UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2022

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La protection de la bonne foi

Bernard, Frédéric

How to cite

BERNARD, Frédéric. La protection de la bonne foi. In: Les grands principes du droit administratif. Bellanger, François ; Bernard, Frédéric (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2022. p. 155–196. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:161576

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

La protection de la bonne foi

Frédéric Bernard

Professeur à l'Université de Genève

« Le fondement de la justice est la bonne foi, c'est-à-dire la sincérité dans ses paroles et la fidélité à ses engagements. Quoique peut-être cela paraisse un peu forcé, osons imiter les stoïciens, qui cherchent avec soin l'étymologie de chaque terme, et croyons que foi vient de faire, parce qu'on fait ce qu'on a dit. »

Cicéron[1]

« Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. »

Aristote[2]

« On ne peut pas créer une société juste avec des moyens injustes. On ne peut pas créer une société libre avec des moyens d'esclaves. C'est pour moi le centre de ma pensée. »

Jacques Ellul[3]

---

1 Cicéron (1877), *Traité des devoirs (De officiis)*, livre I, Paris, p. 32.

2 Aristote (1997), *Ethique à Nicomaque*, livre V, chap. X, Paris, p. 267.

3 Jacques Ellul, Patrick Chastenet (2014), *A contre-courant : Entretiens*, Paris, p. 76.

Introduction

La question de la bonne foi est omniprésente dans le monde contemporain, comme l'illustre par exemple la pandémie de COVID-19.

Au printemps 2020, l'efficacité des masques chirurgicaux était au cœur de toutes les discussions : alors que ceux-ci avaient initialement été jugés inefficaces par les autorités politiques et sanitaires, à un moment où le nombre de masques était insuffisant, ils devinrent l'un des principaux outils de la lutte sanitaire par la suite, alors que les masques étaient devenus disponibles en quantité suffisante. Les autorités politiques et sanitaires s'étaient-elles comportées de bonne foi, sur la base des données médicales qui étaient en leur possession, ou avaient-elles initialement préféré cacher la véritable efficacité des masques pour les réserver aux personnes en ayant le plus besoin (notamment dans le domaine de la santé)[4] ? A l'inverse, que dire de la bonne foi de la population, à qui les autorités garantissaient que les denrées essentielles ne viendraient pas à manquer et qui, dans un premier temps du moins, dévalisa les étals des supermarchés[5] ?

Le principe de la bonne foi traverse également la récente affaire dite « Crypto AG ». Que penser, en effet, de la bonne foi d'une société active dans la vente de machines de chiffrement qui équipe secrètement celles-ci d'un cheval de Troie *(backdoor)* à l'attention de certains services secrets étrangers[6] ? Dans le rapport qu'elle a consacré à cette affaire, la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales a toutefois surtout émis des critiques sous l'angle de la bonne foi sur les réactions des autorités fédérales après la révélation de cette affaire[7].

---

4 Voir l'avis de l'ancien Premier ministre français Lionel Jospin (2020), *Un temps troublé,* Paris, p. 228 : *« A court terme, dans un pays comme le nôtre où l'opinion est souvent sceptique, l'intérêt des autorités est de toujours dire la vérité aux citoyens. A cet égard, on peut reprocher au pouvoir exécutif d'avoir affirmé trop longtemps que les masques et les tests, finalement reconnus indispensables, n'étaient pas utiles, non pas parce que c'était vrai mais parce que la France en manquait cruellement. Ce jeu avec la vérité laissera des traces. »*

5 Anouch Seydtaghia (2020), « Vives tensions dans le secteur alimentaire », *Le Temps,* 14 mars 2020, p. 11.

6 Mehdi Atmani (2020), « La Suisse au cœur de l'opération ‹ Rubicon › », *Le Temps,* 12 février 2020, p. 3.

7 Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Rapport sur l'Affaire Crypto AG, 2 novembre 2020, FF 2021 156, p. 50 (choix du Secrétariat d'Etat

Le principe de la bonne foi est cependant abondamment traité aujourd'hui dans les ouvrages et manuels de droit administratif général[8]. Il fait aussi l'objet d'une jurisprudence foisonnante (à laquelle la présente contribution tentera de rendre justice). Quelles raisons ont donc conduit à lui consacrer un chapitre spécifique[9] ? Celles-ci sont au nombre de deux : premièrement, il est important de situer correctement la bonne foi au sein du droit administratif et, plus largement, au sein d'un Etat de droit démocratique ; deuxièmement, il est tout aussi important de faire apparaître que les applications de la bonne foi connues aujourd'hui ne correspondent pas à son essence, mais n'en constituent que certaines des concrétisations possibles. Poser ces deux éléments permettra de réfléchir aux développements que pourrait connaître le principe de la bonne foi.

Nous commencerons par identifier les valeurs qui composent le principe de la bonne foi et rappeler son histoire en droit public (*infra* I.), avant d'évoquer sa mise en œuvre en droit positif (*infra* II.) pour traiter enfin de sa consolidation et de son expansion potentielle (*infra* III.).

I. Fondements

Dans cette première section, nous allons tenter de donner une substance au principe de la bonne foi (*infra* I, A.), rappeler sa reconnaissance progressive en droit public (*infra* I, B.) et brièvement montrer son omniprésence dans l'ordre juridique helvétique (*infra* I, C.).

A. Contenu

Il n'est pas aisé de définir la protection de la bonne foi de manière générale et abstraite[10]. Comme l'écrivait Andreas von Tuhr dans son ouvrage consacré à la partie générale du Code des obligations,

---

à l'économie de ne pas rendre de décision susceptible de recours au moment de la suspension des licences d'exportation des sociétés concernées) et p. 56 (report du traitement des demandes individuelles d'exportation par le Conseil fédéral).

8 Cf. la contribution de Thierry Tanquerel dans le présent ouvrage.

9 La Bruyère (1995), *Les Caractères,* Paris, p. 124 : *« Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent. Sur ce qui concerne les mœurs, le plus beau et le meilleur est enlevé ; l'on ne fait que glaner après les anciens et les habiles d'entre les modernes. »*

10 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 77.

> *« On ne saurait, me semble-t-il, donner une définition plus précise de la bonne foi. (…) 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. »* [11]

Cette même difficulté est identifiée par Pierre Moor :

> *« Il est possible de décrire le contenu – l'objet – des législations ; il est également possible de décrire ce que contient le concept d'intérêt public tel qu'il est reconnu à un moment et pour un Etat déterminé. En revanche, il est logiquement impossible de donner un contenu au principe de proportionnalité, pas plus qu'à d'autres principes transversaux – tels par exemple que le principe de la bonne foi : on ne peut qu'en poser le fondement et la finalité (laquelle est une pure valeur), et le cadre qu'on peut en dessiner ne sera pas plus que méthodologique. »* [12]

Pour approcher le contenu de la protection de la bonne foi, il est donc nécessaire de chercher à en dégager le fondement et la finalité (ou plutôt les finalités). A cet effet, les citations placées en exergue de la présente contribution s'avèrent précieuses, car elles permettent d'identifier trois facettes différentes de ce principe :

1. D'abord, le principe de la bonne foi, comme l'illustre la citation de Cicéron, comporte l'idée de sincérité dans ses paroles et de fidélité à ses engagements *(bona fides* [13]), c'est-à-dire de loyauté [14]. Sous cet

---

11 Andreas von Tuhr (1933), *Partie générale du Code fédéral des obligations,* 2e éd., Lausanne, p. 46-47.

12 Pierre Moor (2001), « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in : Grewe/Broussolle/Jouanjan/Mathieu/Verpeaux (éd.), *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Strasbourg, p. 319 ss, p. 327. Sur la notion de droits transversaux, par opposition à des droits spécifiques, voir CR Cst.-Dubey, art. 9 N 8.

13 Alexander Beck (1955), « Die Grundprinzipien der Bona Fides im römischen Vertragsrecht », in : *Aequitas et bona fides,* Bâle, p. 9 ss.

14 ATF 124 II 265, 269, c. 4.a. Cf. Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flückiger (2021), *Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux,* 4e éd., Berne, n° 1291 ; Katharina Sameli (1977), « Treu und Glauben im öffentlichen Recht : Einige grunsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts », *RDS* 1977 II p. 287 ss, p. 294-295.

angle, il exclura par exemple de conférer une valeur à des paroles trompeuses ou manipulatrices, de même qu'il interdira de récolter un avantage suite à un comportement contradictoire ; il se prêtera également à une utilisation en tant qu'aide à l'interprétation d'actes juridiques[15].

2. Ensuite, le principe de la bonne foi agit comme correctif à une application trop stricte et trop rigide de la loi[16], fonction qui est au cœur de la citation d'Aristote. Sous cet angle, il pourra, par exemple, requérir la mise en place d'un régime transitoire visant à « adoucir » les conséquences d'un changement de pratique ou de législation pour les personnes concernées.

3. Enfin, le principe de la bonne foi se réfère, de façon plus générale, au type de moyens et de comportements jugés acceptables dans un Etat de droit démocratique[17], aspect évoqué dans la citation de Jacques Ellul. De ce point de vue, le principe de la bonne foi entretient des liens étroits avec la confiance qui peut être accordée dans les relations sociales et administratives[18], en particulier dans les agissements de l'Etat[19], ainsi qu'avec l'exigence de sécurité du droit, dont l'objectif est la confiance générale de la communauté dans la stabilité du droit et dans la prévisibilité de son développement[20]. Il en découlera certaines expectatives quant au comportement et à l'état

---

15 Thierry Tanquerel (2018), *Manuel de droit administratif,* 2e éd, Genève, nº 569.

16 François Picot (1977), « La bonne foi en droit public », *RDS* 1977 II p. 115 ss, p. 188 : « *[L]e principe de la bonne foi a pour but d'humaniser en une certaine manière l'Etat fondé sur le droit.* ». Voir également Claude Rouiller (2001), « Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi », in : Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich, p. 677 ss, p. 684.

17 Pierre Moor, Alexandre Flückiger, Vincent Martenet (2012), *Droit administratif, vol. I : Les fondements,* 3e éd., Berne, p. 917.

18 Ulrich Häfelin, Georg Müller, Felix Uhlmann (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 8e éd., Zurich, nº 620.

19 Jacques Dubey, Jean-Baptiste Zufferey (2014), *Droit administratif général,* Bâle, nº 716-717.

20 Dans ce sens, Pierre Tschannen, Ulrich Zimmerli, Markus Müller (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 4e éd., Berne, p. 173. Voir également CR Cst.-Dubey, art. 9 N 67 et les études réunies dans les Cahiers du Conseil constitutionnel nº 11, décembre 2001.

d'esprit qui doivent être adoptés par les autorités et les individus[21] : la bonne foi sera escomptée et, le cas échéant, protégée (ou « récompensée »), tandis que la mauvaise foi sera traitée comme une déviation qui conduira, le cas échéant, à des sanctions ou à la perte d'un avantage[22].

Prises conjointement, ces trois facettes font de la bonne foi une valeur qui dépasse la catégorie de « principe constitutionnel » pour s'ériger en véritable choix de société[23]. La bonne foi est, en effet, un élément indissociable – ou une *« inhérence »*, pour reprendre le terme de Serge Sur[24] – d'un Etat de droit démocratique[25]. Elle est d'ailleurs, de ce point de vue,

---

21 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 917. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 121 : *« Cela tient au fait que les règles de la bonne foi, en tant qu'elles concernent l'état d'esprit des deux ou diverses personnes impliquées dans une relation juridique ou de proximité particulière, exigent cet état d'esprit en même temps qu'elles le protègent de part et d'autre, et réciproquement. »*

22 Blaise Knapp (1991), *Précis de droit administratif,* 4e éd., Bâle, nº 499.

23 Picot (note 16), p. 195 : *« [L]e 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 (…) [I]l 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. »*

24 Voir Serge Sur (2014), « L'inhérence en droit international », *Revue Générale de Droit International* Public, p. 785 ss. Cf. aussi Marco Borghi (1994), « La bonne foi : un principe »constitutif » de l'Etat, mais négligé en droit public suisse », in : Widmer/Cottier (éd.), *Abus de droit et bonne foi,* Fribourg, p. 203 ss ; Hans Huber (1971), « Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates », in *Rechtstheorie, Verfassungsrecht und Völkerrecht,* Berne, p. 27 ss. ; Hans Huber (1979), « Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechstaat », in : Häfelin/Haller/Schindler (éd.), *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie,* Zurich, p. 193 ss utilise, pour évoquer la confiance dans la puissance publique, la notion de « trust » héritée notamment de John Locke.

