne foi servant alors de normes d'interprétation, permettant au besoin de compléter, voire dans certaines circonstances de corriger les règles contractuelles ou légales. Le problème se pose alors de savoir si nous n'introduisons pas dans l'interprétation de la loi un élément qui n'est pas entièrement compris dans la loi, ce qui pose tout le problème des rapports de la justice et de l'équité.

Aristote, au livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, étudie la notion de justice et d'injustice. Au chapitre X il traite des rapports entre la justice et l'équité. On est frappé, en lisant ce chapitre, de constater qu'il contient déjà tous les développements qui sont intervenus depuis lors à ce sujet. Aristote se demande si le juste et l'équitable sont identiques ou si ce sont des notions contradictoires et si le juste serait supérieur à l'équitable ou le contraire. Il continue ainsi⁴:

«Ce qui cause notre embarras, c'est que ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi. La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance. La loi n'en est pas moins bien ordonnée. La faute ne lui est pas imputable, non plus qu'au législateur; elle découle de la nature de l'action, telle étant bien exactement la matière des actes. Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi. Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste non pas au juste en soi, mais au juste qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur. La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général.»

⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduction JEAN VOILQUIN, Ed. Garnier-Flammarion, Paris 1965, p. 146.

Nous verrons par la suite que certains des termes d'Aristote se retrouveront dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Si Aristote a posé les bases du rapport philosophique entre la justice et l'équité, l'auteur qui nous paraît avoir cerné la notion de bonne foi de la manière la plus pénétrante au point de vue du droit est certainement Cicéron, formé à l'école du droit romain de la république. Il vaut la peine, au début de cette étude, de méditer un moment avec lui et son ami Atticus sur ce sujet.

Au début du «De Legibus», Cicéron, son frère et Atticus se promènent près d'Arpinium sur les rives du Liris. Atticus demande à Cicéron de leur faire un exposé sur les lois romaines. Comme Atticus lui demande: «Commence à nous développer je t'en prie ce que tu penses du droit», Cicéron se demande s'il doit faire un exposé rigoureux de droit positif ou s'il doit parler des principes qui sont à la base de la législation. Et il déclare:

«Aussi vers quel sujet m'appelles-tu ? ou quelle est la tâche à laquelle tu m'invites ? Est-ce à composer des traités sur l'écoulement des gouttières et la mitoyenneté des murs ? à rassembler des formules de contrats et de jugements ? Cela, beaucoup d'auteurs l'on fait avec conscience, et ce sont des sujets plus modestes que ceux auxquels on s'attend, je pense, de ma part.»

Son frère critique ceux «qui nous donnent plutôt des méthodes de procès que des méthodes de justice»⁵. Nous voyons que ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on oppose les paragraphes précis du droit et les principes plus généraux, parfois non écrits, qui permettent d'éclairer une situation.

C'est cependant dans son dernier ouvrage, écrit en 44 av. J.C., l'année de la mort de Jules César, alors qu'il avait dû quitter Rome où il n'était plus en sécurité, que Cicéron aborde le problème de la bonne foi et lui donne toute sa dimension.

Dès le début de l'ouvrage (VII 23), Cicéron pose immédiatement la définition:

«Or le fondement de la justice c'est la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris.»⁶

La «fides» pour Cicéron c'est tout d'abord ce «fundamentum», ce fondement de la justice qui est à la base de tout droit. Ce fonde-

⁵ CICÉRON, Traité des lois, texte et traduction par G. DE PLINVAL, Société d'édition «Les Belles Lettres», 1968, p.8 à 10.

⁶ De officiis, livre I, VII 23: «Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conuentorumque constantia et veritas.» Voir texte et traduction par MAURICE TESTARD, Société d'édition «Les Belles Lettres», 1974.

ment est-il posé dans la morale, dans la philosophie, dans le droit naturel, nous devons aborder ce problème ensuite.

Mais ce fondement, il doit se préciser dans le droit civil. Au livre III du *De officiis* Cicéron donne plusieurs exemples de procès dans lesquels les juges se sont fondés pour juger sur une formule «*ex fide bona*». On se trouve par là sur le terrain rendu familier par Gaius (livre IV 62) des actions de bonne foi:

«*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*»

Cicéron donne plusieurs exemples en partant de la situation du vendeur. Nous voyons notamment un homme qui vient d'Alexandrie en bateau à Rhodes et qui apporte une grande quantité de blé au moment où les rhodiens souffrent d'une famine. Ce vendeur sait que beaucoup d'autres bateaux ont quitté Alexandrie et vont apporter du blé, mais il arrive le premier. Doit-il ou ne doit-il pas dire aux rhodiens que d'autres bateaux vont arriver, ce qui évidemment aura une influence sur le prix auquel il pourra vendre son blé? Il prend également plusieurs exemples dans le droit immobilier, celui qui vend une maison de campagne insalubre à un acheteur qui ignore la situation. Il y a aussi la très jolie histoire de celui qui avait une demeure sur le *Caelius* et sa maison faisait obstacle à l'observation des oiseaux par les auspices qui se trouvaient sur le Capitole. Les auspices ordonnent la démolition de cet immeuble, le propriétaire qui le sait vend cet immeuble à quelqu'un qui l'ignore.

Cicéron a une formule lapidaire pour résumer toutes ces situations lorsqu'il déclare dans le *De officiis*, livre III 68:

«Où tendent ces propos? A te faire comprendre que les rusés ne plaisaient pas à nos aïeux.

Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.»

Par là nous sommes conduits à l'examen de la distinction qu'il faut faire entre la bonne foi, notion philosophique proche de celle d'*æquitas* et celle plus technique qui est à la base des formules dont parle Gaius, qui entrent dans le centre même du raisonnement juridique et dans la procédure. La différence entre ces deux notions a été étudiée d'une manière très approfondie par le professeur A. BECK dans son étude sur la bonne foi en droit romain⁷.

⁷ ALEXANDER BECK, *Die Grundprinzipien der Bona Fides im römischen Vertragsrecht*, dans *Æquitas et bona fides*, Festgabe pour A. Simonius, Bâle 1955.

Cette distinction de la bonne foi juridique en droit romain est assez bien explicitée par ROBERT VOUIN dans une thèse⁸ où il nous dit :

«A Rome les termes bona fides avaient un triple sens :

a) dans une première acception la bona fides désignait l'ignorance ou l'erreur. Il en était ainsi en matière de possession et d'usucapion ;

(Il s'agit dans ce premier sens de la bonne foi de notre article 3 CCS.)

b) dans un second sens la bona fides était l'anti-thèse du dol et de la fraude ;

c) enfin dans une troisième signification la bona fides introduit avec certains contrats et certaines actions dites de bonne foi (par opposition aux actions et contrats de droit strict) le juge statuant ex fide bona jouissait d'une plus grande liberté d'appréciation dans la détermination du contenu obligataire du contrat par la recherche de l'intention des parties, d'une plus grande liberté de moyens dans la répression des délits civils et l'organisation d'une réparation exacte en cas de violation des droits.»

On pourrait penser que Cicéron se contente de poser le principe de la bonne foi comme une des bases du droit et qu'en bon avocat, il en montre les applications dans le droit civil. On pourrait penser que le problème de la bonne foi en droit public est relativement récent et dû à notre époque de développements techniques et de pouvoirs très larges donnés à l'intervention de l'Etat.

En fait Cicéron, dans le livre I du *De officiis*, immédiatement après avoir posé la définition de la bonne foi que nous avons citée plus haut, se pose la question de savoir si cette bonne foi existe en droit public. Il examine avec quelque mélancolie les affaires publiques de son temps, prend des exemples tirés des actions de Crassus et de Jules César, ce qui l'amène à citer ces vers du poète Ennius :

«Il n'est point de société sacrée, ni de bonne foi pour la domination.»

Mais Cicéron ne s'arrête pas aux vers du poète Ennius, lorsqu'il cherche plus bas (X 32) des exemples pour l'abus de droit, c'est dans le droit public et même dans le droit international public qu'il va les chercher. Il cite tout d'abord le cas d'un officier romain qui avait conclu avec l'ennemi une trêve de 30 jours. Or cet officier dévastait la nuit le territoire de l'ennemi sous prétexte qu'on avait conclu une

⁸ ROBERT VOUIN, op. cit. en note 3, p. 29.

trêve pour 30 jours et pas pour 30 nuits. Cicéron condamne aussi un homme d'Etat romain que le Sénat avait envoyé comme arbitre entre les habitants de Nole et de Naples pour fixer les frontières entre ces deux villes. Le magistrat romain recommanda aux deux parties de ne pas se comporter avec convoitise ni avec avidité et de se retirer plutôt que d'avancer. Quand l'un et l'autre des adversaires l'eurent fait, un territoire assez considérable se trouva abandonné entre les deux villes. L'arbitre attribua ce territoire au peuple romain et Cicéron de conclure :

«Ceci c'est tromper et non point juger. Aussi en toute affaire faut-il proscrire cette habileté.» (De Officiis I. 33)

Ainsi pour Cicéron déjà le principe de la bonne foi en droit public était un postulat. Certes, il admettait que sa réalisation se heurtait à bien des obstacles, mais pour lui ce postulat faisait partie intégrante de cette «fides», fondement de la justice. Nous pouvons ainsi peu à peu, en nous aidant des textes d'Aristote et de Cicéron, mettre un peu d'ordre dans les idées de justice, d'équité et de bonne foi qui sont apparues au cours de nos lectures. Nous n'osons pas souvent aborder cette idée de justice, nous l'estimons si élevée que nous la repoussons dans un monde inaccessible. Il serait utile de revenir à nos auteurs anciens pour lesquels la justice est certes une vertu très élevée, mais une vertu qui doit se réaliser dans les rapports entre les hommes et dans la vie de la cité. Cette justice dépasse la simple justice des lois, mais elle doit tout de même servir de règle de comportement aux humains.

Si nous reprenons Aristote, dans le chapitre I de ce livre V de l'Ethique à Nicomaque, nous y trouvons la phrase suivante (paragraphe 8):

«Cherchons donc dans combien de cas on peut dire de quelqu'un qu'il est injuste. L'homme injuste est, semble-t-il, aussi bien celui qui agit contre la loi que celui qui veut posséder plus qu'il ne lui est dû, et même aux dépens d'autrui. Aussi est-il évident que le juste sera celui qui se conforme aux lois et à l'égalité. Le juste nous fait nous conformer aux lois et à l'égalité; l'injuste nous entraîne dans l'illégalité et l'inégalité.»

Si haute qu'elle soit, la justice doit également s'accomplir dans la politique. On peut citer au même livre, au paragraphe 15, le texte suivant:

«La justice ainsi entendue est une vertu complète, non en soi, mais par rapport à autrui. Aussi, souvent, la justice semble-t-elle la plus importante des vertus et plus admirable même que l'étoile du soir et que celle du matin. C'est ce qui fait que nous employons couramment ce proverbe: <La justice contient toutes les autres vertus.>

Elle est une vertu absolument complète parce que sa pratique est celle de la vertu accomplie. Or ce caractère de vertu accomplie provient du fait suivant : celui qui la possède peut manifester sa vertu également à l'égard d'autrui et non seulement par rapport à lui-même. Bien des gens, en effet, peuvent pratiquer la vertu, en ce qui les concerne personnellement, mais sont dans l'impossibilité de la manifester en ce qui concerne autrui. De là la justesse du mot de Bias : « C'est la fonction qui fera juger l'homme. » L'homme qui exerce une charge publique, en effet, est immédiatement en rapport avec autrui et participe à la communauté civile. Cette raison même fait que, seule de toutes les vertus, la justice paraît être un bien qui ne nous est pas personnel, puisqu'elle intéresse les autres. N'accomplit-elle pas ce qui leur est utile, qu'il s'agisse des magistrats ou du reste des citoyens ? »

Cette justice, si elle est présente dans l'éthique et si elle est présente dans la politique, doit se concrétiser dans les lois.

Comme nous l'avons vu en étudiant les textes de Cicéron, elle se manifeste dans le droit privé, mais elle est également un postulat qui doit se réaliser dans le droit public.

Mais ces lois ne seront qu'une concrétisation partielle de l'idée de justice et cette idée de justice doit réapparaître dans la loi, du côté du juge par la notion d'équité et du côté des parties, et du juge également, par l'application des règles de la bonne foi.

Le droit positif ne contenant pas tout le droit et les notions sur lesquelles nous travaillons, d'équité et de bonne foi, créant en quelque sorte le lien entre le droit positif et ce qui, tout en intervenant dans le domaine du droit, n'est pas véritablement du droit, nous amène à nous poser le problème du droit naturel. Des bibliothèques entières ont été écrites sur ce sujet et nous n'entendons pas le résoudre à nouveau. Aux pages 17 à 53 de l'ouvrage de W. BÜRGi que nous avons cité, nous trouvons des réflexions extrêmement intéressantes sur l'influence du droit naturel sur les idées de bonne foi et d'équité.

Sur ce problème cependant, il faut également revenir aux origines de la pensée sur le droit et la justice et reprendre l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote.

Au chapitre VII du livre V sur la Justice, nous avons ce passage auquel on s'est souvent référé et qu'il nous semble nécessaire de reproduire à nouveau pour bien fixer les bases de notre réflexion. Aristote s'exprime ainsi sur le droit naturel :

« Une partie du droit politique est d'origine naturelle, l'autre, fondée sur la loi. Ce qui est d'origine naturelle est ce qui, en tous lieux, a le même effet et ne dépend pas de nos diverses opinions ; quant à ce qui est fondé sur la loi – que les origines en aient été telles ou telles – peu importe ; ce qui importe, c'est de le constater, une fois les lois établies, comme

lorsqu'il s'agit de payer une rançon d'une mine pour un captif, ou de sacrifier à Zeus une chèvre et non deux brebis; ajoutons aussi ce que la loi prescrit pour tous les cas particuliers, par exemple de sacrifier à Brasidas et tout ce qui est prescrit par des sortes de décrets. Quelques-uns s'imaginent que, dans le droit politique, tout a ce caractère d'être déterminé par des lois variables. En voici la raison; ils voient que ce qui est naturel est immuable et a partout le même effet: le feu, par exemple, qui brûle aussi bien ici que dans le pays des Perses; au contraire, ils constatent que le droit est toujours changeant. Il n'en va pas exactement ainsi et ce n'est vrai qu'en partie; si, pour les dieux, les choses se passent autrement, chez nous, les hommes, il y a des choses naturelles, qui toutes sont susceptibles de changement, ce qui n'empêche pas que certaines soient fondées sur la nature, d'autres non. Il est facile, par conséquent, de discerner ce qui appartient à la nature, parmi ce qui est susceptible de changer et ce qui ne l'est pas et se trouve être fondé sur la loi et les conventions, quand bien même ces deux catégories de choses seraient également changeantes.»

Ce texte a été commenté récemment par un philosophe français, M. JULIEN FREUND, dans plusieurs ouvrages⁹.

Pour M. JULIEN FREUND, le droit n'est pas une essence. C'est-à-dire qu'il n'est pas un élément premier de la vie sociale. Il estime que tant dans l'ordre historique que dans l'ordre logique le droit n'est qu'un élément second qui intervient dans la vie sociale comme une mise en ordre par le pouvoir politique de certaines règles de la morale auxquelles ce pouvoir politique, qui a la force, donne une valeur contraignante.

Le droit est formé par la décision du pouvoir politique, mais ce pouvoir lui-même ne peut agir, s'il veut faire œuvre durable, sans tenir compte des règles de la morale en usage dans le peuple auquel le droit doit s'appliquer au moment de cette application.

Selon cette conception, le droit positif est l'effet d'une dialectique, on peut dire aussi d'une médiation, on pourrait parler d'un dialogue ou d'un compromis entre la politique d'une part et l'éthique de l'autre. En partant de cette définition, qu'il reconnaît comme étant partielle, et ne donnant que certains aspects de notre discipline, que le droit est la dialectique entre la politique et l'éthique, M. JULIEN FREUND reprend dans une certaine mesure les thèses du droit naturel, mais d'un droit naturel qu'on pourrait appeler «droit naturel à contenu variable» qui n'a rien de fixe et d'immuable, qui est comme le principe du juste, le «richtiges Recht» de STAMMLER. Dans ce

⁹ JULIEN FREUND, *Droit et politique, Essai de définition du droit*, Archives de philosophie du droit, N° 16, Paris 1971, p.17 et ss.; *idem*, *Le droit d'aujourd'hui*, PUF, dossier Logos, 1972; *idem*, *L'essence du politique*, Thèse de l'Université de Paris, 1965; *idem*, *Qu'est-ce que la politique?*, Editions du Seuil, 1965.

contexte d'idées, M. JULIEN FREUND commente de la manière suivante le texte d'Aristote sur le droit naturel (article cité dans les archives de philosophie du droit, page 26):

«La conception du droit naturel dont je me fais l'avocat ici est plus proche de celle d'Aristote, à laquelle les jusnaturalistes des époques postérieures se sont sans cesse référés, mais en l'interprétant fausement. Tout d'abord l'idée qu'Aristote se fait de la nature n'a rien de commun avec la réalité immuable des jusnaturalistes dont on pourrait déduire le droit naturel au même titre que les lois naturelles de la science. En effet, la nature est pour lui finalité (Politique 1.2.1952 b 32).

Ce qui veut dire que chaque être ou chose a sa nature qui se détermine par sa fin propre au sens où elle ne s'accomplit que par la Praxis. C'est à la lumière de cette conception de la nature qu'il faut lire le célèbre paragraphe de l'Éthique à Nicomaque où il distingue le droit d'origine naturelle et celui qui est fondé sur la loi. A son avis le droit positif n'englobe pas tout le droit, de sorte qu'il est parfois nécessaire de corriger les lois établies par le droit naturel selon les exigences de l'équité et réaliser ainsi le telos du droit. Certes il reconnaît qu'il existe un droit immuable, mais c'est celui des dieux et non des hommes. Au contraire le droit naturel est variable comme le droit positif, mais à la différence de ce dernier qui peut établir n'importe quelle loi, même injuste, et de ce fait être en opposition avec le telos du droit, le droit naturel a pour fonction de rétablir la loi dans son telos suivant la nature des choses, suivant l'heure.»

Tout le problème qui fait l'objet du présent travail est de nous rendre compte comment, dans notre droit suisse, s'est effectué, sur la notion de bonne foi, ce dialogue entre la morale et la politique et quelles sont les règles, tant légales que jurisprudentielles, qui en sont issues dans le domaine du droit civil et dans celui du droit public.

Le principe de la bonne foi s'étant en droit suisse concrétisé d'abord dans le droit civil, nous résumerons tout d'abord les principes essentiels selon lesquels la bonne foi s'est manifestée dans le droit civil. Nous passerons ensuite à son développement un droit public et dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nous étudierons ensuite quelques problèmes spécifiques à l'application de la bonne foi en droit public. Dans un dernier chapitre, enfin, nous nous risquerons sur les frontières entre le droit public et la politique pour tenter de définir comment sur ces frontières se déroule le dialogue entre le droit, l'éthique et la politique.

Chapitre II

La bonne foi en droit civil

1. Une comparaison entre le droit français, le droit allemand et le droit suisse nous permet de nous rendre compte que le principe de la bonne foi a rencontré chez les législateurs, les tribunaux et les juristes de ces trois pays des fortunes très différentes.

La notion de bonne foi figure dans le Code Napoléon. L'article 1134 a le texte suivant :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Cette disposition légale est précisée par l'article 1135 :

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Des auteurs comme MARCEL PLANIOL dans son traité de droit civil, GEORGES RIPERT dans son ouvrage connu, la Règle morale dans les obligations civiles, parlent de la bonne foi comme d'une règle morale qui soutient et domine toute la théorie des obligations. Cependant cette notion, même inscrite dans le Code civil, n'a pas reçu tous les développements auxquels on aurait pu s'attendre en lisant les articles du Code cités plus haut.

Comme le constate ROBERT VOUIN dans la thèse déjà citée¹⁰ :

« Si la bonne foi est inscrite dans notre Code, les auteurs cependant parlent de fouiller le fond contractuel, d'introduire dans la théorie du contrat un élément nouveau, de faire sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux. C'est dire que cette bonne foi conservée par notre loi est malgré cela négligée dans notre droit. Il ne suffirait donc pas d'en admettre le principe, mais il serait encore nécessaire de lui faire produire par un effort presque créateur des conséquences qui n'en seraient pas actuellement déduites. »

¹⁰ ROBERT VOUIN, op. cit., p.55.

Si certains auteurs comme PLANIOL et RIPERT parlent de la bonne foi avec respect, si M. ROBERT VOUIN envisage pour elle de nouveaux développements en droit français, d'autres juristes en parlent au contraire avec beaucoup d'ironie considérant que cette notion pourrait être qualifiée pratiquement d'inutile.

JEAN CARBONNIER dans son traité de droit civil va jusqu'à dire¹¹:

«L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en un contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage.»

Il admet cependant que plusieurs auteurs, dont ceux cités plus haut, et particulièrement DEMOGUE, se sont préoccupés de donner une figure juridique à ce qu'ils qualifient d'un texte qui «n'est pas sans raisonnable morale». Nous devons donc convenir que si des juristes français ont étudié la bonne foi, cette notion n'a pas été d'une grande portée pratique dans la jurisprudence des tribunaux.

Le BGB allemand en revanche a donné une plus grande portée à la bonne foi en stipulant à l'article 242:

«Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

Article qui est complété par les dispositions de l'article 226 sur l'abus de droit où il est déclaré:

«Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.»

Le professeur RUDOLF GMÜR a commenté ces deux dispositions¹². Il remarque que si la place de la bonne foi est en droit allemand moins éminente qu'en droit suisse, la jurisprudence des tribunaux allemands en a tiré des conséquences qui sont très proches de celles de la jurisprudence suisse. Il cite notamment une étude du juriste allemand RABEL qui critique la disposition qu'il trouve trop large de l'article 2 du Code civil suisse, mais qui observe que les conséquences dans la jurisprudence ont été assez semblables.

En droit suisse, l'article 2 du Code civil placé dans le titre préliminaire a donné au principe de la bonne foi une portée éminente.

Dans l'exposé des motifs de l'avant-projet du Département de Justice et Police de 1901 il est dit¹³:

¹¹ JEAN CARBONNIER, Droit civil, Editions Thémis, Paris 1964, vol.II, p.450, N° 134.

