

Istanbul Üniversitesi  
Mukayeseli Hukuk  
Araştırmaları Dergisi, No. 18  
İstanbul, 1990

La théorie de la confiance  
et les développements récents de la jurisprudence  
en droit commercial et en droit public

par

le professeur Robert Patry, Dr. h.c.  
vice-Président du Tribunal Fédéral

---

1. Dans son vocabulaire juridique récemment publié sous les auspices de l'Association Henri Capitant, le Doyen Cornu a donné les définitions suivantes:

"Confiance: croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui."

"Foi (fides, confiance, croyance): désigne, dans certaines expressions (bonne foi, mauvaise foi), l'attitude psychologique (erreur, croyance ou connaissance) ou le comportement moral (loyauté, déloyauté), notamment mais non exclusivement, d'un contractant dans la formation ou l'exécution du contrat."<sup>1</sup>

Confiance et bonne foi, ce sont là deux notions juridiques, si étroitement liées entre elles qu'on les tient souvent pour des synonymes mais qui, dans le fond, représentent deux éléments d'un seul phénomène, celui de l'apparence, défini comme "un aspect résultant -intentionnellement ou non- de la réunion de signes extérieurs par lesquels se manifestent ordinairement un état, une fonction (qualité de mandataire, d'héritier, de propriétaire) et qui font croire aux tiers (de bonne foi) et les fondent à croire que la personne parée de ces signes a réellement cet état ou cette fonction".<sup>2</sup> Or, nous aurons l'occasion de le constater dans un instant, en droit privé comme en droit public, la théorie de la confiance<sup>3</sup> ou de la bonne foi<sup>4</sup> appelée en France plutôt théorie de l'apparence<sup>5</sup> s'appuie essentiellement sur ces deux concepts psychologiques qui, dans le fond, correspondent à un certain état d'âme, dans le for intérieur de chaque individu.

Or, comme le remarquait Gérard Lyon Caen déjà en 1946 "on a souvent relevé l'importance de la recherche des éléments psychologiques. Pour les uns, elle permet une conformité plus complète du droit à la morale. Pour les autres, cette recherche conduit à un affinement de la règle de droit qui peut ainsi mieux s'adapter aux situations individuelles".<sup>6</sup>

En effet, dans, l'application du principe de la confiance ou de la bonne foi au domaine de la formation des actes juridiques en droit privé, le juge ne peut pas se contenter d'établir, de façon toute objective, si les éléments constitutifs de l'acte juridique sont réunis, par exemple, dans le domaine de la conclusion du contrat, si les volontés ou les déclarations concordent; pour déterminer si, malgré l'absence d'une des conditions de validité, l'acte juridique est tout de même valable, il doit porter un jugement de valeur sur ces circonstances de fait: se mettant à la place des parties, dans chaque cas concret, il doit dire si les parties ont été de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire ont pu ignorer ou dû connaître le vice caché de l'acte.<sup>7</sup> Et c'est August Simonius qui a dit en 1949: "Ceci vous fera saisir pourquoi l'application du principe de la confiance n'est pas une chose facile. Elle suppose chez le juge, qui doit constater l'existence d'un contrat et en déterminer le contenu, la faculté de se placer dans la situation qui, au moment de la conclusion, fut celle des destinataires de déclarations de volontés et d'apprécier leur attitude en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles ils ont agi. Le principe de celui qui est appelé à appliquer un examen approfondi des faits et de jugements de valeur subtils; il demande donc de lui un savoir, je dirai même un art évolué. L'application n'est par conséquent guère concevable dans un droit primitif".<sup>8</sup>

D'ailleurs, le principe de la bonne foi (ou de la protection de la confiance), il me paraît utile de le relever maintenant déjà, ce principe joue un rôle semblable en droit public; on peut, à ce propos, citer les interventions de deux de mes amis lors de l'assemblée générale de la Société suisse des juristes de 1977 consacrée précisément à l'étude de la notion de la bonne foi en droit public.

Tout d'abord, c'est le rapporteur général en langue française, François Picot (avocat et ancien conseiller d'Etat) qui, en posant la question des rapports entre la justice et l'équité, a cité Aristote: "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".<sup>9</sup> Et c'est, ensuite, Joseph Voyame -à l'époque directeur de l'Office fédéral de la justice- qui a parlé du caractère abstrait du droit. "Nous ne pouvons, disait-il, nier le malaise que tant de citoyens ressentent envers l'appareil de l'Etat, persuadés qu'ils sont, comme l'écrit éloquemment Me Picot, que cette combinaison de technocrates et de politiciens parviendra toujours à ses fins et que le malheureux citoyen sera toujours trompé quoi qu'il fasse... C'est alors qu'apparaît la nécessité d'une norme qui corrige l'absolutisme du principe de la légalité, qui barre la route au triomphe de l'aphorisme 'fiat justitia, pareat mundus'. Cette norme féconde, c'est le principe de la bonne foi."<sup>10</sup>

