

Laurent Bieri

La requalification des baux de durée déterminée

Cette contribution tente de faire le point sur la question de la requalification des baux de durée déterminée suite au changement de jurisprudence que semble avoir opéré le Tribunal fédéral dans un arrêt non publié du 12 avril 2019.

Catégories d'articles : Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques : Contrat de bail et de bail à ferme

Proposition de citation : Laurent Bieri, La requalification des baux de durée déterminée, in : Jusletter 7 octobre 2019

Table des matières

- I. Introduction
- II. Le risque de fraude à la loi
- III. La preuve de la fraude à la loi
- IV. Les motifs permettant d'exclure la fraude à la loi
- V. Les conséquences de la fraude à la loi
- VI. Conclusion

I. Introduction

[1] La conclusion d'un contrat de bail de durée déterminée est licite (art. 255 CO), sous réserve d'une fraude à la loi¹. Il y a fraude à la loi lorsqu'un bailleur conclut un ou plusieurs baux de durée déterminée afin d'éviter des règles impératives protégeant les locataires².

[2] Dans un arrêt de principe de 2013, publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a affirmé que « la loi ne requiert aucun motif particulier pour conclure un bail de durée déterminée » et que le fardeau de la preuve d'une fraude à la loi « incombe au locataire »³. Il a également précisé « que le bailleur n'a pas à établir un intérêt spécial à conclure des baux de durée déterminée »⁴.

[3] Plus récemment, dans un arrêt du 12 avril 2019, qui n'est pas destiné à publication au recueil officiel, le Tribunal fédéral semble toutefois avoir remis en question cette jurisprudence. Dans cette décision, il a en effet affirmé que « s'il appartient en principe au locataire de prouver la fraude à la loi [...], il convient de tenir compte du fait que démontrer l'intention frauduleuse, en tant que circonstance interne au bailleur, confine souvent à l'impossible »⁵.

[4] Par conséquent, « lorsque le locataire allègue de manière détaillée en quoi consisterait la fraude à la loi qu'il reproche au bailleur, le juge peut se contenter d'une vraisemblance prépondérante [...] et inviter le bailleur à collaborer à la preuve, en exposant pour quelles raisons – qu'il ne connaît a priori que lui-même – il a opté pour la conclusion de baux de durée déterminée [...]. Le défaut de motif plausible peut, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble de tous les éléments pertinents – parmi lesquels figure notamment la pénurie de logements sur le marché concerne [...] et une pratique systématique du bailleur [...] –, conduire à l'admission d'une fraude à la loi »⁶.

¹ ATF 139 III 145 consid. 4.2.4 ; IRENE BIBER, SVIT-Kommentar, Zurich/Bâle/Genève 2018, art. 255 n. 27 ss ; FRANÇOIS BOHNET/PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, in : François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (édit.), Commentaire Pratique – Droit du bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Bâle 2017, art. 255, n. 9 ; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 797 s. ; ROGER WEBER, in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle 2015, art. 255, n. 6 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, n. 1668.

² ATF 139 III 145 consid. 4.2.4 ; BOHNET/DIETSCHY (n. 1), art. 255, n. 9, et les références citées. Sur la notion de fraude à la loi, voir PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009, n. 307 ss, et les références citées.

³ ATF 139 III 145 consid. 4.3.2.

⁴ ATF 139 III 145 consid. 4.3.2. Sur cet arrêt, voir notamment THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 2014, p. 917 ss, et JEAN-MARC SIEGRIST, Validité des contrats en chaîne : les droits des locataires sont-ils garantis ?, Newsletter bail mai 2013.

⁵ Sur cet arrêt, voir déjà Jurius, Un bail à durée déterminée peut être considéré comme une fraude, in : Jusletter 3 juin 2019 ; PHILIPPE CONOD, Requalification d'un bail d'une durée déterminée, Newsletter Bail juin 2019 ; MARIE-HELENE SPIESS, Un bail de durée déterminée peut-il constituer une fraude ?, LawInside, 20 juillet 2019.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3.

[5] La présente contribution tente de faire le point sur la question de la requalification des baux de durée déterminée. Elle commence par expliquer pourquoi la conclusion d'un bail de durée déterminée peut être une tentative de fraude à la loi. Elle examine ensuite la question de la preuve de la fraude, les motifs permettant d'exclure l'existence d'une fraude, et les conséquences d'une fraude. Elle se termine par une conclusion.

