Quelques remarques sur la *relocatio tacita*[*]

Pascal PICHONNAZ

(*Université de Fribourg - Suisse*)

Le problème à la base de l'expression "*relocatio tacita*" est relativement simple: Que se passe-t-il lorsque le *conductor*, partie à un contrat de *locatio-conductio* de durée déterminée, reste sur le fonds qu'il cultivait à l'échéance du contrat sans que le bailleur manifeste sa désapprobation, soit par une demande d'expulsion ou une autre déclaration non équivoque? En soi, le contrat de durée déterminée a pris fin sans manifestation de volonté spécifique. Il n'y a plus de contrat entre les parties. C'est dans ce cas qu'intervient l'idée de la *relocatio tacita*, d'un contrat de *locatio-conductio* tacite.

L'idée du thème m'est venue en repensant à un arrêt du Tribunal fédéral suisse de 1993[1]. A l'échéance d'un bail de durée déterminée, un locataire se trouvait encore en possession d'un immeuble. Les parties s'entendirent sur le montant du loyer pour les six mois suivant la fin contractuelle du bail, mais elles entrèrent ensuite en négociation pour fixer le montant du loyer ultérieur d'un contrat de durée indéterminée. Constatant l'échec de leurs négociations sur le montant de ce loyer, le locataire s'est adressé au Tribunal pour qu'il complète le contrat. Celui-ci a refusé de le faire, constatant qu'il n'y avait pas de contrat tacite pour le futur. Le Tribunal fédéral considéra en effet que "*si les parties voulaient conclure un bail à d'autres conditions pour la période commençant [à l'échéance des six mois], elles pouvaient en décider*

[*] Il s'agit du texte d'une conférence donnée à Chia Laguna (Cagliari, Sardaigne), lors de la 56e session de la Société internationale 'Fernand de Visscher' pour l'Histoire des droits de l'Antiquité (SIHDA) du 17 au 22 septembre 2001. La forme orale a été maintenue.

[1] TF, 15.9.1993, *B. c. N.*, in: *La Semaine judiciaire* (SJ) 1994 p. 159.

librement; elles devaient [toutefois] supporter le risque d'un échec des pourparlers, même si elles avaient compté précédemment sur un accord et commencé l'exécution du contrat. Lorsqu'il s'agit de la volonté de fonder un rapport contractuel, l'absence d'accord ne peut pas être remplacée par une décision judiciaire" (TF, 15.9.1993, *B. c. N.*, in SJ 1994 p. 159 s.).

En d'autres termes, même si les parties s'étaient entendues sur le principe du caractère onéreux de la cession de l'usage et malgré le début de l'exécution du contrat, le locataire n'avait aucun droit d'utiliser la chose plus longtemps. Il n'y avait ni accord tacite, ni accord de fait (*faktisches Vertragsverhältnis*), ni rapport contractuel qui pourrait être complété par le juge. Ainsi, le contrat n'est reconduit tacitement que si le consentement (renouvelé, mais tacite) des parties porte sur les éléments essentiels du contrat. Le fait de demeurer dans la chose louée au su de l'autre partie, sans qu'un accord implicite sur le loyer soit démontré, ne suffit pas à permettre le complètement du contrat *pro futuro*[2].

Qu'en était-il en droit romain et comment apprécier le fondement dogmatique de l'arrêt? Après avoir présenté le principe de la *relocatio tacita* (I.), nous apprécierons sa portée (II.) et évoquerons brièvement son évolution (III.)

I. Le principe de la *relocatio tacita*

Le principe de la *relocatio tacita* est déjà affirmé en droit romain classique, mais le fondement dogmatique n'apparaît que graduellement (1.) L'importance du consentement tacite pour la *relocatio* ne s'impose ainsi qu'à la moitié du 3e s. ap. J.-C. (2.)

[2] En cela, le Tribunal fédéral suisse précisait un arrêt publié précédemment dans lequel il avait admis la possibilité d'un complètement judiciaire lorsque l'exécution avait déjà commencé (ATF 108/*1982* II 112 c. 4); en fait, le complètement judiciaire ne peut valoir que pour la période déjà écoulée lorsque les parties se sont entendues sur le caractère onéreux du contrat (TF, 15.9.1993, *B. c. N.*, in: SJ 1994 p. 159, qui confirme un arrêt non publié du 17.6.1985 dans la cause P.).