2. Une seconde remarque générale et préliminaire me paraît devoir s'imposer.

A vrai dire, ce n'est pas par hasard que le législateur suisse a consacré à la bonne foi deux des premiers articles du titre préliminaire du code civil: consciemment, il a attribué à cette notion une importance juridique toute particulière, en l'érigeant en principe d'application générale. Selon l'article 2, "chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi" et, aux termes de 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 permettraient d'exiger de lui". Toutefois, alors que le même terme (bonne foi) figure dans le texte français des deux articles, le législateur a utilisé en allemand deux termes différents, parlant de "Treu und Glauben" à l'article 2 et de "Gutgläubigkeit" à l'article 3.

Il faut donc bien admettre que l'on se trouve en présence de deux notions différentes de la bonne foi: il y a la bonne foi objective et la bonne foi subjective. A ce propos, j'ai eu l'occasion de relever cette différence dans ma leçon inaugurale à l'Université de Berne en avril 1955,<sup>11</sup> il y a juste 35 ans: "De ces deux notions, la première, dite objective, est du domaine de la morale et exerce une influence en quelque sorte négative sur les droits et les obligations. Au contraire, la seconde, dite subjective, est d'ordre essentiellement psychologique et joue un rôle positif dans le droit privé. En effet, en disposant que chacun est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi, l'article 2 du code civil impose aux particuliers et, nous le verrons tout à l'heure, à l'administration (en droit public), le devoir de respecter les règles objectives de loyauté, de fidélité et d'honnêteté, c'est-à-dire de morale. D'autre part, une personne qui exerce ses droits selon les règles de la bonne foi n'acquiert aucun droit nouveau; en revanche, si elle agit de manière déloyale ou malhonnête, elle perd certains droits. En d'autres termes, on peut dire que la bonne foi objective ne joue aucun rôle juridique; c'est, au contraire, la mauvaise foi objective qui exerce une influence négative sur les droits des parties".<sup>12</sup> Quant à la bonne foi subjective, Robert Vouin a observé "que la bonne foi subjective paraît consister essentiellement dans un état psychologique d'un sujet de droit considéré individuellement. Cet état consisterait... en un état purement intellectuel d'ignorance ou d'erreur".<sup>13</sup> Par ailleurs, le rôle juridique de la bonne foi subjective est toujours positif: en vertu de l'article 3 du code civil, d'elle dépendent la naissance ou les effets de certains droits. En effet, la bonne foi d'une personne supplée à l'absence de certaines conditions de validité d'un acte. En d'autres termes, on peut dire que la bonne foi subjective intervient pour maintenir un acte qui normalement devrait être annulé.

La question se pose alors de savoir sur laquelle de ces deux notions de bonne foi, subjective ou objective, est fondé le principe de la confiance. Dans la doctrine, il y a controverse, en droit privé tout au moins, notamment dans le domaine de la formation des actes juridiques: ainsi par exemple, pour le professeur Arthur Meir-Hayoz<sup>14</sup>, la théorie de la confiance serait fondée sur le principe énoncé à l'article 2 du code civil, c'est-à-dire sur la bonne foi objective alors que, de mon côté, j'ai toujours soutenu le point de vue contraire.<sup>15</sup> Or, la question n'est pas seulement théorique; elle a des conséquences pratiques que, suivant la réponse que l'on donne à cette question, on sera

amené à prendre en considération, dans l'application du principe de la confiance, soit les éléments psychologiques, constitutifs de la notion de bonne foi subjective, tels l'erreur ou l'ignorance (d'un vice de l'acte juridique), soit les règles de comportement qui sont à la base de la notion de bonne foi objective. Bien sûr, il n'est pas possible, dans le temps limité qui m'est imparti, de discuter cette question de manière approfondie; je dois simplement dire ici que mes réflexions et mon expérience m'ont conduit à nuancer quelque peu ma réponse.

En réalité, je persiste à penser que, dans l'application du principe de la confiance, les éléments psychologiques jouent un rôle décisif: on ne peut parler de bonne foi subjective, au sens de l'article 3 du code civil que si celui qui se prévaut de la validité apparente de l'acte se trouve effectivement dans l'erreur, c'est-à-dire ignore le vice caché; ainsi, par exemple, à propos de l'achat d'une voiture volée, le Tribunal fédéral a refusé de protéger l'acquéreur parce que "la bonne foi était purement et simplement exclue, vu sa connaissance du vol".<sup>16</sup> Mais, ces éléments psychologiques ne suffisent pas pour assurer la protection de la bonne foi selon le principe de la confiance; encore faut-il que cette erreur soit dite légitime, c'est-à-dire pas incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger. Dans ce sens, également à propos de l'achat d'une voiture d'occasion, le Tribunal fédéral a considéré que "la bonne foi doit être déniée au défendeur non seulement s'il savait effectivement que Martinelli (le vendeur) n'avait pas le droit de disposer de l'auto mais aussi si sa bonne foi est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui, c'est-à-dire s'il ne pouvait pas admettre que Martinelli avait qualité pour vendre la voiture (art. 3 al. 2 CC)