¹² RUDOLF GMÜR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Berne 1965, p.50 à 53.

¹³ Code civil suisse, Exposé des motifs de l'Avant-projet, p.23.

«Un autre principe d'une portée aussi générale que le précédent consiste en la sanction donnée à la bonne foi.

Bien que de par sa nature cette règle ait sa place marquée dans le droit des obligations, on en rencontre de fréquentes applications dans les autres sphères du droit.»

Cependant, tous les exemples donnés dans l'avant-projet sont des exemples tirés du droit civil; il n'est pas parlé du droit public. L'effet de l'article 2 sur le développement de notre droit a été exprimé de manière saisissante par WALTER YUNG dans son allocution solennelle prononcée lors du centenaire de la Société Suisse des Juristes le 25 septembre 1961 à l'aula de l'Université de Zurich. Il déclare que¹⁴:

«Le Code civil suisse a délivré les esprits surtout dans la Suisse occidentale de l'illusion que la loi écrite renferme tous les jugements qui peuvent être rendus en vertu de ces dispositions et qu'on les en extrait comme d'une boîte. Dans l'article 2 qui s'est révélé d'une inépuisable fécondité, il a proclamé l'idée que le droit privé ne saurait être moralement neutre et brisé l'absolutisme des droits subjectifs.»

Combien est pertinente cette observation de YUNG sur l'évolution qu'ont dû faire les juristes des cantons romands, habitués au Code civil français, pour assimiler la portée de la clause générale de l'article 2.

2. L'introduction de l'article 2 dans le Code civil n'avait pas été sans susciter certaines craintes. Nous en trouvons notamment l'écho dans un article de MAX STAEHELIN¹⁵. Cette notion semblait à certains l'introduction dangereuse d'une vague notion morale dans le droit. On pouvait craindre que cette notion puisse permettre tous les à peu près, tous les vagues, permettre des lâchetés et des erreurs qui compromettraient la sécurité du droit. Mais ces craintes, dont nous retrouvons l'écho dans les ouvrages français que nous avons cités plus haut n'étaient pas fondées. Si elles ne l'étaient pas c'était dû essentiellement à la haute personnalité d'EUGÈNE HUBER pour qui le législateur n'était que l'instrument d'un ordre plus élevé qui s'exprimait profondément dans les consciences de chaque citoyen.

Si la notion de bonne foi en droit suisse n'a pas eu le caractère vague et lénifiant que lui reprochent certains auteurs, c'est certainement à EUGÈNE HUBER qu'on le doit. Par ses études sur le droit privé

¹⁴ WALTER YUNG, Le Code civil suisse et nous, Revue de droit suisse, vol. 80 II, 1961, p.323.

¹⁵ MAX STAEHELIN, Revue de droit suisse 26, 1907, p.352 et ss. notamment p.376.

suisse, il avait acquis le sens profond de la conscience juridique de son peuple. Les idées de justice, d'équité et de bonne foi n'étaient pas pour lui des abstractions. Il en avait étudié l'application dans tous les droits cantonaux, mais il retrouvait ces notions en lui-même car elles guidaient ses pensées et ses travaux¹⁶. Cette inspiration d'EUGÈNE HUBER a donné à la notion de bonne foi en droit suisse un contenu éthique profond. Cette inspiration s'est prolongée chez les commentateurs et les juges qui ont eu à appliquer l'article 2. Ceux qui se sont penchés sur l'esprit et l'interprétation qu'il y a lieu de donner à cette disposition ont tous admis à la fois sa force et ses limites. Ils ont reconnu que ce principe n'a pas une force dérogatoire à l'égard des dispositions légales, qu'il n'est pas là pour autoriser toute liberté à l'égard de la loi, mais qu'il doit permettre au contraire d'appliquer la loi non pas d'une manière formelle, mais dans le sens de son but le plus profond. Comme l'a dit un auteur dans des termes dont la traduction française ne rend pas tout l'impact, cette disposition est «klarstellend» et «lückenausfüllend». C'est-à-dire que cette disposition éclaire les situations et qu'elle détermine dans quelle optique la disposition légale doit être appliquée. Elle montre le chemin pour résoudre des situations limites qui ne sont pas prévues expressément par la loi.

Le professeur DESCHENAUX a attiré très justement l'attention sur la différence qu'il y a lieu de faire entre l'alinéa 1^{er} traitant des règles de la bonne foi qui a vis-à-vis de la loi une fonction interprétative et complétive et l'alinéa 2 sur l'abus de droit qui lui, lorsqu'il y a véritablement une opposition entre le droit manifeste et le droit apparent qui conduirait à une injustice, a une fonction corrective.

Cependant comme le remarque ce même auteur une appréciation rigoureuse de ce principe ne peut s'obtenir sans une exigence de méthode. L'article 2 demande à recevoir, ce que le professeur DESCHENAUX appelle des spécifications et ce qui est indiqué dans la doctrine allemande par le terme de «Konkretisierung»¹⁷.

¹⁶ Voir notamment le passage cité par THÉO GUHL dans *Schweizer Juristen*, Zurich 1945, p.348: «Die Gesetzgebung darf sich nur als das Werkzeug betrachten, mit welchem dasjenige zur Durchführung gebracht wird, was ohnedies im Volke bereits lebt. Die Gesetzgebung spricht nur das durch die allgemeine Entwicklung gegebene Wort für die Gedanken aus, die ohnedies vorhanden sind, die aber eines solchen Ausdrucks bedürfen, weil sie ohne diese Hilfe nur schwer zu voller Klarheit durchzudringen vermöchten. Das Gesetz muss aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein. Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muss die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen.»

¹⁷ HENRI DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du Code civil. Traité de droit civil suisse*, t. II/1, Fribourg 1969, p.141 et 142.

Au risque de faire un choix qui peut paraître arbitraire, nous désirerions indiquer maintenant les situations sous lesquelles on peut regrouper les applications les plus fréquentes du principe de la bonne foi en droit civil, ceci pour nous permettre de déterminer ensuite de quelle manière ces spécifications pourront intervenir en droit public. Une remarque liminaire qu'il y a lieu de faire et qui a son importance pour la suite c'est que l'article 2 traitant de l'exercice des droits et de l'exécution des obligations, s'adresse tout autant aux créanciers qu'aux débiteurs. On peut le noter puisque l'article 242 du BGB ne vise que les débiteurs. Il faut cependant relever que tant la doctrine que la jurisprudence allemandes admettent que l'article 242 énonce un principe général qui concerne les deux contractants¹⁸.

Si l'on recherche dans tous les arrêts, dans les commentaires, chez les nombreux auteurs qui ont traité de la bonne foi quels sont les mots clefs qui pourraient définir ce qui est demandé par l'article 2, on en revient toujours aux trois mots de confiance, fidélité et loyauté.

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'article 2 du Code civil est considérable. On peut la comparer à la jurisprudence au sujet de l'article 4 de la Constitution. Cette jurisprudence a fait l'objet d'études extrêmement approfondies et remarquables tel le commentaire du professeur MERZ et le traité de droit civil du professeur DESCHENAUX. Nous nous référons à ces ouvrages de base, mais nous voudrions résumer les quelques éléments essentiels de cette jurisprudence qu'il nous paraît possible de grouper sous cinq chefs:

- a) le principe de la confiance;
- b) les règles de comportement qui dérivent de ce principe;
- c) la position du juge à l'égard de celui qui agit avec une trop grande habileté;
- d) les conséquences des actions menées sans intérêt juridique et par pure chicane;
- e) la jurisprudence concernant la *clausula rebus sic stantibus*.

La première application, celle qui nous paraît la plus évidente et qui est essentielle pour tout le droit des obligations c'est le principe de la confiance dans la formation du contrat. Il s'agit donc du principe selon lequel le destinataire d'une manifestation de volonté est en droit de se fier au sens qui peut lui être raisonnablement attribué. Certes, on peut relever que ce principe est antérieur à l'article 2 du Code civil, puisque nous trouvons déjà une jurispru-

¹⁸ Voir OTTO PALANDT, commentaire du BGB, ad. art. 242, note 1.

dence importante du Tribunal fédéral sous l'empire du Code des obligations de 1881. On pourrait dire aussi que l'essentiel était de trouver un compromis entre la théorie de la volonté et la théorie de la déclaration. Il n'en demeure pas moins que ce compromis a été trouvé par l'intervention du principe de la confiance qui est contenu dans celui de la bonne foi¹⁹.

Dans une deuxième catégorie, proche du système de la confiance dans la conclusion du contrat, nous voudrions placer une série de décisions de justice qui condamnent un comportement qui n'est pas conforme avec les règles de la confiance parce qu'il contredit un comportement antérieur et que par là même il constitue en quelque sorte une trahison de la confiance qu'un autre sujet de droit aurait pu mettre dans ce comportement. C'est ce que la doctrine appelle «venire contra factum proprium». Les exemples sont multiples dans la jurisprudence. Ce sera par exemple le contrôleur des comptes d'une Société anonyme qui prétend n'être plus en fonction, mais il a rédigé un rapport dans lequel il se qualifie comme contrôleur de la société²⁰. C'est le cas de celui qui conclut un pacte d'emption pour un domaine agricole puis entend ensuite faire jouer le droit de préemption prévu par la loi²¹. On peut noter qu'une attitude ultérieure peut être contraire non pas à une action, mais à une inaction²². Comme le dit le Tribunal fédéral:

«On peut voir une telle circonstance dans le fait que l'exercice d'un droit apparaît en contradiction absolue avec l'inaction antérieure de son titulaire.»

C'est dans cette catégorie également que l'on peut ranger la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les cas où celui qui invoque la nullité d'un contrat pour vice de forme peut se voir opposer l'abus de droit²³.

Dans une troisième catégorie, il me paraît que l'on peut ranger les décisions qui permettent au juge de démasquer celui qui est trop

¹⁹ Voir PATRY, Le principe de la confiance, notamment p. 163 à 166 et la table de jurisprudence figurant aux p. 283 à 285.

²⁰ Arrêt *Rudishauser AG en liquidation c. Stocker*, du 31 mai 1960, RO 86 II, 1960, p. 171 et JdT 1961, p. 38.

²¹ Arrêt *Ulrich c. Hafner*, du 28 octobre 1960, RO 86 II, 1960, p. 417 et JdT 1961, p. 325.

²² Arrêt *Grufina AG c. Vogel*, du 21 mai 1968, RO 94 II, 1968, p. 37 et JdT 1969 I, p. 348.

²³ Voir notamment arrêt *Roh c. Blanchard*, du 19 mai 1964, RO 90 II, 1964, p. 154 et JdT 1964, p. 565. Voir aussi JACQUES DROIN, Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière, Genève 1969.

habile, celui qui est selon la terminologie allemande «schlau», celui que Cicéron dans le passage cité plus haut qualifie de «astutus». Ce sont les décisions qui condamnent celui qui utilise une institution pour des fins qui lui sont étrangères. A titre d'exemple historique, on peut citer les jurisprudences concernant les mariages fictifs intervenus avant la modification de l'article 120 CCS et la nouvelle loi sur la nationalité suisse. On peut reprendre un autre aspect de l'arrêt *Ulrich c. Hafner* cité plus haut où le Tribunal fédéral expose que le titulaire d'un droit de préemption rural commet un abus de droit lorsqu'il l'exerce non pas pour maintenir ou conserver une exploitation agricole, mais pour se procurer un avantage financier en revendant le domaine. Ce sont les diverses jurisprudences concernant la société à un seul actionnaire dont on peut résumer le principe en citant l'arrêt *Gloor c. Al Parco et autres* du 27 mai 1960²⁴, et dans lequel le Tribunal fédéral déclare:

«Il ne faut faire abstraction de l'indépendance juridique entre la société et l'actionnaire dominant que si le principe de la bonne foi dans les rapports avec les tiers l'exige; on pourra alors admettre que conformément à la réalité économique, il y a identité entre ces deux personnes.»

Une quatrième catégorie de décisions nous paraît être représentée par celles dans lesquelles le Tribunal fédéral a rejeté l'action de celui qui a perdu son intérêt à agir. Dans ces décisions le Tribunal reprend une des idées de base du principe de la bonne foi qui est d'éviter la pure chicane. Dans un arrêt *Produits Perfectama S.A. c. Tchamkerter* du 24 mai 1960²⁵, le Tribunal fédéral déclare notamment:

«Cela étant le demandeur a perdu tout intérêt à persister dans son action. Le maintien du procès n'est plus que la manifestation de l'esprit processif du demandeur, c'est l'abus manifeste d'un droit. La loi ne le protège pas (Art. 2 al. 2 CCS).»

Enfin, la dernière catégorie d'application de l'article 2 et qui n'est pas la moins importante, nous la voyons dans la théorie de l'imprévision, soit la *clausula rebus sic stantibus*. C'est en effet au titre de l'abus de droit que le Tribunal fédéral a admis l'intervention du juge dans un contrat lorsque son économie est profondément bouleversée par des circonstances nouvelles. Comme le dit VON TUHR dans ce cas-là le principe de la fidélité contractuelle trouve sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi.

Je désirerais mentionner encore deux domaines dans lesquels le principe de la bonne foi a trouvé une application, ces deux domaines

²⁴ RO 92 II, 1966, p. 160 et JdT 1967 I, p. 187.

²⁵ JdT 1960 I, p. 560.

pouvant en quelque sorte faire le lien entre le principe de la bonne foi en droit privé et son application en droit public, certains problèmes qui se poseront en droit public commençant déjà à apparaître.

Nous voulons parler tout d'abord des contrats d'adhésion. Il s'agit donc des conventions qui sont conclues en grand nombre et dont les conditions générales ont été préparées d'avance. On parle d'ordinaire, à la suite de RAYMOND SALEILLES, de contrat d'adhésion pour tous les contrats dans lesquels le cocontractant qui n'a pas pris part à la rédaction des conditions générales ne peut que les accepter ou refuser de contracter. Le professeur MERZ dans une étude parue dans la Semaine judiciaire²⁶ préfère réserver le terme de contrat d'adhésion pour des contrats dans lesquels intervient un élément de droit public comme c'est le cas pour les contrats conclus avec les services publics, entreprises de transports, d'électricité, d'eau et de gaz, pour les autres contrats il parle de «Massenverträge» ou simplement du problème des conditions générales. Le professeur ROBERT PATRY, juge fédéral, a consacré une étude à la nature juridique des contrats d'adhésion²⁷.

En effet, certains juristes français ont dénié à ces contrats le caractère contractuel, disant que ces contrats seraient un acte unilatéral ne produisant d'effet qu'en faveur ou au détriment de ceux qui auront adhéré. Comme l'expose ROBERT PATRY, le contrat d'adhésion, au sens large, en droit suisse, a toujours été considéré comme un contrat. Le professeur MERZ, dans l'article cité plus haut, constate combien ces contrats sont fréquents et combien la partie qui n'a pas participé à la rédaction des conditions générales peut se trouver dans une situation d'infériorité et se rendre compte que, par le jeu des conditions générales, elle a signé un tout autre contrat que celui auquel elle pensait. Le professeur MERZ évoque les travaux d'une section du Deutscher Juristentag qui a discuté le problème des conditions générales en septembre 1974 et approuvé l'élaboration d'un catalogue des clauses prohibées qui feraient partie d'une loi. Le professeur MERZ se demande si en Suisse également nous devrions élaborer une loi sur les conditions générales des contrats. Il en arrive à la conclusion que comme dans d'autres domaines du droit l'action jurisprudentielle devrait précéder l'action législative. Il se tourne alors vers l'article 2 du Code civil et estime qu'en faisant application du principe de la bonne foi les tribunaux pourraient

²⁶ Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, Conférence donnée à Genève le 14 janvier 1975, Sem. jud. 1975, p. 193 et ss.

²⁷ Les contrats d'adhésion comme source de droit, dans le recueil de la Faculté de droit de Berne pour l'Assemblée de la Société suisse des juristes de 1955.

dans bien des cas contrôler les conditions générales. Il évoque notamment la règle de l'insolite et la règle du manque de clarté qui pourraient permettre d'élaborer des règles d'interprétation pour les contrats d'adhésion et les conditions générales de contrats conclus en grand nombre. Le professeur MERZ passe ensuite à l'application de l'alinéa 2 de l'article 2 du Code civil et considère qu'en faisant application des règles sur l'abus de droit les tribunaux pourraient annuler certaines dispositions abusives de conditions générales. Il cite notamment le cas où l'acheteur a renoncé à toutes garanties légales en raison des défauts de la chose, en se contentant d'une garantie de réparation que le vendeur n'exécute pas (voir notamment RO 91 II, 1965, p. 344). Il est intéressant de constater que la loi allemande évoquée à son stade d'élaboration par le professeur MERZ a entre-temps vu le jour et a été votée par le parlement allemand le 9 décembre 1976 pour entrer en vigueur le 1^{er} avril 1977. Cette loi suit exactement les vues indiquées par le professeur MERZ en prévoyant en son article 9 une clause générale qui a le texte suivant:

«Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.»

Après cette clause générale l'article 10 prévoit une série de cas particuliers qui concrétisent l'application du principe de la bonne foi²⁸.

Le problème des contrats d'adhésion devait être évoqué car si le principe de la confiance en droit privé s'applique effectivement en général entre deux partenaires égaux qui concluent librement un contrat dont les clauses ont été discutées, il est intéressant de voir que ce principe peut s'appliquer également dans un contrat prévu en un très grand nombre d'exemplaires et auquel des centaines ou des milliers de personnes peuvent adhérer. On a vu que certains, pour ce contrat, parlaient d'un acte unilatéral, nous nous rapprochons déjà des décisions du droit public prises pour un grand nombre de personnes.

²⁸ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB Gesetz), Schönfelder, Deutsche Gesetze N° 26.

Un autre domaine qui peut aider à délimiter l'application de l'article 2 CCS est celui de la concurrence déloyale. En effet, l'article 1^{er} de la loi fédérale sur la concurrence déloyale déclare:

«Est réputée concurrence déloyale au sens de la présente loi tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.»

Le professeur EDMOND MARTIN-ACHARD, dans un article paru au *Journal des tribunaux*²⁹ étudie tout d'abord la notion de la bonne foi en se référant à l'article 2 et à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui considère que la loi sur la concurrence déloyale se rattache à l'article 2 du Code civil. Il discute cependant ensuite la thèse représentée par le professeur MERZ et le professeur DESCHENAU, lesquels estiment que l'application des règles de la bonne foi selon l'article 2 du Code civil suppose que les parties sont déjà engagées dans certains liens juridiques qui fondent leurs rapports de confiance, alors que des rapports extra-contractuels, comme les rapports de concurrence doivent se régler uniquement sur des exigences ordinaires de licéité, des bonnes mœurs, et du respect des droits de la personnalité. Le professeur MARTIN-ACHARD observe ensuite que les thèses soutenues par MERZ et DESCHENAU pourraient être intéressantes, mais qu'il semble impossible de distinguer entre la clause générale de l'article 2 du Code civil et celle de l'article 1^{er} de la loi fédérale sur la concurrence déloyale. L'application du principe de la bonne foi en droit public nous amènera à revenir sur cette distinction entre l'application de la bonne foi selon l'article 2 dans le domaine contractuel et les nuances ou même les distinctions qu'il y a lieu de faire lorsque l'on sort de ce domaine contractuel³⁰.

Après avoir rappelé ces diverses applications du principe de la bonne foi en droit civil, nous allons passer à son examen dans le droit public.

²⁹ EDMOND MARTIN-ACHARD, La notion de concurrence déloyale, *JdT* du 30 janvier 1977 I, p.34 et ss.

³⁰ Voir également à ce sujet O.A.GERMANN. Die bona fides als Grundlage des Wettbewerbsrecht, dans: Festgabe für A.Simonius, Bâle 1955.

Chapitre III

Evolution de la jurisprudence sur la bonne foi en droit public

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas été d'emblée catégorique au sujet de la valeur du principe de la bonne foi en droit public. Les premières décisions en la matière nous paraissent être deux arrêts de droit fiscal de l'année 1908.

Dans le premier, *Emmentalische Mobiliarversicherungsgesellschaft c. Commune de Biglen et Conseil d'Etat de Berne*³¹, la Compagnie d'assurance mobilière de l'Emmental avait été considérée par la commune de Biglen comme une institution d'utilité publique exempte d'impôts. La commune prit par la suite une nouvelle décision et décida d'assujettir la compagnie d'assurance au paiement des impôts. Ce faisant elle décida de réclamer un rappel d'impôts portant sur 10 ans. Statuant sur recours de droit public, le Tribunal fédéral considéra qu'il était loisible à la commune de Biglen d'assujettir la compagnie d'assurance aux impôts, mais que ne l'ayant pas taxée auparavant, elle ne pouvait lui réclamer les impôts pour les 10 années précédentes. Le Tribunal fédéral déclare qu'il considère que cette décision viole le principe de la bonne foi qui vaut également pour les rapports de droit public et que la garantie de l'article 4 de la Constitution fédérale est ainsi violée.

Dans un autre arrêt, *Erben Spühler c. Commune de Wasterkingen et Conseil d'Etat du canton de Zurich*³², la commune incriminée n'avait pas réclamé l'impôt pour les pauvres au Sieur Spühler qui était fort riche car il soutenait des institutions de bienfaisance et l'on craignait qu'il renonce à ses largesses si on l'assujettissait aux impôts. Après son décès, la commune réclama aux héritiers l'impôt sur les pauvres pour 10 ans en arrière. Sur recours de droit public des héritiers, le Tribunal fédéral cassa cette décision déclarant que si une autorité renonce volontairement à l'imposition d'une personne et qu'ensuite elle entend taxer ses héritiers, elle viole le principe de la bonne foi qui doit valoir pour le rapport entre l'Administration et le public.

³¹ RO 34 I, 1908, p.15 et ss. notamment p.28.

³² RO 34 I, 1908, p.615 et ss. notamment p.625.

On peut constater que nous avons déjà dans ces deux arrêts des éléments extrêmement importants de la jurisprudence ultérieure, d'une part l'interdiction pour l'Administration d'avoir un comportement contradictoire et d'autre part la protection de la confiance que l'administré peut mettre dans une certaine attitude de l'Administration. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral n'a pas cherché à motiver particulièrement son point de vue, il semble en les lisant qu'il considère qu'il va de soi que le principe de la bonne foi doit s'appliquer également au droit public.