1. La justification de l'idée de relocation tacite

Le contrat de *locatio-conductio* est un contrat conclu sans forme particulière par le seul consentement des contractants (*consensu*). Il n'en reste pas moins que ce consentement doit s'exprimer d'une manière ou d'une autre pour que l'autre partie le perçoive. L'idée d'un consentement "muet" (*consensus tacitus*) pourrait dès lors paraître surprenant au premier abord.

En droit romain, un contrat de bail de durée indéterminée prend fin, non par une résiliation formelle, mais par le recours à l'expulsion (*ius repellendi*) ou par le fait de quitter le fonds (*ius migrandi*)[3]. Le contrat de **durée déterminée** prend fin par la seule arrivée du terme fixé.

La situation devient dès lors juridiquement intéressante lorsqu'en dépit de la fin du contrat de durée déterminée, le locataire conserve l'usage de la chose. Dans les hypothèses envisagées, il s'agit principalement de la location de fonds.

Dans un tel cas, on peut envisager **deux hypothèses**:

1° *Le bailleur peut s'opposer à ce que le fermier reste sur le fonds*. Dans un tel cas, celui-ci pourra être expulsé, devra des dommages-intérêts éventuels et sera coupable de vol pour les fruits qu'il aurait perçus après la fin du contrat[4].

2° *Le bailleur ne réagit pas*. Le principe du D. 50,17,142 devrait être que le contrat qui a pris fin ne peut être simplement reconduit par le silence des parties: *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*. C'est d'ailleurs ce qui prévaut pour certains contrats, tels la *locatio-conductio operis* ou la *locatio-conductio* d'un bien mobilier[5]. Pourtant, pour les baux à ferme agricoles (voire urbains), les textes présentent une solution différente: la *relocatio tacita*.

---

[3] THEO MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, Vienne/Munich 1957, p. 215.

[4] Cf. Ulp. D. 12,1,4,1 (34 *ad sab*.); Cels. D. 47,2,69,5 (12 *dig.*); ég. MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 219.

[5] Marc. D. 19,2,48,1 (8 *dig.*) et les explications de MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 219 note 20.

Le principe de la *relocatio tacita* en droit classique découle de plusieurs textes. Les plus célèbres sont certainement ceux d'Ulpien d'une part (D. 19,2,13,11 et D. 19,2,14) et le rescrit des empereurs Valérien et Gallien de 260 ap. J.-C. (C. 4,65,16) d'autre part.

Tous ces textes envisagent un contrat de *locatio-conductio* portant sur un fonds rural. Ce n'est pas un hasard, la politique agraire a certainement joué un rôle central dans l'élaboration de ce concept.

L'intérêt spécifique lié aux fonds ruraux (*rustici*) est double:

1° *Un besoin important d'assurer le travail de la terre.* Il y a d'abord un intérêt public à ce que les terres cultivables soient effectivement cultivées, afin de garantir au mieux l'approvisionnement de l'Empire romain. La volonté de maintenir les contrats en l'absence de volonté contraire claire des parties pourrait concrétiser ce souci. Les empereurs avaient d'ailleurs considéré dans un premier temps que si le bailleur ne trouvait pas de locataire de remplacement, le fermier devait demeurer sur le fonds ou du moins restait tenu même s'il quittait les lieux[6]. Une telle mesure dirigiste ayant fait fuir les fermiers, l'empereur Gordien (C. 4,65,11), puis après lui Hadrien, renoncèrent à cette mesure qui ne pouvait atteindre sont but et était considérée comme "inhumaine"[7].

2° *Une protection des fermiers.* Afin d'éviter que les fermiers renoncent à leur activité de culture de la terre, il fallait garantir la rentabilité de leur investissement. Le premier moyen à disposition était de fixer une durée déterminée pour le contrat de bail à ferme. Cette durée était le plus souvent de 5 ans (*lustrum*)[8]. Etant donné l'accord initial, on pouvait admettre

---

[6] Sur cette tendance, PS 2,18,5; Paul D. 19,2,55,2; ég. MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 216.

[7] Call. D. 49,14,3,6 (3 *de jure fisci*): "*Valde inhumanus mos est iste. […] facilius invenientur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur*"; ég. précédemment Gord. C. 4,65,11: "*Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos saepe rescriptum est*".

[8] Cf. Paul. D. 19,2,24,2-4; ég. KASER, *Das römisches Privatrecht*, vol. I, Munich 1971, p. 568; MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 215. – Nous ne traitons pas ici de la question de savoir à partir de quelle date les contrats étaient

qu'à l'échéance de la durée, les investissements devaient être rentabilisés.