... C'est essentiellement d'après un critère objectif qu'il faut fixer la mesure des exigences qu'on peut poser à l'attention requise d'un acquéreur. Comme celui qui veut exercer un métier doit le connaître, il faut fixer à un niveau assez élevé la mesure de ces exigences dans un cas comme le présent. Le marchand d'autos d'occasion doit tenir compte, en faisant preuve d'une prudence particulière, du fait notoire de la fréquence des vols et détournements d'autos".<sup>17</sup> D'ailleurs, il en va de même dans le domaine de la formation des contrats et, plus particulièrement, dans l'interprétation des déclarations de volonté: ce qui est déterminant, ce n'est ni le sens que l'auteur a donné à sa déclaration, ni celui que le destinataire lui a attribué, (appréciation purement subjective) ni même le sens purement objectif qu'un homme raisonnable aurait donné aux termes employés, mais c'est -en droit suisse comme en droit allemand- le sens que le destinataire a pu et dû, de bonne foi, donner à la déclaration reçue.<sup>18</sup>

En définitive, l'application de la théorie de la confiance implique pratiquement la prise en considération non seulement des faits psychologiques mais aussi du comportement de l'intéressé. Or, l'article 3 du code civil, en définissant la notion de bonne foi subjective, commande lui-même cette appréciation des circonstances du cas particulier selon des critères subjectifs et objectifs.

3. A propos de la théorie de la confiance en droit privé, il me reste maintenant à formuler, brièvement, une troisième et dernière remarque générale.

D'après le Tribunal fédéral, "lorsque la loi fait dépendre de la bonne foi les effets d'un droit, la bonne foi se présume, selon l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil. Mais comme l'indique déjà la lettre de cet article, les effets ne se manifestent que là où la loi le prescrit spécialement. L'article 3 du code civil ne pose pas un principe général suivant lequel la bonne foi vous met toujours et partout à l'abri d'un dommage de nature juridique. La loi ne protège la bonne foi qu'en vertu de dispositions particulières qui instituent cette protection pour certains états de fait et en précisent la portée (Jäggi, art. 3 notes 11, 12, 63 et 69)".<sup>19</sup>

Or, il importe d'observer que le choix des cas où le législateur fait intervenir le principe de la bonne foi subjective (ou de la confiance) n'est pas arbitraire: dans ma leçon inaugurale à l'Université de Berne<sup>20</sup>, j'avais déjà relevé que dans ces cas on se trouve en présence de deux intérêts contradictoires, celui de la partie qui demande le maintien d'un acte en qui elle s'est fiée, même s'il est vicié, et celui de l'autre partie qui invoque le vice essentiel pour faire annuler l'acte. On a parlé alors, par opposition à la sécurité des droits (ou sécurité statique), de la sécurité des affaires (ou sécurité dynamique). Or, c'est cette sécurité des affaires que le principe de la bonne foi subjective assure puisque son intervention a pour effet de maintenir un acte qui, normalement, devrait être annulé. A ce propos, René Demogue a écrit: "C'est là l'esprit très certain de beaucoup de solutions de la législation moderne. Le but de ces dispositions est le même. On veut par là faciliter les transactions. Celui qui fait un acte juridique pour acquérir un droit y sera évidemment poussé s'il sait que, certaines apparences se présentant, tout se passera pour lui comme si elles étaient conformes à la vérité. Si je sais que l'on prendra pour base de mes droits telle déclaration de volonté qui m'a été faite, j'ai plus de tranquillité que si on devait rechercher la volonté secrète du déclarant."<sup>21</sup> Et, en Allemagne, Viktor Ehrenberg ajoutait: "On peut définir maintenant cette opposition: la sécurité du droit exige qu'un changement défavorable dans la situation juridique d'une personne ne puisse se réaliser sans sa volonté, et la sécurité des affaires empêche qu'une modification favorable dans la situation juridique d'une personne ne soit déjoué par des circonstances qui lui sont inconnues".<sup>22</sup>