II. Le risque de fraude à la loi

[6] La conclusion d'un bail de durée déterminée plutôt qu'un bail de durée indéterminée peut constituer une tentative de contourner certaines règles impératives protégeant les locataires, notamment les règles sur les loyers et congés abusifs⁷.

[7] La conclusion d'un bail de durée déterminée peut en particulier être un moyen d'éviter qu'un locataire ne fasse valoir ses droits, notamment son droit de contester le loyer initial, de peur de ne pas obtenir un renouvellement du contrat⁸. Avec un bail de durée déterminée, le locataire qui n'obtient pas de renouvellement ne peut en effet pas demander l'annulation d'un congé de représailles (puisque'il n'y a pas de congé), alors que cela est possible avec un bail de durée indéterminée (art. 271 ss CO)⁹. Par ailleurs, si le bail n'est pas renouvelé, il lui est plus difficile d'obtenir une prolongation (art. 272 ss CO), d'une part parce qu'il doit agir au plus tard 60 jours avant l'expiration du contrat plutôt que dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 2 CO)¹⁰, et d'autre part parce qu'il est tenu compte, dans la pesée des intérêts, du fait qu'il pouvait s'attendre dès la conclusion à ce que le bail prenne fin à l'échéance¹¹.

[8] La conclusion d'un bail de durée déterminée peut aussi permettre au bailleur d'augmenter plus facilement le loyer à l'échéance¹². Si le bailleur augmente le loyer à l'échéance, le locataire doit en effet agir en contestation du loyer initial plutôt qu'en contestation d'une hausse de loyer en cours de bail¹³. Le bailleur peut alors se prévaloir de la méthode absolue, ce qu'il ne peut

⁷ Voir notamment ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET (n. 1), art. 255, n. 9 ; LACHAT (n. 1), p. 797 s. ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6.

⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.1.3 ; ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.2 ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6. Si l'on a affaire à un logement de vacances, la conclusion d'un bail d'une durée de trois mois ou moins a pour effet d'exclure l'application des dispositions concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 253a al. 2 CO). S'agissant des logements de vacances, la conclusion d'une succession de baux pour des durées de trois mois ou moins peut par conséquent être une tentative d'éviter l'application de certaines règles protectrices. Voir PETER HIGI, Zürcher Kommentar, art. 266, n. 42.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.1.3 ; ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1.

¹⁰ ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1 et 3.4.2 ; NICOLAS SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010 p. 289 ss ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6.

¹¹ LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1 ; p. 1003, n. 3.5 ; WEBER (n. 1), art. 272, n. 7 et 14.

¹² ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, thèse Berne 2005, n. 285 ss ; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1 et 3.4.2 ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6. Si l'on a affaire à un logement de vacances, la conclusion d'une succession de baux pour des durées de trois mois ou moins peut être une tentative d'exclure l'application des règles spéciales sur la protection contre les loyers abusifs (art. 253a al. 2 CO). Voir HIGI (n. 8), art. 266, n. 42.

¹³ ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1 ; PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, in : François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (édit.), Commentaire Pratique – Droit du bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Bâle 2017, art. 270, n. 12 ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6. Si les parties renouvellent un bail de durée déterminée sans modifier le loyer, le locataire a la possibilité de contester à nouveau le loyer initial (ATF 139 III 145 consid. 4.2.3 ; DIETSCHY-MARTENET (n. 13), art. 270, n. 12 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 1), n. 2181, alors qu'avec un bail de durée indéterminée, le locataire ne peut pas contester le loyer s'il n'y a pas d'augmentation. Par conséquent, dans l'hypothèse où le loyer ne change pas, la conclusion d'une succession de baux de durée déterminée augmente les possibilités pour

en principe pas faire en cours de bail¹⁴. De plus, le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe en principe au locataire¹⁵, alors qu'en cours de bail il appartient au bailleur de prouver les motifs de hausse dont il se prévaut¹⁶. En cas de contestation du loyer initial, le locataire doit également respecter les conditions de recevabilité prévues à l'art. 270 al. 1 CO¹⁷; l'importance de cette exigence supplémentaire ne doit toutefois pas être surestimée, car les conditions sont automatiquement réunies en cas de pénurie notoire. Enfin, les exigences de formes sont également moins importantes s'agissant de la conclusion d'un nouveau bail, sauf pour les logements pour lesquels le canton a rendu obligatoire l'usage d'une formule officielle (art. 270 CO)¹⁸.

