

Les contrats de durée déterminée et la protection des locataires

par

Carole Wahlen

Avocate à Lausanne

I. Préambule	95
II. Introduction : le contrat de bail comme contrat de durée	96
A. Généralités	96
B. Notion de durée	96
III. Baux de durée déterminée	98
A. Notion et généralités	98
B. Contrat soumis à condition résolutoire.....	100
C. Cas particulier : les clauses d'option.....	100
IV. Protection du locataire	104
A. Généralités	104
B. Protection contre les loyers abusifs.....	105
1. Loyer initial	105
2. En cours de bail	106
3. Cas particulier : les clauses d'option.....	109
C. Protection contre les congés et baux de durée déterminée ?	111
1. Introduction	111
2. Prolongation du bail	112
a) Principe et durée	112
b) Procédure.....	117
c) Droits du locataire pendant la prolongation.....	118

3. Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée.....	119
a) Genèse.....	119
b) Principes	123
c) Procédure et nature de l'action	126
d) Cas particulier : les clauses d'option	131
D. Sort du bail conclu pour une durée trop longue.....	132
V. Conclusion.....	134
Bibliographie.....	135

I. Préambule

1. La présente contribution a pour objet d'analyser les règles de protection des locataires, en tant qu'elles s'appliquent aux baux de durée déterminée. Elle présente un panorama des règles légales applicables et s'attache à examiner la jurisprudence récente, qui a étendu la notion de protection contre les congés dans certains cas particuliers. Ces dispositions visant uniquement les baux d'habitation et de locaux commerciaux¹, l'examen se limitera à ceux-ci, étant précisé que la plupart des dispositions de protection contre les congés ou les loyers abusifs sont applicables aux baux à ferme non agricoles également, à tout le moins par analogie (art. 253*b* al. 1 et 300 CO).
2. Les autres baux ne bénéficient en principe pas de cette protection, sous réserve des choses qui sont cédées avec ces habitations ou locaux commerciaux (art. 253*a* al. 1 CO)².
3. Sont également exclus de la protection les logements de vacances³ loués pour trois mois ou moins (art. 253*a* al. 2 CO).
4. Les logements de luxe (art. 253*b* al. 2 CO) et les locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité (art. 253*b* al. 3 CO) ne bénéficient pas, quant à eux, des dispositions de protection contre les loyers abusifs ; les dispositions de protection contre les congés leur sont en revanche applicables, de sorte que les considérations ci-dessous les visent également dans cette mesure.

¹ Chapitres II et III du Titre huitième du Code des obligations.

² L'exemple typique est la place de parc louée avec le logement ou le local commercial, même si elle fait l'objet d'un bail séparé, pour autant que les parties soient identiques.

³ Sur cette notion, voir notamment LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 136 s.

II. Introduction : le contrat de bail comme contrat de durée

A. Généralités

5. Le contrat de bail se définit comme un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer (art. 253 CO). Ainsi, les éléments essentiels du contrat de bail sont les suivants :
- la cession de l'usage d'une chose ;
 - la chose elle-même ;
 - le paiement d'un loyer ;
 - enfin, implicitement, une certaine durée, notion qui fera l'objet de la présente contribution.

B. Notion de durée

6. Le bail se définit comme un contrat de durée, en ce sens que la cession de l'usage de la chose au locataire se prolonge dans le temps. A l'issue de cette durée, le locataire a une obligation de restitution de l'objet loué (art. 267 CO). Le Code des obligations admet qu'un contrat de bail puisse être conclu pour une durée déterminée (terme fixe) ou indéterminée (art. 255 al. 1 CO). Pour définir si l'on se trouve en présence de l'une ou de l'autre, il convient de se référer en priorité à la volonté des parties, expresse ou tacite. La loi pose en outre une présomption selon laquelle le bail est de durée indéterminée, à moins que les parties n'aient prévu le contraire (art. 255 al. 3 CO). Cela signifie qu'en cas de doute sur la volonté des parties, c'est cette dernière qui devra être

retenue⁴. Il en va de même *a fortiori* en cas d'absence complète de convention relative à la durée du contrat⁵.

7. Cela étant, la fixation de la durée du bail est laissée à la libre appréciation des parties et peut même être prévue pour une très longue période⁶.
8. La durée déterminée ou indéterminée du contrat a une incidence sur la manière dont celui-ci prend fin : le contrat de durée indéterminée nécessite en principe qu'un acte formateur de l'une ou l'autre des parties, soit un congé, intervienne ; le contrat de durée déterminée, pour sa part, s'éteint à l'échéance prévue⁷.
9. Au surplus, les parties ont toujours et en tout temps la possibilité de conclure une convention de résolution (ou contrat résolutoire ; *Aufhebungsvertrag*) mettant fin au contrat, immédiatement ou à l'échéance d'une certaine durée. La décision doit émaner conjointement des parties et non d'une seule (comme en cas de résiliation)⁸. En particulier, en matière de baux de durée indéterminée, il convient de s'assurer que le locataire était informé des règles de protection contre les congés et y a valablement renoncé ; à défaut, le contrat résolutoire pourrait être frappé de nullité, faute de respecter les règles de forme impératives (266l al. 2 CO en lien avec 266o CO)⁹. S'agissant de baux de durée déterminée, la situation est différente, puisque les règles précitées ne s'appliquent pas, le bail prenant fin sans congé. Dans cette hypothèse, le contrat résolutoire a pour objet de prévoir un nouveau terme de la durée du contrat, qui permet

⁴ BSK OR I-WEBER, N 6 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 2 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 66 : qui relèvent à raison que cette règle se justifie d'autant plus que les baux à terme fixe désavantagent le locataire, qui se voit privé de la possibilité de solliciter l'annulation du congé.

⁵ CR CO I-LACHAT, art. 255 N 7.

⁶ Pour une casuistique détaillée, CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 68 et les réf. cit. ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 5 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 66 s.

⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO et art. 266 CO N 1 ; CR CO I-LACHAT, 255 N 10 s.

⁸ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 788.

⁹ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 790.

au locataire de solliciter une prolongation de bail au sens de l'article 272 CO. Si le nouveau terme a pour effet de priver le locataire de la possibilité de respecter le délai de 60 jours de l'article 273 alinéa 2 lettre b CO (donc d'un droit découlant des règles impératives de protection), il convient d'attirer spécifiquement son attention sur cette problématique dans le cadre de la convention résolutoire, afin d'éviter tout litige ultérieur à ce sujet.

10. Sous ces cautions, la convention de fin de bail constitue un contrat de disposition, qui n'est soumis à aucune forme (art. 115 CO, par analogie), à moins que les parties ne l'aient réservée dans le cadre de leur relation contractuelle pour toute modification du bail (art. 16 al. 1 CO)¹⁰. La fin consensuelle du bail peut intervenir pour n'importe quel moment, sans respecter de préavis ou d'échéance contractuelle ou légale. Une telle convention peut également régler d'autres points, et prévoir par exemple le paiement d'une indemnité pour le locataire (frais de déménagement ou travaux à plus-value) ou pour le bailleur en raison de dégâts causés sur la chose, dont le locataire répond¹¹.