Viktor Ehrenberg met ainsi en évidence un fait qui me paraît important: dans l'éternel conflit qui, somme toute, oppose les titulaires aux acquéreurs de droits, le législateur ne peut pas, systématiquement et de manière abstraite, privilégier les uns au détriment des autres. Il apparaît nécessaire de faire une juste pesée des intérêts en présence: or, si l'on devait admettre qu'à elle seule la bonne foi de l'acquéreur peut justifier le maintien d'un acte entaché d'un vice essentiel, on lèserait les intérêts du vrai titulaire injustement dépossédé de son droit. Logiquement, on doit donc considérer que l'ignorance effective du vice caché, même justifiée par une apparence de validité, ne suffit pas: l'apparence du droit doit encore avoir été créée par les agissements ou l'attitude de celui-là même dont les intérêts sont lésés. Cela ressort clairement des dispositions des articles 933 et 934 du code civil, relatives au transfert d'une chose mobilière par une per-

sonne qui n'avait pas le pouvoir d'en disposer: l'acquéreur de bonne foi est protégé, c'est-à-dire maintenu dans son acquisition, lorsque le vrai propriétaire a confié la chose à l'aliénateur (art. 933 CC), mais non pas lorsqu'il en a été dépossédé contre sa volonté (chose volée ou perdue; art. 935 CC). Pratiquement, cela signifie que la confiance en l'apparence est protégée si elle est légitime, c'est-à-dire justifiée, d'une part, par l'attitude ou les agissements de l'autre partie ou encore par une inscription sur un registre public.

4. En droit privé suisse, les cas d'application de la théorie de la confiance sont assez nombreux.

C'est un fait bien connu et très généralement admis non seulement dans la doctrine mais aussi dans la jurisprudence<sup>23</sup>, en droit civil comme en droit des obligations. Il me paraît inutile d'en faire la démonstration: avant d'aborder la question en droit public (administratif et constitutionnel), je dois cependant rapidement vous donner un exemple récent en droit des sociétés que j'ai, d'ailleurs, déjà évoqué dans ma conférence à Ankara.

Sans entrer dans des détails inutiles, je dois rappeler qu'après la fin de la dernière guerre, de nombreux étrangers avaient pu, librement, acquérir, notamment dans les régions touristiques, des immeubles soit dans un but spéculatif, soit pour en faire leurs résidences secondaires. Ce phénomène dit de l'*Ueberfremdung* a suscité dans la population suisse de telles réactions que les autorités fédérales ont dû intervenir pour éviter qu'une part trop élevée du sol suisse ne passe en mains étrangères: le 23 mars 1961, le Parlement a donc adopté le texte d'un arrêté urgent sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, soumettant à autorisation toute acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger; le 21 mars 1973, il a modifié le texte de cet arrêté fédéral en subordonnant l'octroi de l'autorisation à des conditions plus strictes, et finalement, en décembre 1983, le Parlement a édicté la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger sur la base d'un projet que j'avais établi comme président de la commission d'experts. Dès le début, ont été soumises à autorisation les acquisitions faites par des sociétés dominées par des personnes à l'étranger. Or, il y a quelques années, avant même l'adoption de la loi, la deuxième Cour de droit public -que je préside depuis 1985 - a constaté que des étrangers avaient réussi à faire l'acquisition d'immeubles en Suisse par l'intermédiaire de sociétés anonymes ayant leur siège en Suisse et inscrites au registre du commerce; ces sociétés avaient donc été créées en violation des dispositions impératives de l'arrêté fédéral de sorte que nous devons constater la nullité absolue de l'acquisition d'immeubles faite sans autorisation par ces sociétés dominées par des personnes domiciliées à l'étranger. La question s'est alors posée de savoir si nous devons nous borner à prononcer la nullité de ces acquisitions illicites ou s'il fallait prendre d'autres mesures pour sanctionner ces cas de fraude à la loi.

Aux termes de l'article 52 alinéa 3 du code civil, les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux moeurs ne peuvent acquérir la personnalité; comme ces sociétés, dominées par des personnes domiciliées à l'étranger avaient été créées dans le but d'éluder la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, nous devrions normalement en constater l'inexistence et ordonner leur liquida-

tion. Mais, nous devions aussi tenir compte du fait qu'en application du principe de la confiance, le Tribunal fédéral a, depuis le début de ce siècle, adopté la théorie dite de la guérison, consacrée depuis 1936 dans le texte de l'article 643 alinéa 2 du code des obligations; "la personnalité est acquise de par l'inscription, même si les conditions de celle-ci n'étaient pas remplies". Nous étions donc confrontés à cette contradiction entre deux dispositions légales, fondées l'une sur l'intérêt public et l'autre sur le principe de l'apparence ou de la confiance.