Cependant par la suite nous rencontrons deux autres arrêts dans lesquels un point de vue assez différent est exprimé. Il s'agit tout d'abord d'un arrêt de 1914 dans le domaine du droit de poursuite au sujet de la quotité saisissable. Dans cette affaire l'Office des poursuites avait diminué de 10 francs par mois le montant saisi sur le salaire du débiteur «à raison de procédés abusifs de la part du créancier». Le Tribunal fédéral a admis le recours du créancier sur ce point en exposant que l'article 2 du Code civil ne saurait s'appliquer dans le droit des poursuites. Il peut être intéressant de reproduire ici cette argumentation du Tribunal fédéral qui n'a pas été retenue par la suite³³.

³³ Arrêt *Zumthor c. Anliker*, du 6 mai 1914, RO 40 III, 1914, p. 159, en français dans JdT 1914, Poursuite, p. 119 et ss. notamment 124: «Il n'y a pas possibilité d'appliquer l'art. 2 CCS. Cette disposition dérive du droit civil et du principe que le droit privé écrit ne peut pas s'adapter à toutes les circonstances de la vie. En présence de la diversité inépuisable de la vie, de la multiplicité des intérêts divergents, il n'est pas possible au législateur chargé d'élaborer des normes de droit privé de prévoir tous les cas et, pour chaque cas, s'agissant de rapports juridiques entre des personnes différentes, de tenir la balance égale entre les deux parties, et de déterminer avec précision quelles sont les prétentions que chacune a le droit de faire valoir vis-à-vis de l'autre. Il doit souvent se contenter d'établir un principe, un chablon, et celui-ci se révélera en pratique tantôt comme trop étroit, tantôt comme trop large. L'art. 2 CCS a pour but de permettre l'adaptation du droit écrit en faisant appel à la bonne foi; cet article est l'expression du principe que des prétentions qui n'ont pas pour but la protection d'un intérêt justifié, et dont la satisfaction lèserait des intérêts justifiés, ne peuvent subsister. En conséquence, le champ d'application de l'art. 2 CCS est en premier lieu le droit privé. En procédure, et notamment dans la procédure d'exécution forcée, le motif qui a nécessité l'introduction de l'art. 2 CCS n'existe pas. Le droit privé doit se conformer le plus possible aux circonstances de la vie qu'il n'a pas créées, et aux intérêts qu'il a à protéger; au contraire, la procédure, ainsi que le droit sur les poursuites pour autant qu'il traite de la procédure, créent les rapports qu'ils établissent, ainsi que les intérêts eux-mêmes qui en dérivent, lorsqu'ils indiquent la voie que les autorités et les parties doivent suivre; il en résulte que les actes essentiels des autorités et des parties, dont se compose la procédure, ne peuvent pas se dérouler autrement que cela n'a été prévu. Les intérêts qui entrent en jeu dans cette procédure sont ainsi reconnaissables de prime abord.»

Quelques années plus tard, en 1922, une thèse semblable a été reprise dans un arrêt concernant une demande d'annulation de mariage³⁴. Dans cette espèce le Conseil d'Etat et le Conseil de la Ville de Zurich avaient demandé l'annulation du mariage d'une dame qui faisait commerce de ses charmes pour le motif que ce mariage avec le garçon de courses d'un hôtel, avec qui elle ne vivait du reste pas, avait pour seul but de tourner le retrait de permis de séjour auquel il avait été procédé à son égard pour inconduite. Le Tribunal fédéral a confirmé une décision de la Cour de Zurich qui avait écarté la demande du Conseil d'Etat et du Conseil de la Ville. Le Tribunal fédéral considère que l'article 2 CCS ne peut être invoqué pour l'abus d'un droit public comme l'était le droit constitutionnel de cette dame de mœurs légères à contracter mariage.

Ces deux décisions sont cependant des espèces isolées et l'on peut remarquer qu'à la même époque dans un arrêt de droit civil statuant au sujet de l'application de la clausula rebus sic stantibus aux frais d'entretien d'un bassin d'accumulation pour des moulins selon un contrat conclu en 1827, le Tribunal fédéral déclare³⁵:

«Si tel est le cas, il est non seulement conforme à l'équité de le libérer d'un engagement contracté dans des circonstances toutes différentes, mais même au point de vue strictement juridique, cela se justifie parfaitement soit qu'on fasse appel aux règles de la bonne foi qui doivent être observées pour l'exercice de *n'importe quel droit* soit qu'on admette une impossibilité relative non imputable au débiteur, soit enfin qu'on applique par analogie les règles légales relatives au droit de se départir de certains contrats.»

Après ces divers arrêts qui traduisent certaines hésitations quant à l'application du principe de la bonne foi en droit public, le principe n'est plus invoqué pendant un certain nombre d'années. C'est depuis l'année 1944 que le Tribunal fédéral appliquera à nouveau le principe de la bonne foi en droit public et cette jurisprudence va se développer depuis la dernière guerre dans de nombreux domaines du droit public sur lesquels nous ferons porter notre examen. Nous chercherons à dégager en même temps les règles générales d'application de ce principe établies par la jurisprudence.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 mai 1922, *Conseil d'Etat et Conseil de la Ville de Zurich c., Hänigsen*. RO 48 II, 1922, p. 187.

³⁵ Arrêt du 10 septembre 1919, *Michael Weniger-Weiher Legat c. Wirth & consorts*, RO 45 II, 1919, p. 386 et ss. notamment 398, JdT 1920, p. 14 notamment p. 23.

1. Procédure civile

Il est un domaine où le principe de la bonne foi a été admis par le Tribunal fédéral depuis des années, c'est celui de la procédure civile. Le Tribunal fédéral en a tiré plusieurs conséquences importantes qui sont considérées maintenant comme des principes généraux de la procédure civile.

Il s'agit tout d'abord de la répartition des obligations qui incombent aux parties en matière de *fardeau de la preuve* dans le cadre de l'article 8 du Code civil.

On peut citer un arrêt datant du 11 décembre 1914 rendu par la Chambre de droit civil³⁶, traitant d'une action en constatation de l'inexistence d'un droit. Le Tribunal fédéral observe la difficulté d'une preuve négative et il estime que celui qui n'a pas le fardeau de la preuve doit, selon le principe de la bonne foi, être tenu à donner toutes les indications que l'on peut attendre de lui au vu des circonstances.

Cette jurisprudence s'est peu à peu affirmée au cours des années et le Tribunal fédéral l'a confirmée notamment dans un arrêt *Casalis c. Negro*³⁷ dans lequel on peut lire:

«Il est incontestable que c'est à celui qui conclut à la révocation d'un acte à faire la preuve des faits de l'existence desquels dépend légalement le succès d'une telle action. Il incombait donc en principe à la demanderesse de prouver que la défenderesse n'était pas créancière de son fils ou du moins ne l'était pas pour un montant supérieur à la somme indiquée ci-dessus. Mais comme il s'agit d'un fait négatif, l'administration d'une telle preuve ne doit pas s'apprécier avec trop de rigueur.»

On peut citer encore un arrêt de 1941³⁸ dans lequel le Tribunal fédéral développe encore son argumentation en faveur de cette application du principe de la bonne foi en procédure civile:

«Selon l'article 8, la partie doit prouver les faits dont elle entend déduire un droit; il faut appliquer cette règle d'après les principes de la bonne foi inscrits à l'article 2 CC. Les auteurs et les tribunaux ont admis depuis longtemps que lorsqu'une partie doit, en vertu de l'article 8 CC, fournir la preuve – en règle générale extrêmement difficile, sinon impossible – de l'inexistence d'un fait, les règles de la bonne foi obligent la partie adverse à faire la preuve contraire afin de contribuer à éclairer le débat (RO 40 II p.630; 65 III p.137; Egger, art.8 CC n.14; Kuhn, Die Beweislast p.56). D'où il résulte logiquement que l'échec complet de la

³⁶ Arrêt *Müller-Kanne c. Ferralli*, RO 40 II, 1915, p.622 et ss. notamment p.630.

³⁷ RO 65 III, 1939, p.133 et ss. notamment p.137.

³⁸ Arrêt *Schwab c. Bürgi*, RO 66 II, 1941, p.145, JdT 1941, p.173.

preuve contraire constitue un indice en faveur de la thèse de la partie tenue en principe d'administrer la preuve négative.»

Ainsi s'affirme, fondé sur le principe de la bonne foi, le devoir d'une certaine collaboration entre les parties dans l'administration de la preuve. Cette jurisprudence déjà ancienne est confirmée par des arrêts plus récents. Dans une affaire tessinoise³⁹, le Tribunal fédéral examine le cas d'un propriétaire d'ouvrage qui aurait dû prouver, alors qu'il était actionné en vertu de l'article 58 CO, que l'ouvrage n'était pas terminé et qu'il n'en disposait pas encore conformément à la destination prévue. Le Tribunal fédéral a admis que cette preuve était difficile à rapporter et que le défendeur devait contribuer à «éclaircir les circonstances de l'espèce en fournissant la preuve contraire».

Cette thèse se retrouve également dans des arrêts cantonaux, on peut citer notamment un arrêt de la Cour de Justice de Genève du 21 février 1975⁴⁰ où la Cour déclare que les règles sur le fardeau de la preuve doivent s'appliquer selon les principes de la bonne foi et que lorsqu'une partie doit faire la preuve souvent difficile de l'inexistence d'un fait il n'est pas incompatible avec l'article 8 CCS d'inviter la partie adverse à fournir la preuve contraire pour «contribuer à éclairer le débat».

L'expression du Tribunal fédéral, reprise par la Cour de Justice de Genève «éclairer le débat» nous paraît particulièrement adéquate pour résumer l'esprit de la jurisprudence. Nous saisissons là un élément de la norme de comportement qui, dans le cas particulier, concrétise la bonne foi: une partie ne peut pas toujours se contenter de faire ce qui lui est strictement imposé par la loi, mais il est certaines circonstances où l'équité commande, lorsque l'autre partie se trouve dans une situation qui rompt l'égalité voulue entre les parties, une attitude de collaboration qui va au-delà de ce qui peut être demandé dans une situation dans laquelle les deux parties se trouvent dans une position d'égalité.

Nous retrouvons ici, dans la procédure civile, l'idée d'Aristote dans le texte cité plus haut: le juste sera celui qui se conforme aux lois et à l'égalité.

Un autre problème peut, dans certaines circonstances, être traité sous l'angle de la bonne foi, c'est celui de l'observation des délais. Certes les délais doivent être observés strictement et le Tribunal

³⁹ Arrêt *Lolli c. Verzascasa*, du 25 septembre 1969, RO 95 II, 1969, p.231, JdT 1970, p.323.

⁴⁰ Arrêt *Baggenstos & Cie AG c. Garbani*, Sem. jud. 1976, p.105 et ss. notamment p.108.

fédéral s'est toujours montré assez rigoureux pour admettre une restitution de délai. Il l'a fait cependant quelquefois dans des circonstances particulières. On peut citer par exemple une affaire *Veith c. Conseil d'Etat du canton de Bâle-Campagne*⁴¹.

Dans cette affaire M. Veith avait fait construire une maison à Liestal qui dépassait de 25 cm la ligne de construction de la parcelle voisine. Le Conseil communal de Liestal prit une décision au sujet de cette construction en l'assortissant d'une instruction selon laquelle M. Veith pouvait recourir au Conseil d'Etat de Bâle-Campagne dans un délai de dix jours. Or l'article 124 de la loi sur les constructions de Bâle-Campagne prévoit que le délai de recours est de cinq jours. Il y a lieu de noter que M. Veith avait recouru, même après l'expiration du délai de dix jours.

Cependant le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire au Conseil d'Etat de Bâle-Campagne pour une nouvelle décision dans le sens des considérants dans lesquels on peut lire :

«Il serait contraire aux règles de la bonne foi – dont le respect s'impose également à l'administration (Fleiner, Institutionen, 8^e édition, p.200; arrêt non publié du 3 novembre 1944 dans la cause Granosa AG) – de faire supporter au simple citoyen les conséquences d'une erreur contenue dans l'instruction juridique reçue de l'autorité en laquelle il mit sa confiance. On ne saurait reprocher au recourant de n'avoir pas usé de la mesure de vigilance et d'attention qu'on pouvait exiger de lui et le rendre ainsi responsable de la péremption du délai légal de recours car il n'avait pas de raison de douter de l'exactitude du renseignement qui lui était donné par l'autorité sur la façon de recourir contre ses décisions.»

Cependant le Tribunal fédéral tient toujours compte de chaque cas d'espèce, examine très strictement la situation personnelle du recourant; s'il est ou non juriste et s'il a un mandataire. Le cas du mandataire juriste est apprécié d'une manière plus stricte. On peut noter un arrêt statuant sur un recours de droit public contre une décision du Petit Conseil du canton des Grisons⁴², dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence selon laquelle le droit d'être entendu est violé lorsque la juridiction cantonale de recours déclare irrecevable un recours déposé conformément à l'avis – erroné – émanant de l'autorité compétente.

Le Tribunal fédéral précise notamment dans cet arrêt :

«Ce qui est décisif, ce n'est pas exclusivement l'exactitude ou l'inexactitude de l'avis, mais le sens que la partie intéressée devait ou pouvait lui

⁴¹ RO 76 I, 1950, p.190, JdT 1951, p.194 et ss. notamment p.197.

⁴² Arrêt *Pleisch c. Viehversicherungsanstalt Luzein et Petit Conseil du canton des Grisons*, du 31 octobre 1951, RO 77 I, 1951, p.273, JdT 1952, p.91.

attribuer. Même un renseignement peu clair ou ambigu ne doit pas nuire à celui qui s'efforce de se faire rendre justice.»

Nous retrouvons ici, appliqués au droit public, certains éléments du principe de la confiance dans la conclusion des contrats, selon lequel une partie peut se fier au sens qu'elle pouvait raisonnablement, et selon le principe de la bonne foi, donner à une déclaration.

On peut comparer la solution de ce cas d'espèce avec celle donnée dans l'affaire *Mommendey c. Mommendey et Tribunal cantonal de St-Gall*⁴³. Dans ce cas un tribunal de district saint-gallois s'était déclaré incompétent et avait notifié l'avis de jugement aux parties en indiquant que l'on pouvait l'attaquer dans un délai de 14 jours auprès du Tribunal cantonal de St-Gall. Or, selon l'article 198 de la loi de procédure civile saint-galloise, le délai était de 7 jours. L'avocat de la partie déboutée appela auprès du Tribunal cantonal après le 7^e jour. Il exposa que son personnel, à qui des instructions avaient été données, examinait les jugements à leur arrivée et qu'au vu de l'avis, le délai avait été inscrit sur le rôle de l'Etude conformément à l'avis erroné portant 14 jours. Lui-même n'avait étudié l'affaire plus à fond qu'après le 7^e jour et n'avait pas pu introduire le recours en temps utile. Le Tribunal cantonal saint-gallois débouta le demandeur et le Tribunal fédéral écarta le recours de droit public formé contre cet arrêt en déclarant:

«Mais dans chaque cas, il faut que la partie ou son représentant ait eu le droit de s'en tenir à l'avis inexact reçu, c'est-à-dire n'ait eu aucune raison de douter de son exactitude ou, si l'on pouvait s'y méprendre, que l'indication donnée l'ait induit en erreur.»

Le Tribunal fédéral cite un autre arrêt non publié dans lequel il est dit:

«Il va sans dire qu'une partie ou son représentant qui connaît les conditions de la recevabilité d'un recours ne saurait se prévaloir d'un renseignement juridique inexact lorsque l'erreur du juge qui l'a fourni est manifeste.»

En d'autres espèces plus récentes, le Tribunal fédéral ne s'en est pas tenu à la seule question des délais. Il a admis, d'une manière plus générale, que certains moyens dont on pouvait admettre qu'ils constituaient une pure chicane, ne pouvaient être invoqués. On peut citer plus particulièrement à cet égard l'arrêt *Compagnie Continentale d'Importation c. Eberle*⁴⁴. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral déclare:

⁴³ RO 78 I, 1952, p.294 et JdT 1953, p.541 et ss.

⁴⁴ RO 84 I, 1958, p.56, JdT 1958, p.576 et ss. notamment p.579.

« Il serait contraire au principe général de la bonne foi qui vaut aussi en procédure, qu'un commerçant en gros qui a signé une clause arbitrale ait procédé sans réserves devant le Tribunal arbitral étranger d'une Chambre de commerce ou d'une Bourse puisse, en cas de condamnation, contester la compétence de ce tribunal en invoquant des principes de droit suisse qui étaient véritablement ignorés de la partie adverse et des juges. »

Le Tribunal fédéral a fait aussi intervenir la notion de bonne foi dans un procès de nature successorale observant que l'introduction, contre des cohéritiers, d'une action en constatation de l'inexistence d'une créance à laquelle un tiers créancier prétendait contre la communauté héréditaire n'avait aucun motif raisonnable et qu'une telle action devait être exclue en vertu de l'article 2, alinéa 2 CC car ce serait un abus de droit manifeste⁴⁵. Un moyen de procédure peut ainsi être écarté en alléguant le principe de la bonne foi. Dans un procès de recherche en paternité, le Tribunal fédéral a examiné sous cet angle une demande d'expertise anthropobiologique, dont on sait qu'elle retarde de plusieurs années la solution du procès. Il a admis, dans le cas particulier, ce moyen de preuve du fait que dans cette espèce il n'était pas invoqué au mépris des règles de la bonne foi. Cependant, le Tribunal fédéral admet qu'un moyen de procédure ne doit pas être écarté trop facilement sur la base de la bonne foi. Dans un arrêt *Ochsenbein* du 14 janvier 1953⁴⁶, le Tribunal fédéral a admis l'exception d'incompétence d'un français domicilié à Bâle qui faisait valoir devant le Tribunal suisse l'article 15 du Code civil français pour soulever l'incompétence du Tribunal. L'épouse prétendait qu'il s'agissait d'un moyen de procédure de pure chicane. Le Tribunal fédéral ne l'a pas suivie.

On peut se demander, à la lumière des arrêts ci-dessus, si l'on peut déduire du principe de la bonne foi appliquée dans la procédure le devoir général de dire la vérité dans un procès. Le problème a été étudié par le professeur HABSCHEID dans son ouvrage sur le Droit judiciaire privé suisse⁴⁷. La procédure civile, comme il l'observe, peut être considérée de deux manières. Selon un premier point de vue, les parties poursuivent un but égoïste, soit le gain du procès. Le procès apparaît alors comme un combat que le juge arbitre, veillant simplement au respect des règles du jeu. Selon une autre conception, un procès, même de droit privé, apparaît en outre comme une institution destinée à servir la manifestation de la vérité. Le professeur HABSCHEID pense que cette deuxième conception peut

⁴⁵ Arrêt *O c. Z*, du 19 janvier 1967, RO 93 II, 1967, p. 11, JdT 1967, p. 542 et ss.

⁴⁶ RO 79 II, 1953, p. 7 et JdT 1954 I, p. 325.

⁴⁷ Voir HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève 1975, p. 331 et ss.

être taxée d'idéaliste, mais que les législations européennes évoluent dans le sens d'un rapprochement progressif vers elle. Le professeur MAX GERWIG a étudié ce problème dans une étude très pénétrante sur l'article 2 et le devoir de dire la vérité dans le procès⁴⁸. Le professeur GERWIG, après avoir critiqué la doctrine allemande de WACH selon laquelle une partie serait libre de dire n'importe quoi dans le procès, estime que, plutôt que de parler d'un devoir de dire la vérité «Wahrheitspflicht», il est préférable de mettre toute la procédure sous l'égide du principe de la bonne foi qui oblige chaque partie à donner les renseignements qu'elle possède pour la manifestation de la vérité conformément aux circonstances. Ces vues nous paraissent être parfaitement conformes à la jurisprudence que nous avons citée ci-dessus, selon laquelle les parties sont tenues de «éclairer le débat».

Les problèmes de procédure ont amené le Tribunal fédéral à préciser d'une manière importante la portée du principe de la bonne foi, inscrit dans le droit civil à l'article 2 CC. En effet, certains recourants, agissant devant la Chambre de droit civil, ont invoqué une violation du principe de la bonne foi au sujet de litiges qui devaient être tranchés d'après le droit cantonal. Déjà dans un arrêt du 30 octobre 1918⁴⁹ (un problème d'une société coopérative devait être réglé selon le droit cantonal), le Tribunal fédéral a rejeté un recours en réforme dans lequel la recourante prétendait que la compétence du Tribunal fédéral devait être admise vu que dans le cadre de l'application du droit cantonal l'article 2 CC avait été violé. Le Tribunal fédéral a précisé que si l'on admettait que la voie du recours en réforme était ouverte en cas de violation du principe de la bonne foi dans l'application du droit cantonal, il serait possible d'introduire des recours en réforme dans de très nombreuses matières, ce qui serait contraire à l'organisation judiciaire fédérale. Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises cette jurisprudence⁵⁰. Tout ce problème a été évoqué d'une manière particulièrement approfondie dans un arrêt *R. c. Handelsoonderneming Joba* du 17 juin 1957⁵¹. Dans cette affaire, un nommé R., négociant à Berne, avait un litige avec une maison hollandaise. Il avait commandé de la marchandise à la maison hollandaise dans le but de pouvoir la séquestrer, ce qu'il a fait immédiatement. Le Tribunal de commerce

⁴⁸ Dans «Aequitas und bona fides», Festgabe zum 70. Geburtstag de A. Simonius, Bâle 1955, p.91.

⁴⁹ RO 44 II, 1918, p.444.

⁵⁰ Voir arrêt *Weinhandlung Widmer c. Gloor*, du 19 novembre 1953, RO 79 II, 1953, p.401 et arrêt *Solco Basel AG c. Müller*, du 15 décembre 1958, RO 84 II, 1958, p.636.