III. Baux de durée déterminée

A. Notion et généralités

11. Aux termes des articles 255 alinéa 2 et 266 alinéa 1 CO, le bail est de durée déterminée lorsqu'il doit prendre fin, sans congé, à l'expiration de la durée convenue ou le jour initialement prévu¹². L'échéance du bail peut être expresse (bail conclu pour une durée définie ou jusqu'à une certaine date) ou découler implicitement

¹⁰ ATF 95 II 419, cons. 2d, JT 1970 I 637 ; TF 4C.167/2002, cons. 2.4.2 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266 CO N 3. Pour des questions de preuve, la forme écrite doit toutefois être privilégiée à notre sens ; également LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 789.

¹¹ LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 788.

¹² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 4 ; CR CO I-LACHAT, 255 N 1 ; LACHAT ET AL., *Bail à loyer*, p. 790 s.

du contrat (pour la durée d'une manifestation ou pour une saison, p. ex.)¹³.

12. Le bail à durée déterminée peut également être convenu pour une durée maximale, mais résiliable plus tôt par l'une des parties ou les deux¹⁴. Tel est souvent le cas en pratique dans les baux d'habitation indexés : si le bailleur est lié pour une durée minimale de cinq ans, le locataire est généralement autorisé à mettre fin au contrat chaque année. Des clauses de ce type peuvent également être négociées dans des baux commerciaux dont la durée initiale est de cinq ou dix ans au minimum¹⁵.
13. A l'expiration de la durée convenue, le bail à terme fixe prend en principe fin sans congé. Les parties peuvent toutefois décider de poursuivre leurs relations, en concluant un nouveau contrat, expressément (de durée indéterminée ou déterminée ; voir toutefois *infra* ch. IV let. C) ou tacitement. Dans cette seconde hypothèse, le contrat devient *ex lege* un contrat de durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO).
14. Pour le surplus, les parties ne sont pas autorisées à mettre fin au bail avant son échéance, sous réserve d'un cas de résiliation extraordinaire¹⁶.

¹³ Voir également LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 791 et les réf. cit.

¹⁴ Tel est notamment le cas d'un bail prolongé judiciairement : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 6 et les réf. cit. ; CR CO I-LACHAT, art. 255 CO N 3 et les réf. cit ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 791, considèrent qu'il s'agit d'une combinaison de bail à terme fixe et à durée indéterminée.

¹⁵ En effet, la longue durée convenue constitue potentiellement un risque financier important pour le locataire ; ce risque peut être limité par la possibilité pour lui de se départir du contrat de manière facilitée.

¹⁶ Résiliation pour justes motifs (266g CO), demeure du locataire (257d CO) ou violation de son devoir de diligence (257f CO), inexécution ou exécution imparfaite du contrat (art. 258 CO), défaut grave entravant considérablement l'usage de la chose (259b CO), aliénation de la chose (art. 261 CO).

B. Contrat soumis à condition résolutoire

15. Est également de durée déterminée (ou déterminable) le contrat soumis à une condition résolutoire, soit un bail convenu jusqu'à la survenance d'un événement futur certain, mais dont la date ne peut pas être fixée à l'avance¹⁷. Il s'agit par exemple du bail conclu jusqu'à la mort du locataire ou jusqu'à ce que le bailleur atteigne l'âge de la retraite. Tel pourrait également être le cas si l'immeuble est voué à une démolition certaine (si le permis de démolir ou de construire a déjà été obtenu par hypothèse, mais que la date du début des travaux n'est pas encore fixée)¹⁸.
16. Un bail de ce type peut également être conclu jusqu'à la fin des travaux de construction du nouveau logement du locataire, jusqu'au retour de l'étranger du bailleur ou de l'un de ses proches ou, plus souvent, lorsqu'un bailleur envisage des travaux importants sur un immeuble (rénovation complète, démolition et reconstruction, etc.) dans un avenir proche, mais n'a pas encore obtenu les autorisations administratives nécessaires. Un tel contrat prend fin sans congé, à la survenance de la condition résolutoire ou à l'issue d'un délai convenu après celle-ci.
17. A l'inverse, si la condition ne peut pas ou plus se produire, ou si elle est survenue sans que les parties ne réagissent, le contrat devient de durée indéterminée (art. 255 al. 3 et 266 al. 2 CO)¹⁹.

C. Cas particulier : les clauses d'option

18. On entend par option une clause permettant à l'une des parties de former ou de proroger un rapport d'obligation dont l'objet a été convenu avec l'autre partie, par une déclaration unilatérale de

¹⁷ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 793 ; CR CO I-LACHAT, art. 255 CO N 2.

¹⁸ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 793 s. ; THANEI, Der befristete Mietvertrag, mp 2018, p. 266 s.

¹⁹ CR CO-I, LACHAT, art. 255 CO CO N 2 ; THANEI, Der befristete Mietvertrag, mp 2018, p. 267.

volonté²⁰. En matière de bail, le droit d'option confère à l'une des parties²¹ le droit de mettre en vigueur ou de prolonger un contrat portant cession de l'usage d'une chose contre rémunération²². En pratique, les baux comportant une clause d'option sont le plus souvent conclus pour une première durée déterminée²³, prolongeable à une ou deux reprises moyennant l'exercice de celle-ci²⁴.

19. Le loyer doit être déterminé ou déterminable lors de la conclusion de l'option²⁵.
20. A défaut, c'est-à-dire si la clause réserve la renégociation du loyer à l'occasion de l'exercice de l'option (« option improprement dite »), elle est problématique, le loyer étant un élément essentiel du contrat, et pourrait être considérée comme inefficace²⁶. Bien entendu, les parties restent admises à s'entendre sur la poursuite du bail et les conditions de celui-ci²⁷. Si elles n'y parviennent pas, malgré une négociation sérieuse

²⁰ ATF 113 II 31, cons. 2a, JdT 1988 I 20 ; ATF 122 III 10, cons. 4b, JdT 1998 I 111 : il s'agit d'un contrat conditionnel, soumis à une condition potestative. Sur ces questions, voir également KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 8 ss.

²¹ Voir les deux ; en pratique, le plus souvent, le locataire.

²² KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 8 ; DIETSCHY, le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1238 ss et les réf. cit.

²³ Des clauses d'option peuvent plus rarement être prévues dans des baux de durée indéterminée. Voir notamment sur cette question LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 850.

²⁴ Le bail peut également être prolongé pour une durée indéterminée. Pour des exemples de clauses d'option, LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 802.

²⁵ CR CO I-LACHAT, art. 255 CO N 12 ; DIETSCHY, le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1239 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 800.