25 Elisabeth Chiariello (2004), *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung,* Berne, p. 5 ss ; Alfred Kölz (1983), « Intertemporales Verwaltungsrecht », *RDS* 1983 II p. 101 ss, p. 123. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 117 : *« Le principe de la bonne foi consacré par l'art. 5 al. 3 Cst. est (…) un complément et un aménagement nécessaire du principe de la légalité ancrée à l'art. 5 al. 1 Cst., dans le cadre de la constitution d'un Etat de droit digne de ce nom. »* Cf.

proche du postulat philosophique qui fonde la reconnaissance de droits fondamentaux et qui réside dans la conviction que l'être humain est bon[26]. C'est en vertu de ce postulat que des espaces de liberté lui sont reconnus et qu'il est admis que, dans certains cas, cette liberté peut faire l'objet d'abus[27].

Reconnaître le caractère central de la bonne foi dans un Etat de droit démocratique est fondamental : cela contribue à expliquer pourquoi ce principe a progressivement été reconnu en droit public, de manière prétorienne, dans le silence de la Constitution de 1874 (*infra* I, B), pourquoi il est, au-delà du droit public, omniprésent dans l'ordre juridique (*infra* I, C), pourquoi ses incarnations actuelles sont aussi nombreuses et variées (*infra* II, B) et pourquoi il est nécessaire de le consolider (*infra* III, A) ainsi que de réfléchir à sa possible expansion (*infra* III, B).

B. Reconnaissance en droit public

La reconnaissance de la bonne foi en droit public s'étend au droit fédéral (*infra* I, B, 1), à la doctrine (*infra* I, B, 2) et au droit cantonal (*infra* I, B, 3).

Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 173 : « *Der Schutz berechtigten Vertrauens gehört zu den Grundanliegen jeder freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung.* » Cf. également SGK BV-Rohner, Art. 9 N 36 ; BSK BV-Epiney, Art. 5 N 73. Voir Niklas Luhmann (2014), *Vertrauen : Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität,* 5e éd., Constance ; Peter Nobel (2017), « Vertrauen – Begriffliche Grundlagen », *RSDA* 2017 p. 721 ss.

26 Jean-Jacques Rousseau (1959), *Dialogues : Rousseau juge de Jean-Jacques,* in Rousseau, *Œuvres complètes, vol. I,* Bibliothèque de la Pléiade, Paris, p. 657 ss, p. 934 : « *[J]'y vis par tout le développement de son grand principe que la nature a fait l'homme heureux et bon mais que la société le déprave et le rend misérable.* »

27 Voir, dans ce sens, Message du Conseil fédéral du concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S.o.S. – pour une Suisse sans police fouineuse », FF 1994 II 1142 : « *Cependant, dans un système libéral et démocratique, les mesures que prendra dorénavant la Confédération en vue de maintenir la sûreté intérieure ne peuvent et n'entendent pas englober tout risque possible. De par leur genre et leur portée, elles traduiront la confiance en la population et, dans un maximum de domaines, la volonté de ne pas agir préventivement face à des risques abstraits. L'Etat et ses autorités acceptent donc un risque de troubles et ne veulent pas se couper de la population.* » Cf. également Paul Wilkinson (2006), *Terrorism versus Democracy : the Liberal State Response,* 2e éd., New York, p. 198 : « *It is part of the price we must pay for our democratic freedoms that some may choose to abuse these freedoms for the purpose of destroying democracy, or some other goal.* »

1. *Droit fédéral*

La Constitution fédérale de 1874[28] ne garantissait pas explicitement le principe de la bonne foi[29]. Celui-ci a été consacré quelques décennies plus tard en droit privé lors de l'adoption du Code civil suisse[30]. L'article 2 CC traite des notions de fidélité et de confiance[31] tandis que l'article 3 CC crée une présomption de bonne foi et protège l'ignorance excusable[32]. Initialement, l'application de la protection de la bonne foi dans le domaine du droit public a été hésitante : ainsi, alors que notre Haute Cour en avait fait application dans deux affaires fiscales dès 1908[33], elle a ensuite semblé nier son existence dans le domaine du droit public[34].

C'est donc véritablement à partir de la fin de la seconde guerre mondiale que le Tribunal fédéral a développé sa jurisprudence relative à la bonne foi en droit public[35]. Pour ce faire, il a alternativement utilisé deux constructions juridiques[36] : la reconnaissance de l'article 2 CC comme un principe général du droit[37] et le rattachement du principe de la bonne foi à l'article 4 aCst. 1874 en tant que « clause générale non écrite »[38]. Ce

---

28 aCst. 1874 – RO 1 1 (abrogée le 1er janvier 2000, suite à l'acceptation de la nouvelle Constitution fédérale le 18 avril 1999, cf. FF 1999 5306).

29 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 1.

30 Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210. Cf. Picot (note 16), p. 122-123.

31 Art. 2 CC : *« 1 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. 2 L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »*

32 Art. 3 CC : *« 1 La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. 2 Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. »*

33 ATF 34 I 15, 27 c. 2 ; ATF 34 I 615, 625 c. 2. Cf. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 1292 ; SGK BV-Rohner, Art. 9 N 43.

34 ATF 48 II 182 c. 4 ; ATF 40 III 154 c. 4. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 3.

35 Picot (note 16), p. 144.

36 Dubey/Zufferey (note 19), n° 719-720.

37 Consulter, de manière générale, Marcel Baumann (1952), *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht,* Zurich.

38 Helen Keller (2021), « Willkürverbot sowie Treu und Glauben », in : Biaggini/Gächter/Kiener (édit.), *Staatsrecht,* 3e éd., Zurich, p. 608 ; Tanquerel (note 15), n° 566. L'art. 4 aCst. 1874 était formulé comme suit : *« Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles. »* Cette disposition a été utilisée par le Tribunal fédéral pour reconnaître de nombreux principes et droits constitutionnels non écrits, par exemple, en sus du principe de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, le droit

deuxième procédé avait toutefois pour conséquence inévitable de limiter ses effets à la bonne foi de l'Etat[39].

Dans le contexte de la présente contribution, il est intéressant de rappeler les motifs qui ont conduit le Tribunal fédéral à compléter le texte explicite de la Constitution par des garanties implicites. Il s'agissait, en effet, d'assurer par ce biais un standard jugé indispensable dans un Etat de droit démocratique[40] : *« L'art. 4 Cst. [1874] est une règle générale qui garantit aux parties à une procédure étatique un standard minimum, conforme à celui que garantissent les procédures en vigueur dans les Etats démocratiques de l'Europe occidentale. Son contenu n'est par conséquent pas figé ; cela est démontré par l'évolution de la jurisprudence qui en a dégagé successivement de nombreux droits et principes constitutionnels. »*[41]

En 1999, à l'occasion de la révision intégrale de la Constitution fédérale[42], la bonne foi a été formellement consacrée dans le texte constitu-

---

d'être entendu ou encore la liberté personnelle, à tel point que Hans Huber a pu parler, à son sujet, de *« doch recht grossartigen Sammelplatz »*. Cf. Hans Huber (1983), « Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit », Aubert/Bois (éd.), *Mélanges André Grisel,* Neuchâtel, p. 127 ss, p. 139. Cf. les propos de Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse,* vol. I, p. 124-125 : *« [Le Tribunal fédéral] a littéralement échafaudé sur l'art. 4 une construction jurisprudentielle que même la lecture la plus attentive de cette disposition, et des délibérations dont elle est issue, ne permettait point de découvrir (…) Cela nous amène à considérer le procédé le plus audacieux du Tribunal fédéral : il arrive qu'il lise dans la Constitution des règles non écrites, ainsi que l'y engage une partie de la doctrine (…) Mais, naturellement, un procédé aussi exorbitant ne doit être utilisé qu'avec prudence »*. Pour une vision critique de ce rattachement, consulter André Grisel (1984), *Traité de droit administratif,* Neuchâtel, p. 395-396. Voir également, sur l'art. 4 aCst., Daniel Thürer (1987), « Das Willkürverbot nach Art. 4 BV », *RDS* 1987 II p. 413 ss.

39 Tanquerel (note 15), n° 566.

40 Andreas Kley (2015), *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz,* 2e éd., Zurich, p. 214.

41 ATF 114 Ia 179, 180, c. 2.a. Voir également ATF 89 I 92, 97, c. 3 : *« Die persönliche Freiheit im Sinne der physischen Freiheit, d.h. der Freiheit über den eigenen Körper, ist die Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte und bildet damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes »*.

42 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

tionnel[43]. Cette consécration, insolite au plan international[44], est même double : la bonne foi figure à l'article 5 alinéa 3 Cst. en tant que principe constitutionnel *(« 3 Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. »)* et à l'article 9 Cst. en tant que droit constitutionnel *(« Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »)*.

Au surplus, il est fréquent que les lois administratives spéciales intègrent également le thème de la bonne foi[45]. Tel est le cas, par exemple, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative[46], de la loi fédérale du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse[47], de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale[48] ou encore de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels[49]. Dans la jurisprudence, quand bien même la protection de la bonne foi a vocation à s'appliquer dans tous les domaines du droit administratif spécial, y compris en matière de droits politiques[50] et de procédure[51], une partie importante des affaires concerne des domaines

43 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 1 et N 22.

44 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 1.

45 Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 173. Cf. ATF 122 I 328, 333, c. 3.a.

46 PA – RS 172.021. Art. 38 : *« Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties. »*

47 LN – RS 141.0. Art. 22 al. 1 : *« Quiconque a vécu de bonne foi pendant cinq ans dans la conviction qu'il possédait la nationalité suisse et a effectivement été traité comme un citoyen suisse par une autorité cantonale ou communale peut former une demande de naturalisation facilitée. »*

48 LCD – RS 241. Art. 2 : *« Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. »*

49 LTBC – RS 444.1. Art. 3 al. 2 : *« L'inscription [dans un inventaire fédéral] a les effets suivants : a. le bien culturel ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive ni être acquis de bonne foi. »*

50 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 21 ; CR Cst.-Dubey, art. 9 N 80 ; Picot (note 16), p. 166-168.

51 ATF 107 Ia 206 c. 3.

qui évoluent régulièrement comme le droit fiscal[52] et le droit de l'aménagement du territoire[53].

2. *Doctrine*

Le principe de la bonne foi n'occupait initialement qu'une place périphérique dans la doctrine de droit administratif[54]. Ainsi, la notion de bonne foi traverse le traité d'Otto Mayer de manière peu différenciée de son rôle en droit privé, aucune entrée de l'index ne lui étant d'ailleurs consacrée[55]. Dans les décennies suivantes, la bonne foi est généralement abordée sous l'angle de la nécessaire stabilité des décisions administratives entrées en force, comme chez Fritz Fleiner[56] et Erwin Ruck[57].

A partir des années 1960, en revanche, le principe de la bonne foi prend une dimension plus large. Ainsi, Zaccaria Giacometti l'aborde au sein des principes tirés directement de la Constitution, en lien avec l'interdiction de l'arbitraire[58]. Pour sa part, Max Imboden y consacre des développements dans la partie de son ouvrage relative aux garanties d'une application du droit modérée *(Garantien massvoller Rechtshandhabung)*[59].