[9] Certaines règles qui protègent les locataires, en particulier les règles sur la protection contre les loyers abusifs, ne sont certes pas totalement satisfaisantes. Mais cela ne justifie pas de les éluder en concluant des baux de durée déterminée. Si des règles sont jugées insatisfaisantes, il faut les modifier, pas les contourner.

III. La preuve de la fraude à la loi

[10] Dans l'arrêt du 12 avril 2019, le Tribunal fédéral confirme qu'il appartient au locataire de prouver la fraude à la loi. Il semble en revanche remettre en question sa jurisprudence tant sur l'étendue du devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve que sur le degré de la preuve exigé pour admettre l'existence d'une fraude à la loi.

[11] S'agissant du devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve, le Tribunal fédéral affirme en effet que « lorsque le locataire allègue de manière détaillée en quoi consisterait la fraude à la loi », le tribunal peut « inviter le bailleur à collaborer à la preuve, en exposant pour quelles raisons [...] il a opté pour la conclusion de baux de durée déterminée »¹⁹, alors qu'il avait précédemment précisé « que le bailleur n'a pas à établir un intérêt spécial à conclure des baux de durée déterminée »²⁰.

[12] Bien qu'il ne le mentionne pas expressément, le Tribunal fédéral semble fonder ce devoir sur les règles de la bonne foi (art. 2 CC; art. 52 et 160 ss CPC), qui imposent à chaque partie à un procès de collaborer à l'administration des preuves.

le locataire de contester le loyer (mais ces possibilités sont assez théoriques puisque le locataire sait qu'en cas de contestation le bail risque de ne pas être renouvelé).

¹⁴ FETTER (n. 12), n. 285. Sur l'application exceptionnelle de la méthode absolue en cours de bail, voir DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 694 ss; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 1), n. 2155.

¹⁵ ATF 139 III 13 consid. 3.1; LACHAT/STASTNY (n. 14), p. 485, n. 2.6.4. Si le loyer initial est augmenté de plus que 10% par rapport au loyer précédent et que le bailleur se prévaut des loyers usuels, il appartient toutefois au bailleur d'apporter cinq éléments de comparaison (ATF 139 III 13 consid. 3.3). Pour une critique de cet arrêt, voir notamment LAURENT BIERI, *Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial*, PJA 2014, p. 1398 ss.

¹⁶ LACHAT/STASTNY (n. 14), p. 513, n. 4.7.6 et p. 700, n. 5.5.1.

¹⁷ ATF 139 III 145 consid. 4.2.3; FETTER (n. 12), n. 285; LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.1.

¹⁸ Voir FETTER (n. 12), n. 285.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3. Le Tribunal fédéral s'appuie notamment sur les avis exprimés dans ce sens par LACHAT (n. 1), p. 798, n. 3.4.4 et WEBER (n. 1), art. 255, n. 6. Voir aussi SIEGRIST (n. 4), p. 3.

²⁰ ATF 139 III 145 consid. 4.3.2.

[13] Savoir ce qu'une partie doit faire en application des règles de la bonne foi relève évidemment du pouvoir d'appréciation du tribunal. Au vu des difficultés pour le locataire de prouver la fraude à loi, et de la facilité pour le bailleur de motiver sa décision, il me paraît opportun d'admettre, comme le fait le Tribunal fédéral, que le bailleur doit exposer pour quelles raisons il a opté pour la conclusion d'un bail de durée déterminée.

[14] En ce qui concerne le degré de la preuve, le Tribunal fédéral précise, apparemment pour la première fois, que « lorsque le locataire allègue de manière détaillée en quoi consisterait la fraude à la loi [...] le juge peut se contenter d'une vraisemblance prépondérante », alors qu'il semblait jusque-là admettre que le locataire devait apporter la preuve stricte de la fraude à la loi²¹.

[15] Pour justifier cet allègement du degré de la preuve, le Tribunal fédéral semble se baser implicitement sur la doctrine de « l'état de nécessité de la preuve »²². Selon cette doctrine, plusieurs fois reconnue par le Tribunal fédéral, lorsque par la nature même de l'affaire une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut pas être raisonnablement exigée, le degré de la preuve se limite à la vraisemblance prépondérante²³. Sur cette base, le Tribunal fédéral a par exemple admis un allègement du degré de la preuve de la causalité naturelle²⁴ ou de l'existence d'un défaut d'un produit²⁵.