²⁶ CR CO I-LACHAT, art. 255 CO N 12 et 253 N 13 ; KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 8 s., considère que les règles de la *culpa in contrahendo* et plus généralement de la confiance sont applicables si l'une des parties émet volontairement des prétentions démesurées afin de faire échouer les négociations.

²⁷ Notamment DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1239.

engagée en temps utile, le bail de durée déterminée prend en principe fin à la date convenue²⁸. Si les pourparlers s'enlisent, le locataire prudent saisira donc le juge en temps utile d'une demande de prolongation de bail²⁹. A notre sens, si les conditions d'une fraude à la loi paraissent réunies, ce qui devra être examiné cas par cas, le locataire peut également solliciter du juge qu'il requalifie le bail en contrat de durée indéterminée et procède à la fixation du loyer³⁰ (voir *infra* ch. IV let. C, point 3, d).

21. Si la clause d'option prévoit que, lors de son exercice, le loyer sera ou pourra être adapté aux conditions prévalant sur le marché ou aux loyers du quartier, la situation est également susceptible de causer d'importantes difficultés. En effet, même s'il s'agit d'un critère absolu de fixation du loyer – et qu'il faut donc considérer à ce titre que le loyer prévu par ce critère est déterminable³¹ – il est en pratique délicat à mettre en œuvre et comporte une part de subjectivité. Ainsi, il est difficile pour le locataire de calculer le nouveau loyer et d'en connaître le montant au moment de l'exercice de l'option ; de telles clauses devraient être évitées, leur qualification étant incertaine³².
22. L'option est un acte formateur, soumis à réception et qui s'éteint par son exercice, par convention entre les parties ou du fait de la renonciation de son bénéficiaire à l'exercer. La déclaration ne

²⁸ TF du 09.07.04, 4C.152/2004, cons. 3.1 ; TF du 12.05.09, 4A_551/2008, cons. 5.1 ; LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 801 et les réf. cit.

²⁹ Comp. LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 801.

³⁰ Certains auteurs semblent considérer que le locataire peut agir en validation de l'option et en complément du contrat, en ce sens que le juge sera requis de procéder à la fixation du loyer : BSK OR I-WEBER, art. 255 CO N 7 ; LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 801 et les réf. cit. ; THANEI, *Der befristete Mietvertrag*, mp 2018, p. 268 s.

³¹ En ce sens, LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 801.

³² DIETSCHY, *Le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux*, PJA 9/2012, p. 1239 s. et la réf. cit., considère qu'il s'agit d'une option improprement dite ; *contra* : LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 801. La jurisprudence du Tribunal fédéral est toutefois fluctuante : TF du 09.07.2004, 4C.152/2004, cons. 3.1, DB 18/2006 N 15 : option improprement dite ; à l'inverse, TF du 12.05.2009, 4A_551/2008, cons. 5.2.

peut contenir ni condition, ni réserve et est irrévocable³³. Elle n'est soumise à aucune forme, même si, d'un point de vue pratique et pour des raisons évidentes de preuve, la forme écrite est généralement utilisée et doit être privilégiée³⁴.

23. L'option doit en outre être exercée dans le délai contractuellement prévu. Si le contrat ne contient pas de mention à ce sujet, la doctrine est partagée : pour certains auteurs, le bénéficiaire doit l'exercer au plus tard le dernier jour du préavis légal de résiliation, avant la date d'échéance d'un bail de durée déterminée (soit trois mois pour le bail de locaux d'habitation et six mois pour le bail de locaux commerciaux)³⁵. A notre sens, il faut pourtant considérer, sauf circonstances particulières ou accord contraire, que l'option pourrait être exercée au plus tard le dernier jour où échoit le bail ou aussitôt après la survenance de la condition à laquelle elle est subordonnée³⁶. En effet, la référence au délai des articles 266a ss CO est peu appropriée s'agissant de baux de durée déterminée – même assortis d'une clause d'option – sauf à admettre que l'intention réelle des parties serait de s'engager pour une durée indéterminée³⁷. En toute hypothèse, le bénéficiaire de l'option est tenu de s'en prévaloir conformément aux règles de la bonne foi, notamment en

³³ DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1240 ; KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 10 et la réf. cit. et p. 12.

³⁴ En ce sens, DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1240. L'exercice du droit d'option nécessite une manifestation de volonté topique et suffisamment explicite : TF du 29.08.19, 4A_147/2019, cons. 3.

³⁵ CPra Bail-DIETSCHY, art. 255 CO N 24 et les réf. cit. ; DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1240 ; KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 12 ; ZK-HIGI, art. 255 CO N 65.

³⁶ CR CO I-LACHAT, art. 255 CO N 14 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 802 ; BSK OR I-WEBER, 255 CO N 7.

³⁷ Sur cette question et la requalification du contrat de bail de durée déterminée en contrat de durée indéterminée, voir *infra* ch. IV, let. C, point 3d.

l'exerçant dans un délai raisonnable dès la survenance de la condition³⁸.

24. L'obligé n'est pas admis à supprimer le droit d'option par une modification unilatérale du contrat (au sens de l'article 269d al. 3 CO) ou par tout acte rendant plus difficile ou impossible l'exercice de celle-ci³⁹.
25. Plus généralement, si une partie empêche le titulaire de l'option de l'exercer, de manière contraire à la bonne foi, la condition grevant l'option est réputée accomplie (art. 156 CO)⁴⁰.

IV. Protection du locataire

A. Généralités

26. Les baux de durée déterminée imposent certaines restrictions aux parties, de par leur échéance définie et dans la mesure où ils prennent fin sans congé, à l'issue de la durée convenue. Cela limite l'applicabilité des dispositions de protection contre les congés, d'une part, mais également de certaines règles de protection contre les loyers abusifs, d'autre part.
27. Ainsi, le locataire bénéficie des dispositions de protection contre les loyers abusifs (chapitre II du Titre huitième du CO) et contre les congés (chapitre III du Titre huitième du CO), en tant qu'elles sont compatibles avec un contrat de ce type.

³⁸ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 802 et les réf. cit.

³⁹ KNOEPFLER, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 10 ; en ce sens également, ATF 113 II 31, cons. 2a, JT 1988 I 20.

⁴⁰ C'est par exemple le cas si le bailleur résilie le bail dans le but d'empêcher l'exercice de l'option ou n'exerce pas son propre droit d'option afin d'empêcher le sous-locataire de l'exercer à son tour : ATF 113 II 31, cons. 2, JT 1988 I 20.