⁵¹ RO 83 II, 1957, p.345, JdT 1958, p.194 et ss.

de Berne n'a pas admis le for du séquestre, considérant que R. avait créé de mauvaise foi les conditions matérielles de ce for. R. a introduit un recours en réforme au Tribunal fédéral, faisant valoir que c'est à tort que le Tribunal cantonal avait appliqué l'article 2 et ne s'en était pas strictement tenu aux règles de procédure cantonale. Le Tribunal fédéral relève dans cet arrêt que l'article 2 du Code civil exprime, pour le droit civil, un principe de portée tout à fait générale, mais qui n'est pas limité au droit civil. Si ce principe existe dans des droits cantonaux et existait bien avant l'introduction du Code civil, le fait que l'article 2 a été établi comme règle formelle pour le droit fédéral ne permet pas de dire qu'on ne pourrait l'appliquer dans d'autres domaines du droit. Dans ces conditions le Tribunal fédéral a estimé qu'en appliquant le principe de la bonne foi à des textes de procédure cantonale, le Tribunal cantonal avait appliqué du droit cantonal et qu'ainsi le Tribunal fédéral ne pouvait s'en saisir sur la base des règles de la bonne foi. Ce principe a été repris, en citant l'arrêt précédent, dans une cause plus récente, *Sax c. Société A.* du 20 janvier 1976⁵².

Le problème a été soulevé également par un arrêt du 17 février 1976⁵³. Dans cette affaire M. PIERROZ avait conclu une convention avec la commune de Bex fixant «les modalités d'équipement d'un lotissement» pour 25 villas. Cette convention avait été passée en février 1971, elle a reçu un commencement d'exécution tant de la part de M. PIERROZ que de la commune de Bex, mais le 14 juillet 1971 le Conseil communal a refusé le projet. M. PIERROZ n'a pu construire que 7 villas et il actionne la commune de Bex en Fr. 350000.- de dommages-intérêts. Le Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'action et le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme considérant qu'il s'agissait d'un contrat de droit administratif soumis au droit public cantonal vaudois et qu'il ne pouvait être soumis au Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme. M. PIERROZ fait valoir le principe de la bonne foi en droit public, mais il est alors renvoyé au droit cantonal puisque le principe de la bonne foi dans le cas particulier est appliqué comme faisant partie du droit public cantonal. Le problème se serait posé différemment si au lieu de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral par le moyen du recours en réforme, M. PIERROZ avait eu le moyen d'attaquer une décision cantonale ou communale par le recours de droit public.

Ces réflexions sur la procédure nous amènent à constater que le principe de la bonne foi peut se concevoir à trois niveaux: d'une

⁵² RO 102 II, 1976, p.53.

⁵³ RO 102 II, 1976, p.55 et ss., *Pierroz c. Commune de Bex.*

part comme un principe constitutionnel de droit fédéral, d'autre part à l'article 2 du Code civil comme une norme générale du droit civil, enfin il peut également être partie du droit public cantonal⁵⁴.

2. *Droit fiscal*

Dans le domaine du droit fiscal, l'application du principe de la bonne foi a donné lieu à des très nombreux arrêts. Ce problème a également fait l'objet d'études importantes⁵⁵.

Deux arrêts, cités à la p. 142, montrent que l'idée d'appliquer le principe de la bonne foi en droit fiscal est déjà ancienne. Puis, pendant une période assez longue, le Tribunal fédéral n'a pas repris les problèmes fiscaux sous cet angle. La bonne foi a réapparu dans la jurisprudence en matière de convention fiscale ou d'arrangement fiscal. La jurisprudence antérieure avait été assez réservée en ce qui concerne la transaction fiscale. Dans un arrêt *X. c. Canton des Grisons* du 13 juillet 1944⁵⁶, le Tribunal fédéral a eu à s'occuper du cas d'un étranger domicilié dans la commune de Pontresina avec lequel un arrangement fiscal était intervenu pour une période de cinq ans. Au cours de la période de cinq ans, ce contribuable fut taxé pour le sacrifice de défense nationale et l'Administration fiscale, qui eut connaissance alors du montant total de sa fortune, estima que le forfait avait été fixé trop bas. Il reçut alors une taxation d'un montant supérieur à l'arrangement prévu.

Le Tribunal fédéral déclare à ce propos:

«La taxation intervenue au début de cette période avait en principe validé la transaction pour cinq ans. Si les autorités cantonales n'avaient plus voulu observer cette transaction vu le changement intervenu dans les circonstances, elles auraient dû en aviser le recourant à temps, soit avant le début d'une année fiscale, afin qu'il puisse choisir en connaissance de cause le lieu de son séjour.

...

Il était contraire aux règles de la bonne foi, incompatible avec une administration des finances bien organisée, il était en outre arbitraire de

⁵⁴ Pour tous les problèmes concernant le principe de la bonne foi en procédure civile, voir MAX GULDENER, *Treu und Glauben in Zivilprozeß*, *Revue Suisse de Jurisprudence*, N° 39, 1943, p. 389 et ss. et p. 405 et ss.

⁵⁵ Voir O. BOSSHARD, *Archiv für Schw. Abgaberecht* 13, p. 49 et ss. et 97 et ss. Voir WALTER GEERING, *Treu und Glauben im Steuerrecht*, paru dans la *Festschrift E. Blumenstein*, 1946, p. 126 et ss. De même le rapport de J. PLATTNER à la Société suisse des juristes, *Revue de droit suisse* 1945, p. 123a et ss.

⁵⁶ RO 70 I, 1944, p. 129, *JdT* 1945, p. 59 et ss.

la part des autorités compétentes d'attendre jusqu'au printemps 1942 pour aviser X. et de procéder après que deux années fiscales et demi se fussent écoulées à une nouvelle taxation fondée sur le montant réel de sa fortune.»

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, dans cette affaire, d'inaugurer une série d'arrêts extrêmement importants au sujet des assurances données par l'Administration. Cette jurisprudence s'est développée et précisée notamment dans le domaine du droit fiscal et dans celui de l'aménagement du territoire et de la construction.

En droit fiscal on peut citer notamment l'arrêt du 25 juin 1975⁵⁷. Dans le cas particulier, lors d'une reprise de société un arrangement fiscal était intervenu sur la taxation. Par la suite, l'Administration fiscale supérieure n'avait pas tenu compte de cet arrangement.

A cette occasion le Tribunal fédéral réaffirme pour le droit fiscal la jurisprudence qui s'est peu à peu établie concernant l'application de la bonne foi aux assurances que peuvent donner les autorités. Le Tribunal fédéral a posé cinq principes. Il faut⁵⁸:

- a) que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées;
- b) que l'autorité ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence;
- c) que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude des informations obtenues ou de ses propres déductions;
- d) que l'administré se soit fondé sur elles pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice;
- e) que la loi n'ait pas changé entre le moment où l'autorité s'est déterminée et celui où le principe a été allégué.

De même, et c'est ce qui ressort de cet arrêt, en ce qui concerne la compétence, celui qui reçoit le renseignement doit pouvoir penser de bonne foi que l'autorité qui le lui a donné est compétente. Le citoyen n'est pas censé connaître toutes les ordonnances internes de l'Administration qui font que tel bureau est plus compétent qu'un autre.

Un autre problème qui joue souvent un rôle en droit fiscal est le problème de l'inaction de l'Administration qui ne taxe pas un

⁵⁷ *Kurth c. Canton de Soleure*, RO 101 I, 1975, p.92 et ss. notamment p.99.

⁵⁸ Ces principes, au nombre de cinq, peuvent être déduits de nombreux arrêts du Tribunal fédéral. Ils ont été énoncés systématiquement avec de nombreuses références dans l'arrêt du 2 février 1973, *Ligue suisse pour la protection de la nature c. Hadbi et Conseil d'Etat du canton du Valais*, RO 99 Ib, 1973, p.94.

contribuable pendant un certain nombre d'années, problème qui peut se trouver lié à l'inaction du contribuable qui omet un recours en se fondant sur des assurances de l'Administration. Nous avons vu cette situation déjà citée dans un arrêt ancien du Tribunal fédéral. Depuis lors, la question a été tranchée à plusieurs reprises et la solution n'a pas toujours été la même, le Tribunal fédéral ayant analysé chaque fois les diverses situations. On peut citer notamment un arrêt du 8 avril 1946, la cause *Martin-Dupan*⁵⁹. Il s'agissait de l'application d'un impôt bâlois dit «sacrifice de crise». Le docteur Martin-Dupan, qui était domicilié à Bâle, mais avait transféré son domicile à Genève, avait présenté une réclamation contre sa dernière taxation. Il n'avait pas recouru contre une décision de l'Administration sur le vu d'assurances des autorités bâloises que l'on réexaminerait son cas. Son recours contre une nouvelle décision négative fut écarté pour le motif qu'il n'avait pas recouru dans les délais. Le Tribunal fédéral a donné raison au médecin genevois en relevant:

«L'intéressé aurait été en droit de former déjà contre cette décision un recours au Tribunal fédéral. C'est la promesse de l'Administration qui a fait différer le dépôt du pourvoi. Les règles de la bonne foi exigent que le délai soit restitué au requérant.»

Comme on le constate, l'élément essentiel dans cette décision est l'attitude de l'Administration qui a insisté auprès du contribuable pour qu'il ne dépose pas un recours. Dans un autre arrêt, *X. c. St-Gall*⁶⁰ le Tribunal fédéral a dû se pencher sur le cas d'un contribuable qui n'avait pas été taxé pendant plusieurs années et qui estimait qu'il y avait là renonciation tacite à son imposition. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait faire une différence entre une simple négligence de l'Administration qui omet de taxer un contribuable et les situations dans lesquelles l'Administration intentionnellement ne taxe pas un contribuable pour obtenir de lui certains avantages.

Il est un autre domaine dans lequel le principe de la bonne foi joue un rôle en droit fiscal, c'est le problème de l'imposition selon la situation juridique ou selon la réalité économique et celui de la différence entre l'épargne fiscale, l'évasion fiscale et la soustraction fiscale. Nous nous trouvons ici dans un domaine où le principe de la bonne foi est appliqué non pas, comme le plus souvent, à l'activité de l'Administration, mais à celle du citoyen, de l'administré. Dans une jurisprudence qui s'est confirmée au cours des années, le Tribunal fédéral a admis que l'Administration fiscale n'était pas

⁵⁹ RO 72 I, 1946, p.81 et JdT 1946 I, p.596 et ss. notamment p.599.

⁶⁰ RO 94 I, 1968, p.521 et JdT 1969 I, p.603 et ss.

liée par n'importe quelle forme juridique choisie par l'administré en vue de sa taxation fiscale. Cependant, l'Administration ne saurait s'écarter de la figure juridique voulue par le contribuable que dans des cas bien déterminés. Dans un arrêt de 1933⁶¹, le Tribunal fédéral déclare que le Département des finances du canton du Valais ne pourrait s'écarter de la forme donnée à l'entreprise que s'il établissait que la recourante «n'a donné à l'entreprise Dillsee-Turtmann la forme en laquelle elle se présente qu'en vue d'échapper à l'impôt ou d'alléger artificiellement ses charges fiscales».

Le Tribunal fédéral estime que tel serait le cas :

- a) si la recourante, pour obtenir le résultat visé, avait eu recours à un procédé insolite;
- b) si le procédé avait eu en fait pour résultat de procurer un allègement des charges fiscales.

Cette jurisprudence est confirmée dans un arrêt ayant trait à l'imposition des corporations d'alpage de l'Oberland bernois⁶², dans lequel le Tribunal fédéral précise le terme insolite de la manière suivante :

«Ungewöhnlich, sachwidrig und absonderlich, jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen.»

Ces termes sont précisés à nouveau en français dans un arrêt de 1954 dans la cause *V. AG c. Administration fédérale des contributions*⁶³, dans lequel on peut lire en page 34 :

«En d'autres termes, la loi ne prévoit pas expressément que dans ce cas l'aspect économique de l'opération doit l'emporter sur son aspect juridique. Il doit néanmoins en aller ainsi selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'il apparaît d'une part que la forme juridique choisie est insolite et d'autre part qu'elle a été choisie abusivement et exclusivement aux fins d'éluder une imposition qui aurait eu lieu dans le cas où l'on aurait accepté la forme juridique correspondant aux circonstances économiques.»

Cette thèse est confirmée de manière très précise dans un arrêt de 1967⁶⁴ et dans un arrêt de 1972⁶⁵.

Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral se fonde expressément sur l'abus de droit.

⁶¹ Arrêt *Société pour l'industrie de l'aluminium c. Département des finances du canton du Valais*.

⁶² *Administration fédérale des finances c. Berggemeinde Oberalbrist*, RO 73 I, 1947, p.75.

⁶³ RO 80 I, 1954, p.30 et ss.

⁶⁴ Arrêt X, RO 93 I, 1967, p.722.

⁶⁵ Arrêt X c. *Commission de recours du canton de Berne*, RO 98 Ib, 1972, p.323.

Il reprend cette notion dans un arrêt récent, *Administration genevoise de l'impôt de défense nationale* du 13 février 1976⁶⁶, dans lequel on peut lire:

«La distinction entre évasion et épargne fiscale suscite quelques difficultés (cf. à cet égard Höhn, *Steuereinsparung und Steuerumgehung*, in *Revue fiscale* 29/1974, p.141ss.). Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que chacun peut en principe organiser son activité économique de manière à payer le moins possible d'impôts, en particulier adopter, parmi plusieurs structures juridiques envisageables, celle qui entraîne la charge fiscale la plus faible. Mais celui qui a fait usage d'un procédé insolite, d'une construction de droit privé inadaptée aux données économiques, commet un abus de droit sur le plan fiscal (A.T.F. 98 Ib 323; Archives 43, 587, consid.4b). Si les conditions de l'évasion fiscale ne sont pas réunies, l'autorité chargée de l'application de l'A.I.N. ne peut se fonder sur la réalité économique pour mettre obstacle à l'épargne fiscale.»

Ainsi, le Tribunal fédéral, tout en maintenant la jurisprudence antérieure, la rattache maintenant expressément à l'abus de droit, lequel découle du principe de la bonne foi.

3. *Droit de l'aménagement et de la construction*

Le droit de l'aménagement du territoire et celui de la construction sont probablement à côté du droit fiscal l'un des domaines qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante au sujet du principe de la bonne foi en droit public.

Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons.

En premier lieu, le droit de l'aménagement du territoire et de la construction laisse dans bien des domaines une certaine latitude à l'Administration, laquelle peut exercer, dans certaines limites, un pouvoir d'appréciation assez étendu. Le citoyen doit pouvoir, dans le cadre de ce pouvoir d'appréciation, se fier à la bonne foi de l'Administration.

Par ailleurs, les conséquences d'une décision en matière d'aménagement du territoire ou de police des constructions sont en général irréversibles. Lorsque l'autorisation a été donnée de construire un immeuble, même une villa, il est extrêmement difficile de pouvoir revenir sur des travaux déjà commencés. Enfin, il faut tenir compte du fait que les décisions en matière de construction se voient, qu'elles attirent l'attention de nombreux citoyens, notamment de ceux qui sont organisés, en particulier dans des ligues pour la

⁶⁶ RO 102 Ib, 1976, p.156, Sem. Jud. 1977, p.97 et ss.

protection de la nature ou du paysage. L'autorité est donc surveillée par un grand nombre de personnes, qu'il s'agisse de voisins, d'habitants du quartier ou de la région ou de groupements intéressés à ce genre de problème.

Mais, d'un autre point de vue, il faut constater que le droit de la construction et de l'aménagement du territoire est sans cesse en mouvement. Les plans d'aménagement évoluent au gré de la conjoncture immobilière, par ailleurs il y a aussi certaines modes, certaines habitudes dans l'architecture qui amènent le législateur, qu'il soit communal, cantonal ou fédéral, à modifier les lois et les règlements. Certains impératifs de la technique ou la protection de l'environnement sont aussi des facteurs qui contribuent à des changements assez fréquents de la législation en matière d'aménagement du territoire ou de construction.

C'est ainsi que, dans ce domaine, plusieurs des notions importantes de la bonne foi en droit public ont été précisées par le Tribunal fédéral.

Dans ce domaine comme dans ceux que nous avons vus auparavant, le Tribunal fédéral a fixé le grand principe selon lequel la bonne foi en droit public protège la confiance mise dans une décision des autorités, ceci selon les cinq conditions que nous avons énumérées plus haut. Dans un litige qui opposait la Commune de Cully au Conseil d'Etat du canton de Vaud⁶⁷, le Tribunal fédéral a examiné la question d'un plan d'aménagement proposé par la commune, mais refusé par le Conseil d'Etat et il a résumé en une seule phrase ces conditions que l'on retrouve dans de nombreux arrêts. Le Tribunal fédéral déclare dans cet arrêt:

«Selon la jurisprudence, le principe de la bonne foi qu'énonce l'article 2, alinéa 1 Code civil, vaut aussi en droit administratif. Dédit directement de l'article 4 de la Constitution, il s'applique à l'ensemble de l'activité de l'Etat et protège le citoyen dans la confiance qu'il voue à une assurance que lui donne une information même erronée ou une assurance donnée par l'Administration liant celle-ci lorsque l'office dont elles émanent était compétent pour les donner, que l'intéressé ne pouvait d'emblée en reconnaître l'inexactitude et qu'en y ajoutant foi il a pris des dispositions sur lesquelles il ne peut revenir.»

Dans ces diverses espèces, le Tribunal fédéral examine tant l'attitude de l'Administration que l'attitude de l'administré. Ces distinctions apparaissent également dans des décisions cantonales. On

⁶⁷ Arrêt du 15 mars 1972, RO 98 Ia, 1972, p.427.

peut citer notamment un prononcé vaudois du 12 juillet 1951⁶⁸ dans lequel il est déclaré:

«L'Administration viole le principe de la bonne foi lorsqu'elle trompe la confiance qu'elle a éveillée, notamment en agissant contra proprium factum, après avoir donné des assurances ou adopté une attitude permettant à l'administré de s'attendre à certains comportements précis; un administré ne saurait cependant se prévaloir d'informations dont il devait connaître le caractère erroné ni notamment arguer de sa bonne foi pour maintenir une situation irrégulière s'il n'a pris des dispositions sur lesquelles il lui est impossible de revenir; il ne peut davantage se prévaloir d'une situation contraire au droit s'il l'a lui-même créée.»

Cet arrêt vaudois exprime d'une manière extrêmement claire les différents principes de la jurisprudence selon lesquels l'Administration viole le principe de la bonne foi en trompant la confiance de l'administré, mais celui-ci ne peut s'en prévaloir s'il a lui-même contribué à créer ou à maintenir une situation irrégulière et contraire au droit. Par là est illustrée la problématique de la bonne foi de l'Administration en face de la mauvaise foi de l'administré. Celle-ci ne saurait justifier sa mauvaise foi par celle de l'administré, mais en revanche l'administré de mauvaise foi ne saurait se montrer rigoureux à l'égard de l'Administration et ne saurait se plaindre que l'Administration refuse de revenir sur une attitude qui a été déterminée par des renseignements erronés ou un comportement de mauvaise foi qu'il a eu à l'égard de l'Administration. Cette attitude de loyauté et en quelque sorte de conscience professionnelle que l'on peut attendre de l'Administration apparaît dans un autre prononcé vaudois du 11 décembre 1972⁶⁹ où l'on peut lire:

«Lorsque sur la base des plans du projet de construction (forme et pente du toit) ainsi que du descriptif des matériaux il n'eût pas dû échapper à une autorité vigilante que le mode de couverture choisie n'était pas constitué par de la tuile traditionnelle mais par une autre matière, il est contraire au principe de la bonne foi en matière administrative d'ordonner le remplacement de la couverture, déjà en grande partie exécutée, surtout lorsque cette opération entraînerait vraisemblablement la transformation complète du toit et de la charpente.»

L'assurance de l'autorité n'est pas forcément donnée par une décision en bonne et due forme. Elle peut également résulter d'une attitude de l'autorité qui ne peut pas, par la suite, en prendre une

⁶⁸ *Fontana et Heider c. Municipalité de Lausanne*, RDAF 1953, p.357.

⁶⁹ *Fournier c. municipalité de Gingins*, RDAF 1975, p.62.

autre. On peut citer encore une autre décision vaudoise, *Nerfin c. Municipalité de Founex*⁷⁰:

«La municipalité qui a perçu une taxe de raccordement, ainsi que des taxes annuelles d'exploitation et qui a autorisé le déversement du trop-plein du puits perdu d'un bâtiment dans une canalisation communale ne peut par la suite astreindre le propriétaire à prendre en charge la construction d'une canalisation de raccordement de son bâtiment à un égout public récemment construit, distant de 300 mètres environ en prenant pour argument le fait que la canalisation communale où se déversent les eaux du puits perdu n'est pas propre à les recevoir.»

De même, le Tribunal fédéral a cassé la décision d'une commune bernoise qui avait autorisé la construction d'une grange en dérogation avec le plan d'alignement communal et qui ensuite a refusé la modification, par l'adjonction d'une petite dépendance de ce même bâtiment⁷¹. Il faut cependant que l'assurance ait été donnée par une autorité compétente. Il ne suffit pas de l'assurance d'un fonctionnaire bien placé ou d'un membre d'une autorité. On peut citer à ce propos une décision de la Commission fédérale d'estimation du Deuxième Arrondissement dans une affaire *Pellegrino c. Etat de Vaud*⁷², dans laquelle on peut lire:

«Même si les membres de la municipalité avaient donné des assurances aux frères Pellegrino, cela ne liait nullement la commune pour l'avenir, contrairement à ce que semblent croire les expropriés, visiblement enclins à transposer sans nuance les règles du droit privé dans le droit administratif. Une administration qui après avoir envisagé une solution à un problème se décide pour une autre ne répond des désavantages que représente la seconde solution que dans des cas exceptionnels. Ainsi en est-il par exemple lorsque l'Administration a déterminé un particulier à acquérir un terrain à proximité d'une autoroute en lui donnant l'assurance que l'autoroute passerait ailleurs.»

Une question extrêmement délicate et qui joue un grand rôle dans les problèmes du droit de la construction c'est l'attitude qu'il y a lieu de prendre lorsque le droit a changé depuis une première décision. Dans ces cas là le Tribunal fédéral a admis en principe que l'autorisation ne pouvait être accordée du fait de la modification de la loi. Il existe notamment plusieurs jurisprudences au sujet de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 1^{er} juillet 1972 sur la protection des eaux. Dans un arrêt *Bovard c. Conseil d'Etat du canton de Lucerne*

⁷⁰ RDAF 1975, p.215.