---

52 Voir Jacques-André Reymond (1991), « La bonne foi de l'administration en droit fiscal », in : Auer (éd.) : *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique,* Genève, p. 367 ss.

53 Picot (note 16), p. 156-158 ; Peter Hänni (2016), *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht,* 6e éd., Berne, p. 26.

54 Cf. la contribution de Thierry Tanquerel dans le présent ouvrage.

55 Otto Mayer (1903-1906), *Le droit administratif allemand* (édition française par l'auteur), 4 tomes, Paris.

56 Fritz Fleiner (1920), *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts,* 5e éd., Tübingen, p. 190 : *« ‹ Quieta non movere › und ‹ Treu und Glauben › müssen auch für die Verwaltungsbehörden gelten. »*

57 Erwin Ruck (1951), *Schweizerisches Verwaltungsrecht, vol. I : Allgemeiner Teil,* 3e éd., Zurich, p. 98

58 Zaccaria Giacometti (1960), *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts,* Zurich, p. 289-292. Giacometti estime toutefois que ce principe ne lie que les autorités.

59 Max Imboden (1960), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,* Bâle, p. 124 ss. Voir également Max Imboden (1962), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung : Ergänzungsband,* Bâle, p. 295 ss.

Enfin, dans la première édition de son traité parue en 1970, André Grisel lui consacre une section propre[60].

Depuis lors, tous les grands traités de droit administratif général consacrent un chapitre ou une section spécifique à la protection de la bonne foi.

Au cours des premières décennies, la question de la nature exacte du principe de la bonne foi s'est posée. S'agissait-il de droit privé « importé » ou de droit public autonome ? A une époque où le droit administratif était en train de se construire comme discipline indépendante[61], la vision autonome semble avoir logiquement eu les faveurs[62]. Par la suite, l'existence du droit administratif étant davantage assurée, les positions se sont adoucies et en 1960, Imboden pouvait évoquer l'application appropriée de règles de droit privé en droit administratif *(sinngemässe Übertragung privatrechtlicher Vorschriften auf verwaltungsrechtliche Verhältnisse)*[63].

3. *Droit cantonal*

Au niveau cantonal (romand), le principe de la bonne foi figure, dans des formulations diverses, dans toutes les constitutions romandes adoptées au cours des cinquante dernières années : article 56 de la Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977[64], article 11 de

---

60 André Grisel (1970), *Droit administratif suisse,* Neuchâtel, p. 187-188. Voir également Thomas Fleiner (1977), *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts,* Zurich, p. 117-118.

61 Fleiner (note 56), p. 43-44. Cf. Alfred Kölz (2013), *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne : L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848,* vol. II., Berne, p. 785 ss ; Markus Müller (2006), *Droit administratif : Origine et spécificité,* Berne, p. 71 ss ; Benjamin Schindler (2011), « 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz », *RDS* 2011 II p. 331 ss, p. 343 ss.

62 Cf. Fleiner (note 56), p. 57 : *« In den meisten Fällen bleibt nichts übrig, als beim Schweigen des Gesetzes auf den Grundsatz zurückzugreifen, dass jedes Rechtssystem aus sich selbst zu ergänzen ist, und dass demgemäss eine vermeintliche Lücke im Systeme des öffentlichen Rechts durch Vorschriften auszufüllen ist, die dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechtes entstammen. Um diese ungeschriebenen Sätze des öffentlichen Rechtes zu ergrüden, muss man sich daran erinnern, dass jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich birgt. »*

63 Imboden (note 59), p. 26.

64 Cst. JU – RS/JU 101 : *« 1 Tout acte de l'autorité doit être fondé sur les principes du droit et de la bonne foi. »*

la Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993[65], article 9 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000[66], articles 7 et 11 de la Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003[67], article 10 de la Constitution du Canton de Fribourg du 16 mai 2004[68] et articles 9, 17 et 26 de la Constitution de la République et Canton de Genève du 14 octobre 2012[69].

En outre, s'il est absent de l'actuelle Constitution du Canton du Valais du 8 mars 1907[70], il figure en bonne position dans les Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne mis en consultation en janvier 2021[71].

C. Omniprésence dans l'ordre juridique

La bonne foi traverse l'ensemble de l'ordre juridique (*infra* I, C, 1) tout en continuant à irriguer les rapports entre droit public et droit privé (*infra* I, C, 2).

---

65 Cst. BE, RS/BE 101.1 : *« 2 La protection de la bonne foi est garantie. »*

66 Cst. NE, RS/NE 101 : *« 1 Toute personne a le droit d'être protégée dans sa bonne foi et traitée sans arbitraire par les pouvoirs publics. »*

67 Cst. VD, RS/VD 101.01 : *« 2 [L'activité étatique] est exempte d'arbitraire et répond à un intérêt public ; elle est proportionnée au but visé. Elle s'exerce conformément aux règles de la bonne foi et de manière transparente. »* et *« 1 Toute personne a le droit d'être traitée par les autorités sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »*

68 Cst. FR – RS/FR 10.1 : *« 1 Toute personne a le droit d'être traitée par les organes étatiques sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »*

69 Cst. GE – RS/GE A 2 00 : *« 3 [L'activité publique] s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit international. »*, *« Toute personne a le droit d'être traitée sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »* et *« Toute personne qui, de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux constatés de manière licite bénéficie d'une protection adéquate. »*

70 Cst. VS – RS/VS 101.1.

71 Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne, mis en consultation en janvier 2021 : art. 202 : *« Toute personne a le droit d'être traitée par les pouvoirs publics sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »*, art. 212 : *« Toute personne qui, de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux bénéficie d'une protection particulière des pouvoirs publics. »* et art. 400 (Principes de l'activité étatique) : *« 1 Les principes de bonne foi, d'exemplarité, de bien commun, d'équité et de solidarité guident les actions de l'État. »*

1. *Autres domaines juridiques*

Le principe de la bonne foi s'étend largement au-delà des champs du droit privé et du droit public[72].

Ainsi, il est consacré en droit international à l'article 2 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945[73], qui oblige les Etats à *« remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte »*[74]. Il figure également dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969[75] en ce qui concerne l'exécution des traités (art. 26[76]) et leur interprétation (art. 31, par. 1[77]). Il a été repris, à ce titre, dans le droit suisse, notamment en matière d'entraide fiscale internationale[78].

Au niveau européen, la CEDH lui réserve une place importante, en interdisant l'abus de droit (art. 17 CEDH)[79] et en limitant l'usage des restrictions aux droits (art. 18 CEDH)[80]. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a également développé le droit à un

---

72 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1293.

73 RS 0.120.

74 Voir, de manière générale, Robert Kolb (2000), *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux du droit,* Genève.

75 CVDT – RS 0.111.

76 *« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. » (pacta sunt servanda)*

77 *« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »*.

78 Cf. art. 7 let. c de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF – RS 651.1). Cf., à ce sujet, ATF 143 II 202, 214, c. 8.3. Voir également Arrêt TF 2C_953/2020 du 24 novembre 2021, c. 3.4 ; Arrêt TAF A-3049/2019 du 8 septembre 2020, c. 4.4.

79 *« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »* Cf. par exemple DCEDH *Garaudy c. la France,* du 24 juin 2003, nº 65 831/01.

80 *« Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. »* Cf. par exemple ACEDH *Goussinski c. Russie,* du 19 mai 2004, nº 70 276/01, § 77 : *« Dans ces conditions, force est à la Cour de conclure que l'on a imposé au requérant une restriction de sa liberté – permise par l'article 5 § 1 c) – non seulement en vue de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente parce qu'il*

procès équitable (art. 6 CEDH) dans des directions proches de la protection de la bonne foi[81]. La bonne foi joue enfin un rôle essentiel dans l'exécution des arrêts de la Cour par les Etats[82].

En droit interne, le principe de la bonne foi occupe une place centrale en droit pénal, comme l'illustre notamment l'article 3 alinéa 2 lettre a du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007[83], selon lequel les autorités pénales doivent se conformer à tous les stades de la procédure au principe de la bonne foi. Au surplus, dans le domaine de l'arbitrage international, le principe de la bonne foi est considéré par le Tribunal fédéral comme faisant partie de l'ordre public au sens de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP[84].

De ce bref survol, on peut conclure que le principe de la bonne foi est bien un « principe constitutionnel de portée globale »[85] qui se situe au cœur de l'Etat de droit.

---

y avait des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction, mais aussi pour d'autres motifs. »

81 Voir, par exemple, en matière de provocation policière à commettre des infractions, ACEDH *Furcht c. Allemagne,* du 23 octobre 2014, nº 54 648/09.

82 Voir ACEDH *Emre c. Suisse (nº 2),* du 11 octobre 2011, nº 5056/10, § 75 : « *Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour, et celle qui correspond le plus à la restitutio in integrum, aurait été d'annuler purement et simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction de territoire contre le requérant. A supposer même qu'un autre résultat aurait pu être acceptable, la Cour estime que la nature obligatoire des arrêts au sens de l'article 46 § 1 et l'importance de leur exécution effective, de bonne foi et compatible avec les* » *conclusions et l'esprit* » *de l'arrêt auraient commandé, dans les circonstances concrètes de l'affaire, un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour.* »

83 CPP – RS 312.0.

84 Arrêt TF 4A_579/2010 du 11 janvier 2011, c. 3.1 : « *Une sentence arbitrale internationale est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ; au nombre de ces principes figure, notamment, le respect des règles de la bonne foi. Celles-ci doivent être comprises dans le sens que leur donne la jurisprudence rendue au sujet de l'art. 2 CC.* » Voir aussi Arrêt TF 4A_488/2009 du 15 février 2010, c. 3.1.

85 CR Cst.-Dubey, art. 5 N 117 ; BSK BV-Epiney, Art. 5 N 72 *(« umfassende Geltung »).* Cf. également ATF 133 I 234, 239, c. 2.5.1.

2. *Rapports entre droit public et droit privé*

Malgré le caractère global du principe de la bonne foi et ses nombreuses consécrations actuelles en droit public, la question des rapports qu'il noue entre le droit privé et le droit public demeure très actuelle.

Tout d'abord, la notion classique d'ordre public inclut la « bonne foi dans les affaires » [86]. Cette dernière constitue ainsi un intérêt public légitime au sens de l'article 36 alinéa 2 Cst., qui permet de justifier la restriction de certains droits fondamentaux dans le but de protéger le public [87]. Tel est le cas, par exemple, de mesures telles que la protection du titre d'avocate et d'avocat [88] ou de l'obligation de vinification dans le canton concerné pour obtenir l'appellation d'origine [89].

Au surplus, le principe de la bonne foi crée un socle commun entre les deux domaines juridiques. Ce socle est particulièrement pertinent aujourd'hui puisque, dans les dernières décennies du vingtième siècle, l'organisation et l'activité de l'administration se sont fortement déconcentrées et flexibilisées, notamment sous l'influence de la nouvelle gestion publique *(New Public Management)* [90]. Cette évolution a conduit à une relation traversée par des oppositions : une entité administrative décentralisée peut-elle valablement conclure avec son personnel des contrats de travail de droit privé ? L'Etat est-il aussi tenu de respecter les droits fondamentaux lorsqu'il agit par le biais du droit privé [91] ?

Dans la mesure où il transcende – ou traverse, pour reprendre la notion de principe transversal évoquée plus haut – les deux domaines, le principe de la bonne foi contribue à rétablir une unité de valeur à l'action administrative. Peu importe, en effet, le terrain sur lequel il agit, l'Etat

---

86 Tanquerel (note 15), n° 531 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 221.

87 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 226.