B. Protection contre les loyers abusifs

1. Loyer initial

28. La possibilité pour le locataire de remettre en cause son loyer initial est une norme à forte vocation protectrice de la partie économiquement faible au contrat, soit le locataire⁴¹. Celui-ci peut contester le loyer initial si les conditions posées par l'article 270 CO sont réalisées⁴², lorsque le bail est conclu pour une durée déterminée, même courte (sous réserve de l'art. 253a al. 2 CO). Bien évidemment, l'intérêt pour le locataire de faire valoir ses droits à ce sujet est différent si le bail est de durée indéterminée ou déterminée (et conclu pour une longue ou une courte durée, cas échéant). Dans cette deuxième hypothèse, le locataire prend en outre le risque de se priver de toute chance d'obtenir une éventuelle reconduction ou conclusion d'un nouveau bail à son échéance⁴³.
29. Cela étant, le locataire qui entend contester le loyer initial doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose (art. 270 al. 1 CO) ou la signature du bail si elle est postérieure⁴⁴. Une telle contestation n'est en outre possible que si le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché du logement et des locaux commerciaux (art. 270 al. 1 let. a. CO) ou si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au loyer précédent

⁴¹ Sur cette question, SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 292.

⁴² Même s'il s'agit d'un bail échelonné ou indexé, art. 270c et 270d CO.

⁴³ Sur ces questions, *infra* let. C, point 3a ; FETTER, La contestation du loyer initial, p. 132 ss ; SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 292.

⁴⁴ TF du 27.11.2017, 4A_455/2017 ; DIETSCHY-MARTENET, Loyer initial : existence d'un nouveau bail et point de départ du délai pour contester lorsque le locataire est déjà en possession des locaux, Newsletter bail.ch, février 2018.

(art. 270 al. 1 let. b CO)⁴⁵. Au sens de la jurisprudence, l'augmentation est sensible lorsqu'elle est supérieure à 10%⁴⁶.

30. Le locataire peut également remettre en cause le montant du loyer initial, en tout temps, sous réserve de la prescription des prétentions en restitution du trop-perçu (art. 67 CO)⁴⁷, s'il est nul (absence ou vice dans la formule officielle rendue obligatoire, pour les baux d'habitation⁴⁸). Dans une telle hypothèse, le contrat est frappé de nullité partielle et le loyer doit être fixé par le juge (art. 20 al. 2 CO)⁴⁹.
31. Le locataire, même s'il a conclu un bail de durée déterminée, bénéficie donc de la protection usuelle découlant en particulier de l'article 270 CO et peut saisir le juge en contestation ou fixation du loyer initial.

2. En cours de bail

32. En cours de bail, la situation est différente : en principe, la conclusion d'un contrat de durée déterminée implique l'absence d'échéances contractuelles permettant de solliciter – de part et d'autre – une adaptation du loyer. Ainsi, aucune majoration de loyer (art. 269d CO) ne peut être notifiée, ni aucune baisse (art. 270a CO) demandée pour l'échéance, dès lors que le bail prend fin à celle-ci⁵⁰.
33. Il faut réserver en revanche la conclusion de baux à loyer échelonnés (art. 269c CO) ou indexés (art. 269b CO). En effet, il est parfaitement possible de conclure de tels baux pour une durée

⁴⁵ Sur ces questions voir notamment CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 25 ss ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 478 ss ; sur le calcul du loyer initial, STASTNY, 20^e Séminaire sur le droit du bail, p. 187 ss.

⁴⁶ ATF 136 III 82, cons. 3.4.

⁴⁷ Prescription relative de trois ans (depuis le 01.01.20) dès la connaissance du vice et prescription absolue de dix ans dès l'exigibilité de la créance : ATF 146 III 82, cons. 4, en lien avec l'art. 67 CO.

⁴⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 80 ss.

⁴⁹ ATF 140 III 583, cons. 3.2 ; ATF 146 III 82, cons. 3.3 et 3.4.

⁵⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 7.

déterminée, pour autant qu'ils respectent les conditions minimales posées par la loi.

34. Ainsi, un bail indexé de durée déterminée peut être conclu pour cinq ans au minimum⁵¹, une adaptation à l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) pouvant intervenir selon les modalités convenues par les parties, voire même en tout temps, moyennant un préavis minimal de 30 jours pour la fin d'un mois (art. 17 al. 2 OBLF) pendant la durée du bail, à défaut de convention⁵². S'il s'agit d'une hausse de loyer, celle-ci doit être notifiée au moyen d'une formule officielle (art. 19 al. 2, 1^{ère} phr. OBLF en lien avec 269d al. 1 CO). L'indexation constituant un facteur exclusif de fixation du loyer, d'autres adaptations que celles issues de la fluctuation de l'indice ne sont en principe pas autorisées.
35. Une exception est toutefois possible : une augmentation de loyer en cas de prestations supplémentaires du bailleur, au sens de l'article 269a lit. b CO peut être admise si elle est expressément réservée par le contrat et clairement rédigée⁵³. Une telle hausse pourra toutefois être contestée hors des limites strictes de l'article 270c CO, le locataire pouvant dès lors en contester la quotité⁵⁴. Il est en outre autorisé à se départir de manière anticipée du contrat s'il n'entend pas accepter la hausse⁵⁵. D'ordinaire en effet, une majoration ne peut être notifiée que moyennant un délai de dix jours avant le début du préavis de résiliation contractuelle

⁵¹ Plus précisément, le bailleur ne doit pas pouvoir donner le congé avant 5 ans (art. 269d CO et art. 17 al. 4 OBLF *a contrario*), le locataire pouvant pour sa part être autorisé à mettre fin au bail préalablement ; ATF 125 III 358, cons. 1b/bb, JdT 2000 I 204 notamment ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 6 et les réf. cit.

⁵² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 17 ss.

⁵³ ATF 124 III 57, cons. 3a, JdT 1999 I 19 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 649 s. et les réf. cit. : avec ces auteurs, il y a lieu de retenir qu'une telle clause ne devrait pas figurer dans des conditions générales préimprimées, sauf si l'attention du locataire est spécifiquement attirée sur ce point par une mise en évidence, la clause étant insolite.

⁵⁴ La hausse doit être calculée selon les principes tirés de l'art. 14 al. 4 OBLF.

⁵⁵ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 31 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 653 et les réf. cit. ; BSK OR I-WEBER, art. 269b CO N 13.

(art. 269*d* al. 1 CO). Si on admet la notification d'une majoration fondée sur un autre motif que la variation de l'indice des prix à la consommation dans le cadre d'un bail indexé, le locataire ne saurait être privé de son délai de réflexion et de résiliation. Une telle hausse devrait ainsi parvenir au locataire au moins trois mois et dix jours (baux d'habitation ; art. 266*c* CO) ou six mois et dix jours (baux de locaux commerciaux ; 266*d* CO) avant son entrée en vigueur⁵⁶.