⁷¹ Décision du Conseil d'Etat du canton de Berne du 13 septembre 1955 reproduite par IMBODEN/RHINOW, 5^e édition, Bâle 1976, volume I, N° 77, p.475.

⁷² RDAF 1974, p.394 et ss.

du 25 octobre 1974⁷³ le Tribunal fédéral a exposé que le citoyen ne peut pas se fonder sur des assurances de l'Administration si entre l'assurance et le moment où celle-ci devrait être accomplie une modification de la loi intervient. Comme le relève le Tribunal fédéral, dans un cas semblable l'autorisation deviendrait une autorisation en violation de la loi.

Cette règle souffre cependant, au vu du principe de la bonne foi, certains aménagements. Il y a lieu d'examiner en effet si du fait de l'autorisation qu'il avait reçue l'administré a acquis un droit subjectif, si la décision a été prise après un examen complet de toute la situation et, condition extrêmement importante, si le bénéficiaire a fait usage de l'autorisation. Dans de tels cas, il doit y avoir une pesée des intérêts réciproques de la collectivité publique et du bénéficiaire de l'autorisation⁷⁴.

Il y a lieu d'observer que d'une manière générale la jurisprudence admet qu'une demande d'autorisation de bâtir déposée sous l'empire du droit ancien doit être examinée en fonction des nouvelles dispositions en vigueur au moment où l'autorité statue sur cette demande, même si aucune disposition légale ou réglementaire ne le prévoit, pourvu cependant qu'une telle manière de faire ne soit pas expressément exclue⁷⁵. Cependant, le cas échéant on pourrait admettre qu'il y a violation du principe de la bonne foi si un requérant dépose une demande peu avant une modification de la loi et que l'autorité qui connaissait la modification qui devait intervenir ne l'en a pas informé. Le Tribunal admet qu'un propriétaire doit savoir que les lois sur la construction et sur l'aménagement ne sont pas immuables. Il faut bien distinguer entre le cas où des assurances ont été données à un citoyen, assurances qui peuvent suivant les cas lier l'Administration, même si la loi a changé, ceci à la suite de la pesée des intérêts dont nous avons parlé plus haut, et le cas où une autorisation en bonne et due forme a été accordée. Le Tribunal fédéral admet que dans ce dernier cas en principe une autorisation de police est irrévocable. Le Tribunal fédéral a examiné cette question dans une espèce qui touchait à la protection des rives du lac de Lugano dans la cause de la *Ligue suisse de la protection de la nature c. Bonetti-Soldati et consorts* du 16 décembre 1970⁷⁶. Dans cette affaire le Tribunal fédéral a admis que les bénéficiaires ayant dépensé de bonne foi des sommes

⁷³ RO 100 Ib, 1974, p. 297.

⁷⁴ Voir arrêt *Adda c. Conseil d'Etat du canton de Zurich*, RO 98 Ib, 1972, p. 241 et ss. notamment p. 249.

⁷⁵ Voir arrêt *Roquier c. Commune de Cortaillod* du 19 septembre 1973, RO 99 Ia, 1975, p. 343.

⁷⁶ RO 96 I, 1970, p. 694, JdT 1972, p. 316.

considérables pour faire usage de leur autorisation de construire, il ne pouvait plus être revenu sur cette autorisation. Le Tribunal fédéral déclare cependant :

« Des exceptions ne sont admissibles que si l'autorisation viole d'une manière particulièrement grave un intérêt public. Mais dans un tel cas la révocation sera généralement subordonnée au paiement d'une indemnité (voir RO 88 I 227). »

Cette antinomie entre le principe de la bonne foi et l'intérêt public apparaît également dans un arrêt récent : *SI Perly-Soleil CDEF c. Conseil d'Etat du canton de Genève* du 19 novembre 1975⁷⁷ dans lequel le Tribunal fédéral, après avoir rappelé le principe de la bonne foi, estime que ce principe n'entraîne cependant pas la modification de la décision attaquée lorsque celle-ci est commandée par l'intérêt public. Il estime cependant dans ce cas, comme il l'a évoqué dans l'arrêt précédent, qu'il appartient aux intéressés de réclamer la réparation du préjudice qui leur a été causé par les voies ordinaires. Nous examinerons plus bas de quelle manière et avec quelles difficultés le citoyen qui se trouve dans un tel cas peut réclamer une indemnité à la collectivité publique qui a trompé sa bonne foi.

Des principes s'inspirant de ceux concernant la modification d'une loi ont été exprimés au sujet de la rectification d'un plan d'aménagement entaché d'une erreur. On peut consulter à cet égard l'arrêt *Hert c. Conseil d'Etat du canton de Soleure*⁷⁸, lequel contient des observations sur la nature des plans d'aménagement qui peuvent être, suivant leur étendue, considérés ou comme une norme abstraite ou comme un acte concret.

Ces problèmes peuvent revêtir une importance primordiale. Il n'est que de se référer à l'arrêt *Righi c. Etat de Genève*. Le recourant avait eu de très longues discussions avec l'Etat de Genève concernant l'aménagement de terrains qui se trouvaient en zone d'expansion, terrains au sujet desquels une nouvelle loi sur l'extension avait été votée par le Grand Conseil, loi qui avait été modifiée quelques années après. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a réaffirmé le principe de la bonne foi en droit public, mais il a considéré que le recourant n'avait jamais reçu de l'autorité compétente des assurances qui l'auraient mis au bénéfice d'une exonération des conditions prévues dans la loi sur le développement de l'agglomération urbaine de Genève. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé, un administré ne peut se fonder que sur une assurance qui a été donnée par l'autorité

⁷⁷ RO 101 Ia, 1975, p. 328 et ss.

⁷⁸ RO 97 I, 1971, p. 651 et ss.

compétente et encore faut-il que cette assurance ait été donnée sans réserve.

4. *Autres domaines du droit administratif*

Dans la jurisprudence récente, le principe de la bonne foi a été étendu à de nombreux autres domaines du droit administratif.

Nous avons parlé du droit de la construction. Le domaine de la législation visant à interdire les démolitions dans un but social et de protection des locataires a permis de préciser des éléments essentiels d'application du principe de la bonne foi. On peut citer notamment un arrêt du Tribunal fédéral dans la cause *Nouveaux Grands Magasins S.A. c. Conseil d'Etat du canton de Genève* du 20 novembre 1963⁷⁹. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral marque d'une manière extrêmement claire les rapports difficiles à établir entre le principe de l'intérêt public, le principe de la sécurité du droit et celui de la bonne foi.

Au considérant 3 on peut lire:

«Selon la jurisprudence, les décisions administratives ne peuvent en principe revêtir l'autorité de la chose jugée. C'est pourquoi, lorsqu'elles ne sont pas conformes à la loi et à moins d'une disposition contraire de celle-ci, elles sont susceptibles d'être modifiées ou révoquées en particulier quand l'intérêt public l'exige et que la sécurité du droit ne s'y oppose pas. La sécurité du droit l'emporte sur l'intérêt public et la décision doit être en règle générale maintenue si elle engendre en faveur de l'administré des droits subjectifs, qu'elle ait été précédée d'une procédure permettant d'examiner sous tous leurs aspects l'ensemble des intérêts en cause, ou que le particulier ait déjà fait usage de la permission reçue (RO 88 I 267, 227/8; 87 I 282, 511; 86 I 173; 84 I 11; 83 I 325; 79 I 6).»

Le Tribunal fédéral remarque cependant que les recourants avaient reçu une autorisation de construire qu'ils ne pouvaient utiliser que s'ils demandaient la permission de démolir. Le permis de démolir n'a pas pu être accordé en raison de la nouvelle loi genevoise interdisant les démolitions.

Le Tribunal fédéral se demande alors si le principe de la bonne foi peut être appliqué et il déclare en page 435:

«Toutefois les rapports entre l'administration et l'administré sont soumis au principe de la bonne foi (RO 88 I 148, 76 I 190, 72 I 81). Il s'ensuit notamment que l'administration ne saurait tromper la confiance que ses actes ont pu éveiller chez l'administré (cf. Giacometti, Allgemeine

⁷⁹ RO 89 I, 1963, p.430 et ss.

Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, p.289ss.; Merz, Commentaire, note 72 ad art.2 CC). De même, l'administration est liée par l'obligation de se plier aux exigences de la sécurité du droit. Si en considérant dans un cas particulier que la condition affectant le permis n'était pas réalisée, elle violait l'un ou l'autre de ces principes, sa décision serait arbitraire et devrait être annulée.»

Une matière voisine des problèmes de la construction est celle des règlements communaux d'organisation de certaines installations communales. On peut donner notamment comme exemple l'Organisation des cimetières. Dans un arrêt *Commune de Hünenberg c. Conseil d'Etat du canton de Zoug*⁸⁰, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur un règlement communal qui interdisait les monuments funéraires du cimetière qui ne portaient pas de croix et qui d'autre part obligeait les monuments funéraires à être d'une autre matière que la pierre. Le Tribunal fédéral a estimé que l'interdiction de monuments sans une croix violait l'article 49 de la Constitution sur la liberté de croyance et de conscience. En ce qui concerne l'interdiction de monuments funéraires en pierre, il a estimé que cette disposition allait au-delà du but d'un règlement qui vise à ce qu'un cimetière soit une place de repos digne et tranquille, un lieu de méditation et de pensée et il a annulé cette partie du règlement communal.

On peut rapprocher cette décision du Tribunal fédéral d'une décision vaudoise *S.A. Motel de Préverenges c. Municipalité de Préverenges*. Un camping était exploité de bonne foi depuis de très nombreuses années au vu et au su de la commune et des voisins. A un moment donné la commune a estimé que l'existence de ce camping était contraire à un règlement communal. L'autorité vaudoise a estimé que l'intérêt des propriétaires à la poursuite de l'exploitation l'emportait sur l'intérêt public au respect des prescriptions pour autant que l'ouvrage et l'affectation en cause ne soit pas la source d'un préjudice excessif pour le voisinage. L'autorité vaudoise a déclaré:

«Une telle conclusion répond au principe de la bonne foi selon lequel l'autorité ne saurait agir à l'encontre de la confiance qu'elle a éveillée chez l'administré fût-ce par une longue passivité.»⁸¹

De même dans le droit de la fonction publique, certaines décisions concernent les rapports entre les fonctionnaires et l'Administration qui sont aussi soumis à la bonne foi. Particulièrement caractéristique est l'arrêt du Tribunal fédéral *Zuber-Bühler c. Conseil d'Etat du*

⁸⁰ RO 101 Ia, 1975, p.392 et ss.

⁸¹ Voir décision du 21 décembre 1973 publiée dans RDAF 1975, p.412.

canton de Zurich du 22 novembre 1972⁸². Une ordonnance du Conseil d'Etat imposait aux maîtres d'école de résider dans le canton de Zurich. Le recourant avait fait une requête pour habiter dans le canton de Thurgovie. Il avait téléphoné au secrétaire du Département de l'instruction publique qui lui avait dit que l'affaire était pendante devant le Conseil d'Etat avec un préavis favorable du chef du Département de l'instruction publique et que la décision serait prise prochainement. Le Conseil d'Etat a pris une décision négative. Le maître invoque la violation du principe de la bonne foi. Le Tribunal fédéral n'a pas retenu cette argumentation du recours. Il estime que, conformément à la jurisprudence déjà citée plus haut, les assurances doivent émaner d'une autorité compétente. Il estime que le maître, au courant du règlement, devait se rendre compte que le secrétaire du Département de l'instruction publique pouvait lui donner des indications qui pouvaient éveiller un certain espoir que la décision du Conseil d'Etat serait favorable, mais le secrétaire ne pouvait pas préjuger de la décision du Conseil d'Etat ce dont le maître devait se rendre compte. En fin de compte le recours a cependant été admis mais ceci du fait que la décision du Conseil d'Etat de Zurich n'était pas motivée. Dans un autre arrêt concernant un fonctionnaire, le Tribunal fédéral n'a pas admis de casser une décision en vertu du principe de la bonne foi. Il s'agit du cas *Simon c. Conseil d'Etat du canton de Genève*⁸³. Un professeur extraordinaire avait été nommé pour trois ans et le Conseil d'Etat n'avait, à la fin de son mandat, renouvelé celui-ci que pour une année. Le Tribunal fédéral a estimé qu'en l'absence d'assurances particulières qui auraient été données à ce professeur, il n'avait aucun droit, ayant été nommé pour un temps limité, d'escompter le renouvellement de son mandat.

On peut citer aussi le principe de la bonne foi dans l'application de la loi fédérale des 11 octobre 1902–18 mars 1971 concernant la haute surveillance de la Confédération sur les forêts⁸⁴. Le Tribunal fédéral a déclaré page 101 :

«Si au regard de la législation en matière de forêts, le Conseil d'Etat devait rejeter la demande dont il était saisi, il a estimé à juste titre que le principe de la bonne foi fait échec en l'espèce à l'application des textes.»

On trouve également dans un problème de subvention pour la protection civile une discussion au sujet de la bonne foi. Une com-

⁸² RO 98 Ia, 1972, p.460 et ss.

⁸³ RO 96 I, 1970, p.624.

⁸⁴ RO 99 Ib, 1973, p.94 et ss. *Ligue suisse pour la protection de la nature c. Conseil d'Etat du canton du Valais*.

mune s'était vue accorder une subvention de protection civile sur la base d'un coût de construction de Fr. 473 400.– pour un bâtiment. Le contrôle fédéral des finances est intervenu et n'a admis la subvention que sur la base d'un coût de Fr. 404 000.–. Le recours de la commune a été écarté, le Tribunal fédéral ayant estimé que si l'on entendait que l'intervention du contrôle fédéral des finances ait un sens, la commune devait s'y plier⁸⁵.

Si la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle des tribunaux administratifs des cantons appliquent, comme nous l'avons vu, le principe de la bonne foi, ce principe est appliqué par l'Administration dans de multiples domaines. Il n'est que d'examiner la jurisprudence des autorités administratives de la Confédération pour constater que soit les Départements soit le Conseil fédéral s'estiment liés par ce principe. C'est ainsi que l'on peut trouver des exemples d'application dans des domaines extrêmement variés. En ce qui concerne la protection des monuments et des sites par exemple, on peut citer une décision du Département des finances⁸⁶. Cette décision révoque une subvention fédérale pour la rénovation d'un bâtiment, considérant que le destinataire (dans ce cas-là il s'agit d'une paroisse) élude de mauvaise foi une condition tacite de l'octroi de la subvention.

Dans une matière fort différente, celle des examens fédéraux de médecine, on peut citer une décision du Département fédéral de l'intérieur⁸⁷. Il s'agissait d'une étudiante en médecine finlandaise qui avait été admise aux examens fédéraux de médecine sur la base d'une maturité finlandaise. Elle avait réussi les examens, mais l'autorité, reprenant les normes admises pour les équivalences, décida de ne lui remettre le diplôme que lorsqu'elle aurait repassé des examens d'histoire suisse, de géographie suisse et d'une des langues nationales soit le français. Le Département fédéral de l'intérieur, à qui le problème avait été soumis par la voie du recours, estima que l'autorité qui à la suite d'une erreur qui lui est imputable a admis à tort un candidat aux examens et soumet à des conditions la remise du diplôme après la réussite des examens viole le principe de la bonne foi. Le Département ajoute qu'il considère qu'il s'agit là d'une révocation partielle illicite d'une décision passée en force. Pour montrer tout l'éventail très large d'application du principe de la bonne foi, nous pouvons citer encore une décision, cette fois du Conseil fédéral⁸⁸ dans le domaine du transport des pommes de terre

⁸⁵ RO 99 Ib, 1973, p. 461 et ss.

⁸⁶ JA 1962/63, N° 126.

⁸⁷ JA 1970/71, p. 225, N° 92.

⁸⁸ JA 1972, p. 130, N° 57.

de table. Une ordonnance administrative fixait les conditions du subventionnement pour le transport des pommes de terre de table. Cette ordonnance administrative a été modifiée, mais ceci alors que la récolte des pommes de terre était déjà commencée. Le cas a été soumis par la voie du recours au Conseil fédéral, lequel a estimé qu'une ordonnance administrative relative aux conditions pour l'octroi de subventions fédérales devait être publiée avant le début de la récolte et que le fait d'en donner connaissance alors que la récolte était déjà commencée heurtait le principe de la bonne foi.

Il est un autre domaine extrêmement vaste dans lequel le principe de la bonne foi a trouvé son application, c'est celui du droit des assurances sociales. Nous étions en train d'étudier les diverses applications que le Tribunal fédéral des assurances a faites du principe de la bonne foi lorsque, grâce à un membre du comité de l'Association HENRI ZWAHLEN et à la très grande courtoisie de Monsieur le Juge fédéral JEAN-DANIEL DUCOMMUN, nous avons pu avoir connaissance, avant même sa publication, de son article: «Egalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances» paru dans les mélanges HENRI ZWAHLEN, Lausanne 1977, pages 249 et suivantes. Nous estimons que cette étude d'une plume aussi autorisée nous dispense de consacrer quelques pages à ce domaine. Nous reviendrons plus loin sur certaines considérations de Monsieur le Juge fédéral DUCOMMUN. Notons simplement que si le Tribunal fédéral des assurances s'est peut-être préoccupé plus tard que le Tribunal fédéral de Lausanne de la question de l'application du principe de la bonne foi, il a cependant depuis lors consacré une jurisprudence très abondante à ce problème. Cela peut se comprendre du fait que le droit des assurances sociales est un droit toujours en mutation. Les lois telle la loi sur l'assurance vieillesse et survivants sont souvent revues et elles donnent lieu à de très nombreux règlements comme la loi sur l'assurance maladie ou celle sur l'assurance invalidité. Les découvertes scientifiques apportent également des modifications à ces lois. C'est là, pour l'application du principe de la bonne foi, un domaine presque aussi important que le droit fiscal ou le droit de la construction.

5. Elections, votations, initiatives et referendums

Les diverses décisions que nous avons citées et commentées dans les sections précédentes de ce chapitre considèrent la bonne foi dans les rapports entre le citoyen en tant qu'administré et les autorités, gouvernement et administration, qui prennent des décisions à son

égard, fixant pour lui certaines normes de comportement ou prenant des décisions qui l'atteignent dans ses biens ou dans sa liberté.

Dans la jurisprudence au sujet des élections et des votations, des initiatives et des referendums, le citoyen n'est plus un simple administré, il est un citoyen, membre de ce que nous appelons à Genève encore le Conseil général. Il est électeur, il détient une part de la puissance publique. Nous quittons ici le domaine administratif pour aborder le domaine constitutionnel, celui des rapports entre les divers pouvoirs, l'exécutif, le législatif et le corps électoral pris dans son ensemble ou dans quelques-uns ou même un seul de ses membres.

En cette matière également, le Tribunal fédéral a admis l'application du principe de la bonne foi et sa jurisprudence l'a conduit à des nuances souvent délicates qui peuvent laisser beaucoup d'espoir à ceux qui entendent attaquer des décisions en cette matière, mais il faut cependant qu'ils réfléchissent avant de se saisir de tels moyens car ceux-ci peuvent aussi être écartés.

Dans ce domaine également, la bonne foi doit se trouver du côté du citoyen qui attaque une décision; elle doit être aussi du côté de l'autorité qui organise une élection ou une votation ou apprécie la possibilité de soumettre au peuple une initiative cantonale ou communale ou un referendum.

Dans un arrêt *Jamper et consorts c. Straub et consorts et Conseil d'Etat de Fribourg* du 20 mars 1963, le Tribunal fédéral a confirmé une jurisprudence déjà ancienne selon laquelle le citoyen qui considère qu'une élection ou une votation est contraire à la Constitution ou à la loi doit déjà faire un recours avant la votation. Le Tribunal fédéral considère qu'il serait choquant et contraire au principe de la bonne foi qu'il attende pour faire un recours de connaître le résultat de la votation⁸⁹. Cette règle n'est cependant pas absolue et d'autres décisions y ont apporté un certain tempérament. Dans un arrêt *Couchepin c. Grand Conseil du canton du Valais*⁹⁰, sur lequel nous reviendrons plus bas, le dernier jour du délai pour intenter un recours de droit public contre le décret organisant une votation cantonale tombait le lendemain de cette votation, soit à un moment où le résultat en était connu. Le Tribunal fédéral a cependant admis un recours de M. Couchepin contre cette votation puisque le délai de l'article 89 de la loi d'organisation judiciaire avait été respecté. La jurisprudence connaît de nombreux arrêts concernant des décisions qui interviennent dans des assemblées de communes

⁸⁹ RO 89 I, 1963, p. 80 et ss., JdT 1964, p. 14 et ss.

⁹⁰ RO 90 I, 1964, p. 69 et ss.

où tout le monde est présent. On peut citer notamment la décision du Conseil d'Etat du canton de Berne, citée dans l'ouvrage de IMBODEN/RHINOW (5^e édition, page 79) qui permet d'assister aux luttes d'une commune bernoise pour l'élection d'un maître d'école. Le président de l'assemblée modifie la manière de voter après un premier vote à la suite duquel le maître n'avait pas été élu, des citoyens outrés de ce procédé sortent, mais sans protester officiellement, le Conseil d'Etat de Berne n'a pas admis un recours contre la décision de cette autorité communale.

Citons aussi une affaire où l'on se trouve également au sein d'une assemblée de commune, l'affaire *Stäubli c. Commune de Regensdorf et Conseil d'Etat de Zurich* du 7 décembre 1966⁹¹. M. Stäubli n'avait déclaré qu'à la fin de l'assemblée son intention de recourir contre une décision de l'assemblée. Celle-ci avait écarté le point de vue défendu par un citoyen qui se rattachait au même groupe que lui. Le Conseil d'Etat de Zurich avait rejeté le recours notamment pour le motif que la protestation n'était pas intervenue avant le vote. Le Tribunal fédéral a estimé que c'était là faire preuve d'un formalisme excessif que de vouloir en déduire que le droit de recours de M. Stäubli était périmé. Ces divers problèmes ont été repris notamment dans un arrêt *Dumartheray et «Vigilance» c. Grand Conseil du canton de Genève* du 17 février 1971⁹². Dans cet arrêt, M. Dumartheray recourait, ainsi que le parti «Vigilance» contre une loi genevoise organisant le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits et prévoyant que pour la première élection les magistrats seraient nommés par le Grand Conseil, ceci jusqu'au moment où il y aurait les élections judiciaires générales. M. Dumartheray avait fait partie du Grand Conseil au moment de l'élaboration de la loi, mais il n'était plus député au moment du vote final.