88 ATF 112 Ia 318.

89 ATF 109 Ia 116.

90 Tanquerel (note 15), n° 101 ss. Sur le *New Public Management,* voir l'ouvrage fondateur de David Osborne, Ted Gaebler (1992), *Reinventing Government : How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector,* Boston.

91 Valérie Défago Gaudin (2018), « Quelle autonomie pour l'Etat ? », *RDS* 2018 II p. 239 ss.

devra se comporter de bonne foi, y compris d'ailleurs au moment de prendre la décision de basculer vers le droit privé.

II. Mise en œuvre

Ayant identifié les valeurs sur lesquelles est fondé le principe de la bonne foi et montré son omniprésence dans l'ordre juridique, nous nous proposons de présenter sa mise en œuvre en droit administratif. Nous commencerons par aborder sa nature juridique (*infra* II, A), puis ses incarnations actuelles (*infra* II, B) pour traiter ensuite de sa portée et de ses rapports avec les autres principes du droit administratif (*infra* II, C).

A. Nature juridique

Le principe de la bonne foi est un droit constitutionnel à part entière[92], dont sont titulaires toutes les personne physiques et morales[93] ainsi que, selon les circonstances, des entités détentrices de la puissance publique[94]. Il s'applique à l'ensemble de l'activité étatique et lie tous les organes de l'Etat[95], c'est-à-dire les organes exécutifs et législatifs[96] mais aussi les personnes publiques ou privées chargées de l'accomplissement d'une tâche publique[97]. Il peut être atteint par l'Etat par une action ou par une omission[98].

En tant qu'il découle de l'article 9 Cst., le principe de la bonne foi s'inscrit exclusivement dans la dimension de protection de la personne privée contre l'arbitraire de l'Etat[99]. A ce titre, il peut être invoqué auprès du Tribunal fédéral non seulement dans un recours en matière de droit public, mais également dans un recours constitutionnel subsidiaire dirigé

92 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 13.

93 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 12; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 2.

94 ATF 132 II 153, 159, c. 5.1 (recours du canton d'Argovie). Cf. OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 2.

95 Cf. Keller (note 38), p. 613.

96 ATF 123 II 385, 400, c. 10. Cf. OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 14.

97 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 12 et N 14.

98 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 76; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 924.

99 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 931.

contre une décision fondée exclusivement sur le droit cantonal[100]. Le Tribunal fédéral en contrôle librement le respect[101].

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas toujours univoque quant à la délimitation entre le droit subjectif à être traité de bonne foi et le principe de la bonne foi de l'article 5, alinéa 3, Cst.[102]. Notre Haute Cour tend cependant à analyser certaines incarnations du principe, comme l'information erronée et la promesse effective, sous l'angle de l'article 9 Cst., et d'autres, comme l'interdiction de l'abus de droit, sous l'angle de l'article 5, alinéa 3, Cst.[103].

Le principe de la bonne foi s'applique également entre autorités, que celles-ci appartiennent à la même collectivité publique, à différentes collectivités au sein de l'Etat fédéral ou entre collectivités publiques sur le plan international[104]. En revanche, il ne possède pas d'effet horizontal direct dans la mesure où les rapports entre personnes privées sont régis par l'article 2 CC[105]. Il n'est toutefois pas exclu que le principe de la bonne foi se voie conférer un effet horizontal indirect dans le cadre de l'interprétation de cette disposition[106].

---

100 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 8; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 622; Tanquerel (note 15), nº 567; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 182.

101 ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.1; Arrêt TF 1C_587/2017 du 19 mars 2018, c. 3.1. Cf. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1293.

102 Arrêt TF 1P.256/2004 du 29 juin 2004, c. 3.1. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 10; Thomas Gächter (2005), *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht: unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: ein Beitrage zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht,* Zurich, p. 118.

103 Arrêt TF 1C_302/2008 du 18 mars 2009, c. 2.3.1. Cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, p. 147. Cf. également CR Cst.-Dubey, art. 9 N 11. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 713 se montrent dubitatifs sur cette distinction.

104 ATF 133 I 234, 239, c. 2.5.1. Cf. OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 25; Dubey/Zufferey (note 19), nº 725; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 620-621; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 172. Le cas échéant, la protection de la bonne foi est primée par d'autres dispositions constitutionnelles plus précises, à l'image de la fidélité confédérale figurant à l'art. 44 Cst. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 134. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 918 soulignent la proximité des deux concepts telle qu'elle se manifeste dans leur expression en allemand *(« Treu und Glauben »* et *« Bundestreue »)*.

105 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 2.

106 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 15. Comme le relève Dubey en lien avec l'art. 5 Cst., il s'agit d'une forme de renversement des rapports historiques entre les deux domaines

B. Incarnations actuelles

Dans la présente section, nous nous proposons de dresser la liste des incarnations – ou concrétisations – actuelles du principe de la bonne foi en droit administratif. La richesse et la diversité de ces incarnations confirmera le caractère constitutif du principe de la bonne foi dans un Etat fondé sur le droit. Il convient d'emblée de rappeler qu'étant donné sa nature transversale et ses finalités, le principe de la bonne foi ne doit pas être considéré comme définitivement exprimé en l'état du droit et qu'il se prête à diverses extensions (voir les pistes esquissées *infra* III, B).

Nous commencerons par évoquer les incarnations principales du principe de la bonne foi (*infra* II, B, 1), avant de montrer qu'il est également sous-jacent dans toute une série d'incarnations auxiliaires (*infra* II, B, 2).

1. Incarnations principales

Les incarnations principales du principe de la bonne foi comprennent ses manifestations traditionnellement énoncées dans la jurisprudence et dans une section spécifique des ouvrages de droit administratif général.

Ces manifestations sont souvent structurées en trois volets[107] : l'interdiction des comportements contradictoires, l'interdiction de l'abus de droit et la protection de la confiance. Nous proposons, pour notre part, de les grouper en deux sous-ensembles[108], le premier concernant l'interdiction de certains comportements (a.) et le second protégeant la confiance

(cf. *supra* I, B, 1). Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 136. Voir également Paul-Henri Steinauer (2006), « La bonne foi en droit public et en droit privé », in : Corti/Mini/Noseda/Postizzi (éd.), *Diritto senza devianza : studi in onore di Marco Borghi per il suo 60° compleanno,* Bellinzone, p. 775 ss.

107 Arrêt TAF A-5970/2017 du 17 décembre 2019, c. 4.5.1. Cf. Knapp (note 22), n° 498 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 1294 ; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 172. Dubey/Zufferey (note 19), n° 739 et Tanquerel (note 15), n° 568 ss proposent une division quadripartite qui résulte du traitement séparé des renseignements erronés et promesses de l'administration, souvent abordés dans le cadre du principe de la confiance. Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 176 traitent bien des renseignements erronés et des promesses dans le cadre du principe de la confiance mais leur consacrent une section spécifique en qualité de *« wichtigster Anwendungsfall »*.

108 Rouiller (note 16), p. 686-687 opère une classification bipartite analogue, organisée autour d'un aspect négatif (interdiction de certains comportements) et d'un aspect positif (protection de la confiance) de la bonne foi. Voir aussi la classification bipartite différente adoptée par Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 916.

(b.). Il convient toutefois de préciser d'emblée que ces deux ensembles se recoupent en plusieurs points, de sorte que l'attribution de telle ou telle manifestation à l'un de ces ensembles peut, le cas échéant, prêter à discussion.

a. Interdiction de certains comportements

Le principe de la bonne foi interdit tout d'abord certaines manières d'agir de la part de l'administration et des personnes privées[109] : il s'agit des comportements contradictoires (*infra* II, B, 1, a, aa.) ainsi que de l'abus de droit et de la fraude à la loi (*infra* II, B, 1, a, ab.).

aa. Les comportements contradictoires

L'interdiction des comportements contradictoires *(non venire contra factum proprium)* est une émanation de la valeur de loyauté comprise dans le principe de la bonne foi[110] et un élément indispensable à la sécurité juridique[111]. Selon les termes du Tribunal fédéral, cet aspect *« impose aux organes étatiques et aux particuliers un comportement loyal et digne de confiance dans leurs actes avec autrui. »*[112]

Cette interdiction suppose un rapport marqué par certaines caractéristiques[113] : il doit s'agir de la même autorité[114], de la même personne privée[115] et de la même affaire[116]. Lorsque l'autorité a, d'une manière ou

109 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 933.

110 ATF 136 I 254, 261, c. 5.2. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 97 ; Tanquerel (note 15), nº 580.

111 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1295.

112 RDAF 2005 II 109, 119, c. 5.2 (TF, 23.01.2004). Cf. également ATF 136 I 254, 261, c. 5.2.

113 Dubey/Zufferey (note 19), nº 729-731 ; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 930. Cf. Arrêt TF 9C_822/2019, 9C_823/2019 du 25 mars 2020, c. 5.1.

114 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1296. Cf. ATF 111 V 81, 87, c. 6. Il peut toutefois s'agir de personnes différentes au sein de la même autorité. Cf. ATF 121 I 181, 183, c. 2.a. Cf. sur ce point Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 930 ; Tanquerel (note 15), nº 582.

115 Si la personne concernée n'est pas la même, le cas sera traité sous l'angle du principe d'égalité de traitement. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), nº 730.

116 Si la même affaire n'est pas en jeu, le cas sera traité sous l'angle du changement de pratique. Cf. toujours Dubey/Zufferey (note 19), nº 731.

d'une autre, manifesté sa position[117], elle ne peut ensuite plus s'en écarter sans raison sérieuse[118]. De la même manière, elle ne peut pas fonder une décision sur l'absence de renseignements qu'elle a préalablement renoncé à demander alors qu'elle aurait eu l'occasion de le faire[119]. Cela étant, lorsqu'une autorité tolère pendant un certain temps une situation illégale, elle demeure en principe libre d'y mettre un terme ultérieurement[120], même si le principe de la confiance peut, à titre exceptionnel, protéger la personne concernée, la jurisprudence retenant en principe un délai de préemption de 30 ans[121].

Les personnes privées sont également liées par l'interdiction des comportements contradictoires lorsqu'elles interagissent avec des autorités[122]. En ce qui les concerne, la jurisprudence et la doctrine se montrent toutefois plus exigeantes quant au caractère absolument univoque de leur manifestation de volonté antérieure[123]. En cas de comportement contradictoire, les personnes concernées ne seront pas protégées juridiquement[124]. Tel sera le cas, par exemple, de celle qui renonce à soulever certains griefs ou droits dès qu'elle est en mesure de le faire et qui sera privée de la possibilité de les invoquer ultérieurement[125].

La jurisprudence et la doctrine rattachent encore souvent à cet aspect de la bonne foi l'exigence selon laquelle il faut être soi-même de bonne

---

117 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 929.

118 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 712; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 180.

119 ATF 126 II 97, 104, c. 4.b.

120 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 82; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 18.

121 ATF 136 II 359, 365, c. 7; Arrêt TF 1C_150/2016 du 20 septembre 2016, c. 10.4; Arrêt TF 1P.768/2000 du 19 septembre 2001, c. 4. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 651, qui traitent cette hypothèse sous l'angle du principe de la confiance. Cf. ATF 94 II 37, 42, c. 6.c: *« Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbarem Widerspruch steht. »*

122 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 717.

123 ATF 136 I 142, 149, c. 4.4; Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 931; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 181; Gächter (note 102), p. 207.

124 ATF 138 I 97, 100, c. 4.1.5; ATF 132 II 485, 496, c. 4.3; ATF 119 Ia 221, 227, c. 5. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 717.