Dans plusieurs arrêts, nous avons considéré que "la société anonyme dont le but est illicite ou contraire aux moeurs, acquiert, malgré le texte de l'article 52 alinéa 3 du code civil, la personnalité juridique par son inscription au registre du commerce en vertu de la théorie de la guérison (Heilungstheorie). Toutefois, cela ne signifie pas qu'une sanction ne pourrait être prise à l'égard de cette société (et de ceux qui en sont les propriétaires économiques). Comme le Tribunal fédéral l'a jugé à deux reprises, il faut déduire du principe énoncé à l'article 643 alinéa 2 du code des obligations, qu'une société anonyme ayant un but illicite doit être dissoute et le produit de sa liquidation attribué à une corporation publique, ce en vertu de la disposition impérative de l'article 57 alinéa 3 du code civil qui a un effet confiscatoire".<sup>24</sup> Cette jurisprudence très rigoureuse pour les propriétaires économiques de ces sociétés a fait l'objet de critiques assez sévères de la part de la doctrine<sup>25</sup> et pourtant ces sociétés ont effectivement été dissoutes (avec l'effet confiscatoire prévu à l'art. 57 al. 3 CC); elle a été expressément confirmée par le législateur dans le cadre de la loi du 16 décembre 1983.

Ainsi, tout en respectant, dans un premier temps, la théorie de la guérison dans l'intérêt des tiers, nous avons, en fin de compte, prévu de sanctionner sévèrement les acquisitions d'immeubles faites par des personnes à l'étranger en violation de la loi. C'est là un exemple, à la limite entre le droit privé et le droit public, où la théorie de l'apparence a dû céder le pas à la théorie de la nullité, l'intérêt public étant jugé nettement prépondérant.

5. A propos de la théorie des nullités en droit public, le doyen Boulouis avait observé que la nullité apparaît comme la sanction des deux sortes d'imperfection susceptibles d'affecter les actes: ou bien, elle sanctionne l'absence ou l'aliénation ou l'altération de l'un ou de plusieurs des éléments constitutifs; ou bien elle correspond à l'impossibilité où se trouverait tel ou tel acte de s'intégrer dans un ordre juridique donné. Si l'on envisage la question de ce double point de vue, il n'est pas certain que le droit civil et le droit administratif adoptent une position absolument identique. Chacun paraît subir l'attraction dominante encore que non exclusive de l'une ou l'autre conception. Pour le droit privé, la question de l'insertion dans un ordre déterminé n'est pas essentielle. Pour le droit administratif, au contraire, la question de l'insertion des actes dans un ordre juridique déterminé passe au premier plan. La nullité est moins la sanction de telle ou telle imperfection des éléments constitutifs que la sanction d'un principe, celui de la légalité... dont l'étendue n'a pas cessé de s'accroître.<sup>26</sup> Et, dans son rapport sur la bonne foi en droit public, mon ami François Picot, qui a été conseiller d'état chargé du département genevois des travaux publics, a écrit: "L'un et l'autre ont montré combien il ne faut pas trop

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. 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 être traités sur pied d'égalité".<sup>27</sup>

Cela explique, me semble-t-il, pourquoi, en droit public suisse, la doctrine<sup>28</sup> et la jurisprudence, foncièrement attachées à l'idéal de l'Etat fondé sur le droit, ont adopté une théorie de la bonne foi fondée sur la notion objective de l'article 2 du code civil : en fait, tous les publicistes suisses qui ont étudié la question, parlent non pas de la protection de la confiance, mais de bonne foi objective (*Treu und Glauben*) et je pourrais citer de nombreux arrêts où le Tribunal Fédéral, se référant au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi énoncé à l'article 4 de la Constitution, a considéré que "le principe de la bonne foi s'applique aux rapports entre l'administration et les administrés (ATF 91 I 136 et les arrêts cités) et il doit être observé non seulement par celle-là, mais aussi par ceux-ci".<sup>29</sup>

Il est vrai, cependant, que depuis plusieurs années, le Tribunal fédéral a, de manière équivoque, déclaré justifier cette application générale du principe de la bonne foi en se référant, d'une part à la notion (subjective) de la confiance mutuelle sur laquelle reposent les rapports entre le citoyen et l'administration: "En vertu de l'article 2 alinéa 1 de la loi fiscale, les prescriptions de celle-ci doivent être appliquées et observées selon le principe de la bonne foi. Il s'agit là d'un principe général établi dans le droit civil par l'article 2 alinéa 1 du code civil et que la jurisprudence et la doctrine déclarent applicable aux autres domaines du droit, même sans prescription expresse... Le principe est également applicable en droit administratif; il postule que les rapports de droit entre le citoyen et l'administration reposent sur la confiance mutuelle et qu'une confiance justifiée mérite d'être protégée. Dans la mesure où ce principe constitue une règle de conduite des autorités, la doctrine la considère comme un principe constitutionnel dérivé de l'article 4 de la Constitution".<sup>30</sup> Cette jurisprudence me paraît dangereusement équivoque: certes, dans la mesure où l'on voit une règle objective de conduite dans cette confiance mutuelle sur laquelle doivent reposer les relations entre le citoyen et l'administration et que l'on apprécie le comportement du citoyen ou de l'administration selon le critère purement objectif de la loyauté, on peut encore admettre qu'il s'agit ici d'un cas d'application de la théorie de la bonne foi objective (ou de l'abus de droit). Mais, on pourrait être tenté d'admettre l'application générale du principe de la confiance (ou de la bonne foi subjective selon l'article 3 du code civil) pour protéger la confiance<sup>31</sup> que l'administré de bonne foi peut avoir en l'administré.