Sur la base de ces deux principes, on pourrait admettre qu'à chaque fois que le bailleur ne réagit pas à la fin du contrat et que le fermier ne s'en va pas, le contrat devrait être considéré comme reconduit. Une telle attitude reviendrait toutefois *de facto* à *supprimer l'idée d'un contrat de durée déterminée*, le terme n'ayant alors un effet qu'en cas de contestation.

Le fait de rester sur le bien précédemment loué à ferme, le "*manere in conductione*", sans que le bailleur ne réagisse ne peut donc suffire à fonder une *relocatio tacita*[9]. Cette impression est confirmée par un texte d'Ulpien:

Ulp. D. 19,2,14

Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt: et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.

"Celui qui a affermé un fonds pour un temps déterminé, *reste fermier même après l'expiration du temps*: car, dès lors que le maître souffre que le fermier reste dans le fonds, il est censé *le lui louer à nouveau en entier*. Les contrats de ce genre ne requièrent d'ailleurs ni la solennité des paroles, ni la formalité de l'écriture, le seul consentement des parties leur donne validité. Et si le propriétaire tombe en démence ou vient à mourir pendant le bail, on ne peut pas dire, selon Marcellus, que la location se renouvelle d'elle-même après l'expiration du bail. Et cela est vrai."

Alors même que le contrat de bail à ferme est de durée déterminée, il n'y a pas systématiquement de reconduction du bail, puisque si le propriétaire devient fou avant la fin du bail ou s'il meurt, le bail n'est pas reconduit. Or, s'il suffisait de demeurer sur le fonds pour que le bail soit reconduit, il serait indifférent que le

---

généralement conclus: au 1er septembre comme pour la perception des impôts; au 1er juillet comme dans Afr. D. 20, 4, 9 ("*calendas Iulias*"); ou au 1er mars qui marquait le début de l'année "civile".

[9] Plutôt dans un sens contraire pour la période initiale, MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 220.

bailleur **soit ou non capable de consentir** à la prolongation. En soulignant que le simple consentement suffit pour ce type de contrat, le texte rappelle non seulement que la *locatio-conductio* est un contrat consensuel, mais il tend à indiquer qu'il faut "présumer" un nouveau consentement.

Toutefois, en ajoutant **l'hypothèse de la mort du propriétaire** avant la fin du bail, partant avant la reconduction, Ulpien *souligne que la reconduction n'est possible que dans une situation particulière*. En effet, en cas de décès du bailleur durant le bail, ses héritiers lui succédaient dans tous ses droits et toutes ses obligations. S'il s'agissait d'héritiers siens (*suus heres*), le transfert était même automatique ("le mort saisit le vif"). On peut dès lors se demander pour quelle raison dans cette dernière hypothèse le contrat n'aurait pas été reconduit ? N'avait-on en vue que le cas d'un *heres extraneus*? A notre avis, il n'est pas nécessaire de restreindre ce texte à cette hypothèse.

On le voit, il ne s'agit pas encore de fonder une véritable théorie du consentement tacite. Ce n'est en effet que dans l'hypothèse d'un contrat entre les mêmes parties au contrat initial qu'Ulpien accepte l'idée que l'inaction du bailleur **présume l'accord** à la reconduction du contrat. Au contraire, si les héritiers entraient en jeu dans un contrat de durée déterminée, ceux-ci se verraient imposer un contrat de bail qu'ils n'ont peut-être pas choisi. Ulpien ne veut alors pas en déduire un consentement implicite à la reconduction du contrat.

La reconduction du bail à ferme n'entre ainsi en ligne de compte que si, à l'échéance d'un bail de durée déterminée, les **parties qui ont initialement conclu le contrat** de *locatio-conductio* restent inactives. C'est donc plutôt le fait matériel de rester dans les lieux qui est déterminant que la figure dogmatique du consentement tacite[10]. On pourrait voir une *explication économique* de cette règle dans le fait que le bailleur et le fermier sont les seuls à savoir vraiment comment leur calcul a été fait et si leur calcul de rentabilité peut être reconduit. S'ils ne réagissent ni l'un ni l'autre, c'est que la solution adoptée correspond encore à leurs attentes et à leurs prévisions, même non déclarées dans le contrat. Au contraire, si des héritiers interviennent lors de la conclusion du contrat initial,

[10] Dans ce sens, MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 220.

on ne peut considérer que le maintien des fermiers corresponde au fruit d'un équilibre contractuel envisagé déjà initialement.