36. La validité d'une clause d'un bail indexé réservant expressément une adaptation en cas de charges nouvelles encourues par le bailleur⁵⁷ ou une modification du régime des frais accessoires est controversée en doctrine⁵⁸ et devrait à notre sens être niée⁵⁹.
37. La hausse notifiée pendant la durée du bail indexé peut faire l'objet d'une contestation, en saisissant l'autorité de conciliation dans les 30 jours, conformément aux articles 270*b* et 270*c* CO.
38. Un bail échelonné peut également être conclu pour une durée déterminée, de trois ans au minimum (art. 269*c* let a. CO)⁶⁰. Comme en matière de baux indexés, les parties peuvent toutefois convenir d'un droit de résiliation plus favorable pour le

⁵⁶ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269*b* CO N 31 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 653 s. et les réf. cit., dont les avis doivent être approuvés.

⁵⁷ Pour autant qu'elles n'aient pas pu être prises en considération à la conclusion du bail.

⁵⁸ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269*b* CO N 29 s., l'admet et considère que le régime des frais accessoires devrait également pouvoir être modifié en cours de bail ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 649 s. et les réf. cit.

⁵⁹ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 649 s., et les réf. cit. : cette hypothèse n'a pas été prise en compte dans l'admission « historique » des prestations supplémentaires. Il convient également de rappeler qu'en concluant un bail indexé, les parties acceptent l'aléa résultant de ce mode de fixation du loyer (ce qui au demeurant justifie une éventuelle adaptation selon la méthode relative ou absolue à l'issue de l'indexation), qui trouve son origine dans l'interdiction faite au bailleur, pour cinq ans au moins, de répercuter sur le loyer d'autres facteurs de majoration que le renchérissement (ATF 123 III 76, cons. 4c) : des adaptations durant cette période ne semblent dès lors devoir être admises que restrictivement.

⁶⁰ Il convient de préciser que seules les majorations de loyer sont visées ; art. 269*c* 1^{ère} phr. CO ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269*c* CO N 6.

locataire⁶¹. Pour le surplus, l'adaptation du loyer doit être fixée en francs et limitée à une fois par an au maximum. Les échelons doivent être définis en début de bail⁶² ou au moment de conclure la convention d'échelonnement ; ils peuvent être contestés avec le loyer initial, mais non en cours de bail, puisque les échelons ne peuvent être remis en cause ultérieurement (art. 270d CO, qui l'emporte sur l'art. 19 al. 2 OBLF)⁶³.

39. Enfin, si le locataire demande une prolongation de bail (art. 272 CO), l'une ou l'autre des parties au contrat peut demander une modification du contrat pour l'adapter à la nouvelle situation (art. 272c al. 1 CO ; voir *infra* let. C, point 2c).

3. Cas particulier : les clauses d'option

40. En cas d'option proprement dite, le rapport de bail se poursuit sans avoir pris fin (avec ou sans changement), de sorte qu'il n'y a pas de place pour une contestation de loyer initial en cas d'exercice du droit⁶⁴. Si un nouveau loyer plus élevé a été fixé dans la clause, cette hausse doit en revanche être notifiée au

⁶¹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269c CO N 9 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 662.

⁶² Dans les régions à pénurie, l'usage de la formule officielle peut être obligatoire pour les baux d'habitation (art. 270 al. 2 CO).

⁶³ Le Tribunal fédéral a récemment considéré que cette disposition restreignait indument la liberté contractuelle consacrée par l'art. 269c CO en imposant l'usage d'une formule officielle en cours de bail : TF du 01.11.19, 4A_124/2019, cons. 9.

⁶⁴ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 13 (comp. N 10) ; DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1241 ; en ce sens également, LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 477. Selon la jurisprudence, la conclusion formelle, entre les parties, d'un nouveau contrat durant un rapport de bail ne crée pas une nouvelle relation de bail, à moins qu'il n'y ait un changement, au moins partiel, des parties au contrat ou d'autres modifications contractuelles (ATF 131 III 566, cons. 3.1 et 3.2 ; TF du 30.11.17, 4A_455/2017, cons. 2.2, et note de DIETSCHY-MARTENET, Loyer initial : existence d'un nouveau bail et point de départ du délai pour contester lorsque le locataire est déjà en possession des locaux, Newsletter bail.ch, février 2018).

locataire au moyen d'une formule officielle, en application par analogie des articles 269*d* alinéa 1 CO et 19 OBLF⁶⁵. Il en va de même à notre sens en cas d'autres modifications au détriment du locataire (art. 269*d* al. 3 CO)⁶⁶.

41. La jurisprudence rendue en lien avec les baux échelonnés – dont la contestation du loyer n'est pas possible en cours de bail (art. 270*d* CO) – qui autorise le bailleur à renoncer à la notification⁶⁷ n'est pas transposable aux baux avec option de manière générale, dans la mesure où un tel contrat peut parfaitement être conclu pour une durée inférieure à trois ans, respectivement ne remplit pas nécessairement les conditions de l'article 269*c* CO⁶⁸. Or, les règles posées par cette disposition ne doivent pas pouvoir être contournées par le biais du droit d'option⁶⁹. Si toutefois le bail à option conclu respecte expressément les conditions précitées, le bailleur peut à notre sens se dispenser de la notification des échelons résultant de l'exercice de l'option⁷⁰.
42. La hausse ainsi notifiée peut être contestée dans un délai de 30 jours, conformément à l'article 270*b* al. 1 CO⁷¹.

⁶⁵ DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1242, qui considère que la notification de hausse doit être communiquée au plus tôt la veille de son entrée en vigueur, ce qui nous paraît opportun : le montant de la hausse était connu du locataire au moment de l'exercice de l'option, de sorte que ses droits sont ainsi préservés.

⁶⁶ Introduction de frais accessoires ou diminution des prestations du bailleur p. ex : ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270*b* CO N 3.

⁶⁷ TF du 01.11.19, 4A_124/2019, cons. 9.

⁶⁸ Notamment la fixation en francs de l'augmentation signifiée.

⁶⁹ En ce sens, DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1242.

⁷⁰ En ce sens, DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1242. A notre avis, cela vaut même si la durée du bail « initial » est inférieure à trois ans, mais égale trois ans au minimum si l'option est exercée, pour autant que le bailleur ne soit pas autorisé à y faire échec.

⁷¹ DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1242.

43. Lorsque l'option convenue est une option improprement dite, en ce sens qu'elle oblige les parties à négocier uniquement, un nouveau bail est conclu si les pourparlers aboutissent. En effet, lorsque la durée déterminée d'un bail est expirée, mais que les parties le reconduisent ensuite de manière expresse, il s'agit d'une nouvelle relation contractuelle au sens de la jurisprudence⁷².
44. Dans cette situation, le locataire peut contester le loyer initial, dans les 30 jours dès la réception de la chose louée (art. 270 al. 1 CO). Si le locataire était déjà en possession de la chose au moment de la signature du contrat, le délai pour contester le loyer initial ne commence à courir qu'au moment où il a signé le nouveau bail⁷³, voire à notre sens de son entrée en vigueur si elle est ultérieure⁷⁴. Dans une telle hypothèse, la formule n'est nécessaire qu'au sens de l'article 270 alinéa 2 CO, soit lorsqu'elle est rendue obligatoire par les cantons⁷⁵.