[16] Telle qu'elle est généralement formulée, la doctrine de l'état de nécessité de la preuve peut donner l'impression que le degré de la preuve doit être allégé dès qu'en raison de la nature de l'affaire une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut pas être raisonnablement exigée. En réalité, avant d'admettre un allègement du degré de la preuve, le tribunal doit d'abord s'assurer qu'il se trouve dans une hypothèse où il dispose d'une marge de manœuvre suffisante, ce qui ne sera notamment pas le cas si le législateur a volontairement renoncé à un allègement du degré de la preuve²⁶. Puis, si le tribunal dispose d'une marge de manœuvre suffisante, il doit examiner les avantages et inconvénients d'un allègement du degré de la preuve, voire d'une inversion du fardeau de la preuve²⁷. Le fait que la preuve stricte ne soit pas possible ou ne puisse pas être raisonnablement exigée en raison de la nature de l'affaire ne suffit pas.

[17] En l'espèce, l'allègement du degré de la preuve me paraît justifié. Le Tribunal fédéral disposait assurément d'une marge de manœuvre suffisante, et la solution retenue s'intègre parfaitement dans le système mis en place par le législateur afin de protéger les locataires contre les loyers et congés abusifs. Si le locataire devait apporter la preuve stricte d'une fraude à la loi – ce

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3. Le Tribunal fédéral s'appuie sur les avis exprimés dans ce sens par LACHAT (n. 1), p. 798, n. 3.4.4 et WEBER (n. 1), art. 255, n. 6.

²² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3 (« il convient de tenir compte du fait que démontrer l'intention frauduleuse, en tant que circonstance interne au bailleur, confine souvent à l'impossible »). Apparemment aussi dans ce sens LACHAT (n. 1), p. 798, n. 3.4.4, qui relève qu'il est souvent impossible de prouver l'intention frauduleuse, et qu'il faut « donc » se contenter de la vraisemblance prépondérante.

²³ ATF 140 III 610 consid. 4.1 ; ATF 133 III 81 consid. 4.2.2. Voir aussi STEINAUER (n. 2), n. 672 ss, et les références citées.

²⁴ ATF 132 III 715 consid. 3.2 ; STEINAUER (n. 2), n. 673.

²⁵ ATF 133 III 81 consid. 4 ; STEINAUER (n. 2), n. 673.

²⁶ Un tribunal ne pourrait ainsi pas admettre un allègement du degré de la preuve du harcèlement sexuel au sens de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes. Voir Art. 6 LEg a contrario ; RÉMY WYLER, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, art. 6, n. 3. Voir toutefois (plus nuancée) KARINE LEMPEN, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, art. 4, n. 35.

²⁷ Voir toutefois HANS PETER WALTER, Berner Kommentar, art. 8 CC, n. 140 et 154, qui semble très restrictif quant aux possibilités d'alléger le degré de la preuve. Voir aussi ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Art. 8 CC, n. 294 ss, qui relève que l'état de nécessité de la preuve ne permet pas une inversion du fardeau de la preuve.

qui semble en effet extrêmement difficile –, les règles sur la protection des locataires contre les loyers et les congés abusifs pourraient être contournées trop facilement.

[18] Si l'on peut suivre le Tribunal fédéral sur l'essentiel, à savoir le devoir du bailleur de collaborer à l'établissement de la preuve et l'allègement du degré de la preuve, on peut en revanche regretter que cet arrêt n'ait pas été publié au recueil officiel, laissant planer une certaine incertitude quant à sa portée.

[19] Le Tribunal fédéral a en effet parfois pu donner l'impression qu'il accordait un plus grand poids aux arrêts publiés qu'aux arrêts non publiés²⁸. Il paraît toutefois difficile de nier toute portée aux arrêts non publiés²⁹; ceux-ci renseignent en tout cas sur la manière dont le Tribunal fédéral pourrait trancher des cas similaires³⁰. On se gardera par conséquent d'accorder trop d'importance au fait que l'arrêt de 2019 n'a pas été publié au recueil officiel³¹.