2. La consécration du "*consensus tacitus*"

Le "*consensus tacitus*" comme fondement de la reconduction du contrat de bail apparaît pour la première fois clairement dans un rescrit de Valérien et Gallien de l'an 260, comme l'a bien montré MAYER-MALY il y a plus de trente ans[11]:

> C. 4,65,16
>
> *Legem quidem conductionis servari oportet nec pensionum nomine amplius quam convenit reposci, sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum et in eadem locatione conductor permanserit,* ***tacito consensu*** *eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur*.
>
> "Certes on doit observer les clauses du contrat de bail et ne pas exiger plus en tant que loyer que ce qui avait été convenu. Mais si la durée pour laquelle le fonds avait été loué est échue et que le fermier demeure sur le même bien loué, il semble que le même bail ait été renouvelé par son consentement tacite avec les gages y afférents."

Dans ce passage, les Empereurs font clairement dépendre le renouvellement du contrat de bail du consentement tacite **("***tacito consensu***")** et non du fait de rester sur le fonds. Ce dernier élément n'est ainsi plus que l'indice du consentement tacite.

Le texte **ne résout toutefois pas toutes les questions** liées au consentement tacite: S'agit-il d'une fiction de renouvellement (*praesumptio iuris et de iure*) ou d'une présomption de droit (*praseumptio iuris*) dès lors que le bailleur et le locataire ne réagissent pas à l'échéance du contrat de bail ? L'expression "*videtur*" pourrait plutôt faire pencher pour ce deuxième aspect.

Combien de temps faut-il rester ainsi sur le fonds pour que l'on puisse envisager un consentement tacite ? Le texte ne le dit pas. Au XVIe siècle, la Coutume d'Orléans (art. 420) fixera par exemple une durée de huit jours[12].

---

[11] MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 219 s.

[12] CH. A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général*, T. III, Paris 1724: "Celuy qui exploite une maison à luy baillée à tiltre de loyer, huict jours après ledit loyer finy, sans que denonciation luy soit faicte de vuyder, il jouyra, et parachevera l'année, pour le pris à quoy il tenoit ladite maison auparavant. Et

A partir de ce moment-là, l'idée du consentement tacite devient centrale, même si elle reste liée essentiellement au contrat de bail à ferme.

II. La portée de la "reconduction"

Comme nous le verrons encore, il n'est pas anodin de se demander si le bail de durée déterminée est simplement prolongé ou s'il y a un nouveau contrat passé aux mêmes conditions. Le texte central à cet égard est celui d'Ulpien:

> Ulp. D. 19,2,13,11
>
> *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim* ***novus consensus erit necessarius****. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis* colonum reconduxisse videri, *ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem* locationem renovasse, *non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse:* ***hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur****. et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. in urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.*
>
> "Lorsqu'après l'expiration de son bail, le locataire est resté dans les lieux qu'il occupait, il y a non seulement reconduction tacite, mais même les gages donnés pour la sûreté du bail qui est expiré continuent d'être engagés. Cela n'est cependant vrai qu'autant que les gages auront été donnés par le locataire lui-même, et non par un tiers: car, dans ce dernier cas, *il faudrait un nouveau consentement de la part du tiers.* Il en sera de même dans le cas où des terres auront été louées à l'Etat. Quand on dit que le silence des deux parties entraîne une *reconduction tacite*, on doit l'entendre dans ce sens que la location est censée renouvelée seulement

---

pareillement le seigneur de ladite maison le pourra contraindre à tenir icelle maison, et en payer le pris pour ladite année."; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, in: *Œuvres complètes*, T. 6, Paris 1821, n. 349 p. 239.

pour l'année qui suit l'expiration du bail, si les parties gardent le silence pendant cette année, et non pour les années suivantes, même si le bail avait été originairement de cinq ans. Si, dans la seconde année de l'expiration du bail, le parties gardent encore le silence, la location sera également censée renouvelée pour cette année: *cela parce qu'ils paraissent avoir consenti par le fait même de leur silence.* Il faut observer la même chose pour chaque année suivante. A l'égard des propriétés urbaines, il y a un droit différent: savoir que le locataire est obligé pour tout le temps qu'il a occupé, à moins qu'il n'y ait un bail par écrit qui fixe un certain temps de location."