C. Protection contre les congés et baux de durée déterminée ?

1. Introduction

45. Comme on l'a vu (ci-dessus ch. III), par définition, les baux conclus pour une durée déterminée prennent fin à la date convenue ou à l'expiration de la durée convenue, sans congé. Le

⁷² ATF 139 III 145, cons. 4.2.3 ; ATF 121 III 397, cons. 2b/bb ; SVIT-K : Le droit suisse du bail à loyer, art. 270 CO N 5 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 12.

⁷³ TF du 27.11.2017, 4A_455/2017, cons. 4 et note de DIETSCHY-MARTENET, Loyer initial : existence d'un nouveau bail et point de départ du délai pour contester lorsque le locataire est déjà en possession des locaux, Newsletter Bail.ch, février 2018.

⁷⁴ En ce sens, DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1242 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 52 et les réf. cit. ; SVIT-K, art. 270 CO N 5 *if.* et N 44.

⁷⁵ Si la formule obligatoire n'est pas notifiée au locataire, le bail est partiellement nul en tant qu'il porte sur la fixation du loyer : ATF 140 III 583, cons. 3.2.1 et 3.2.2 ; récemment encore, ATF 146 III 82, cons. 3.3 et les réf. cit.

chapitre III du Titre huitième du CO, intitulé « *Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux* », comporte toutefois des règles de protection plus larges que ce que son titre laisse entendre. Il prévoit en particulier la possibilité pour le locataire de demander une prolongation de bail, même si celui-ci a été conclu pour une durée déterminée (ci-dessous point 2). En outre, le Tribunal fédéral interprète cette notion de protection contre les congés de manière large et a ouvert la voie à une requalification du contrat de durée déterminée en contrat de durée indéterminée, dans certaines circonstances (ci-dessous point 3).

2. Prolongation du bail

a) Principe et durée

46. Au sens de l'article 272 alinéa 1 CO, le locataire peut demander la prolongation d'un bail, même conclu pour une durée déterminée, lorsque la fin du contrat aurait pour lui ou sa famille des conséquences pénibles sans que les intérêts du bailleur le justifient. Une telle prolongation ne peut être accordée que pour les baux d'habitation ou de locaux commerciaux⁷⁶ et pour leurs accessoires⁷⁷.

⁷⁶ LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 993 s. et les réf. cit. Il convient de relever que la notion de locaux commerciaux est admise de manière relativement restrictive par le Tribunal fédéral, qui considère notamment que les locaux loués pour l'exercice de hobbies n'entrent pas dans cette catégorie : TF, DB 9/1997 n°22.

⁷⁷ Par exemple, la place de parc louée avec les locaux, même si elle fait l'objet d'un bail séparé, pour autant que les parties soient identiques ; CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 3 ss et la réf. cit. ; ég. CJ GE, DB 17/2005 n°18 : la protection peut exister si l'accessoire est loué en lien avec le logement ou le local commercial, même si les propriétaires sont différents, mais liés économiquement, ce qui doit être validé à notre sens ; LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 146 s. va plus loin et estime que le seul critère géographique devrait être suffisant, en sus du rapport de cause à effet.

47. La loi exclut cependant toute prolongation de bail (art. 272a CO) dans cinq cas de figure, soit en premier lieu les congés extraordinaires (demeure du locataire, violation grave du devoir de diligence ou grave manque d'égards envers les voisins et faillite du locataire ; art. 272a al. 1 let. a à c CO).
48. La prolongation est également exclue lorsque le bail a été expressément conclu pour une durée déterminée expirant au début des travaux ou à la réception de l'autorisation requise, en prévision d'une transformation ou d'une démolition (art. 272a al. 1 let. d CO)⁷⁸. Une telle clause n'est valable que si le bailleur avait un projet de travaux concret et sérieux au moment de conclure le bail, bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il ait déjà sollicité ou obtenu l'autorisation de construire ou de démolir⁷⁹ ; il faut en outre que les travaux débutent ou puissent débuter effectivement au départ du locataire⁸⁰. Cette clause de limitation de la durée doit être expressément et clairement convenue dès la conclusion du bail, le locataire s'engageant le plus souvent à ne pas s'opposer à la demande de permis de construire ou de démolir⁸¹. De telles dispositions contractuelles perdent toutefois leur portée si le projet est abandonné, différé sans raison ou modifié de manière importante. Le bailleur prudent prendra dès lors soin de détailler les travaux envisagés et de déterminer si le bail prend fin avec l'octroi ou l'entrée en force de l'autorisation de construire ou au début des travaux. Il doit de plus informer

⁷⁸ Cette disposition a pour but d'éviter que des locaux ne restent vides durant une période potentiellement importante, dans la crainte que les travaux ne puissent pas être effectués une fois les autorisations obtenues en raison de la présence de locataires ; LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 997 et les réf. cit.

⁷⁹ CPra Bail-CONOD, art. 272a CO N 4 ; LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 997 ; BSK OR I-WEBER, art. 272a CO N 6 ; comp. en matière de résiliation de bail : TF du 29.08.2017, 4A_200/2017, cons. 3.1, avec commentaire de DIETSCHY-MARTENET, *La preuve du « projet suffisamment mûr et élaboré » en cas de congés-rénovations*, Newsletter Bail.ch, novembre 2017.

⁸⁰ Autorisation ou permis de construire octroyé et en principe entré en force ; la doctrine est partagée à ce sujet : LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 997 et les réf. cit.

⁸¹ LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 997 et les réf. cit.

sans délai le locataire de la survenance de l'événement mettant un terme au bail et lui laisser un délai raisonnable pour déménager⁸².

49. Enfin, aucune prolongation n'est en principe accordée lorsque le bailleur offre au locataire des locaux d'habitation ou commerciaux équivalents (art. 272a al. 2 CO). Les locaux proposés doivent présenter des caractéristiques similaires (surface, nombre de pièces, état d'entretien, loyer, situation, notamment) à ceux dont le bail prend fin, sans nécessairement être identiques. Cette notion s'interprète toutefois de manière restrictive et une offre ferme et effective doit être démontrée⁸³.
50. La liste des cas dans lesquels la prolongation doit, en principe, être refusée est exhaustive, les règles considérées étant de droit impératif. Il appartiendra au bailleur de démontrer la réalisation d'un des cas précités⁸⁴. Dans les autres cas, le tribunal devra se prononcer sur l'octroi et, cas échéant, la durée d'une prolongation. Il devra procéder à une pesée des intérêts, selon les règles du droit et de l'équité, en tenant compte du but de la prolongation⁸⁵.
51. La prolongation du bail a pour but de permettre au locataire d'avoir suffisamment de temps pour trouver une solution de remplacement, en atténuant les conséquences pénibles résultant de la fin du contrat⁸⁶. L'article 272 alinéa 2 CO mentionne certains critères à prendre en considération dans le cadre de la pesée des intérêts, qui ne sont toutefois pas exhaustifs. Il s'agit notamment des circonstances de la conclusion du bail et du

⁸² LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 998.