Le Tribunal fédéral a admis le recours pour des motifs de fond, il a admis également que M. Dumartheray puisse recourir en déclarant:

«Quant au fait que M. Gil Dumartheray conteste la constitutionnalité d'une disposition en faveur de laquelle il aurait voté sans restriction alors qu'il était membre de la commission parlementaire chargée d'examiner le projet de loi, il ne saurait non plus constituer un abus de droit. On ne peut en effet reprocher à un citoyen qui a d'abord approuvé une disposition légale d'attaquer ensuite cette même disposition, s'il se rend compte ultérieurement qu'elle est inconstitutionnelle. La jurisprudence et la doctrine admettent même qu'un administré ne viole pas nécessairement la

⁹¹ RO 92 I, 1966, p.350, JdT 1968, p.2 et 10.

⁹² RO 97 I, 1971, p.24 et ss.

bonne foi en demandant l'annulation d'un acte illégal dont il avait approuvé l'adoption.»

Et le Tribunal fédéral de citer la doctrine et d'autres jurisprudences. Il est donc difficile de tracer une règle générale, le Tribunal fédéral examinant chaque cas pour se rendre compte si oui ou non le recourant est de bonne foi. En sens inverse de l'arrêt Dumartheray, on peut citer l'arrêt *Bender et Dorsaz c. Grand Conseil du canton du Valais* du 15 septembre 1965⁹³. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas admis un recours de droit public d'électeurs valaisans qui se plaignaient que les élections dans le district de Martigny auraient été irrégulières, car des listes avaient été panachées d'une manière semblable par un grand nombre d'électeurs, les recourants considéraient qu'il s'agissait là d'une manœuvre préparée d'avance et qui avait faussé le résultat du vote. Le Tribunal fédéral, sur la base de constatations du Grand Conseil du canton du Valais, a relevé que si bulletins préparés il y avait, ceux-ci avaient été établis, sinon par les recourants, du moins par leurs amis politiques. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral a considéré que les recourants n'étaient pas de bonne foi en se prévalant d'une manœuvre électorale qu'ils avaient eux-mêmes contribué à mettre en œuvre.

Dans l'examen des initiatives, le Tribunal fédéral admet que pour être valable une initiative doit répondre non seulement aux conditions formulées par la loi, mais encore à d'autres exigences qui découlent des principes généraux du droit. Le Tribunal fédéral considère qu'une initiative doit être conforme au principe de la bonne foi et ne pas constituer un abus de droit. On doit remarquer cependant que le Tribunal fédéral cherche toujours à trancher en faveur de l'initiative, c'est-à-dire dans le but que l'initiative soit soumise au peuple. Dans un arrêt *Commune de Zofingue et Conseil d'Etat du canton d'Argovie*⁹⁴, le Tribunal fédéral a admis le recours de droit public d'un comité pour l'initiative à Zofingue qui tendait à suspendre les constructions destinées aux services publics communaux, pour lesquelles des crédits avaient été valablement votés, jusqu'à l'établissement d'un plan d'ensemble pour les constructions de la commune. Le Tribunal fédéral a exprimé que cette initiative n'était pas contraire au droit et qu'elle n'était pas non plus contraire au principe de la bonne foi. Dans l'arrêt déjà cité plus haut, *Dumartheray et «Vigilance» c. Grand Conseil du canton de Genève*, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence selon laquelle un citoyen ou un parti politique qui n'a pas mis en œuvre la procédure

⁹³ RO 91 I, 1965, p.316, JdT 1966, p.202 et ss.

⁹⁴ RO 94 I, 1968, p.120 et JdT 1969, p.202 et ss.

de referendum contre une loi est cependant recevable à former un recours de droit public contre cette loi ou contre une décision d'application de cette loi.

Cependant l'arrêt qui nous paraît le plus important en cette matière nous semble être l'arrêt *Couchepin c. Grand Conseil du canton du Valais* du 29 avril 1964 déjà cité plus haut, mais uniquement pour une question formelle. Dans cette affaire, M. Couchepin avait recouru contre une votation dans laquelle le peuple valaisan devait se prononcer par une seule réponse sur quatre crédits distincts: le premier concernait la transformation et l'agrandissement du Collège de Brigue, le second la construction d'écoles professionnelles à Brigue, Martigny et Monthey, le troisième l'agrandissement et la réfection de l'Ecole d'agriculture de Châteauneuf et le quatrième l'agrandissement et la construction de cliniques pour enfants déficients à Malévoz. Le recourant considérait qu'on ne pouvait poser les quatre questions à la fois, mais qu'elles devaient être posées de manière distincte. Le Tribunal fédéral a considéré que le droit de vote en matière politique est un droit constitutionnel garanti par un droit fédéral et qu'il donne au citoyen le droit d'exiger que le résultat des élections ou votations ne soit par reconnu s'il n'est pas l'expression pure et véritable de la libre volonté du corps électoral. Le Tribunal fédéral a considéré que l'électeur a le droit de s'exprimer en pleine liberté, c'est-à-dire non seulement de voter dans le secret et à l'abri de toute influence extérieure, mais aussi de remplir son bulletin d'une manière conforme à sa volonté réelle. Le Tribunal fédéral relève que dans des arrêts antérieurs, il a admis que l'électeur n'avait pas un droit à ce que les questions soumises au peuple par voie de referendum aient un objet unique. Dans l'arrêt *Couchepin*, il estime que cette jurisprudence ne tient toutefois pas un compte suffisant de la liberté de l'électeur telle qu'elle résulte du droit de vote garanti par le droit fédéral. Le Tribunal fédéral examine les divers crédits, il considère qu'il serait trop rigoureux de demander une votation distincte pour chaque crédit, mais relève qu'il y a deux domaines très différents, d'une part le domaine de l'instruction publique et d'autre part celui de la santé publique. Il considère que l'Etat du Valais devait organiser en tous les cas deux votations. Dans ces conditions, le recours de M. Couchepin a été admis et le Tribunal fédéral a annulé tant le décret du Grand Conseil organisant la votation que l'arrêté du Conseil d'Etat en fixant les modalités et le résultat de la votation sur ces divers objets. Certes, dans ses considérants, le Tribunal fédéral ne fait jamais appel au principe de la bonne foi, mais se fonde uniquement sur le droit des électeurs de décider en toute liberté. Le

principe de la bonne foi en droit public nous paraît cependant sousjacent à l'arrêt Couchepin, ce qui est important car il montre que ce principe a sa place dans les rapports entre les divers corps constitués puisqu'il influence la manière dont les questions doivent être posées au corps électoral.

Chapitre IV

La place et la portée du principe de la bonne foi dans le droit public – Légalité – Intérêt public et sécurité du droit

La jurisprudence du Tribunal fédéral, suivie par les tribunaux administratifs des cantons, a donc, depuis la dernière guerre, donné une place de plus en plus importante au principe de la bonne foi qui est maintenant appliqué dans tous les domaines du droit administratif.

Cette jurisprudence évolue. On peut se demander quelle place attribuer à ce principe à la fois très ancien et à certains égards nouveau. Faut-il lui fixer des limites, doit-on prévoir de nouvelles applications et si tel est le cas lesquelles ? Quelles sont les différences entre l'application de ce principe en droit privé et en droit public ?

Nous avons cité plus haut (voir note 33) les hésitations du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Zumthor c. Anliker* dans lequel il invoque la nature du droit civil qui doit «tenir la balance égale entre deux parties et déterminer avec précision quelles sont les prétentions que chacune a le droit de faire valoir vis-à-vis de l'autre». Il relève qu'au contraire le droit public, notamment le droit de procédure et le droit de l'exécution forcée, «créent les rapports qu'ils établissent ainsi que les intérêts eux-mêmes qui en dérivent lorsqu'ils indiquent la voie que les autorités et les parties doivent suivre, il en résulte que les actes essentiels des autorités et des parties dont se compose la procédure ne peuvent pas se dérouler autrement que cela a été prévu». Ces réflexions, même si la jurisprudence a évolué depuis, renferment une part de vérité. Elles indiquent qu'un même principe, s'il est appliqué dans le droit public et dans le droit privé, n'a pas forcément la même coloration et les mêmes conséquences.

Il faut reconnaître d'emblée que dans son principe même la bonne foi est une. Si on a pu parler, dans de récents débats au Parlement, de l'indivisibilité de la conscience, il me paraît que l'on peut dire aussi qu'il n'y a qu'un seul principe de la bonne foi qui s'exprime en droit public ou en droit privé. Sa source est commune. C'est cette *fides fundamentum justitiae* que nous avons trouvée chez Cicéron et dont l'origine plus profonde remonte à la distinction d'Aristote entre l'équité et la justice. Certes, dans notre droit, comme le relève BÜRGI, cette source grecque et romaine s'est enrichie par l'apport de

la Treu und Glauben du droit germanique. Alors que de son origine romaine elle a un caractère en un sens quelque peu négatif, l'absence de dolus et un caractère individualiste: éviter une application par trop uniforme de la loi, qui ne tiendrait aucun compte de situations individuelles; elle a gagné, par son origine germanique, un caractère plus positif, celui d'un lien de solidarité avec le partenaire et une notion plus communautaire. Mais dans un cas comme dans l'autre, ce sont toujours les mêmes idées de fidélité, de confiance et de loyauté qui en sont à la base.

Certes, on peut rechercher encore d'autres caractéristiques de la bonne foi, mais il semble cependant que l'opinion de VON TUHR soit marquée d'un certain bon sens lorsqu'il déclare dans son traité de droit des obligations⁹⁵, après avoir sommairement défini la bonne foi:

«On ne saurait, me semble-t-il, donner une définition plus précise de la bonne foi. Toutes les tentatives faites à cette fin, notamment les travaux vastes et approfondis de Stammler, ne conduisent qu'à des résultats de pure forme, qui ne sont d'aucun secours dans l'application aux cas concrets. Ce résultat négatif provient de la nature même des choses. En effet, la bonne foi n'est pas le produit d'un raisonnement logique. Elle n'est pas non plus l'objet du savoir, mais une question d'expérience de la vie et de sens pratique.»

Cela n'empêche pas que la concrétisation de ce principe se soit effectuée de manière extrêmement différente en droit public et en droit privé.

Comme nous l'avons vu, le droit privé bénéficie d'une longue tradition de jurisprudence sur la base de l'article 2 du Code civil. En droit public, la concrétisation s'est effectuée d'une toute autre manière, puisque c'est le Tribunal fédéral qui a déduit ce principe constitutionnel de l'article 4 de la Constitution. Jusqu'à quel point est-ce que l'on peut appliquer dans le droit public les règles établies par la jurisprudence de droit privé? On peut se le demander. L'ouvrage de IMBODEN/RHINOW (5^e édition, volume I, page 458) observe que les règles du droit privé doivent s'appliquer à ce principe en droit administratif «sinngemäss». Ce terme montre bien la parenté qu'il y a entre les diverses applications et la source commune du principe, mais il importe de définir maintenant les différences.

De nombreux auteurs ont étudié ce que FLEINER, dans son droit administratif allemand⁹⁶, appelle le *judicium finium regundorum*.

⁹⁵ ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code des obligations*, Zurich 1974, Traduction THILO, p.46.

⁹⁶ FRITZ FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Traduction EISENMANN, 1933, p.35 et ss.

FLEINER, dans ces pages, montre combien il est difficile de faire passer une notion du droit privé dans le droit public, ces deux domaines étant régis par des normes qui diffèrent. Sans compter qu'en outre il est parfois difficile de déterminer si un certain rapport est soumis à l'empire du droit public ou du droit privé.

FLEINER, dans son ouvrage, insiste sur une des différences essentielles entre le droit public et le droit privé lorsqu'il déclare (page 40):

«Le juge qui qualifie un rapport de droit privé se trouve donc dans une situation enviable de pouvoir appliquer un droit qui lui est familier.

Mais si par contre un rapport de droit apparaît comme une relation de droit public, il devient très difficile de trouver les règles de droit à y appliquer lorsqu'une disposition spéciale fait défaut. Ici se manifeste l'imperfection formelle du droit public comparé au droit civil. Il n'existe dans aucun des Etats allemands une codification générale du droit public applicable à l'Administration. Les normes en sont dispersées dans des lois spéciales qui s'attachent d'une façon purement extérieure aux différentes branches de l'Administration ou à certains faits économiques.»

Le Juge fédéral ANDRÉ PANCHAUD traitant d'un thème semblable dans sa conférence donnée à la Fédération suisse des notaires de Suisse le 14 octobre 1962 sur la légalité et révocabilité de la décision administrative a à ce sujet des termes encore plus clairs et plus colorés lorsqu'il déclare⁹⁷:

«Le juriste du droit civil a son code. Celui du droit administratif doit être avant tout un créateur, un «faiseur de système», souvent un législateur. Pour lui pas de code; pas non plus de «partie générale»; mais bien des lois diverses, reflétant moins un effort de synthèse que des préoccupations normatives occasionnelles; lois aussi différentes dans le lieu que variables dans le temps, mais surtout dictées par les besoins collectifs les plus disparates.»

Cette caractéristique, relevée par FLEINER pour le droit allemand, par le Juge fédéral PANCHAUD pour le droit suisse, est également celle du droit français; GEORGES VEDEL, dans son traité de droit administratif, observe: le droit administratif n'est pas codifié, et il ajoute un peu plus bas⁹⁸:

«La conséquence de ceci est qu'en droit administratif, les règles les plus importantes ont été posées par le juge, soit que celui-ci ait plus ou moins artificiellement rattaché ces règles à un texte, soit qu'il les ait tout simplement affirmées de son propre chef.»

⁹⁷ JdT 1963, p.66.

⁹⁸ GEORGES VEDEL, Droit administratif, 6^e édition, 1976, p.64.

Dans ces conditions, FLEINER montre la voie qu'ont suivie nos tribunaux et les professeurs de droit qui ont étudié le droit public et le droit administratif lorsqu'il dit :

«Le plus souvent il ne reste pas d'autre parti à prendre, en cas de silence de la loi, que de recourir au principe que tout système de droit doit être complété par des éléments tirés de lui-même, et qu'en conséquence un lacune présumée dans le système du droit public ne doit pas être comblée en faisant appel à des dispositions de droit privé par la voie de l'analogie, mais par des dispositions empruntées au cercle d'idées du droit public. Pour découvrir ces règles non écrites du droit public, il faut se rappeler que tout droit recèle en lui des idées juridiques non exprimées.»

Cette voie, indiquée par FLEINER, c'est celle qu'a suivie le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, notamment dans celle sur l'article 4 de la Constitution; c'est dans l'article 4 que le Tribunal fédéral a «découvert» le principe de la bonne foi en droit public. Cette découverte de principe de droit non écrit dans notre Constitution a été qualifiée par JEAN-FRANÇOIS AUBERT du «procédé le plus audacieux du Tribunal fédéral». Il parle aussi à ce sujet d'un «procédé aussi exorbitant qui ne doit être utilisé qu'avec prudence»⁹⁹.

Les différences entre le droit public et le droit privé ainsi que les frontières entre ces deux domaines ont été maintes fois étudiées.

Comme on le sait, si la jurisprudence du Tribunal fédéral s'est en général rattachée à la théorie des intérêts en vertu de laquelle les normes juridiques relèvent du droit public ou du droit privé selon qu'elles sauvegardent l'intérêt public ou les intérêts des particuliers, on ne peut pas faire de cette application une règle absolue puisque la distinction du droit public et du droit privé résulte de dispositions dont diffèrent la date, la genèse ou le but. Ainsi la jurisprudence en d'autres occasions s'appuie également sur la théorie des sujets ou la théorie de la subordination ou même la théorie fonctionnelle¹⁰⁰.

Les frontières entre le droit public et le droit privé ont été également examinées devant la Société suisse des juristes dans les deux rapports qui ont été présentés au congrès de 1958, l'un par le Professeur ZWAHLEN et l'autre par le Professeur MAX IMBODEN¹⁰¹. Ces deux auteurs ont dû étudier les frontières entre ces deux droits pour déterminer tout d'abord la possibilité même de l'existence du contrat

⁹⁹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, vol. I, p. 125.

¹⁰⁰ Voir à ce sujet ANDRÉ GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, p. 44 à 47.

¹⁰¹ ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, *Revue de droit suisse*, 1958, p. 461a et ss.; MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *Revue de droit suisse*, 1958, p. 1a et ss.

de droit administratif et ensuite la part de droit privé et la part de droit public entrant dans son interprétation.

L'un et l'autre ont montré combien il ne faut pas trop généraliser ou schématiser les différences entre le droit public et le droit privé.

Cependant, avec toutes les réserves et toutes les nuances que l'on peut introduire, il nous paraît que pour le sujet qui nous occupe, il est nécessaire d'attirer l'attention sur trois caractéristiques essentielles du droit public.

En premier lieu, le droit public est un rapport entre parties inégales. L'Etat intervient avec tous les pouvoirs et toutes les prérogatives de la puissance publique.

En deuxième lieu, si l'Etat intervient à titre de puissance publique, il est limité par le principe de la légalité selon lequel il ne peut agir qu'en vertu d'une compétence et d'un impératif légal.

En troisième lieu, qu'il agisse en édictant des normes abstraites ou en prenant des décisions concrètes en vertu de ces normes, l'Etat agit toujours en fonction d'un grand nombre d'individus, lesquels doivent tous être traités sur pied d'égalité.

Tenant compte de ces remarques et si nous cherchons à définir la place du principe de la bonne foi dans le droit administratif et à marquer la différence de l'application de ce principe en droit public et en droit privé, il nous paraît que nous devons partir de la notion de l'Etat fondé sur le droit. C'est un consensus absolument général en Suisse que nous sommes et nous devons rester un Etat fondé sur le droit et tendre de plus en plus à la réalisation de cet idéal dans les domaines où il ne serait pas encore réalisé.

On a donné de l'Etat fondé sur le droit diverses définitions. Celles-ci varient suivant que l'on se fonde sur une conception plus formelle de l'Etat fondé sur le droit ou si l'on adopte une notion plus matérielle, en ce sens que l'on examine le contenu des normes de cet Etat du point de vue matériel et non pas simplement la liaison formelle à la règle de droit¹⁰².

Quelque définition que l'on adopte de l'Etat fondé sur le droit, on doit en tous les cas admettre que deux grands principes le dirigent, celui de la légalité et celui de l'intérêt public. Ces deux principes étant complétés par celui de l'égalité. A ceux-ci le Professeur GRISEL ajoute les principes de proportionnalité, de bonne foi et le principe de non-rétroactivité. Il ajoute :

«Tous n'ont pas la même portée.»¹⁰³

¹⁰² Voir à ce sujet le rapport d'ALBERT PICOT, L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal, *Revue de droit suisse*, 1944, notamment p.216a, la note 13.

¹⁰³ Voir ANDRÉ GRISEL, *Droit administratif suisse*, p.162.

Il nous paraît en effet que les trois premiers principes, ceux de légalité, d'égalité et d'intérêt public sont les principes essentiels sans lesquels un Etat fondé sur le droit ne serait pas concevable. Il y a lieu d'y ajouter également le principe de la sécurité du droit. Comme l'a relevé le Professeur SALADIN dans son étude sur le principe de la «fairness», le principe de la sécurité du droit n'est pas, à l'heure actuelle, reconnu dans la jurisprudence du Tribunal fédéral comme un principe constitutionnel. Cependant, il revient souvent dans la jurisprudence et il est admis, notamment dans les problèmes touchant aux règlements de construction et aux plans de zone qu'une autorité ne peut «sans se fonder sur des raisons importantes» modifier les dispositions en vigueur. Le citoyen doit pouvoir compter sur une relative stabilité de l'ordre juridique.

Certes il faut tenir compte également du principe de la proportionnalité et de celui de la non-rétroactivité, mais ceci joue moins de rôle dans l'appréciation de l'application du principe de la bonne foi, ces deux principes étant relativement plus proches de celui de la bonne foi et n'étant en tous les cas pas en opposition avec ce principe. Ils jouent donc moins de rôle pour fixer les limites à l'application du principe de la bonne foi, ces limites étant essentiellement le principe de la légalité, celui de l'intérêt public et celui de la sécurité du droit.

Si nous nous référons aux cinq catégories sous lesquelles nous avons classé la jurisprudence à propos de l'article 2 du Code civil et si nous confrontons ces situations aux divers domaines et principes jurisprudentiels relevés au chapitre précédent, nous pouvons constater d'emblée qu'il n'y a pas contradiction entre les applications du principe en droit civil et celles que nous avons rencontrées en droit public.

Il y a cependant des nuances importantes sur lesquelles nous devons nous pencher. Certes, au sens large, le principe de la confiance trouve son application dans le droit public puisque la jurisprudence répète continuellement que le citoyen doit être protégé dans la confiance justifiée qu'il met dans l'administration. Cependant, si nous prenons le principe de la confiance au sens plus étroit de principe de la confiance dans la conclusion des contrats, nous sommes amenés à formuler certaines nuances. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt cité plus haut d'un recours de droit public contre une décision du Petit Conseil du canton des Grisons (voir note 42) a admis que ce qui était important c'était le sens qu'une partie intéressée devait ou pouvait attribuer à un avis de l'autorité. C'est bien là admettre que le principe de la confiance dans l'interprétation des contrats vaut d'une manière générale pour le droit public. Cepen-

dant ce n'est pas la même chose d'admettre ce principe de la confiance dans la conclusion d'un contrat entre deux parties qui discutent librement de ce contrat dans la liberté de l'autonomie de leur volonté. L'Etat, en principe, statue soit par normes abstraites qui s'appliquent à l'ensemble des citoyens ou en tout cas à un cercle très étendu de citoyens, et s'il prend des décisions concrètes à l'égard d'un citoyen c'est en application de ces normes. Si effectivement, dans certaines situations données, on peut interpréter une déclaration qui pourrait prêter à ambiguïté en se fondant sur le principe de la confiance, ce ne sera cependant qu'une situation exceptionnelle.