En fait, nous n'admettons pas une application toute générale du principe de la



confiance en droit administratif; nous ne l'admettons que dans deux cas particuliers que je dois rapidement évoquer ici avant de conclure.

6. Le premier cas concerne les assurances, les promesses ou les garanties (Zusicherungen) que l'administration est appelée à donner aux citoyens dans des situations de fait bien déterminées. Avant d'accomplir un acte déterminé, l'administré s'adresse souvent à l'administration pour s'assurer que l'accomplissement de cet acte n'entraînera pas des conséquences défavorables prévues par la loi: ainsi par exemple, en droit fiscal, un commerçant, avant de transformer son entreprise individuelle en société anonyme, désire s'assurer auprès de l'administration fiscale que cette transformation n'entraînera pas l'imposition des réserves latentes. La question se posera de savoir si l'administré doit alors s'en tenir à une application stricte de la loi ou, au contraire, respecter l'engagement qu'elle a pris en violation d'une disposition légale ou, plus simplement, se considérer comme liée par les renseignements inexacts qu'elle a donnés. A ce propos, le Tribunal fédéral a considéré que "selon une jurisprudence constante, une information ou une assurance erronées données par l'autorité au citoyen sont obligatoires dans certaines circonstances. Il faut pour cela que le service dont émane le renseignement ait été compétent pour le donner, que le citoyen n'ait pas pu d'emblée reconnaître l'inexactitude de l'information et qu'en se fiant au renseignement il ait pris des dispositions irrévocables".<sup>32</sup>

Dans ces cas relativement fréquents, on parle généralement de la protection de la confiance ou tout simplement du principe de la confiance. Mais, nous avons dû constater que nous ne pouvons pas toujours faire application de ce principe, qui entre en conflit avec le principe de la légalité: nous devons donc procéder à une pesée des intérêts en présence, de l'intérêt public au respect de la loi et de l'intérêt privé de l'administré à la protection de sa bonne foi. C'est pourquoi, on admet, depuis quelque temps, que ce droit à la protection de la bonne foi est moins étendu dans deux domaines où le principe de la légalité est jugé prépondérant, soit en droit fiscal, nous envisageons maintenant de limiter l'application du principe de la confiance aux seuls cas où l'administration a donné des assurances formelles et écrites.

Dans le domaine de la procédure, le Tribunal fédéral a également adopté depuis longtemps une jurisprudence selon laquelle l'administré ne doit pas subir de préjudice du fait que l'autorité lui a indiqué, de manière inexacte, la voie de recours à suivre pour attaquer une décision: Il serait contraire aux règles de la bonne foi -dont le respect s'impose également à l'administration- 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...".<sup>34</sup> Or, tout récemment, nous avons eu deux occasions d'exprimer les avis divergeants des juges de ma cour quant à la mesure de l'attention qu'on peut exiger du citoyen (ou de son avocat).

7. Le second groupe de cas d'application du principe de la confiance comprend non seulement les contrats administratifs, mais aussi d'autres institutions juridiques, tel les la concession et la fonction publique, où le citoyen (le concessionnaire, le fonctionnaire) et l'Etat traitent sur un plan d'égalité relative comme dans les contrats.

Selon une jurisprudence bien établie, "les contrats de droit public doivent, en

principe, être interprétés selon les règles de la bonne foi (principe dit de la confiance), comme les contrats de droit privé. Cela signifie qu'il faut donner à une déclaration de volonté le sens que le destinataire pouvait et devait, en toute bonne foi, lui attribuer sur la base des circonstances qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître au moment où la déclaration lui a été faite. Pour l'interprétation des contrats de droit public, il faut certes prendre particulièrement en considération que l'administration doit tenir compte de l'intérêt public lorsqu'elle passe de tels contrats. Dans les cas douteux, il faut par conséquent présumer qu'elle ne voulait pas conclure un contrat contraire à l'intérêt public dont la sauvegarde lui incombe et que le cocontractant en était conscient. Toutefois, il serait erroné de donner, dans tous les cas, la préférence à l'interprétation la plus favorable à l'intérêt public. La sauvegarde de l'intérêt public trouve sa limite plus précisément dans le principe de la confiance, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas aboutir, par l'interprétation du contrat, à imposer au cocontractant de la collectivité des charges qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir au moment de la conclusion du contrat".<sup>35</sup> Tout récemment, à propos de l'interprétation d'une convention par laquelle une société pétrolière s'était engagée à rembourser à l'Etat de Genève tous les frais occasionnés par le croisement de son pipeline avec une autoroute, j'ai eu l'occasion d'appliquer ces principes jurisprudentiels et de condamner la société pétrolière à rembourser à l'Etat de Genève tous ses frais sans pouvoir déduire la part couverte par la subvention de la Confédération.