[20] On peut également regretter – mais cela est probablement lié au fait que l'arrêt n'était pas destiné à publication dans le recueil officiel –, que le Tribunal fédéral n'ait pas précisé si les règles sur le devoir de collaboration du bailleur et l'allègement du degré de la preuve ne s'appliquent que si l'on est dans une situation de pénurie, ou si elles s'appliquent au contraire dès que l'on a affaire à un bail de durée déterminée soumis aux règles spéciales sur les baux d'habitations et de locaux commerciaux.

[21] A mon avis, les règles énoncées dans l'arrêt de 2019 devraient s'appliquer même si l'on n'est pas dans une situation de pénurie; le risque de fraude à la loi existe en effet également s'il n'y a pas pénurie, et les difficultés de preuve sont les mêmes. Mais cela ne signifie pas que la situation de pénurie ne joue pas de rôle. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral dans l'arrêt de 2019, la pénurie fait partie des éléments à prendre en compte afin de déterminer s'il y a fraude à la loi³².

[22] Enfin, il aurait pu être utile que le Tribunal fédéral précise en quoi consiste concrètement une allégation « détaillée » de la fraude à la loi. Il semble en effet que le locataire n'a bien souvent que peu d'éléments à invoquer, à part que la conclusion d'un ou plusieurs baux de durée déterminée lui est moins favorable que la conclusion d'un bail de durée indéterminée.

²⁸ Voir par exemple arrêt du Tribunal fédéral 5A_2/2010 du 17 mars 2010 consid. 3.2 (« Mit diesem nicht amtlich publizierten Urteil wurde die bisherige Praxis nicht geändert »). Dans ce sens également PIERRE TERCIER/CHRISTIAN ROTEN, La recherche et la rédaction juridique, 7^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, n. 1697, qui relèvent que les arrêts « que l'organe décide de publier officiellement » ont « une valeur accrue ». Voir aussi, même si le Tribunal fédéral ne se prononce pas directement sur la force obligatoire de la jurisprudence non publiée, ATF 134 III 534 consid. 3.2.3.3 (« Le Tribunal fédéral publie ses arrêts de principe au Recueil officiel [...]. C'est donc la publication dans ce recueil qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence »). Sur la force obligatoire (relative) de la jurisprudence en droit suisse, voir SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, art. 1, n. 500; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003, art. 1, n. 49 ss; STEINAUER (n. 2), n. 454 ss; FRANZ WERRO, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx, Commentaire romand – Code civil I, Bâle 2010, art. 1, n. 40.

²⁹ Selon HAUSHEER/JAUN (n. 28), art. 1, n. 55, la force obligatoire d'un arrêt ne dépend pas de la publication au recueil officiel. Voir aussi STEINAUER (n. 2), n. 450. TERCIER/ROTEN (n. 28), n. 1698, relèvent que le Tribunal fédéral « cite très régulièrement » des arrêts qui n'ont pas été publiés au recueil officiel.

³⁰ On peut faire un parallèle avec la portée des considérations faites « en passant » (« obiter dicta »). Sur la portée de telles considérations, voir STEINAUER (n. 2), n. 450.

³¹ D'un autre avis CONOD (n. 5), p. 4.

³² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3.

IV. Les motifs permettant d'exclure la fraude à la loi

[23] Dans l'arrêt de 2019, le Tribunal fédéral précise à raison que seule une appréciation d'ensemble de tous les éléments pertinents permet de déterminer s'il y a fraude à la loi³³. Il est donc difficile de préciser quels motifs permettent de justifier la conclusion d'un bail de durée déterminée sans tenir compte de l'ensemble des circonstances.

[24] Mais sous réserve de circonstances particulières, il semble notamment légitime de conclure un bail de durée déterminée en prévision d'une transformation ou d'une démolition³⁴, en cas de location saisonnière d'un magasin³⁵, en cas de conclusion avec un travailleur détaché pour une durée limitée en Suisse³⁶, en cas de conclusion avec des étudiants pour la durée d'une année académique³⁷, et en cas de doutes sérieux quant à la solvabilité du locataire³⁸.

V. Les conséquences de la fraude à la loi

[25] En présence d'une fraude à la loi, le contrat de durée déterminée doit être traité comme un contrat de durée indéterminée³⁹. La requalification est possible même si un seul contrat de durée déterminée a été conclu⁴⁰. Autrement dit, la requalification ne suppose pas nécessairement une chaîne de contrats⁴¹.