125 ATF 143 IV 397, 405, c. 3.4.2; ATF 121 I 30, 40, c. 6.a; ATF 119 Ia 221, 227, c. 5. Voir également ATF 147 I 194, 197, c. 3.3. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 126-127 (sous réserve des droits imprescriptibles et inaliénables).

foi pour invoquer ce principe[126]. En effet, la personne ou l'autorité de mauvaise foi qui réclame la protection de sa bonne foi se comporte de manière contradictoire[127].

ab. L'abus de droit et la fraude à la loi

Le principe de la bonne foi contient également l'interdiction de l'abus de droit[128]. Cette interdiction se réfère à l'exercice d'un droit d'une manière manifestement contraire au droit ou à l'utilisation d'une institution juridique à des fins allant à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée[129]. La fraude à la loi, qui consiste à recourir à un moyen apparemment conforme à la loi pour contourner une interdiction légale, en constitue une forme particulière[130].

Ces deux interdictions s'appliquent tant aux personnes privées qu'aux autorités[131]. Ainsi, l'autorité qui fait sciemment traîner une procédure pour permettre l'application du nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle enfreint le principe de la bonne foi[132]. Il en va de même de

---

126 ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2; ATF 101 V 68, 75, c. 5. Cf. également. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 656; Tanquerel (note 15), n° 580. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 122 et art. 9 N 74 qualifie cette exigence d'« *incombance* ».

127 Cette exigence pourrait aussi être classée de manière parfaitement défendable dans l'interdiction de l'abus de droit, puisque la personne ou autorité de mauvaise foi qui se réclame de la protection de la bonne foi cherche manifestement à détourner cette dernière de la finalité pour laquelle elle a été créée (*infra* II, B, 1, a, ab).

128 ATF 137 V 82, 89, c. 5.6; ATF 137 V 394, 403, c. 7.1. Voir, de manière générale, Gächter (note 102); Sameli (note 14), p. 315 ss; Thierry Tanquerel (2001), « L'abus de droit en droit public suisse », in: Chappuis/Aubert/Ancel (éd.), *L'abus de droit – Comparaisons franco-suisses,* Saint-Etienne, p. 173 ss.

129 ATF 137 I 247, 252, c. 5.1.1; ATF 131 I 185, 192, c. 3.2.4; ATF 131 II 265, 267, c. 4.2; ATF 127 II 49, 56, c. 5.a. Cf. également Dubey/Zufferey (note 19), n° 733; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 723; Tanquerel (note 15), n° 583; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 182.

130 ATF 144 II 49, 51, c. 2.2; ATF 142 II 206, 209, c. 2.3. Cf. Tanquerel (note 15), n° 582; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 1308. Dans une certaine mesure, l'interprétation de la loi selon la réalité économique permet d'atteindre des résultats similaires. Cf. Knapp (note 22), n° 507. Pour un cas d'application de cette théorie dans le domaine du droit fiscal, voir ATF 80 I 30.

131 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 724.

132 ATF 110 Ib 332, 333, c. 2. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 734; Knapp (note 22), n° 532; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 182.

l'autorité qui requiert un séquestre pour contourner l'interdiction de compenser la créance de la collectivité publique relative aux frais de procédure avec l'indemnité pour tort moral allouée à titre de détention injustifiée[133].

De même, la personne privée qui détourne une institution juridique de son but au profit d'intérêts qu'elle n'est pas destinée à protéger ne mérite pas la protection du droit[134]. La conséquence consistera soit à refuser d'appliquer la norme dont la personne concernée se prévaut soit à appliquer celle à laquelle elle cherche à échapper[135]. Cette exigence est par exemple reprise à l'article 36, alinéa 1, LN, qui permet au SEM d'annuler la naturalisation ou la réintégration obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels[136].

b. Protection de la confiance

Le principe de la bonne foi inclut également la protection de la confiance[137]. Cette dernière a pour objectif de préserver la croyance des individus en la fiabilité de l'Etat[138], en obligeant les autorités à respecter les promesses qu'elles ont faites et en leur interdisant de tirer avantage d'insuffisances de leur part[139]. De manière générale, elle suppose donc la

133 ATF 143 III 279.

134 ATF 144 II 49, 51, c. 2.2; Arrêt TAF A-1751/2017 du 1er mai 2020, c. 7.3. Voir également ATF 142 I 10, 14, c.2.4.7 (recourant qui dépose sciemment un recours entaché de vices pour obtenir une prolongation du délai lui permettant de motiver son recours).

135 CR Cst.-Dubey, art. 5 N 124. Cf. ATF 134 V 162, 164, c. 4.

136 Arrêt TF 2C_866/2018 du 5 août 2019, c. 4.4.

137 Giacometti (note 58), p. 289; Robert Patry (1953), *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse,* Genève, p. 163 ss; Sameli (note 14), p. 347 ss. Selon Dubey/Zufferey (note 19), nº 736, le principe de la confiance constitue une *« forme dérivée »* du principe de la bonne foi. Consulter, de manière générale, Beatrice Weber-Dürler (1983), *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht,* Bâle.

138 Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 172. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral dans l'ATF 129 I 161, 170, c. 4.1, il s'agit de protéger la confiance *« in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden »*. Cf. également Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 620; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 13.

139 ATF 141 V 530, 538, c. 6.2; ATF 124 II 265, 269, c. 4. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 71; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1297; Tanquerel (note 15), nº 576.

réunion de plusieurs éléments[140] : un comportement préalable de l'Etat par le biais de ses organes exécutifs ou législatifs *(Vertrauensgrundlage)*, une confiance légitime de la personne concernée dans ce comportement *(berechtigtes Vertrauen)*, une action ou inaction préjudiciable fondée sur cette confiance *(Vertrauensbetätigung)* et une pesée des intérêts *(Interessenabwägung)*.

La protection de la confiance se subdivise à son tour en applications générales (*infra* II, B, 1, b, aa.) et en une réglementation spécifique concernant les promesses effectives ou renseignements erronés de l'administration (*infra* II, B, 1, b, ab.).

aa. En général

La protection de la confiance joue d'abord un rôle dans l'interprétation des comportements des parties et dans celle des actes juridiques[141]. Tel sera le cas, en particulier, s'agissant des contrats de droit administratif[142], y compris s'agissant de la conséquence (annulabilité/nullité) qui découle d'un vice affectant leur conclusion[143].

---

140 ATF 129 I 161, 170, c. 4.1. Cf. également Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 627 ss ; Keller (note 38), p. 613 ; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 15.

141 ATF 135 V 237, 241, c. 3.6 ; ATF 126 II 97, 104, c. 4.b. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 736-737 ; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 935-936.

142 Tanquerel (note 15), n° 569, lequel relève cependant qu'il convient de présumer que l'administration, en concluant un contrat, n'a pas voulu s'écarter de la loi ou de l'intérêt public. Cf. Tanquerel (note 15), n° 1019.

143 RDAF 2010 I 186, 195, c. 5.a. TA/GE 22.12.2009 : *« 5.a. Un contrat de droit administratif conclu par une autorité incompétente ou au mépris de règles importantes de procédure est nul. Cependant, comme pour les décisions, la nullité absolue ne sera déclarée que s'il n'en résulte pas une atteinte trop grave à la sécurité juridique et, notamment, si le particulier, de bonne foi, n'en subit pas un dommage disproportionné. Lorsque tel est le cas, l'autorité judiciaire se contentera d'annuler le contrat pour l'avenir. On relèvera, cependant, que la nullité ne sera que rarement constatée. En effet, elle suppose que l'un ou l'autre des contractants veut se prévaloir d'un vice originel du contrat de droit administratif qui a déjà été, du moins en partie, exécuté ; le principe de la bonne foi pourrait bien s'opposer à une telle demande de déclaration de nullité. »*

Elle donne également naissance à de nombreuse applications concrètes :

- protection contre l'indication lacunaire ou erronée des voies de recours[144], pour autant que la personne concernée soit elle-même de bonne foi et ait fait preuve de la diligence requise[145] ;
- exigence pour l'administration d'informer une personne de ses droits[146] ou du fait que cette dernière s'apprête à commettre une erreur[147], notamment dans les domaines complexes[148] ;
- interdiction pour l'administration de tirer un avantage d'une incorrection ou insuffisance de sa part[149] ou de se prévaloir d'erreurs manifestes commises par des personnes privées[150] ;
- obligation pour la personne partie à une procédure – et qui doit donc s'attendre à recevoir des actes – de relever son courrier et de prendre des dispositions pour que cela soit fait en son absence[151] ;

---

144 ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2 ; ATF 134 I 199, 202, c. 1.3.1. Voir également ACEDH *Gajtani c. Suisse,* du 9 septembre 2014, n° 43 730/07. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 738 ; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 628 ; Knapp (note 22), n° 506 ; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 16. En l'absence d'un intérêt public prépondérant, Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 705 préconisent à raison que cette possibilité s'étende à des délais de droit matériel.

145 Cet élément s'apprécie de manière différenciée en fonction des connaissances juridiques de la personne concernée. Dans l'arrêt public à la RDAF 2000 I 595, 596, (TF, 13.2.1998), c. 2.c/cc, le Tribunal fédéral a jugé qu'*« un avocat pratiquant depuis longtemps dans le canton et, en plus, spécialisé dans le domaine des constructions et ayant fait déjà plusieurs recours similaires, doit reconnaître l'erreur déjà lors d'un contrôle sommaire de l'indication des voies de droit. »*. Voir aussi *mutatis mutandis* les développements *infra* II, B, 1, b, ab.

146 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 925. Cf. la concrétisation de cette obligation à l'art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA – RS 830.1).

147 ATF 131 V 472, 476, c. 4.1 ; ATF 125 I 166, 170, c. 3.a. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 92 ; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 671.

148 Knapp (note 22), n° 524.

149 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 922. En revanche, l'Etat n'étant pas protégé contre les erreurs de sa propre administration. Cf. SJ 2011 I 145 (TA/GE, 1.1.2011), 145, c. 12.

150 Knapp (note 22), n° 523.

151 ATF 141 II 429, 431, c. 3.1. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 5 N 130.

– exigence qu'un changement de pratique se fonde sur des motifs sérieux[152] et nécessité, le cas échéant, d'informer la personne concernée d'un changement de procédure ou de pratique à venir[153], ce qui peut d'ailleurs faire obstacle à la mise en œuvre immédiate dudit changement[154];

– protection limitée contre les changements législatifs[155], la possibilité de modifier la loi étant une émanation du principe de la légalité et du principe démocratique[156], sous réserve de l'interdiction de la rétroactivité et de la création de droits acquis (*infra* II, A, 2)[157]; la protection de la confiance peut toutefois rendre nécessaire la mise en place d'un régime transitoire[158], en particulier lorsque l'application du nouveau droit aurait des conséquences graves sur l'activité jusqu'ici légale de certaines personnes[159];

---

152 Fritz Gygi (1986), *Verwaltungsrecht: Eine Einführung,* Berne, p. 158.

153 ATF 135 I 257, 261, c. 1.6; ATF 132 II 153, 159, c. 5. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 738; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 637-638.

154 Comme le souligne Tanquerel (note 15), n° 573, cette règle ne vaut que pour autant que le changement de pratique ne rende pas la démarche techniquement irrecevable, car *« dans ce dernier cas, même si le recourant avait connu la nouvelle jurisprudence, il n'aurait pu rendre son recours recevable »*. En revanche, dans la mesure où la personne concernée aurait alors certainement renoncé à recourir, il se justifie de ne pas mettre de frais de justice à sa charge. Cf. ATF 122 I 57, 61, c. 3.d. Cf. également OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 17.

155 ATF 134 I 23, 39, c. 7.5. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 640.

156 Keller (note 38), p. 615; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), n° 1303. Cf. aussi CR Cst.-Dubey, art. 9 N 99: *« [N]ul n'a droit au maintien de la loi en l'état. »*

157 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 19; Knapp (note 22), n° 514; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 920; Milena Pirek (2018), *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi,* Genève, p. n° 227 ss et contribution dans le présent ouvrage.