⁸³ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 998 s. et les réf. cit.

⁸⁴ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 995 s. et 999. Comp. toutefois ATF 135 III 121, cons. 5, ATF 142 III 336, cons. 5.3.1 et TF du 23.05.2017, 4A_58/2017, cons. 3.2, concernant la prolongation lors d'une résiliation (validée) pour un besoin propre urgent.

⁸⁵ ATF 142 III 336, cons. 5.3.2 ; ATF 125 III 226, cons. 4b.

⁸⁶ ATF 125 III 226, cons. 4b.

contenu du contrat⁸⁷, de la durée du contrat, de la situation personnelle et familiale des parties, du besoin que le bailleur ou ses proches peuvent avoir d'utiliser les locaux, ainsi que de l'urgence de ce besoin et de la situation sur le marché. D'autres critères peuvent toutefois également être pris en compte, tels la nature ou l'importance des activités du locataire, l'éventuel licenciement de ses employés, les difficultés supplémentaires liées à un double déménagement, par exemple⁸⁸.

52. On entend par circonstances pénibles celles qui rendent difficile la recherche de locaux de remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail. Il peut s'agir d'éléments subjectifs ou objectifs, dont le juge va tenir compte dans le cadre de la pesée des intérêts qu'il doit effectuer pour décider de l'octroi et, cas échéant, de la durée de la prolongation⁸⁹. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec retenue une décision de dernière instance cantonale ; en particulier, il intervient seulement si le prononcé s'écarte sans raison des règles établies, s'il repose sur des faits qui ne devraient jouer aucun rôle, méconnaît des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération ou lorsque le résultat de l'appréciation est manifestement injuste ou aboutit à une iniquité choquante⁹⁰.
53. La prolongation du bail peut être octroyée pour une durée maximale de quatre ans pour les baux d'habitation et de six ans pour les baux commerciaux ; dans ces limites, une ou deux prolongations peuvent être accordées (art. 272*b* al. 1 CO)⁹¹. Le

⁸⁷ Par exemple, si le locataire a été autorisé à effectuer des investissements importants dans les locaux ou, au contraire, si le bail est expressément conclu pour une durée limitée parce que le bailleur se trouverait provisoirement à l'étranger ; voir notamment CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 15 ss.

⁸⁸ CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 29 ss.

⁸⁹ CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 7 ss.

⁹⁰ Récemment, TF du 20.01.2020, 4A_443/2019, cons. 9 et les réf. cit. ; ATF 136 III 190, cons. 6 ; ATF 135 III 121, cons. 2 ; ATF 125 III 226, cons. 4b.

⁹¹ Le bail prolongé judiciairement devient ainsi un bail de durée (déterminée) maximale, qui prend fin à l'échéance de la prolongation au plus tard, sans congé : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 6 ; LACHAT

juge dispose, on l'a vu, d'un large pouvoir d'appréciation et peut octroyer une unique prolongation ou une première prolongation, à l'issue de laquelle le locataire pourra cas échéant demander une seconde prolongation⁹². Une prolongation unique est généralement octroyée lorsqu'une modification des circonstances propres aux parties n'est pas à attendre. Une première prolongation est en revanche indiquée lorsqu'il n'est pas possible de faire des pronostics en lien avec la situation des parties⁹³. Lorsque le locataire demande une seconde prolongation, l'autorité doit s'assurer qu'il a entrepris toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé et se montrer plus rigoureux qu'au stade de la première prolongation⁹⁴.

54. En pratique, une prolongation unique est privilégiée. En effet, si l'octroi d'une première prolongation peut être opportun dans des situations particulières⁹⁵, les parties ont souvent intérêt à être fixées sur l'échéance maximale du contrat, de sorte qu'il paraît préférable d'octroyer une unique prolongation, cas échéant plus longue, qui ne pourra pas donner lieu à une nouvelle procédure judiciaire⁹⁶.

ET AL., Le bail à loyer, p. 791 note 22 ; SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 290 s.

⁹² Aucune de ces deux solutions n'a la priorité sur l'autre, mais le juge doit motiver son choix : TF du 11.11.14, 4A_386/2014, cons. 4.3, et TF du 05.06.09, 4A_105/2009, cons. 3.1 et 3.2.

⁹³ CPra Bail-CONOD, art. 272b CO N 3, 4, 6 et les réf. cit : une première prolongation est notamment indiquée si la situation de l'une ou l'autre des parties est incertaine : travaux importants pour lesquels une autorisation doit être obtenue, situation provisoire du locataire dont l'évolution est inconnue (divorce ou séparation).

⁹⁴ TF du 28.11.13, 4A_545/2013, cons. 4.2.

⁹⁵ Tel pourrait notamment être le cas, outre les exemples cités usuellement (CPra Bail-CONOD, art. 272b CO N 8), dans l'hypothèse où le locataire a un projet de construction en cours, avec une date de déménagement planifiée, sous réserve d'imprévus de chantier par exemple.

⁹⁶ En ce sens également, CPra Bail-CONOD, art. 272b CO N 12.

55. Cela étant, le fait que le bail a été conclu pour une durée déterminée sera pris en compte par le juge dans le cadre de la pesée des intérêts (art. 272 al. 2 let. a et b CO). Ainsi, le locataire qui a conclu un bail de durée déterminée s'expose à se voir refuser une prolongation ou octroyer une courte prolongation. Le juge doit en effet se montrer restrictif, puisque l'intention reconnaissable du cocontractant était de ne pas prolonger le bail⁹⁷.

b) Procédure

56. Lorsqu'il a conclu un bail de durée déterminée, le locataire qui souhaite obtenir une prolongation doit saisir l'autorité de conciliation d'une requête en ce sens au plus tard 60 jours avant l'échéance de celui-ci (art. 273 al. 2 let. b CO).
57. S'il a déjà obtenu une première prolongation, il doit saisir l'autorité au plus tard 60 jours avant l'expiration de celle-ci (art. 273 al. 3 CO).
58. Les délais précités sont des délais de péremption et le juge doit examiner d'office s'ils ont été respectés⁹⁸. Lorsque l'objet loué est le logement familial, le conjoint ou le partenaire enregistré du locataire peut demander seul une prolongation du bail (art. 273a al. 1 CO)⁹⁹. En cas de colocation (même s'il s'agit de conjoints ou partenaires enregistrés), il est également admis que l'un des signataires du bail peut agir seul ; il doit toutefois diriger sa

⁹⁷ TF du 01.02.2010, 4A_552/2009, cons. 2.5.1 ; CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 17 et 20 ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 1003, précise à raison que cette approche doit toutefois être relativisée et ne vaut que pour autant que la conclusion de baux de durée déterminée demeure exceptionnelle et n'a pas pour but de priver le locataire de la possibilité d'une prolongation de bail ; sur ces questions, voir *infra* point 3.