Dans le domaine de la fonction publique, il en va de même, mais je dois tout de même remarquer que la notion de confiance joue un rôle assez particulier. En effet, lorsque nous sommes appelés à nous prononcer sur le bien-fondé d'un licenciement, nous devons pratiquement examiner si l'Etat ne peut plus avoir confiance en son fonctionnaire. Il ne s'agit plus ici de protéger la bonne foi subjective, mais d'apprécier le comportement du fonctionnaire selon les règles de la bonne foi objective.

Enfin, je dois simplement relever que le Tribunal fédéral déduit maintenant du principe de la confiance la théorie des droits acquis en droit public. "Des droits subjectifs publics ou privés, constitués valablement, ne deviennent pas *eo ipso* caducs par le fait de l'entrée en vigueur d'une réglementation légale incompatible avec eux. Même s'il s'agissait d'une convention d'exemption fiscale, valablement conclue à l'époque, elle jouirait de la protection des droits acquis."<sup>36</sup> Or, cette théorie des droits acquis<sup>37</sup> s'est développée non seulement à propos de conventions d'exemption fiscale, mais aussi dans le domaine de la fonction publique, à propos notamment de la garantie donnée par l'Etat de maintenir en vigueur la clause d'indexation du traitement des fonctionnaires.<sup>38</sup>

#### 8. Il est temps de conclure.

En droit privé comme en droit public, le principe de la confiance joue un rôle non négligeable: il protège la bonne foi de celui qui a pu se fier à l'apparence et présume cette bonne foi. A ce propos, un auteur français, dans une thèse sur le droit, la justice et la volonté, avait écrit:

"Telle est la psychologie humaine, que toute affirmation est crue, à moins d'une raison spéciale de défiance. La présomption instinctive de l'homme de croire à l'affirmation de son semblable. Du haut en bas, c'est le règle de la confiance."<sup>39</sup>

### Notes

1. Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, publié sous la direction de Gérard Cornu, Paris 1987, pp. 178 (confiance) et 353 (foi).
2. Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, publié sous la direction de Gérard Cornu, Paris 1987, p. 55 (apparence).
3. Voir notamment Arthur Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss*, thèse de Zurich 1948; Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, thèse de Genève 1953; August Simonius, *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse*, S.J. 1949 pp. 505 ss.
4. En droit public, la doctrine parle généralement de la théorie de la bonne foi (Treu und Glauben) plutôt que du principe de la confiance.

Voir notamment Arthur Haefliger, *Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, in Festgabe Hans Erzer, Olten 1983, pp. 285 ss; François Picot, *La bonne foi en droit public* et Katharina Sameli, *Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, rapports à la Société suisse des juristes, *Revue de droit suisse* 1977 II pp. 115 ss et 289 ss.

Voir, cependant, Beatrice Weber-Dürler, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Habilitationsschrift, Bâle 1983.

5. Voir notamment François Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse de Paris 1928; Jean C. Laurent, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse de Caen, 1931; François Giraut, *L'apparence, source de responsabilité*, thèse de Paris 1937; Robert Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse de Bordeaux 1939.
6. Gérard Lyon Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1946 p. 75.
7. Voir, dans ce sens, Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, thèse de Genève 1953 p. 277.
8. August Simonius, *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse*, S.J. 1949 p. 507.
9. François Picot, *Exposé introductif*, *Revue de droit suisse* 1977 II p. 439 et 440.
10. Joseph Voyame, *Intervention*, *Revue de droit suisse* 1977 II p. 459.
11. Robert Patry, *La notion de la bonne foi subjective*, *Revue de la société des juristes bernois* 1955 pp. 409 ss.
12. *Revue de la société des juristes bernois* 1955 pp. 410, 411 et 412.