158 Arrêt TF 8C_72/2018 du 13 novembre 2018, c. 7.2: *« Selon les circonstances, le principe de la bonne foi peut imposer en cas de changement de législation un régime transitoire. Ainsi, un délai transitoire doit pouvoir permettre aux intéressés d'adapter leur train de vie à une éventuelle réduction de leur revenu. Ce régime doit toutefois permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle réglementation et non pas de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime plus favorable. »* Cf. aussi Pirek (note 157), n° 853-854.

159 ATF 145 II 140, 145, c. 4; ATF 134 I 23, 40, c. 7.6.1. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 728; Alain Griffel (2014), « Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts », in: Uhlmann (éd.), *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts,* Zurich, p. 7 ss;

– limites générales à la révocation d'une décision entrée en force[160] et stabilité d'un plan lorsque l'autorité compétente a fourni des assurances concernant une durée déterminée[161];

ab. Les promesses effectives et renseignements erronés de l'autorité

La concrétisation pratique la plus importante du principe de la confiance concerne les cas de renseignement erroné ou de promesse effective fournie par l'administration[162]. Moyennant le respect de plusieurs conditions cumulatives, le principe de la bonne foi peut, en effet, contraindre l'administration à s'écarter de l'application stricte de la loi[163], ce qui peut d'ailleurs aussi s'interpréter comme une forme particulière de l'interdiction des comportements contradictoires[164].

Ces conditions cumulatives, énoncées pour la première fois en 1965 dans un arrêt rendu dans le domaine du droit fiscal[165], sont les suivantes[166]:

Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 641; OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 14; Kölz (note 25), p. 123-126; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1300.

160 ATF 89 I 430, 434, c. 3. Cf. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1306.

161 ATF 116 Ib 185, 187, c. 3.c. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 646-647. Ainsi que les auteurs le relèvent, la confiance est alors également générée par le principe de la stabilité des plans. Cf. aussi Tanquerel (note 15), nº 1129.

162 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 667; Keller (note 38), p. 613; Tanquerel (note 15), nº 578; Beatrice Weber-Dürler (1991), « Falsche Auskünfte von Behörden », *ZBl* 1991 p. 1 ss. Sur la différence entre information erronée et promesse, cf. Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 179.

163 ATF 134 I 199. Cf. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1304.

164 Picot (note 16), p. 178.

165 ATF 91 I 133, 136, c. 4. Cf. aussi ATF 114 Ia 105.

166 Cf. par exemple ATF 137 II 182, 193, c. 3.6.2. Cf. Gygi (note 152), p. 160-161: Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1299-1303; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 176-178. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 682-683 ajoutent une sixième condition, selon laquelle l'information doit avoir été donnée par l'autorité sans réserve *(vorbehaltlos)*. Cf. également Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 924.

- l'autorité doit avoir fourni un renseignement ou fait une promesse effective dans une situation concrète[167], au moyen d'un acte juridique ou matériel qui n'est soumis à aucune exigence de forme particulière[168];
- elle doit avoir agi ou être censée avoir agi, du point de vue de la personne concernée, dans le cadre de ses compétences[169], une autorité ne pouvant pas engager une autre autorité[170];
- la personne concernée doit être de bonne foi[171] et ne pas avoir de motif de douter de la validité de l'information reçue[172], condition qui ne doit pas être examinée de manière trop sévère mais doit tenir compte de la formation et de l'expérience de chaque personne[173], ce qui concerne tout particulièrement les avocates et avocats[174], mais également les personnes spécialisées dans des domaines tels que l'immobilier[175];

---

167 Cette promesse peut aussi provenir d'une omission de l'autorité. Cf. ATF 121 V 65, 69, c. 4.c. Cf. Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 178-179.

168 Dubey/Zufferey (note 19), nº 741; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 668. Dubey/Zufferey précisent qu'il appartient à la personne qui s'en prévaut d'apporter la preuve qu'une telle promesse a bien été reçue (art. 8 CC).

169 ATF 138 II 545, 548, c. 2.2. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 677. Il faut au surplus que le renseignement ou la promesse ait été fournie par l'autorité compétente, pas seulement par une personne qui en est membre. Cf. RDAF 1974 p. 394.

170 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 923.

171 Dubey/Zufferey (note 19), nº 745.

172 Selon la formulation de Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 177, *« Wer offensichtlich Falsches für bare Münze nimmt, verdient keinen Schutz. »*

173 ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2; ATF 135 III 489, 494, c. 4.4. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), nº 746; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 684. Suivant CR Cst.-Dubey, art. 9 N 75, on peut ainsi distinguer entre la bonne foi subjective (la personne a effectivement des attentes légitimes) et la bonne foi objective (une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait eu les mêmes attentes). Voir cependant l'arrêt (isolé et non publié) très restrictif Arrêt TF 5A_401/2007 du 29 août 2007, c. 4.2 et la critique de Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 920-921.

174 ATF 135 III 374, 376, c. 1.2; ATF 134 I 199, 202, c. 1.3. Consulter Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 656.

175 ATF 132 II 21, 36, c. 6.2; ATF 111 Ib 213, 221, c. 6.

– la personne concernée doit s'être fondée sur cette information pour prendre des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans préjudice[176] ou pour s'abstenir d'agir dans la défense de ses intérêts[177], ce qui suppose l'existence d'un rapport de causalité crédible *(glaubhaft)* entre la confiance accordée et l'acte[178] ;
– la situation de droit et de fait ne doit pas avoir changé dans l'intervalle[179], à moins que l'autorité se soit trouvée dans une situation où elle devait informer la personne concernée d'un changement à venir[180], par exemple parce qu'elle était compétente pour la modification juridique en cause[181].

Quand ces conditions sont réalisées, le principe de la confiance a pour effet de lier l'autorité au contenu du renseignement fourni ou de sa promesse, même si celle-ci est en soi illégale. Autrement dit, *« l'ordre juridique tolère [une] situation non conforme au droit (Bestandschutz). »*[182]

---

176 ATF 137 I 69, 72, c. 2.5. Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 927 parlent de *« dispositions irréversibles »*.

177 Tanquerel (note 15), n° 578 ; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 177.

178 ATF 121 V 65, 68, c. 4 ; Arrêt TAF A-1366/2006 du 28 février 2007 c. 3. Cf. Dubey/Zufferey (note 19), n° 747 ; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 689.

179 ATF 119 Ib 138, 144, c. 4.e. Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 926 ; Markus Reich, Laurence Uttinger (2010), « Praxisänderung im Lichte der Rechtssicherheit und der Rechtsrichtigkeit », *RDS* 2010 I p. 163 ss, p. 166-168 ; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 177. Selon les termes de Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 695, *« Behördliche Auskünfte stehen sodann unter dem stillschweigenden Vorbehalt der Rechtsänderung. »* Comme le relèvent Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 179, en cas de promesse de l'autorité, la condition relative à l'absence de changement de la loi ne peut pas être appliquée de manière automatique.

180 Dubey/Zufferey (note 19), n° 748.

181 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 695. Mais cette exception ne s'applique pas si l'autorité est simplement au courant de l'élaboration par une autre autorité d'un projet qui sera soumis à son approbation. Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 925.

182 Dubey/Zufferey (note 19), n° 751. Comme l'exprime dans un autre contexte l'art. 25 al. 3 PA, *« [a]ucun désavantage ne peut résulter pour la partie du fait qu'elle a agi en se fondant légitimement sur une décision de constatation. »*

Cependant, même si ces conditions sont remplies, la loi devra être appliquée en cas d'intérêt public ou privé prépondérant[183]. Ceci sera même la seule option lorsque les effets du principe de la bonne foi excèdent la relation entre l'autorité et la personne concernée et empiètent sur la sphère juridique d'autrui ou lèsent les droits de tierces personnes[184]. La protection de la confiance se transformera alors en obligation d'indemnisation de la personne concernée[185], qui sera limitée aux frais engagés inutilement *(Vertrauensschaden)*[186].

Puisque l'activité de l'Etat est conforme au droit, il s'agit d'un cas de responsabilité pour acte licite[187]. Une partie de la doctrine estime aujourd'hui que la bonne foi est en effet susceptible de fonder une obligation autonome de réparation pour une activité conforme au droit[188], ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis dans quelques arrêts[189].

Au cours des dernières années, le Tribunal fédéral a également confirmé l'applicabilité du principe de la confiance aux *rulings* fiscaux[190], définis par la doctrine comme *« l'approbation anticipée par l'autorité fiscale compétente d'un traitement proposé par le contribuable en référence à une opération envisagée à l'avenir »*[191]. Une telle détermination de l'autorité fiscale ne constitue pas une décision, mais elle liera l'autorité

183 ATF 116 Ib 185, 187, c. 3.c; ATF 114 Ia 209, 215, c. 3.c. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 88; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 699; Tanquerel (note 15), nº 579; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 177.

184 ATF 117 Ia 285, 289, c. 3.e. Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 922; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 180.

185 ATF 101 Ia 328, 330, c. 6.c. Cf. Knapp (note 22), nº 512; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 922.

186 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 709.

187 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 110; Dubey/Zufferey (note 19), nº 752; Pierre Moor, Etienne Poltier (2011), *Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle,* 3e éd., Berne, p. 882-883.

188 Dubey/Zufferey (note 19), nº 1822; Tanquerel, nº 1718. Voir déjà Peter Saladin (1975), « Das Verfassungsprinzip der Fairness », in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts,* Bâle, p. 41 ss, p. 67.

189 ATF 125 II 431, 438, c. 6; ATF 102 Ia 243, 252, c. 7.

190 ATF 141 I 161, 164, c. 3.1. Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 734; Xavier Oberson (2021), *Droit fiscal suisse,* 5e éd., Bâle, p. 695-697.

191 Aurélie Gavillet (2018), *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse,* Genève, nº 329.

concernée si les conditions précitées sont remplies, même si elle n'est pas conforme à la loi[192].

2. *Incarnations auxiliaires*

Comme nous l'avons vu plus haut, le principe de la bonne foi fonde une certaine qualité de relations entre l'administration et la population (*supra* I, A) en même temps qu'il traverse l'ensemble de l'ordre juridique (*supra* I, C). Au sein du droit public, ceci se manifeste par le fait qu'outre les manifestations classiques qui viennent d'être rappelées, le principe de la bonne foi irrigue un grand nombre d'autres figures juridiques. Nous illustrerons ce propos au moyen de quelques exemples situés à différents niveaux de généralité.

S'agissant tout d'abord du fonctionnement de l'Etat, le principe de la bonne foi suppose un certain comportement des autorités et des personnes privées au cours de la phase d'élaboration des lois[193]. La doctrine le voit parfois aussi comme la source de l'obligation des organes de l'Etat de mener une action cohérente[194] et de l'exigence de coordination des procédures administratives[195]. Enfin, il est proche de l'interdiction générale du formalisme excessif, dont il partage le but[196].

Par ailleurs, en ce qui concerne les personnes privées, le Tribunal fédéral considère que le droit d'être entendu comprend le droit de participer aux procédures administratives relatives à des décisions touchant sa situation juridique qui sont initiées par des tiers[197]. Toutefois, la bonne foi permet, à titre exceptionnel, d'éviter l'usage abusif de cette faculté et peut conduire à l'engagement de la responsabilité civile de la personne

---

192 Tanquerel (note 15), nº 579a.

193 Picot (note 16), p. 192-193 : « *Nous connaissons en Suisse de telles réunions, nous connaissons aussi la procédure de consultation qui fait partie des travaux préliminaires de législation (…) C'est à ces divers stades, réunions, état major des partis politiques, procédures de consultation, commission 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.* »

194 Keller (note 38), p. 614.

195 Knapp (note 22), nº 528bis.

196 ATF 121 I 177, 179, c. 2.b. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 80.

197 ATF 122 II 274, 287, c. 6.d.

concernée au sens de l'article 41 CO[198]. Tel sera le cas, en particulier, lorsque la procédure est utilisée, par dol ou négligence grave, de manière contraire à son but ou si elle est clairement dénuée de chances de succès[199]. *« Autrement dit, un acte procédural est susceptible d'être considéré comme illicite lorsqu'il apparaît contraire au principe de la bonne foi ou malveillant. »*[200]

Le principe de la bonne foi joue également un rôle central dans le domaine des contrats de droit administratif, tant sous l'angle de leur stabilité que de leur éventuelle adaptation[201]. En effet, conjointement avec la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la protection de la bonne foi est au cœur du principe *pacta sunt servanda* et de la protection des droits acquis[202]. Inversement, elle est aussi au fondement de la théorie de l'imprévision *(clausula rebus sic stantibus),* sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit[203].