On peut mettre à part le contrat de droit administratif. Dans cette matière, tant M. ZWAHLEN¹⁰⁴ que le Professeur IMBODEN¹⁰⁵ ont admis que le principe de la bonne foi devait s'appliquer au contrat de droit administratif. Le Professeur ZWAHLEN relève notamment que: «elles (les règles de la bonne foi) empêchent notamment l'intérêt public de prévaloir comme critère d'interprétation, lorsque ce critère conduirait à des exigences, que l'administré ne pouvait raisonnablement prévoir, ou qui excèdent ce que l'équité permet de lui demander compte tenu des avantages que lui apportait la convention.»

Le principe de la confiance peut cependant intervenir, même dans un cas où une déclaration est envoyée à un très grand nombre de personnes. On peut à ce sujet faire un parallèle avec l'application des règles de la bonne foi souhaitées par le Professeur MERZ pour les contrats d'adhésion ainsi que nous l'avons noté au chapitre II.

Dans une seconde catégorie, nous avons mis les décisions qui condamnent un comportement qui contredit un comportement antérieur, soit le venire contra factum proprium. C'est à notre avis le cas essentiel, celui que l'on rencontre le plus souvent en droit public, de l'application du principe de la bonne foi. C'est essentiellement dans des cas de comportement contradictoire que le Tribunal fédéral a établi les cinq principes de base qui ressortent de la jurisprudence énoncée au chapitre précédent.

Quant à la troisième catégorie, celui qui utilise une institution pour des fins qui lui sont étrangères, elle nous a permis de constater en droit public les cas d'application du principe de la bonne foi non pas à l'égard de l'administration, mais à l'égard de l'administré. On peut rapprocher les arrêts en droit fiscal dans lesquels l'administration est autorisée à s'écarter de la forme juridique si le contribuable, pour obtenir un certain résultat, a eu recours à un procédé insolite,

¹⁰⁴ Op. cit., p. 631a.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 90a.

situation qui se rapproche des jurisprudences en droit civil sur la société anonyme à actionnaire unique.

Quant au quatrième domaine d'application en droit civil, celui du manque d'intérêt pour agir, on peut admettre théoriquement qu'il pourrait jouer un rôle en droit public si soit un administré, soit l'administration exigeait un comportement qui manque totalement d'intérêt soit pour l'un soit pour l'autre. Il ne nous semble pas cependant qu'une telle matière ait jusqu'à présent joué un rôle dans la jurisprudence.

Enfin, la cinquième catégorie que nous avons relevée en droit civil, celle de la *clausula rebus sic stantibus*, joue un rôle important en droit public dans le domaine des contrats administratifs selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Certes le Professeur ZWAHLEN, dans le rapport cité plus haut (page 643a), a soumis cette jurisprudence à une critique assez serrée en se fondant sur la théorie française de la mutabilité des contrats de droit administratif. Ces pages du Professeur ZWAHLEN sont extrêmement intéressantes, montrant comment la jurisprudence administrative française arrive parfois, avec des notions qui sont différentes de celles du droit administratif suisse influencé du fait du Professeur FLEINER par les doctrines allemandes, à des résultats très voisins. Nous en donnerons, pour notre sujet, des exemples un peu plus loin. Nous réalisons bien qu'il y a une différence entre les exemples que nous avons cité du droit civil et ceux du droit public, nous avons cherché à l'explicitier plus haut, mais c'est là un domaine délicat.

Il nous paraît que pour caractériser cette différence d'application du principe de la bonne foi entre le droit civil et le droit public, il nous faut examiner les limites à l'application de ce principe en droit public.

Ces limites, nous les voyons dans les autres principes du droit public. Ce sont ces principes qui mettent soit des frontières presque absolues, soit certaines limites ou nuances à l'application du principe de la bonne foi.

Les frontières presque absolues, celles dont on se rend compte si on les franchit ou non, nous les voyons dans les règles essentielles à tout Etat fondé sur le droit que sont le principe de la légalité et le principe de l'intérêt public. Nous examinerons ensuite les principes qui peuvent limiter quelque peu la bonne foi, soit le principe d'égalité et celui de la sécurité du droit. Enfin, nous dirons quelques mots de principes qui sont voisins de celui de la bonne foi, soit celui de la proportionnalité et celui de la non-rétroactivité.

Le premier, celui qui marque la limite la plus claire et la plus tranchée, c'est le principe de la légalité.

L'Administration, et c'est admis dans tous les traités de droit public, doit appliquer la loi. Elle le fait de deux manières, soit en étant soumise à la loi du fait de la suprématie de la loi, soit en n'agissant que s'il existe une base légale, c'est le principe de la réserve de la loi.

Mais en tout cela, qu'est-ce que la loi? Comme le dit le Juge fédéral GRISEL dans son Traité de droit administratif suisse¹⁰⁶:

«La loi s'entend ici dans son sens matériel. Il s'agit de toute règle de droit qui fixe les droits et les obligations des administrés.»

Cette manière de voir est également celle du droit français. GEORGES VEDEL s'exprime de la manière suivante¹⁰⁷:

«La légalité est la qualité de ce qui est conforme à la loi. Mais dans cette définition, il faut entendre le terme de loi dans son sens le plus large qui est celui de droit. La légalité exprime donc la conformité au droit qui est synonyme de régularité juridique.»

Et il ajoute:

«Le principe de légalité appliqué à l'Administration exprime donc la règle selon laquelle l'Administration doit agir conformément au droit.»

Ainsi, si elle observe le principe de légalité, l'Administration ne doit pas seulement observer la loi, mais également la Constitution et l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui veut dire que dans la Constitution, elle doit observer les principes non écrits découverts par le Tribunal fédéral dont le principe de la bonne foi.

Ainsi, comme le remarque GUENG¹⁰⁸, si l'Administration s'écarte du texte de la loi pour appliquer le principe de la bonne foi, elle ne viole pas le principe de la légalité, puisque le principe de la bonne foi fait partie de l'ordre juridique. Cette solution est peut-être formellement acceptable, mais elle ne résout pas complètement le problème, celui-ci se situe alors à l'intérieur du principe de légalité, car il nous paraît qu'il n'est pas possible de supprimer la tension existant entre le texte clair d'une loi et le principe de la bonne foi si l'application de ce principe amène à s'écarter du texte clair de la loi. Or si la question de la bonne foi se pose, c'est toujours justement parce que l'on désire s'écarter du texte précis de la loi.

¹⁰⁶ GRISEL, Droit administratif suisse, p.162.

¹⁰⁷ GEORGES VEDEL, Droit administratif, Editions Themis, Presses Universitaires de France, 6^e édition, Paris 1976, p.266.

¹⁰⁸ U. GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Vol.71, 1970, Nos 22 à 24, existe aussi en tirage à part.

Dans de telles conditions, on recourt alors au principe de subsidiarité. C'est-à-dire que l'on admet que la clause générale, le principe non écrit ne peut s'appliquer que si véritablement le texte légal conduit à une situation telle qu'elle heurte l'équité ou le principe de la bonne foi. Le principe de subsidiarité facilite la solution, mais ne résout cependant pas non plus le problème puisqu'on se demande alors à partir de quel moment on peut s'écarter du texte clair de la loi. La jurisprudence que nous avons citée ne nous donne pas une solution uniforme, mais les principes posés très clairement par le Tribunal fédéral aident à trouver la solution et démontrent qu'en droit public l'application du principe de la bonne foi ne se justifie que si l'iniquité est manifeste et correspond à un abus de droit.

Mais l'application du principe de la bonne foi ne se pose pas toujours en face du texte clair de la loi.

Du principe de la légalité, nous avons passé à celui de l'intérêt public.

Selon la définition de GRISEL dans l'ouvrage cité plus haut, l'intérêt public est :

«C'est un intérêt commun à une fraction importante des membres d'une collectivité publique, sinon à leur totalité ou à leur majorité.»

Et il ajoute :

«La notion d'intérêt public dépend de l'évolution des mœurs et des idées.»

Le Professeur BLAISE KNAPP, dans l'étude «Intérêt, utilité et ordre public», parue dans le recueil offert par les facultés de droit au Tribunal fédéral¹⁰⁹, se posant la question de la différence entre l'intérêt privé et l'intérêt public, donne la définition suivante :

«Nous en concluons donc qu'un intérêt cesse d'être privé, pour devenir public, dès qu'il justifie une action de l'Etat pour atteindre les buts fondamentaux de la société en cause. Il peut donc s'agir notamment du maintien de la paix sociale, de la paix extérieure, de la sauvegarde des institutions essentielles de l'Etat, des libertés individuelles, de la démocratie directe, du fédéralisme et de l'équilibre linguistique, du respect des minorités, du développement harmonieux et équilibré du pays et de ses activités économiques, de la protection des faibles, de l'égalité effective des citoyens et de la satisfaction de leurs besoins essentiels (égalité des chances).»

Les notions d'intérêt public et de légalité ne sont pas contradictoires.

¹⁰⁹ Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975.

En ce qui concerne les rapports entre l'intérêt public et la légalité, VEDEL s'exprime de la manière suivante :

«Les relations de ces deux notions peuvent se définir de la façon suivante: La recherche d'un but d'intérêt public est la condition positive de la légalité de l'action administrative. Au contraire des particuliers qui sous réserve de la licéité et de la moralité de leurs buts, peuvent agir pour les fins les plus variées, y compris naturellement l'intérêt personnel, l'Administration ne peut se décider qu'en vue de l'intérêt public.»

L'Administration doit donc accomplir ses tâches dans l'intérêt public, mais dans le cadre de la légalité.

Comme la doctrine française l'exprime (voir le même ouvrage de VEDEL, page 317), l'Administration, lorsqu'elle agit, peut se trouver ou dans une situation de compétence liée ou dans une situation de pouvoir discrétionnaire.

On admet que l'Administration est dans une situation de compétence liée lorsqu'en vertu des lois et des règlements elle est tenue de décider d'une certaine manière sans avoir la possibilité de choix. En revanche elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsque la loi ou les règlements lui laissent la liberté d'agir dans un sens ou dans un autre. Mais VEDEL précise bien :

«Discrétionnaire ne veut pas dire arbitraire.»

Lorsque l'Administration se trouve dans une situation de compétence liée son acte peut être jugé du point de vue de la légalité, en revanche lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire sa décision ne peut être jugée que du point de vue de l'opportunité. En principe donc, le juge administratif ne pourrait se prononcer sur l'activité de l'Administration que lorsqu'elle se trouve dans une situation de compétence liée, lorsqu'elle se trouve dans une situation de pouvoir discrétionnaire, le juge administratif ne pourrait qu'examiner si elle a outrepassé ou non les limites de son pouvoir mais ne pourrait pas se prononcer sur la question d'opportunité. Comme on le dit souvent, le juge administratif est le juge de la légalité et non pas le juge de l'opportunité, sinon il se substituerait à l'Administration et deviendrait son supérieur hiérarchique ce qui serait contraire à la doctrine de la séparation des pouvoirs.

Comme le remarque encore VEDEL, l'Administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvoir discrétionnaire ou de pure compétence liée. Il déclare notamment en page 319:

«L'idée selon laquelle il existerait des actes discrétionnaires qui échapperaient à tout contrôle de la légalité a disparu depuis plus de 50 ans de la jurisprudence.»

Le même auteur remarque plus bas (page 321):

«C'est ainsi que s'agissant de mesures de police, au moins lorsqu'elles portent atteinte à des libertés, de telles mesures ne sont légales que si elles sont nécessaires, c'est-à-dire utiles et donc opportunes. Le juge de l'excès de pouvoir ne se contente pas d'ailleurs de l'affirmation de l'Administration selon laquelle la décision critiquée était nécessaire: il vérifie lui-même l'exactitude de cette appréciation. Ce faisant il se fait juge de l'opportunité sans pour autant sortir de son rôle de juge de la légalité parce que *dans ce cas l'opportunité est un élément de la légalité.*»

Dans ces cas là, le juge français n'a pas recours au principe constitutionnel de la bonne foi en droit public, mais il se réfère aux principes généraux du droit. On peut citer notamment deux affaires, l'affaire veuve Trompier-Gravier, dans laquelle le Conseil d'Etat français juge un recours pour excès de pouvoir formé par une personne à qui avait été concédée l'autorisation d'exploiter un kiosque à journaux¹¹⁰ contre la décision qui lui avait retiré cette autorisation. Le recours était fondé sur le moyen que l'intéressée n'avait pas été mise au courant des griefs que l'Administration avait reconnus contre elle. Le Conseil d'Etat lui a donné raison en exprimant qu'il existait un «principe général du droit» interdisant de prononcer contre une personne une mesure ayant un caractère de sanction sans que les droits de la défense fussent assurés.

De même dans une affaire Société des concerts du Conservatoire¹¹¹, l'Administration avait refusé de diffuser les concerts de la société du Conservatoire pour le motif que celle-ci avait interdit à ses musiciens de manquer ses répétitions pour prendre part aux activités de la radiodiffusion française. Le Conseil d'Etat a estimé qu'il s'agissait là de mesures discriminatoires non légitimement justifiées et que l'Etat avait commis une faute et engagé sa responsabilité. Nous constatons ainsi qu'en se fondant sur les principes généraux du droit le Conseil d'Etat français en arrive à des solutions assez semblables à celles auxquelles parviendrait un tribunal suisse en se fondant sur le principe de la bonne foi en droit public.

La notion d'intérêt public peut se trouver, du point de vue de celui qui se plaint d'un manque de bonne foi de l'Administration, soit être un élément favorable, soit être un élément défavorable. En effet, le citoyen peut prétendre que l'Administration a agi à son égard, non seulement de mauvaise foi, mais encore sans agir dans le cadre de l'intérêt public ou en détournant l'intérêt public de son but

¹¹⁰ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey 1962, N° 66 et N° 71, p.256.

¹¹¹ Ibidem, N° 91, p.344.

véritable. Dans ce cas là, l'intérêt public vient au secours de celui qui cherche à lutter contre une administration qu'il estime n'être pas de bonne foi. En revanche, dans des cas en général plus nombreux, la situation est inversée. Le citoyen a obtenu un renseignement, peut-être une décision préalable, ou même une décision définitive, et lorsqu'on en arrive à l'exécution, l'Administration refuse d'aller plus avant en prétextant que l'intérêt public s'y oppose. Les arrêts que nous avons cités plus haut admettent d'une manière générale que si l'intérêt public n'est pas violé d'une manière flagrante, l'Administration est tenue de s'en tenir à la décision prise préalablement, compte tenu que les cinq principes dont nous avons parlé plus haut soient observés.

Cependant, dans certains cas, le Tribunal fédéral a reconnu que de maintenir la décision impliquerait une atteinte beaucoup trop importante à l'intérêt public. Cela ne veut pas dire que l'intérêt public soit une limite absolue pour l'application du principe de la bonne foi en droit public. Le Tribunal fédéral admet que chaque fois une pesée des intérêts doit s'effectuer et qu'il faut déterminer ce qui est le plus important de l'intérêt public ou de la confiance que le citoyen a mis dans l'Administration. Deux décisions récentes ont été rendues, l'une un arrêt du 21 septembre 1976 dans l'affaire *Surpunt Immobilien AG c. Commune de Flims et Tribunal administratif du canton des Grisons*¹¹² et l'arrêt *SI Perly-Soleil c. Conseil d'Etat du canton de Genève*¹¹³. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral, dans le cas du canton des Grisons, a estimé que l'Administration communale formait un tout et qu'un requérant ne saurait se plaindre de la violation du principe de la bonne foi en invoquant les déclarations et l'attitude de certains membres de l'Administration communale. Il a estimé que dans ce cas-là la sécurité du droit passait avant le principe de la bonne foi. En revanche, dans l'arrêt *SI Perly-Soleil*, le Tribunal fédéral, tout en estimant que la *SI Perly-Soleil* avait reçu des assurances de la part du Département des travaux publics, n'a pas voulu modifier la décision en estimant que l'intérêt public à ce qu'on ne construise pas en bordure d'une autoroute était dans ce cas-là prépondérant et que malgré une situation dont pouvait à juste titre se plaindre la *SI Perly-Soleil* la décision devait être maintenue. Le Tribunal fédéral estime cependant que la *SI Perly-Soleil* pourrait être en droit de réclamer des dommages-intérêts. Nous voyons dans ces cas-là une autre conséquence de la violation du principe de la bonne foi par l'Administration soit, en face d'un intérêt public prépondérant, la

¹¹² RO 102 Ia, 1976, p.331.

¹¹³ RO 101 Ia, 1975, p.328.

décision est maintenue, mais il est alloué une indemnité. Cependant dans un tel cas, on peut se demander sur quelle base sera allouée une indemnité. Comme on le sait, le droit suisse en général n'admet pas la responsabilité de l'Etat pour l'activité licite de l'Administration, ceci contrairement à ce qui se passe en droit français.

La situation difficile de celui qui entend réclamer une indemnité à l'Etat en Suisse a déjà été relevée dans une étude du Juge fédéral PANCHAUD à propos de la responsabilité extracontractuelle de la Confédération¹¹⁴. Le Professeur SALADIN, dans son étude sur le principe de la fairness¹¹⁵ où il revient sur ce problème et estime notamment à propos du principe de la sécurité du droit qu'une norme générale d'indemnisation devrait exister désormais en droit suisse créée par la jurisprudence, comme cela s'est fait en droit français.

En effet, en ce qui concerne le problème de la sécurité du droit, celui-ci peut également mettre le citoyen qui a fait confiance à l'Administration dans une situation difficile. On en voit un exemple dans un arrêt *Schärli et consorts c. Conseil d'Etat du canton d'Obwald*¹¹⁶. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral estime qu'une autorisation de construire déjà accordée peut être révoquée même après le début des travaux, mais que dans ces conditions, cette révocation devra se faire «en règle générale» contre équitable indemnité. On peut se demander si le Tribunal fédéral ne devrait pas exprimer d'une manière peut-être plus explicite le principe qui semble résulter des derniers arrêts de sa jurisprudence, notamment l'arrêt *Perly-Soleil*: le citoyen qui, dans les conditions prévues par la jurisprudence a mis sa confiance dans l'Administration et qui a vu sa confiance déçue doit pouvoir être indemnisé du dommage qu'il subit.

Il y a lieu d'examiner encore les rapports entre le principe de la bonne foi et le principe de l'égalité. Comme le Tribunal fédéral fait découler le principe de la bonne foi de l'article 4 de la Constitution fédérale qui prévoit justement l'égalité devant la loi, il ne devrait pas y avoir contradiction entre ces deux principes puisque l'un est issu de l'autre.

Cependant dans la pratique, comme le remarque GUENG dans l'ouvrage cité (page 12), certains problèmes peuvent se poser. En effet, on pourrait se demander si celui qui par exemple se voit restituer un délai parce que l'Administration avait fait une erreur

¹¹⁴ Sem. Jud. 1951, p.457 et ss.

¹¹⁵ Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, p.67.

¹¹⁶ RO 88 I, 1962, p.224 et JdT 1963, p.297.

dans les indications données au sujet du recours, ou celui qui peut construire sa maison en ne respectant pas une distance à l'égard de la route parce qu'il s'est fondé sur une erreur de l'Administration ne se trouve pas favorisé à l'égard d'un autre citoyen auquel l'Administration a strictement appliqué la loi. On doit relever tout d'abord que la jurisprudence a justement fixé des conditions assez strictes pour que des cas de ce genre ne soient pas trop fréquents et en second lieu, comme le remarque GUENG à juste titre, ces personnes se trouvent dans une situation différente de celle à qui on a appliqué la loi, il est normal, en raison même du principe de l'égalité, qu'elles soient traitées différemment.

Il est aussi un domaine qui peut donner lieu à de très nombreuses discussions tant en vertu du principe de la bonne foi qu'en vertu du principe de l'égalité, ceci notamment en matière de travaux publics et particulièrement dans le domaine de la construction des chenils, hangars agricoles, chalets week-end et autres bâtiments de ce genre, c'est le cas où l'autorité, souvent parce qu'elle est débordée et ne peut intervenir partout à la fois, se voit mise devant le fait accompli et souffre des situations illicites. Dans ce cas là les citoyens recourent aux autorités supérieures ou aux tribunaux administratifs en faisant valoir soit l'inégalité de traitement soit la mauvaise foi de l'Administration en déclarant qu'une situation semblable existe ailleurs et a été tolérée.

Cette jurisprudence est examinée dans l'ouvrage de IMBODEN/RHINOW (5^e édition, volume I, pages 473 et 474). Il en ressort que l'administré ne peut tirer aucun droit d'une négligence de l'Administration, même si celle-ci a duré des années. Il faudrait vraiment une situation dans laquelle l'Administration le sachant et le voulant renonce à appliquer dans un grand nombre de cas les dispositions légales pour que le citoyen puisse éventuellement se fonder sur une telle pratique. Dans un tel cas en effet, l'attitude de l'Administration serait contraire au principe de la bonne foi.

En ce qui concerne le principe de la proportionnalité et celui de la non-rétroactivité, ce sont des principes qui, peut-être d'une manière plus stricte que celui de la bonne foi vont dans le même sens et fixent certaines limites raisonnables à l'activité de l'Administration. S'ils se distinguent du principe de la bonne foi, ils ne lui sont pas contraires.

Comme on le voit, une tension existe et existera toujours entre les principes de la légalité, de l'intérêt public et le principe de la bonne foi. La jurisprudence a fixé des règles assez subtiles qui permettent de préciser les situations dans lesquelles le principe de la bonne foi peut être appliqué. Une étude très pénétrante en a été

faite dans l'ouvrage déjà cité de GUENG. On peut se demander si l'on devrait aller plus loin et, continuant dans cette voie, fixer des règles encore plus systématisées pour l'application du principe de la bonne foi en droit public. On pourrait y être amené en tenant compte des dangers d'une application trop large de ce principe. En effet, si la portée et le contenu de ce principe ne sont pas fixés, on pourrait parvenir à toutes sortes de solutions de facilité. GEERING, dans l'article déjà cité (N.55) sur la bonne foi en droit fiscal, démontre qu'il y a danger, par une application trop facile du principe de la bonne foi, de remplacer les solutions voulues par la loi et d'adopter des solutions qui seraient :

«Lediglich gefühlsmäßig bestimmt.»