La teneur de ce fragment a pendant longtemps été considérée comme interpolée, notamment par le fait qu'elle paraît en contradiction avec la règle du D. 50,17,142 (*Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*)[13]. Si des retouches ont certainement été opérées (notamment l'exigence de forme figurant à la fin du texte), les auteurs admettent aujourd'hui son authenticité sur le fond[14].

Contrairement au texte précédent, celui-ci n'annonce pas immédiatement la couleur! Dans le principe (1ère phrase), on ne parle pas de *colonus*, mais la comparaison avec les terres louées par l'Etat (**"***rei publicae praedia***"**) laisse entendre que tel est le thème du fragment. D'ailleurs l'exemple qui suit le *principium* traite expressément du contrat de bail à ferme. Enfin, la fin du fragment distingue le cas des fonds de terre urbains, soulignant ainsi précisément que le principe envisagé porte sur le contrat de bail à ferme.

Ce fragment est intéressant à plusieurs titres pour la **portée de la reconduction**:

1° *La durée de la reconduction tacite*. Celle-ci est *toujours d'une année* (agricole)[15] qu'il s'agisse d'un contrat de durée

[13] Cf. notamment MAYER-MALY, *Locatio-conductio* (note 3), p. 220, qui pense que seules la première et la dernière phrases sont d'Ulpien; cf. ég. les auteurs cités.

[14] Cf. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Paperback edition, Oxford 1996, p. 357; BRUCE W. FRIER, *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton 1980, p. 165 et les références.

[15] Cf. F. GALLO, *Sulla presunta extinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in: *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, vol. II, Naples 1964, p. 1204, qui parle d'"année agraire" et qui considère qu'il est "naturel" que la reconduction porte sur une période plus brève compatible avec les exigences de la production agraire.

déterminée de cinq ans ou de la reconduction d'un contrat déjà reconduit précédemment. On retrouve exactement la même idée en droit moderne, comme l'indique l'art. 295 CO suisse (qui traite du bail à ferme) et parle d'un renouvellement d'année en année (comp. § 545 BGB, art. 1738 CCfr., art. 1597 CCit.). Le délai d'*une année* permet à la fois de montrer le caractère provisoire, précaire de ce renouvellement tacite, puisqu'il n'y a pas une véritable nouvelle appréciation économique de la situation comme dans une négociation. Il assure néanmoins le cycle annuel des investissements et des récoltes du fermier. Pour les domaines urbains, pour lesquels ces exigences ne sont pas posées, Ulpien limite la reconduction à la durée de l'usage.

2° *Le maintien des gages*. L'intérêt du texte repose aussi sur le fait qu'il est encore plus précis sur la portée de l'idée du maintien des gages qui sera reprise plus tard par le rescrit de 260. Ce ne sont pas tous les gages qui sont maintenus, mais uniquement ceux qui ont été constitués par le locataire. Partant, il y a en fait une *présomption de droit* (“*praesumptio iuris*”) *de renouvellement du gage* imposée par la *bona fides*. En effet, du moment que les parties ont renouvelé leur contrat par consentement tacite, elles doivent avoir voulu le renouveler aussi dans les garanties qui étaient octroyées au créancier. Au contraire, lorsqu'un tiers constituant souhaite maintenir son gage, il doit le faire expressément (*novus consensus erit necessarius*), probablement en respectant les formes requises pour un tel contrat.

3° *Prolongation ou nouveau contrat ?* Le texte donne enfin des pistes sur la question de savoir s'il s'agit d'une prolongation (extraordinaire) du bail qui vient de prendre fin ou s'il y a conclusion d'un nouveau contrat. Le texte d'Ulpien indique que “*videantur eandem locationem renovasse*”. On a ainsi une sorte d'opposition irréductible entre le terme “*renovare*”, qui signifie bel et bien renouveler, et l'expression “*eadem locatio*” qui fait référence au fait qu'il s'agit du “même bail”.