Le principe de la bonne foi est également mis en œuvre dans des problématiques plus spécifiques. Ainsi, dans le domaine du droit de l'aménagement du territoire et des constructions, qui se caractérise par le rôle joué par le temps et par son écoulement, le principe de la bonne foi, de nouveau conjointement avec la garantie de la propriété, est au cœur de la protection de la situation acquise[204]. Il permet également, le cas échéant,

---

198 Cf., de manière générale, Hugo Casanova (1982), *Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten,* Fribourg.

199 ATF/np 4C.353/2002 c. 5.1. Voir Simon Schaltegger (1997), « Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschaden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung ? Bemerkungen zu BGr. 4C.119/1996 v. 1.1.1997 », *DC* 1997 p. 101 ss.

200 ATF 143 II 467, 474, c. 2.7. Cf. également ATF 117 II 394, 396, c. 3.b.

201 Voir, de manière générale, Patrick Stadler (2005), *Der Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten : wie öffentliches Recht und Privatrecht sich durchdringen,* Wallisellen.

202 ATF 128 II 112, 125, c. 10. Cf. Keller (note 38), p. 615 ; Moor/Poltier (note 187), p. 24-25 ; Tanquerel (note 15), n° 763. Les droits acquis peuvent évidemment aussi être créés par d'autres biais, notamment par une décision ou par le législateur. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 100.

203 Picot (note 16), p. 136.

204 Arrêt du TF 1C_222/2017 du 8 août 2017, c. 2.1 : *« La jurisprudence a en effet déduit à la fois de la garantie de la propriété et des principes de la bonne foi et de la non-rétroactivité des lois une protection de la situation acquise, qui postule que de nouvelles dispositions restrictives ne peuvent être appliquées à des constructions*

d'adopter des solutions taillées sur mesure *(massgeschneidert)* lorsqu'une application stricte de la loi conduirait à des solutions choquantes[205].

De même, en matière de liberté syndicale, pour être reconnu comme partenaire social, un syndicat doit, outre le fait de disposer de la compétence de conclure des conventions collectives de travail, d'être compétent à raison du lieu et de la matière et d'être suffisamment représentatif (condition de la représentativité), faire preuve d'un comportement loyal (condition de la loyauté)[206]. La condition de la loyauté implique que le syndicat se montre un interlocuteur fiable et de bonne foi (ce qui n'est pas le cas s'il entrave les négociations collectives de manière abusive ou s'il porte des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux)[207].

C. Portée et rapports avec les autres principes de droit administratif

Etant donné le rôle considérable joué par le principe de la bonne foi en droit public aujourd'hui, il convient de s'interroger sur sa portée (*infra* II, C, 1) et sur les rapports qu'il entretient avec les autres principes constitutionnels du droit administratif (*infra* II, C, 2).

---

autorisées conformément à l'ancien droit que si un intérêt public important l'exige et si le principe de la proportionnalité est respecté. »

205 Arrêt du TF 1C_469/2019 du 28 avril 2021, c. 5.6 : « *Speziellen Situationen des Vertrauensschutzes kann mit massgeschneiderten Lösungen im Einzelfall Rechnung getragen werden. War die Bauherrschaft gutgläubig und hat die Baubehörde durch ihr langjähriges Nichteinschreiten (ausnahmsweise) einen Vertrauenstatbestand geschaffen, kann dem durch Ansetzung einer längeren Wiederherstellungsfrist Rechnung getragen werden, bis zur Amortisation getätigter Investitionen oder um Unternehmen Zeit zu geben, ein neues Betriebsgelände in der Gewerbezone zu finden. Unter Umständen kann auch eine Entschädigung für gutgläubig getätigte, nutzlos gewordene Investitionen zugesprochen werden.* »

206 ATF 140 I 257, 263, c. 5.2.1.

207 Arrêt CACJ/GE du 28 septembre 2021 (ATA/1010/2021), c. 4.c. Dans une sorte d'application au carré du principe de la bonne foi, cependant, « *la condition de loyauté, qui est l'une des modalités de la bonne foi, doit être considérée comme présumée* » (ibid.).

1. *Portée*

Ainsi que nous l'avons vu et comme l'article 5, alinéa 3, Cst. l'énonce clairement, le principe de la bonne foi oblige à la fois l'administration et les personnes privées[208], ce en quoi il se distingue des autres principes constitutionnels, qui ne lient que l'Etat. Il convient dès lors de se demander si le degré d'exigence est identique dans les deux cas de figure.

A cet égard, plusieurs motifs plaident pour se montrer plus strict avec l'Etat[209], en conférant au principe de la bonne foi une « portée asymétrique »[210] :

- le principe de la bonne foi s'apparente à une garantie de l'Etat de droit au sens technique du terme[211]. Ces garanties, centrées sur l'Etat, ne génèrent pas directement des libertés, mais visent à réaliser un Etat fondé sur le droit *(Rechtsstaat)* dont l'organisation, la structure et l'activité sont respectueuses de certains principes et exigences élémentaires[212] ;
- une sévérité accrue se justifie également en raison de la dissymétrie qui caractérise les rapports de droit public[213] ;
- il est légitime de se montrer plus sévère avec les organes de l'Etat qu'avec les personnes privées, dont le changement d'opinion est protégé dans une certaine mesure par la liberté personnelle[214] ;
- l'application du principe de la bonne foi à des personnes privées a généralement pour effet de leur refuser un droit conféré par la loi et auquel elles pourraient ordinairement prétendre en vertu du principe de la légalité[215].

---

208 Dubey/Zufferey (note 19), nº 724 ; Oberson (note 190), p. 60.

209 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 717.

210 CR Cst.-Dubey, art. 5 N 118.

211 Dans ce sens, soulignant qu'à l'image de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), le principe de la bonne foi ne peut pas faire l'objet de restrictions au sens de l'art. 36 Cst., cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 78.

212 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 621 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 19 ss.

213 CR Cst.-Dubey, art. 5 N 118.

214 SGK BV-Schindler, Art. 5 N 55.

215 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 24 ; Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 931.

C'est ainsi qu'en matière d'interdiction des comportements contradictoires, la jurisprudence et la doctrine fixent des conditions plus strictes pour qu'une personne privée soit liée par sa déclaration de volonté antérieure (*supra* II, B, 1, a, aa).

2. *Rapports avec les autres principes*

Contrairement à ce qui prévaut en droit privé, l'application du principe de la bonne foi en droit public se heurte aux limites que constituent les autres principes constitutionnels[216]. En effet, protéger la bonne foi peut conduire à une solution qui s'écarte de l'application ordinaire de la loi[217], de l'intérêt public poursuivi par celle-ci[218] et, formellement du moins, du principe d'égalité de traitement[219]. Cette opposition se matérialise encore dans le fait que, comme nous l'avons vu ci-dessus (*supra* II, B, 1, b, ab), même lorsque les conditions fixées pour la protection de la confiance sont remplies, un intérêt public ou privé prépondérant peut encore faire échec à son application[220]. L'obligation d'indemniser la personne concernée permet alors de concilier, quoiqu'imparfaitement, les exigences opposées découlant des deux principes.

En droit public, il est indéniable que le principe de la légalité joue un rôle central[221] et qu'il l'emportera donc en principe sur la bonne foi des personnes concernées[222], y compris en cas d'ignorance de leur part[223]. Cette primauté du principe de la légalité est d'ailleurs traditionnellement consi-

---

216 Dubey/Zufferey (note 19), n° 727; Picot (note 16), p. 179; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 174. Voir également Chiariello (note 25), p. 197 ss.

217 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 920; Tanquerel (note 15), n° 579. Selon la jolie expression de CR Cst.-Dubey, art. 9 N 70, on privilégie alors un « Etat digne de foi » à un « Etat de la loi ».

218 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 626.

219 Picot (note 16), p. 186. Cf. cependant Urs Gueng (1970), « Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen », *ZBl* 1970 p. 449 ss, p. 461 (les situations sont en réalité différentes, puisque les conditions d'application du principe de la bonne foi sont réalisées) ainsi que Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 922.

220 Tanquerel (note 15), n° 579.

221 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 919.

222 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), n° 626; Picot (note 16), p. 176-177.

223 Puisque nul n'est censé ignorer la loi. Cf. Knapp (note 22), n° 500-501.

dérée comme particulièrement marquée dans certains domaines comme le droit fiscal[224], postulat toutefois critiqué par la doctrine récente[225].

Cela étant, l'intensité de l'opposition entre protection de la bonne foi et autres principes constitutionnels doit être nuancée.

Ainsi, d'un point de vue théorique, il est possible d'argumenter, de manière générale, que dans la mesure où le principe de la légalité inclut le respect de la Constitution (laquelle protège la bonne foi), l'administration ne fait qu'appliquer le principe de la légalité lorsqu'elle protège la bonne foi[226].

Au surplus, le principe de la bonne foi et d'autres principes constitutionnels convergent souvent vers l'objectif commun qu'est la sécurité du droit[227]. En effet, si cette dernière constitue l'une des fonctions majeures du principe de la légalité[228], elle est également une facette centrale du principe de la bonne foi[229]. Ainsi, la mise en place d'un délai transitoire pour permettre aux personnes intéressées de s'adapter à une nouvelle réglementation poursuit un but de sécurité du droit (ancien); quant au mécanisme de la protection de la confiance, il consiste, en réalité, à protéger le droit tel qu'il a été communiqué aux individus même si cette

224 ATF 131 II 627, 636, c. 6.1. Cf. CR Cst.-Dubey, art. 9 N 88; Grisel (note 38), p. 395-396; Tanquerel (note 15), nº 206.

225 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 922. Oberson (note 190), p. 60 argue que, les art. 127 al. 2 Cst. et 9 Cst. étant de même rang, il n'y a pas de raison que le premier l'emporte systématiquement et que la complexité croissante du domaine rend plus que jamais indispensable le respect du principe de la bonne foi par l'ensemble des parties.

226 Gueng (note 219), p. 461-462.

227 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 79; Saladin (note 188), p. 65. Sur le concept de *fairness*, voir aussi René Wiederkehr, *Fairness als Verfahrensgrundsatz*, Berne 2006.

228 Tanquerel (note 15), nº 450.

229 Dans ce sens, Dubey/Zufferey (note 19), nº 726; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 625; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 173: *« Vertrauensschutz und Rechtssicherheit wollen gleichermassen das Vertrauen in das Recht schützen. So besehen verfolgen sie ähnliche Ziele. »* Ces trois groupes d'auteurs précisent que la sécurité du droit vise la confiance générale et abstraite de la population dans l'ordre juridique, tandis que le principe de la confiance vise la confiance individuelle et concrète d'une personne déterminée.

communication s'avère en fin de compte erronée[230]; la protection des droits acquis vise manifestement aussi la sécurité juridique; enfin, le fait qu'un changement de jurisprudence ou de pratique administrative soit soumis à l'exigence qu'il existe des motifs sérieux protège à la fois la confiance des personnes concernées et la sécurité du droit[231].