[26] Les termes et délais légaux s'appliquent vu que les parties n'ont par hypothèse pas prévu de termes et délais conventionnels. Il convient toutefois à mon avis de retenir que le bail ne peut pas prendre fin avant l'échéance prévue dans le contrat, sous réserve évidemment d'une résiliation extraordinaire. Le contrat doit donc être traité comme un bail congéable⁴².

[27] Si le bailleur résilie le contrat, le locataire bénéficie de l'application des règles sur la protection contre les congés (art. 271 ss CO ; art. 325bis et 326bis CP⁴³). Si le bailleur notifie une augmentation de loyer, ce sont les règles sur la contestation d'une hausse de loyer qui s'appliquent plutôt que les règles sur la contestation du loyer initial.

³³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.3.

³⁴ Dans ce sens BIBER (n. 1), art. 255 n. 27. Voir aussi art. 272a al. 1 let. d CO. Voir toutefois LACHAT (n. 1), p. 797, note 44.

³⁵ Dans ce sens BIBER (n. 1), art. 255, n. 27 ; DIETSCHY-MARTENET (n. 13), art. 270, n. 12 ; WEBER (n. 1), art. 255, n. 6.

³⁶ Dans ce sens ATF 139 III 145 consid. 4.3.3. Voir aussi WEBER (n. 1), art. 255, n. 6.

³⁷ Dans ce sens LACHAT (n. 1), p. 797, n. 3.4.2.

³⁸ Dans ce sens arrêt du Tribunal fédéral 4C.155/2003 du 3 novembre 2003 consid. 3.2 ; BIBER (n. 1), art. 255, n. 27. Voir aussi la position nuancée de WEBER (n. 1), art. 255, n. 6. Une clause contractuelle qui prévoit que le bail prend fin automatiquement si le locataire ne paie pas le loyer est en revanche illicite car contraire à l'art. 257d CO. Dans ce sens également, BIBER (n. 1), art. 255, n. 29.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 5 ; BOHNET/DIETSCHY-MARTENET (n. 1), art. 255, n. 9 ; LACHAT (n. 1), p. 798, n. 3.4.5.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_598/2018 du 12 avril 2019 consid. 4.2.1 ; FETTER (n. 12), n. 286 ; LACHAT (n. 1), p. 798 note 49.

⁴¹ Dans ce sens expressément LACHAT (n. 1), p. 798, note 49.

⁴² Sur la notion de bail congéable, voir par exemple BOHNET/DIETSCHY-MARTENET (n. 1), art. 255, n. 13 ; LACHAT (n. 1), p. 791, n. 3.1.2.

⁴³ Voir DAVID LACHAT/KARIN GROBET THORENS, Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 1080, note 13. Si le contrat de durée déterminée n'est pas requalifié en bail de durée indéterminée, le simple refus de conclure un nouveau bail à l'échéance ne peut à mon avis pas être assimilé à une dénonciation au sens de l'art. 325bis al. 2 CP.

[28] Une action du locataire en constatation du caractère indéterminé du contrat (« action en requalification ») est envisageable⁴⁴. Elle suppose toutefois un intérêt au sens de l'art. 59 al. 2 let. a CPC⁴⁵.

VI. Conclusion

[29] Si un locataire allègue que la conclusion d'un bail de durée déterminée vise à éluder l'application des règles sur la protection contre les loyers et congés abusifs, il me paraît opportun d'admettre, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt du 12 avril 2019, d'une part, que le bailleur doit exposer pourquoi il a opté pour la conclusion d'un bail de durée déterminée, et d'autre part, qu'une fraude à loi doit être retenue dès qu'elle est établie avec une vraisemblance prépondérante. Il serait par conséquent souhaitable que le Tribunal fédéral confirme sa décision du 12 avril 2019, idéalement dans un arrêt publié au recueil officiel.

LAURENT BIERI, Professeur à l'Université de Lausanne.

L'auteur remercie Mmes Joséphine De Montpellier et Semsija Etemi, assistantes à l'Université de Lausanne, pour leur relecture attentive du manuscrit et pour leurs commentaires.

⁴⁴ BOHNET/DIETSCHY (n. 1), art. 255, n. 9; PHILIPPE CONOD, Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée, Newsletter Bail juillet 2018, p. 3.

⁴⁵ BOHNET/DIETSCHY (n. 1), art. 255, n. 9; CONOD (n. 44), p. 3.