13. Robert Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse de Bordeaux 1939 p. 41.
14. Arthur Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss*, thèse de Zurich 1948 p. 120.
15. Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat*, thèse de Genève 1953, p. 277; *La notion de la bonne foi subjective*, *Revue de la société des juristes bernois*, 1953 pp. 414 et 415.
16. Voir un arrêt du 6 octobre 1977, ATF 103 II 186, J.T. 1978 I pp. 608 ss. notamment 610, consid. 2b.
17. Arrêt du 17 mars 1953, ATF 79 II 59, J.T. 1954 I pp. 45 ss, notamment 47 consid. 2 et 49 consid. 3.
18. Voir Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953 p. 198.
19. Arrêt du 23 avril 1970, ATF 96 II 161, J.T. 1971 II pp. 75 ss, notamment 83 consid. 4c.
20. Voir Robert Patry, *La notion de la bonne foi subjective*, *Revue de la société des juristes bernois* 1955 pp. 418 ss.
21. René Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911 p. 71.
22. Viktor Ehrenberg, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, *Iherings Jahrbücher* 1904 p. 282.
23. Dans le domaine de la conclusion des contrats, il existe une jurisprudence bien établie en faveur de la théorie de la confiance. A titre d'exemple, on peut citer un arrêt du 23 janvier 1979: "Il est exact que, selon l'article 1<sup>er</sup> du code des obligations, le contrat est parfait lorsque les parties ont manifesté leur volonté d'une manière concordante, et cela indépendamment de leur volonté réelle; il est exact aussi que, conformément au principe de la confiance, les manifestations de volonté s'interprètent dans le sens que le destinataire pouvait et devait leur donner, selon les règles de la bonne foi déterminantes à cet égard (ATF 101 II 331, J.T. 1977 I 100 consid. 2 ATF 96 II 141, J.T. 1971 I 171 consid. 2; Schönenberger/Jäggi, notes 188 et 195 ad art. 1 CO). Si le destinataire est en état de comprendre le sens et la portée donnée par l'expéditeur à la déclaration, il n'importe que celle-ci manque de clarté ou renferme des inexactitudes (von Thur/Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich 1979 p. 288".

Voir ATF 105 II 16, J.T. 1979 I pp. 484 ss. notamment p. 486 consid. 3a.

24. Voir un arrêt du 14 octobre 1981, ATF 107 Ib 186 ss, notamment p. 189 consid. 6c. Voir aussi deux arrêts de la II. Cour Civile du 9 mars 1986, ATF 112

- II 1 ss, J.T. 986 I pp. 633 ss, et du 13 octobre 1989 publié dans la Société anonyme suisse 1990 pp. 59 ss.
25. Voir notamment Alain Hirsch, L'article 57 alinéa 3 CCS est-il vraiment une mesure de confiscation? La société anonyme suisse 1986 p. 181, Jean Nicolas Druey, Bemerkungen, La société anonyme suisse 1986 p. 182 et 1990 p. 65.
  26. Voir Jean Boulouis, L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV p. 772 et 773.
  27. Voir François Picot, La bonne foi en droit public, rapport à la Société suisse des juristes, Revue de droit suisse 1977 II p. 176.
  28. Voir notamment François Picot, La bonne foi en droit public et Katharina Sameli, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, rapports à la Société suisse des juristes, Revue de droit suisse 1977 pp. 115 ss et 287 ss; Arthur Haefliger, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in Festgabe Hans Erzer, Olten 1983 pp. 285 ss; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 3 édition, Bâle 1988 pp. 92 ss; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984 pp. 388 ss; Max Imboden und René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bâle 1976 pp. 454 ss; Urs Gueng, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte Zentralblatt, 71, 1970 pp. 449 ss.
  29. Voir à titre d'exemple, un arrêt du 15 septembre 1965, ATF 91 I 316, J.T. 1966 I pp. 202 ss, notamment p. 204 consid. 7a.
  30. Voir notamment un arrêt du 18 décembre 1968, ATF 94 I 513, J.T. 1969 I pp. 603 ss, notamment p. 606 consid. 4a.
  31. D'ailleurs certains auteurs parlent effectivement d'un droit à la protection de la bonne foi: voir notamment André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984 pp. 388 ss; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bâle 1983.
  32. Voir notamment un arrêt du 29 juin 1977, ATF 103 Ia 107, J.T. 1979 I pp. 45 ss, notamment p. 51 consid. 3c (et les références citées). Voir aussi un arrêt du 16 décembre 1970, ATF 96 I 617, J.T. 1971 I pp. 564 ss notamment pp. 568 et 569 consid. 2c.
  33. Voir notamment André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984 pp. 395 et 396;
  34. Voir, à titre d'exemple, un arrêt du 15 novembre 1950, ATF 76 I 187, J.T. 1951 I pp. 194 ss, notamment p. 197.
  35. Voir, à titre d'exemple, un arrêt du 15 novembre 1950, ATF 76 I 187, J.T.

1951 I pp. 194 ss, notamment p. 197.

35. Voir un arrêt du 12 octobre 1977, ATF 103 Ia 505, J.T. 1979 I pp. 354 ss, notamment p. 359 consid. 2b.
36. Voir notamment un arrêt du 22 février 1980, ATF 106 Ia 166 ss consid. 1a.
37. Voir notamment André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984 pp. 589 ss.
38. Voir notamment ATF 106 Ia 166 ss consid. 1.
39. Voir Georges Renard, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris 1924 pp. 297 et 298.