Le principe de la bonne foi peut également entrer en synergie avec d'autres principes constitutionnels. Ainsi, lorsque l'administration est de mauvaise foi et détourne l'intérêt public, la mise en œuvre du principe de la bonne foi converge avec celle du principe de l'intérêt public[232]. De même, la bonne foi de la personne concernée sera appelée, le cas échéant, à être prise en compte dans l'examen de la proportionnalité, par exemple lorsque l'autorité envisage d'ordonner le rétablissement d'un état conforme au droit[233].

Les relations entre le principe de la bonne foi et les autres principes constitutionnels ne se réduisent donc nullement à un simple rapport d'opposition et doivent être appréciées de cas en cas.

III. Consolidation et expansion

La protection de la bonne foi étant un principe constitutif d'un Etat de droit démocratique, il est crucial de veiller à ce que son application soit aussi minutieuse que possible (*infra* A.). Par ailleurs, dans la mesure où les incarnations rappelées ci-dessus n'en sont que les concrétisations actuelles, nous proposons de conclure en nous interrogeant sur les nouvelles formes qu'il pourrait être appelé à revêtir (*infra* B.).

A. Consolidation

Pour remplir pleinement son rôle et participer lui-même de la confiance régnant au sein de la communauté, le principe de la bonne foi doit être

---

230 Dans ce sens, voir Knapp (note 22), nº 519: « *On devra dès lors admettre que la sécurité juridique garantie l'emporte sur le principe de la légalité nouvelle et sur celui de l'égalité de traitement.* »

231 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (note 14), nº 1305; Oberson (note 190), p. 60; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 174.

232 Picot (note 16), p. 183-184.

233 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 933.

mis en œuvre… de bonne foi, ce qui suppose notamment qu'il lie l'ensemble des autorités (*infra* III, A, 1) et qu'il soit intégralement mis en œuvre (*infra* III, A, 2).

1. *Autorités liées*

Pour remplir pleinement son rôle, le principe de la bonne foi doit lier toutes les entités étatiques, c'est-à-dire non seulement les autorités, mais aussi les juridictions administratives.

A cet égard, le Tribunal fédéral a adopté une solution curieuse dans un arrêt non publié rendu en 2006, dans lequel il a estimé que la promesse fournie par une autorité ne liait pas l'autorité de recours[234] : *« [La] décision d'une juridiction inférieure ne saurait être interprétée comme une promesse qui lierait l'autorité de recours. On ne peut donc pas reprocher à l'autorité intimée de s'être écartée de la solution du Préfet, sans quoi le contrôle judiciaire serait vidé de sa substance. »*

Les motifs qui ont poussé notre Haute Cour à adopter cette position sont parfaitement compréhensibles. Il s'agissait, en effet, de garantir l'effectivité du contrôle judiciaire et, par ce biais, d'assurer le respect du droit. Toutefois, exempter les juridictions administratives du champ d'application du principe de la bonne foi aurait pour effet d'en réduire singulièrement la portée, voire même de l'annihiler. En effet, lorsqu'une personne privée se plaint à raison qu'une promesse effective de l'autorité n'a pas été respectée, un tribunal ne serait jamais tenu de protéger sa bonne foi puisqu'il ne serait pas lié par ce principe.

Il faut dès lors réaffirmer le principe selon lequel les juridictions administratives sont aussi tenues par le principe de la bonne foi, même lorsque la promesse (erronée) a été fournie par l'autorité administrative de première instance. Cette affirmation ne met nullement en péril le respect du droit : ce dernier est garanti par le fait que les tribunaux saisis d'un recours disposent évidemment du pouvoir de contrôler pour eux-mêmes si les conditions de protection de la confiance, en particulier l'existence d'un intérêt public ou privé contraire prépondérant, sont remplies (cf. *supra* II, B, 1, b, ab) et sont libres de s'écarter sur ce point de l'appréciation de l'autorité inférieure.

---

234 Arrêt TF 1P.458/2006 du 28 novembre 2006, c.3.1. Cf., dans le même sens, Arrêt TF 1P.109 2006 du 22 juin 2006, c. 6.2.

2. *Mise en œuvre intégrale*

Lorsque ses conditions d'application sont réunies, le principe de la bonne foi, en particulier dans son volet de protection de la confiance, entraîne des conséquences qui suivent un ordre de priorité[235].

Prioritairement, la personne concernée doit être traitée comme elle s'y attendait (sorte de *restitutio in integrum*), qu'il s'agisse d'une question de procédure, comme la restitution d'un délai, ou de droit de fond, comme l'octroi d'une décision qui s'écarte de la loi[236]. En effet, une telle solution *(Bestandesschutz)* sera en principe celle souhaitée par la personne concernée[237].

Subsidiairement, en présence d'un intérêt public ou privé prépondérant, la personne concernée aura droit à une compensation qui, selon les circonstances, consistera en la mise en place d'un régime transitoire[238] ou le versement d'une indemnité[239]. Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (cf. *supra* II, C, 2), l'indemnisation joue un rôle fondamental pour résoudre les contradictions générées par les exigences opposées découlant, le cas échéant, d'autres principes constitutionnels ou de l'atteinte potentiellement portée à des droits de tierces personnes.

Dans ces conditions, il est regrettable que, si l'existence du principe et de ses conséquences sont souvent rappelées, ils ne soient pas davantage mis en œuvre en pratique[240].

---

235 OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 20; Keller (note 38), p. 615. Grisel (note 38), p. 396-397 adopte le même ordre de priorité sous la forme d'un principe accompagné d'exceptions.

236 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 108 ajoute que, lorsqu'une loi fédérale est en jeu, la protection de la bonne foi ne doit pas être entravée par l'art. 190 Cst. Dans le même sens, cf. OFK BV-Biaggini, Art. 190 N 15; SGK BV-Hangartner/Looser, Art. 190 N 45; BSK BV-Epiney, Art. 190 N 37.

237 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 700-711. Cf. également dans ce sens ATF 108 Ib 377, 385, c. 3.b.

238 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 710.

239 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 109; Gygi (note 152), p. 161. Tschannen/Zimmerli/Müller (note 20), p. 176, évoquent une « protection de la confiance indirecte » *(mittelbarer Vertrauensschutz)*.

240 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 706 parlent de « *eher geringe praktische Bedeutung* ». Cf. aussi OFK BV-Biaggini, Art. 9 N 15; Beatrice Weber-Dürler (2002), « Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes », *ZBl* 2002 p. 281 ss,

B. Expansion

Selon la position défendue dans la présente contribution, le principe de la bonne foi ne s'épuise pas dans ses manifestations actuelles, ces dernières n'en constituant que des concrétisations ponctuelles. Dès lors, la protection de la bonne foi est susceptible de se développer dans de nouvelles directions[241]. En conclusion de la présente contribution, nous proposons d'évoquer brièvement trois pistes de développement potentielles.

Premièrement, la protection de la bonne foi et de la confiance, initialement conçue dans une dimension individuelle et concrète *(Vertrauensschutz ist Individualschutz*[242]), a progressivement vu sa portée s'élargir[243], mais cet élargissement demeure, en l'état, limité. Compte tenu de la diversification des formes de l'action publique[244], cet élargissement doit être poursuivi[245], pour inclure notamment les expectatives créées par l'activité informelle de l'administration. La bonne foi devrait ainsi jouer un rôle plus important dans l'activité informelle croissante de l'administration, en particulier dans le cadre de *gentlepeople's agreements*[246]. De même, la protection de la confiance devrait être étendue aux informations mises

---

p. 285 ss. Pour un exemple d'approche restrictive (en matière d'expropriation matérielle), voir ATF 108 Ib 352.

241 A l'image de l'interprétation évolutive de la CEDH opérée par la CourEDH. Cf. ACEDH *Tyrer c. Royaume-Uni,* du 25 avril 1978, nº 5856/72, § 31: *« La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter (…) à la lumière des conditions de vie actuelles.»*

242 Pirek (note 157), nº 116, qui identifie Fritz Ossenbühl (1972), « Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat », *DöV* 1972, p. 25 ss comme l'auteur de cet adage.

243 CR Cst.-Dubey, art. 9 N 13 et N 72.

244 Tanquerel (note 15), nº 671. Voir également Urs Saxer (2004), « Behördliche Informationen im Spannungsfeld von Informationsbedürfnis und (strafrechtlichem) Vertraulichkeitsschutz », *RDS* 2004 I p. 233 ss.

245 Dans ce sens, cf. la contribution de Thierry Tanquerel dans le présent ouvrage.

246 Tanquerel (note 15), nº 670-671. Dans l'ATF 118 Ib 367, 379, c. 9.b, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que la conclusion d'un accord entre l'office fédéral de la protection de l'environnement et l'organisation faîtière de l'industrie des matières plastiques en vue de la réduction progressive du PVC dans les matériaux d'emballage ne déclenchait pas l'application du principe de la bonne foi. Cf., sur l'instrument du *gentlepeople's agreement,* Etienne Poltier (1987), « Les gentlemen's agreements à participation publique » ; *RDS* 1987 I p. 367 ss; Alexandre Flückiger (2004), « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *RDS* 2004 II p. 159 ss (qui propose comme traduction française *« actes concertés non conventionnels »*).

à disposition sur des formulaires ou des sites internet officiels[247] ainsi qu'aux recommandations étatiques, droit souple qui déploie cependant un effet permissif protégeant, en application du principe de la bonne foi, les personnes qui s'y sont fiées[248].

Deuxièmement, les liens entre protection de la bonne foi et transparence de l'administration pourraient être davantage approfondis. Certaines constitutions cantonales romandes récentes ont explicitement lié les deux concepts (voir les art, 9, al. 3, Cst. GE et 7, al. 2, 2e phrase Cst. VD). La jurisprudence a également eu l'occasion de souligner leur connexité : *« La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Ce droit d'accès général concrétise le but essentiel de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence. Il s'agit, en effet, de susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement, de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, tout en améliorant le contrôle des autorités étatiques. »*[249] L'approfondissement de la synergie entre ces deux principes pourrait par exemple conduire à se montrer plus exigeant avec les autorités administratives en matière de transparence de leur activité, notamment lorsqu'elles sont saisies de demandes d'accès à des documents officiels[250].

Troisièmement, la protection de la bonne foi est susceptible de jouer un rôle dans le développement de la protection des *whistleblowers,* ce

---

247 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 18), nº 669-670. Lesquels jugent, à juste titre, peu adéquat l'ajout d'un *disclaimer* inspiré du secteur privé, tout comme Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 926.

248 Moor/Flückiger/Martenet (note 17), p. 928. Cf. Alexandre Flückiger (2019), *(Re)faire la loi : Traité de légistique à l'ère du droit souple,* Berne, p. 323-325 : *« La recommandation déploie un effet permissif en ce qu'elle légitime l'action de ceux et celles qui la suivent. Cet effet, qui découle du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire, protège les destinataires de la recommandation qui ne sauraient commettre une illicéité en respectant scrupuleusement celle-ci. »* Cf. toutefois ATF 123 II 385, 400, c. 10 (non-application du principe de la confiance suite à la mise en consultation d'un projet d'ordonnance TVA). Cf. Oberson (note 190), p. 60 ; Tanquerel (note 15), nº 574.

249 Arrêt TAF A-1751/2017, 1er mai 2020, c. 7.2.

250 Philippe Maspoli (2021), « »Les citoyens n'emploient pas assez le droit à la transparence » », *24 heures,* 22 octobre 2021, p. 7.

que certaines constitutions cantonales ont commencé à reconnaître (voir art. 26 Cst. GE et art. 212 des Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne). La protection de la bonne foi du personnel de l'Etat se confond ici avec la sauvegarde de l'intérêt général, comme l'exprime l'article 3 de la loi genevoise sur la protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Etat du 29 janvier 2021[251].

Il s'agit là seulement de quelques pistes possibles de développement, sans prétention à l'exhaustivité. Elles montrent cependant qu'il ne fait aucun doute que le principe de la bonne foi est encore promis à un bel avenir.

251 LPLA – RS/GE B 5 07.