De plus, lorsque ce droit aurait ainsi perdu ses articulations, il pourrait facilement tomber sous l'influence de théoriciens qui, reprenant les idées de juristes allemands de l'époque nationale-socialiste, pourraient décider comme C.SCHMITT dans *Juristische Wochenschrift*, 1933, page 2793, traduction :

«Dans l'Etat allemand actuel le mouvement national-socialiste est déterminant. C'est selon les principes du national-socialisme que l'on doit désormais déterminer ce que l'on doit comprendre par Treu und Glauben.»

Si nous citons une telle phrase (reprise par BAUMANN dans la thèse citée dans le chapitre premier, paragraphe 4), c'est que nous pensons qu'elle doit être un avertissement contre un enthousiasme à élargir par trop l'application du principe de la bonne foi. Nous estimons en conséquence que les principes assez stricts tels qu'ils ont été fixés dans la jurisprudence doivent être maintenus.

Il est donc utile de donner certaines limites à l'application de ce principe. Cependant, il nous paraît que c'est plutôt dans une question d'intensité, de violation particulièrement grave des règles de la bonne foi que l'on doit fixer les limites. En effet, le principe de la bonne foi est issu de la notion d'équité telle que nous l'avons vu définir au premier chapitre par Aristote. La notion d'équité est là justement pour corriger ce que la loi peut avoir de trop rigide et permettre une application plus individuelle de la loi. A vouloir codifier à nouveau par la jurisprudence ce qui justement par essence ne doit pas être codifié, c'est systématiser ce qui ne doit pas être mis en système et il nous paraît que l'on ne peut pas aller plus loin que les quelques principes qui ont déjà été fixés par le Tribunal fédéral.

Pour apprécier la portée du principe de la bonne foi en droit public, il faut en revenir à la notion d'un Etat fondé sur le droit. Les

règles essentielles de l'Etat fondé sur le droit sont, comme nous l'avons vu, le principe de la légalité et le principe de l'intérêt public. Ces principes peuvent cependant se révéler trop rigides dans leur application et le principe de la bonne foi a pour but d'humaniser en une certaine manière l'Etat fondé sur le droit. Il faut à mon avis prendre garde à ce que ce principe ne soit pas élargi d'une manière incontrôlée, sans quoi il risquerait de dissoudre les principes de l'Etat fondé sur le droit pour lequel des générations ont lutté.

Chapitre V

Bonne foi – Droit constitutionnel – Politique

Le principe de la bonne foi en droit public a été rattaché par le Tribunal fédéral à l'article 4 de la Constitution fédérale dans le cadre de la jurisprudence sur l'arbitraire. C'est donc, le Tribunal fédéral l'a rappelé à plusieurs reprises, un principe constitutionnel. Nous nous sommes étendus, au chapitre précédent, sur cette jurisprudence. Nous devons constater qu'elle concerne essentiellement le droit administratif. Il y a, en revanche, peu de décisions qui concernent le droit constitutionnel lui-même, l'organisation de l'Etat, les rapports entre les corps constitués. Ce principe étant ancré dans la Constitution, on doit cependant admettre qu'il doit s'appliquer à l'ensemble des rapports de droit public, soit non seulement aux rapports entre l'Administration et les citoyens, mais également aux rapports entre les différents corps constituant les autorités et à leur mode de prise de décisions. La jurisprudence en ces matières est plus rare et elle ne mentionne pas toujours le principe de la bonne foi. Nous avons vu cependant divers arrêts concernant soit des votations cantonales, comme l'arrêt Couchepin cité plus haut, ou également diverses décisions dans lesquelles le Tribunal fédéral examine le mode de prise de décisions de certains Grands Conseils ou Conseils d'Etat ou assemblées communales concernant le traitement d'initiatives populaires. Si le principe de la bonne foi est moins souvent invoqué dans ces matières que dans celles du droit administratif, on peut se demander s'il n'y a pas là une raison assez profonde. Le droit constitutionnel concerne essentiellement la prise de décisions des organes qui ont une responsabilité politique. La décision qu'ils prennent est, dans la plupart des cas, une décision qui, si elle a des conséquences juridiques, est cependant dans son essence une décision du pouvoir politique, bien qu'il soit toujours difficile de distinguer entre une décision administrative et une décision politique. Comme le dit MAURICE DUVERGER¹¹⁷:

¹¹⁷ MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques*, Presses Universitaires de France, vol. I, 1975, p. 23.

«En pratique il y a toujours une large zone commune entre les institutions politiques et les institutions administratives. Les haut-fonctionnaires, les grands corps de l'Etat font partie à la fois des unes et des autres; officiellement, ils n'interviennent que dans l'application; pratiquement, ils jouent souvent un grand rôle dans la décision.»

Si ces décisions politiques sont prises par un gouvernement ou un législateur cantonal, elles peuvent en général être soumises au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public. C'est ainsi que nous pouvons suivre les interventions du Tribunal fédéral dans le droit public des cantons. S'agissant du droit fédéral, les dispositions qui pourraient être attaquées sont en général couvertes par l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale, dispositions selon lesquelles le Tribunal fédéral est lié par les lois et par les arrêtés de portée générale qui ont été votés par les Chambres.

Le professeur IMBODEN, dans le rapport déjà cité sur les contrats de droit administratif, pose la question (page 93a) de savoir si le principe de la bonne foi en droit public peut constituer une limite pour le législateur. Il cite un arrêt du Reichsgericht allemand qui examine le cas de taxes à l'importation qui avaient été fixées à un certain niveau pour une durée de 10 ans dans le texte légal. Avant l'échéance des dix années, le Gouvernement allemand avait modifié ces taxes. Le Reichsgericht n'a pas admis un recours contre cette décision considérant que le législateur avait toujours le droit de modifier une loi existante. Le professeur IMBODEN n'est pas d'accord avec cette décision. Il est d'avis que le principe de la bonne foi en droit public étant fondé sur l'article 4 de la Constitution lie également le législateur, lequel ne peut modifier une loi en laquelle des citoyens ont mis leur confiance, prenant des dispositions en vue de son application, sans des raisons importantes. Certes dans le cas où un législateur cantonal aurait modifié sans aucun motif raisonnable une loi qui aurait constitué des droits acquis pour un certain nombre de citoyens on pourrait imaginer une décision du Tribunal fédéral cassant cette loi en vertu du principe de la bonne foi. Encore faudrait-il des circonstances vraiment très particulières. On voit mal, cependant, ce que pourraient faire les citoyens au cas où une telle modification interviendrait par une loi fédérale. Seul le referendum pourrait, le cas échéant, être une arme à la disposition des citoyens.

On peut se poser ici la question de savoir si il existe en Suisse une théorie des actes de gouvernement qui échapperaient au contrôle judiciaire et qui ne seraient pas susceptibles, pour des motifs politiques, d'être soumis à un contrôle notamment sur la base du principe de la bonne foi. Ce problème a été évoqué par le professeur

HANS HUBER dans une étude¹¹⁸. On peut rappeler à ce sujet que le Conseil d'Etat français avait admis au cours du XIX^e siècle qu'il ne pouvait traiter du mobile politique. On cite à ce sujet l'arrêt Laffitte du 1^{er} mai 1822 selon lequel le Conseil d'Etat sous la Restauration rejeta le recours du banquier Laffitte qui demandait le paiement d'arrérages d'une rente qui lui avait été cédée par la princesse Borghèse, membre de la famille Bonaparte. Le Conseil d'Etat déclara :

«La déclaration du Sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement.»

Il jugea de même sous le Second Empire au sujet de la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale, considérant que cette saisie faisait partie «des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse». Cette jurisprudence a été renversée par un arrêt du 19 février 1875, l'arrêt prince Napoléon. Dans cette espèce, le prince Napoléon Joseph Bonaparte, qui avait été nommé général de division en 1853 par Napoléon III dont il était le cousin, se plaignait que l'annuaire militaire, qui reparu pour la première fois après la chute de l'Empire en 1873, ne mentionnait pas son nom sur la liste des généraux. Le Gouvernement prétendait qu'il s'agissait là d'un acte de gouvernement échappant au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat, s'il rejeta la demande du prince Napoléon, admit sa compétence en estimant qu'il ne suffit pas qu'un acte émane du Gouvernement ou de l'un de ses représentants pour que l'on puisse faire valoir le mobile politique, mais qu'il faut que la loi elle-même ait confié au Gouvernement des pouvoirs généraux auxquels elle a subordonné le droit particulier des citoyens dans l'intérêt de l'Etat¹¹⁹.

Une telle jurisprudence n'existe pas en Suisse à notre connaissance. La frontière est cependant difficile à tracer entre les actes politiques et les décisions qui relèvent du domaine du droit public. Un acte peut fréquemment être soumis à un recours de droit public au Tribunal fédéral et en même temps être porté devant le corps électoral par la voie du referendum. Nous l'avons constaté plus haut, notamment dans l'arrêt *Dumartheray et Vigilance c. Conseil d'Etat de Genève* cité ci-dessus.

La frontière est peut-être même plus difficile à tracer en Suisse qu'ailleurs. On peut remarquer, comme le relève le professeur

¹¹⁸ HANS HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, dans *Rechtstheorie, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Berne 1971.

¹¹⁹ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey 1962, N° 3, p. 14.

JEAN-FRANÇOIS AUBERT¹²⁰, que chaque conseiller fédéral s'occupe d'un département et est en même temps membre du Gouvernement. La règle est du reste la même dans tous les cantons. JEAN-FRANÇOIS AUBERT ajoute:

«Chacun d'entre eux sent donc au moins deux hommes en lui quand ce n'est pas davantage ...»

Le même auteur pose ensuite la question:

«Peut-on distinguer le Gouvernement de l'Administration?»

Et il ajoute:

«Il n'est pas facile de dire où finit l'Administration et où commence le Gouvernement.»

La seule règle qui paraît praticable en Suisse dans un tel domaine, est d'admettre que le principe de la bonne foi s'appliquera dans toutes les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant les tribunaux. Mais les autres décisions de caractère gouvernemental ou politique, celles-là sont-elles ou non soumises aux règles de la bonne foi? Cette question nous conduit sur les frontières entre le droit public et la politique.

La question se complique si l'on réalise que les décisions sont prises en matière politique à divers stades, à divers niveaux, et en général de manière collective. MAURICE DUVERGER, dans son ouvrage sur les institutions politiques et le droit constitutionnel, paraphrasant le terme créé par l'économiste américain GALBRAITH dans son ouvrage sur le nouvel Etat industriel, parle de la «techno-structure politique» et il insiste sur la technique des groupes de décisions disant¹²¹:

«La plupart de ces groupes de décisions chevauchent les distinctions formelles entre le Législatif et l'Exécutif, entre les institutions publiques et les organisations privées. Ils associent des ministres, des hauts fonctionnaires, des parlementaires, des leaders de partis, des dirigeants de syndicats et de groupes de pression, des experts, des techniciens, voire des «sages», c'est-à-dire des personnalités relativement indépendantes.»

Nous connaissons en Suisse de telles réunions, nous connaissons aussi la procédure de consultation qui fait partie des travaux préliminaires de législation. Cette procédure a été exposée par JACQUES MICHEL GROSSEN, dans l'ouvrage «L'art de légiférer»,

¹²⁰ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, volume II, p. 567, Nos 1581 et 1582.

¹²¹ MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques*, volume I, p. 61.

présenté au Congrès de la Société Suisse des Juristes de 1974 pour le Centenaire de la Constitution de 1874. Le professeur GROSSEN montre toute la complexité de ces travaux préliminaires et combien une attitude ouverte est nécessaire, soit du côté de l'Administration qui pose les questions, soit du côté des groupes qui y répondent. C'est à ces divers stades, réunions, état major des partis politiques, procédures de consultation, commissions d'experts, que des décisions s'élaborent, qu'une politique se crée. A ces divers moments, un climat de confiance doit s'établir entre les partenaires qui participent à cette élaboration. Chacun doit loyalement donner les renseignements qu'il possède pour faciliter la prise de décisions. Ces travaux sont-ils soumis au principe de la bonne foi ? Certes on doit l'admettre, mais on conviendra qu'il ne s'agisse plus ici d'un principe juridique, mais plutôt d'un postulat général en vue d'établir un principe de confiance dans les relations entre ceux qui, à des titres divers, contribuent à la décision politique.

La bonne foi serait-elle donc un principe de l'action politique ?

Nous avons cherché dans le premier chapitre à montrer combien la frontière est mouvante à propos de la notion de bonne foi entre le droit et la morale. Après avoir montré dans les trois chapitres qui ont suivi ce qu'est devenue la bonne foi dans le droit civil puis dans le droit administratif et le droit public en général, nous parvenons, si l'on peut s'exprimer ainsi, à l'autre frontière, celle qui sépare le droit public du domaine politique. La frontière dans ce domaine n'est pas facile à tracer. Nous rappelons que dans le premier chapitre nous avons cité la thèse du philosophe français JULIEN FREUND, selon lequel le droit est une dialectique entre la politique et l'éthique. Cet auteur précise sa thèse de la manière suivante¹²² :

«C'est la politique qui par la force, qu'il s'agisse d'une force violente ou d'une force de persuasion, établit les structures de la société. Mais ces structures ne pourraient se maintenir sans un certain consensus général qui fait que les citoyens sont plus ou moins d'accord d'accepter les lois qui leur sont proposées par les politiques. Ainsi le droit est cette dialectique, soit le résultat de ce dialogue, de cet effort d'harmonisation, de ce conflit à résoudre toujours à nouveau entre la volonté d'organisation du politique et les idées générales de la morale.»

Nous avons vu dans le premier chapitre Cicéron donner des exemples d'application de la bonne foi en droit public. Mais à côté de ces grands principes, Cicéron se fondant sur les expériences de son temps cite les vers du poète Ennius :

¹²² JULIEN FREUND, *L'essence du politique* (cité en note 9).

«Nulla sancta societas
Nec fides regni est.»

A ces paroles du poète antique fait écho le début du chapitre XVIII du Prince de Machiavel¹²³:

«Comment les princes doivent garder leur foi.

Quomodo fides a principibus sit servanda. Chacun entend assez qu'il est fort louable à un Prince de maintenir sa foi et vivre en intégrité, non pas avec ruses et tromperies. Néanmoins on voit par expérience de notre temps que ces Princes se sont faits grands qui n'ont pas tenu grand compte de leur foi, et qui ont su par ruse circonvenir l'esprit des hommes, et à la fin ils ont surpassé ceux qui se sont fondés sur la loyauté.

Il faut donc savoir qu'il y a deux manières de combattre, l'une par les lois, l'autre par la force: la première sorte est propre aux hommes, la seconde propre aux bêtes; mais comme la première bien souvent ne suffit pas, il faut recourir à la seconde.»

Ce passage, dit JULIEN FREUND, est le développement qui résume sans doute ce qu'il y a de plus machiavélique dans Machiavel. Il présente la ruse dans toute son étendue et dans toute sa profondeur démoniaque.

En face de ces deux attitudes laquelle choisir? Devons-nous désespérer, admettre que les efforts pour introduire une certaine bonne foi dans les rapports politiques et une certaine confiance sont vains. Devons-nous admettre que la thèse de Machiavel triomphera toujours. Ce serait méconnaître la force de l'Esprit. Mais nous devons demeurer réalistes, admettre que la lutte sera continue et qu'elle durera autant que l'humanité.

Ce combat a été décrit par le Juge fédéral ANTOINE FAVRE dans une étude sur les principes généraux, fonds commun du droit des gens. Dans ce texte, rapprochant la norme «pacta sunt servanda» du principe de la bonne foi, il montre la lutte entre cette norme qu'il considère comme une déduction immédiate de l'idée de justice et ce qu'il appelle «le machiavélisme de tous les temps». Il déclare¹²⁴:

«Puisque la norme pacta sunt servanda a une valeur autonome en tant que déduction immédiate de l'idée de justice elle ne dépend pas du consentement des Etats. Aussi ni les accords internationaux, ni le droit interne n'y peuvent porter la moindre atteinte. Il n'y a que deux attitudes possibles à son égard: ou la respecter ou la violer.

¹²³ MACHIAVEL, Œuvres complètes, Editions La Pléiade, Traduction Gohory (1571), p. 341.

¹²⁴ ANTOINE FAVRE, Principes généraux, fonds commun du droit des gens, dans Mélange Paul Guggenheim, Genève 1968, p. 379.

Elle peut être violée selon le machiavélisme de tous les temps. Et cette violation peut être absoute au nom des doctrines qui placent l'intérêt présent de l'Etat au-dessus de tout engagement.

Si, comme l'enseigne Verdross, tout droit positif n'est valable que dans les limites du principe de la bonne foi, l'exécution des traités tout particulièrement est soumise à la règle de la bonne foi. Elle est en effet un élément implicite du traité. Aussi a-t-elle été déclarée, tant par la jurisprudence que par la doctrine, un principe général du droit. Et la Charte des Nations Unies l'a solennellement reconnue en disposant que les Membres de l'Organisation doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Charte (art.2, ch.2).»

En fait, que ce soit en droit civil, dans la procédure, dans le droit administratif ou le droit constitutionnel, le choix, avec des nuances diverses, devra toujours s'effectuer entre un droit rigide, fixe, qui se prétend complet et sans lacune, mais que l'on peut violer si l'on est assez habile, et un droit qui laisse à l'équité du côté du juge et à la bonne foi du côté des citoyens et des gouvernants leur place légitime.

Pour ce choix, le critère décisif c'est l'idée de l'homme que l'on place à la base d'un certain ordre juridique.

Montesquieu dans l'Esprit des lois¹²⁵ écrit :

«Les hommes sont tous égaux dans le Gouvernement républicain; ils sont égaux dans le Gouvernement despotique: dans le premier, c'est parce qu'ils sont tout; dans le second, c'est parce qu'ils ne sont rien.»

On peut reprendre cette idée d'une autre manière en disant qu'il est des formes de sociétés dans lesquelles la confiance en l'homme n'est pas possible. Dans ces sociétés le droit ne doit laisser aucune place à des valeurs qui lui soient extérieures car il n'existe ni confiance dans la bonne foi du citoyen, ni confiance dans le sens de l'équité du juge.

Pour que la bonne foi puisse être reconnue comme principe dans le droit public, il faut une société qui soit telle que la confiance puisse exister tant dans les citoyens que dans les gouvernements. Dans une telle société, fondée sur le respect de la personne humaine, l'intérêt public sera l'intérêt supérieur de tous, intérêt devant lequel, dans certains cas, l'intérêt de l'individu devra s'effacer, mais cet intérêt public ne saurait être assimilé à la raison d'Etat. Celle-ci en effet est en général une déformation de l'intérêt public. C'est donner comme intérêt public l'intérêt de certains dirigeants de l'Etat.

Comme nous l'avons vu, la bonne foi en droit public n'est pas une notion purement juridique, elle plonge ses racines dans l'idée

¹²⁵ MONTESQUIEU, Esprit des lois, livre VI, chapitre II.

d'équité et elle a ainsi son fondement dans une certaine idée de l'homme et dans l'éthique. Cela étant, la bonne foi en droit public ne peut pas être complètement séparée de la bonne foi dans l'action politique. Nous avons soutenu dans ce travail l'idée que le droit est issu d'un dialogue entre l'éthique et la politique, mais comme l'ont relevé plusieurs auteurs récents, ce dialogue n'est pas à sens unique et le droit a également son influence sur la politique. Un philosophe allemand du droit, HEINRICH HENKEL, a parlé de la «Anziehungskraft» du droit sur la politique¹²⁶ et JULIEN FREUND parle de l'action médiatisante du droit sur la politique et l'éthique, action qui permet au droit de donner une forme à une volonté politique. C'est de cette manière que la bonne foi en droit public, qui plonge ses racines dans l'éthique, qui transcende les divers domaines du droit public et administratif, peut avoir une influence dans le domaine politique.

A la base du principe de la bonne foi, il y a la confiance, cette fides dont Cicéron disait qu'elle est le fondement de la justice. Ce qui était vrai du temps de Cicéron l'est encore aujourd'hui et nous désirerions terminer cette étude en citant le témoignage d'un contemporain, JEAN MONNET, l'inspirateur de la réconciliation franco-allemande et de l'Europe du Marché commun. Dans ses mémoires¹²⁷, il fait le récit d'un voyage en Chine et il déclare:

«Lorsque je suis arrivé à Shangai, je sus vite que je ne comprendrai pas les Chinois et que d'ailleurs là n'était pas le problème.»

Il expose ensuite la méfiance des Chinois à l'égard des occidentaux et il continue:

«Il était donc beaucoup plus important de leur inspirer confiance que de les comprendre. Le secret de la confiance je ne l'ai pas découvert au contact des chinois, mais il m'a grandement servi dans mes rapports avec eux: mettre ses actes en conformité avec ses paroles, afin qu'il n'y ait jamais de différence entre ce que l'on dit et ce que l'on fait. Je crois que la même règle vaut pour tous les peuples, quoi qu'en pensent les habiles, – et en Chine moins qu'ailleurs il ne faut pas chercher à être trop habile.»

C'est dans cette perspective très vaste de la confiance nécessaire pour résoudre les tâches considérables qui nous attendent, pour que notre société domine les problèmes de notre temps, que se situe l'effort des juristes, pour que demeurent vivantes dans notre droit les règles de la bonne foi et la notion d'équité.

¹²⁶ HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2^e édition, Munich 1977, p.136.

¹²⁷ JEAN MONNET, *Mémoires*, Editions Fayard, Paris 1976.

Notice bibliographique

Nous avons indiqué dans les notes les ouvrages auxquels nous nous référons. Nous avons renoncé à établir une bibliographie complète, elle aurait été trop étendue, presque tous les ouvrages généraux du droit traitant de la bonne foi. Nous tenons cependant à signaler les ouvrages essentiels contenant des bibliographies importantes, ceci abstraction faite bien entendu des grands commentaires bernois, zurichois et fribourgeois.

- BÜRGI, WOLFHART F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit im Schweizerischen Recht, Berne 1939.
- PATRY, ROBERT, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève 1953.
- BAUMANN, MARCEL, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Thèse Zurich 1952.
- GUENG, URS, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, paru dans Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, volume 71, 1970, Nos 22 à 24; existe également en tirage à part.
- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5^e édition, Bâle 1976.