Comment comprendre que le même bail est renouvelé ? En abordant le texte D. 19,2,4 d'Ulpien, nous avons vu que le bail était *reconduit à la seule condition qu'il s'agisse des mêmes parties au contrat et que l'on présumait que l'équilibre contractuel initial convenait encore à celles-ci*. Dès lors, il ne s'agit pas de conclure un nouveau contrat avec la même teneur, ce que les héritiers auraient en soi pu faire de la même manière, mais de **prolonger exceptionnellement** le contrat de durée déterminée[16]. Comme nous l'avons déjà relevé, l'idée n'est pas tant de fonder un principe général de conclusion des contrats par actes concluants, mais bien de répondre à un souci pragmatique en tenant compte de la bonne foi découlant des négociations contractuelles entre les cocontractants. Il s'agit toutefois bien d'un accord implicite et non d'une figure juridique particulière comme le serait par exemple la *relation contractuelle de fait* ("faktisches Vertragsverhältnis"); l'expression "*hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur*" ("en effet, cela parce qu'ils paraissent avoir consenti par le fait même de leur silence") ne laisse planer aucun doute à cet égard. Cette appréciation juridique est soutenue par le fait que le *gage consenti* par le locataire est *prorogé automatiquement*, à nouveau sur la base de la présomption d'un accord entre les parties à cet égard.

Le texte d'Ulpien D. 19,2,13,11 *in fine* envisage la même situation pour les immeubles *urbani* et fixe un délai portant uniquement sur la période d'utilisation. Cela montre aussi l'idée d'une prolongation liée à une situation particulière, plutôt que le renouvellement d'un contrat. Ce qui est déterminant dans la décision d'Ulpien sur ce point, c'est le fait de rester sur le fonds, plus qu'un hypothétique consentement tacite.

En résumé, on pourrait retenir que pour les juristes romains, la *relocatio tacita* était une figure spéciale, qui supposait un contrat de durée déterminée qui prenait fin automatiquement. Toutefois,

[16] ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (note 14), p. 357, admet aussi une prolongation.

compte tenu de la confiance qui résultait de l'inaction du bailleur, mais aussi du souci de l'Etat d'assurer que les fonds soient cultivés, la prolongation du contrat du bail à ferme était admise, en l'absence d'action contraire des parties. Le consentement tacite de la *relocatio* était alors le *fondement dogmatique* de cette *prolongation* liée aux besoins pratiques relatifs à la culture du sol. La règle du "*qui tacet, non utique fatetur*" (D. 50,17,142) s'imposait dès lors encore pour les autres contrats.

III. Un aperçu de l'évolution

Ce n'est pas le lieu d'examiner toute l'évolution de la notion de *relocatio tacita* et de *consensus tacitus*. On peut se borner à relever quelques points pour souligner la tendance de cette évolution.

L'idée d'un consentement tacite qui fonde d'autres contrats apparaît surtout avec le *Liber sextus* (Sextus, Lib. V, Tit. XII, *De regulis iuris*, XLIII: "*qui tacet consentire videtur*") qui considère aussi bien **des situations dans lesquelles le consentement doit être présumé (**"*Alii sunt actus qui non possunt explicari sine consensu meo: et tunc si taceam habebor pro consentiente*"**) que des situations opposées**. On ne peut pas nécessairement admettre qu'en droit canon l'idée était que le silence valait nécessairement consentement. On trouve toutefois suffisamment d'exemples divers rassemblés sous un même titre pour inspirer les conceptions ultérieures.

Il n'y a plus vraiment de controverse à cet égard. Auteurs du droit naturel et pandectistes iront dans le même sens, comme en témoignent les exemples suivants:

1° *Hugo Grotius* admettait la règle selon laquelle le contrat de bail pouvait aussi se conclure tacitement lorsque le locataire demeurait dans la maison qu'il louait, malgré la fin du contrat[17]. L'explication consistait à dire qu'ainsi on présumait

[17] HUGO GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, édition critique de F. Dovring/H.F.W.D. Fischer/E.M. Meijers (édit.) sur la base de l'édition de 1636, Leyden 1952 (réimpr. 1965) (cité: GROTIUS, *Inleidinge*), cap. 19, para 2 (GROTIUS HUGO/LEE R.W., *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, traduit par R.W. LEE, *The jurisprudence of Holland by Hugo Grotius*, vol. 1: Text translation and notes, Oxford 1953, p. 385).

que le contrat était prolongé pour *la même période que le contrat initial* ("want daer door werd de huir verstaen *verlengt* te zijn. voor zoo veel tijds als de zelve te vooren was aengegaen"). On le voit ici, il semble que Grotius admette plutôt une prolongation du contrat que la conclusion d'un nouveau contrat. Cette conception n'était pas incontestée[18]. D'une part, certains auteurs rejetaient purement et simplement la possibilité d'un renouvellement du contrat sans forme particulière, étant donné que le droit hollandais prévoyait une confirmation écrite du contrat et de sa durée[19]. D'autre part, certains auteurs n'admettaient qu'une prolongation d'une année comme cela découlait du droit romain. En admettant une prolongation, plutôt qu'un nouveau contrat, Grotius voulait peut-être essayer d'atténuer l'impact de l'exigence de forme pour la *locatio-conductio*.

2° *Christian Wolff* indique sans équivoque dans ses *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* que lorsque le contrat de durée déterminée prend fin, on peut modifier les conditions de celui-ci[20]. Partant, on pourrait prévoir de nouvelles règles pour le contrat de bail. Toutefois, dit-il, puisque le contrat peut même être conclu tacitement, si le bailleur ne s'oppose pas au locataire qui utilise la chose au-delà du temps fixé, la relocation est censée avoir été faite aux mêmes conditions que le contrat précédent. On le voit, il ne s'agit dès lors plus d'admettre une prolongation du contrat, mais le *consentement tacite* peut pleinement *jouer son rôle de fondement d'une nouvelle relation contractuelle*. Cela est notamment possible en raison de l'absence de forme spécifique du contrat de base. C'est aussi l'explication que donnait le texte d'Ulpien (D. 19,2,14 i.f.).

3° *Robert-Joseph Pothier* indique dans son traité du louage, que "la reconduction est un contrat de louage d'une chose; contrat qu'on présume être tacitement intervenu entre le

[18] Cf. R.W. LEE, *The jurisprudence of Holland by Hugo Grotius*, vol. 1: Commentary, Oxford 1953, qui cite VAN KESSEL, p. 304.
[19] IBIDEM.
[20] WOLFF, *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, in: *Gesammelte Werke*, vol. 26, édit. M. Thomann, ég. Olms Hildesheim 1969, § 631 p. 356.

locateur et le conducteur, lorsqu'après l'expiration du temps d'un *précédent* bail, le conducteur a continué de jouir de la chose, et que le locateur l'a souffert"[21]. Et il indique clairement dans la suite que "cette reconduction n'est donc point le précédent bail qui continue, mais un nouveau bail formé par une nouvelle convention tacite des parties, lequel succède au précédent". Il affirme en outre que ce nouveau contrat est fondé sur une présomption de droit[22], qui n'est donc pas une fiction et peut dès lors être contestée. Cette présomption de droit découle du fait de rester sur le fonds, associé au silence. Il s'agit bien d'un consentement tacite. Logiquement, Pothier en déduit que les hypothèques du droit français qui exigent une forme spécifique (acte authentique devant notaire), ne peuvent être tacitement reconduites en même temps que la reconduction tacite du contrat[23].

La durée du nouveau bail est pour une année entière même pour les maisons. Cette durée est due au fait que l'usage est de louer les immeubles à cette époque pour une ou plusieurs années[24]. Pothier ajoute que dans les lieux où l'usage est de faire les baux à loyer pour six mois, et dans ceux où l'usage est de les faire pour trois mois, comme à Paris, le temps de la reconduction tacite est de six mois seulement, ou de trois mois, suivant les différents usages des lieux[25].

Pour Pothier, la reconduction tacite vaut également pour les meubles qu'on a l'habitude de louer[26], reprenant par là même la position de Bartole. La durée n'est alors égale qu'à la durée de l'usage effectif, contrairement à ce qui vaut pour les immeubles. La raison en est simple: Il n'y a pas de terme d'usage pour les meubles, mais uniquement pour les

[21] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 342 ([note 12] vol. 6, p. 236).
[22] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 343 ([note 12] vol. 6, p. 237).
[23] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 367 ([note 12] vol. 6, p. 236).
[24] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 359 ([note 12] vol. 6, p. 244).
[25] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 359 ([note 12] vol. 6, p. 245).
[26] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 371 ([note 12] vol. 6, p. 253).

immeubles[27]. Pothier étend en outre la reconduction tacite à d'autres contrats de *locatio-conductio*.

4° *Savigny* traite spécialement des déclarations de volonté par le silence, comme une catégorie générale. Après avoir rappelé que le principe était que le silence ne suffisait pas à créer une relation juridique ("Das blosse Stillschweigen zu den Handlungen, oder auf die Frage eines Anderen, kann in der Regel nicht als Einwilligung oder Zugeständnis betrachtet werden"), parce que l'on ne pouvait être contraint par quelqu'un à apporter une dénégation positive ("zu einem positiven Widerspruch zu nötigen"), Savigny examine un certain nombre d'exceptions qu'il regroupe sous l'idée qu'il y a une *obligation préalable de se déterminer*. Cette obligation est fondée soit sur l'importance de la relation juridique (dans les relations du droit de la famille notamment) ou dans le respect que l'on doit au tiers ou *dans la relation qui existe entre le silence actuel et des déclarations de volonté préalables*[28]. Parmi ces exceptions, SAVIGNY mentionne alors la *relocatio tacita*[29]. Il ajoute toutefois une indication intéressante: il souligne que le silence dans notre cas est doublé pour le locataire d'un acte concluant qui consiste à rester sur le fonds alors que le contrat a pris fin. Il s'agit dès lors bien d'un nouveau contrat qui est conclu. Il ne traite toutefois pas de la durée du nouveau bail.

Conclusion

Si les juristes romains ont probablement admis la *prolongation du contrat de bail à ferme* de durée déterminée, lorsque le locataire demeurait sur le fonds sans que le bailleur s'y oppose, c'est en

[27] POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n. 371 ss ([note 12] vol. 6, p. 254).

[28] SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, T. III, Berlin 1840, § 132, p. 249: "Sie gründen sich stets auf eine vorausgesetzte Pflicht, sich zu erklären, mag nun diese in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses ihren Grund haben (besonders bei Familienverhältnissen), oder in dem natürlichen Anspruch des Anderen auf Ehrfurcht, oder in dem Zusammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen.".

[29] SAVIGNY, *System* III (note 28), § 132, p. 251 note n.

partie parce qu'ils avaient conscience de se trouver face à une situation particulière. La prolongation du contrat n'avait de sens qu'entre personnes ayant négocié préalablement le même contrat. Des considérations économiques permettent de soutenir une telle position.

Même si l'idée d'un *consensus tacitus* apparaît en 260 ap. J.-C., les juristes romains considéraient la *relocatio tacita* comme une prolongation extraordinaire d'un contrat de durée déterminée liée aux besoins pratiques relatifs à la culture du sol. Néanmoins, cette idée de *consensus tacitus* devait devenir le point d'ancrage de l'évolution du concept.

Au Moyen Age, on interpréta le passage d'Ulpien (D. 19,2,14) comme concrétisant l'idée de la conclusion d'un nouveau contrat par consentement tacite, ce qui supposait la capacité de discernement et les pouvoirs de conclure le contrat en question. L'idée d'un nouveau contrat supplantant le précédent trouva sa plus pleine expression chez POTHIER. Il en tire d'ailleurs les conséquences pour les gages immobiliers qui ne sont pas reconduits en cas de reconduction tacite.

L'idée d'une reconduction tacite se retrouve dans de nombreux droits européens. En droit suisse, on peut constater que la réflexion dogmatique n'a que peu évolué. Les auteurs sont encore partagés sur la question de savoir si le contrat est prolongé de manière extraordinaire ou, ce qui paraît plus juste, s'il y a un nouveau contrat conclu selon une procédure spécifique, compte tenu des relations préalables entre les parties[30]. Il est vrai que le contenu du contrat sera toutefois identique dans les deux situations, hormis la question importante des gages soumis à une forme spécifique.

Revenons en guise de conclusion à l'arrêt du Tribunal fédéral suisse. Le locataire dans l'arrêt du Tribunal fédéral suisse tentait de démontrer qu'il y avait une *relocatio tacita* et que la Cour devait en prendre acte en complétant le contrat. Acceptant l'idée d'un *consentement tacite* comme fondement de cette relocation tacite, le

[30] P. HIGI, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, vol. V2b, *Die Miete* (art. 266-268b OR), 4e éd., Zurich 1995, n. 41 ad art. 266 CO; cf. cep. P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, éd. Schulthess, 3e éd., Zurich 2003, n. 2099, qui considère que l'ancien contrat est renouvelé, tout en écrivant (n. 2101) que le bail est prolongé tacitement!

Tribunal fédéral devait admettre qu'il s'agissait d'un *nouveau contrat*. Or, comme les parties étaient en négociation sur le loyer, on ne pouvait présumer qu'il correspondait au loyer du contrat précédent. A nouveau contrat, nouvel accord sur tous les éléments essentiels (art. 2 al. 1 Code des obligations). C'est dès lors à juste titre que la Cour a refusé de compléter un élément essentiel du contrat pour l'avenir. Le fait que les parties avaient déjà commencé à exécuter le contrat n'y changeait rien.