⁹⁸ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 1026 s.

⁹⁹ Il convient de rappeler qu'une éventuelle convention sur la fin du bail doit être conclue avec les deux époux ou partenaires (art. 273a al. 2 CO).

demande également contre le ou les locataires qui ne veulent pas saisir l'autorité¹⁰⁰.

59. Tant que dure la procédure, le locataire est autorisé à rester dans les locaux, pour autant que la prolongation demandée ne soit pas échue. Dans cette dernière hypothèse, il doit libérer l'objet loué à la survenance du terme choisi, même si aucun jugement n'a encore été rendu et le bailleur pourra demander son expulsion après cette date¹⁰¹. Ainsi, le locataire prudent sollicitera une prolongation suffisamment longue pour lui permettre de se reloger de manière effective.

c) Droits du locataire pendant la prolongation

60. Pendant la prolongation du bail, le locataire dispose de possibilités de résiliation facilitée. En particulier, à défaut d'accord ou de jugement contraire, il est autorisé à résilier le bail en observant un délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois lorsque la prolongation ne dépasse pas une année (art. 272d let. a CO) ou en observant un délai de congé de trois mois pour un terme légal lorsque la prolongation dépasse une année (art. 272d let. b CO).
61. Le locataire peut également prendre en procédure des conclusions lui permettant de résilier le bail en tout temps, moyennant un préavis de 30 jours pour la fin d'un mois, même si la prolongation dépasse la durée d'une année. Une telle solution, conventionnelle ou ordonnée par le juge, peut être dans l'intérêt des deux parties : elle offre plus de souplesse au locataire pour se reloger et favorise son départ rapide.
62. Pour le reste, durant la prolongation, le contrat de bail reste en principe inchangé (art. 272c al. 2 1^{ère} ph. CO).
63. Une adaptation des conditions du contrat peut toutefois être requise du juge durant la prolongation (art. 272c al. 1 CO), par l'une ou l'autre des parties, sans qu'il ne soit nécessaire de

¹⁰⁰ ATF 145 III 281, cons. 3.4 ; ATF 140 III 598, cons. 3.

¹⁰¹ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 1028.

respecter un préavis. Les prétentions formulées doivent en revanche être motivées et justifiées. Une demande de baisse ou de hausse de loyer peut être formulée, qui sera en principe appréciée selon la méthode relative. Le bailleur peut également demander l'autorisation de rénover les locaux ou d'introduire de nouveaux frais accessoires, par exemple¹⁰². Dans le cadre de la prolongation d'un bail de durée déterminée, une telle demande doit préalablement être soumise à l'autorité de conciliation et le locataire qui sollicite une prolongation de bail doit dès lors prendre des conclusions à cet égard également¹⁰³. S'agissant d'une exception au principe selon lequel le bail reste inchangé durant la prolongation, le juge fera preuve d'une certaine retenue, afin notamment d'éviter d'aggraver les conséquences pénibles du congé pour le locataire¹⁰⁴. Les possibilités d'adaptation légale (baisse ou hausse de loyer) sont réservées par la loi et restent possibles durant la prolongation¹⁰⁵.

3. Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée

a) Genèse

64. Depuis de nombreuses années maintenant, des régies immobilières et des importants propriétaires fonciers, même institutionnels, proposent sur le marché des baux de durée déterminée. Il s'agissait dans un premier temps semble-t-il de

¹⁰² CPra Bail-CONOD, art. 272c CO N 2 ss ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 1022 ss.

¹⁰³ CPra Bail-CONOD, art. 272c CO N 2 ss ; il convient de préciser que si le locataire conteste la validité d'un congé, il y a lieu de faire preuve de plus de souplesse et d'éviter de faire preuve de formalisme excessif lorsque l'autorité confirme celui-ci mais octroie une prolongation de bail au locataire.

¹⁰⁴ LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 1022 ss.

¹⁰⁵ CPra Bail-CONOD, art. 272c CO N 12 ss ; les règles usuelles doivent être respectées, notamment l'usage de la formule officielle. Au surplus, la doctrine est divisée s'agissant des échéances à respecter ; avec LACHAT ET AL., p. 1020, il faut considérer que le locataire peut faire usage des échéances et délais de l'article 272d CO, puisqu'il dispose d'une possibilité de résiliation facilitée.

baux à court terme (douze mois ou moins), puis ultérieurement de baux conclus pour une durée de trois à cinq ans. Rapidement, certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence et la licéité de cette pratique, eu égard notamment aux règles de protection des locataires¹⁰⁶. En effet, à tout le moins s'agissant de la proposition systématique faite aux locataires potentiels de conclure des baux de courte durée, l'objectif de dissuader les locataires de contester le loyer initial était patent. Si le bail était conclu pour une courte durée, l'intérêt à entreprendre une telle démarche était effectivement limité. En situation de pénurie notoire de logements, de nombreux locataires avaient l'espoir de voir leur bail prolongé, ce qu'on leur laissait du reste entendre assez régulièrement. Le locataire comprenait, en signant un tel bail, que son éventuel renouvellement dépendrait fortement de son comportement et notamment du fait de savoir s'il contesterait son loyer initial¹⁰⁷.

65. Ainsi, la question de la validité de la conclusion de baux successifs de durée déterminée, voire même de baux initiaux de durée limitée a commencé à se poser avec une acuité particulière dans les régions à pénurie de logements¹⁰⁸.
66. Jusqu'en 2010, le Tribunal fédéral s'est penché à quelques reprises sur des problématiques relatives à une succession de contrats de durée déterminée¹⁰⁹. Dans les cas qui lui ont été soumis, des motifs objectifs sous-tendaient la conclusion de baux

¹⁰⁶ SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 289 ss et les réf. cit.

¹⁰⁷ SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 292 s.

¹⁰⁸ SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 289 ss et les réf. cit. ; SIEGRIST, Validité des contrats en chaîne : les droits des locataires sont-ils garantis ? Newsletter Bail.ch, mai 2013 ; DIAZ, Validité des contrats conclus en chaîne en droit du bail, Plaidoyer 5/13, p. 12.

¹⁰⁹ TF du 21.03.00, 4C.455/1999, cons. 2, rés. et commenté *in* : DB 14/2002 n°22 ; TF du 03.11.03, 4C.155/2003, cons. 3.2 et 3.3 ; TF du 11.06.10, 4A_420/2009, cons. 5.3 et 5.4.

de durée déterminée, qui correspondaient à la volonté réelle des parties, de sorte que ce choix n'était pas critiquable.

67. En effet, la loi ne contient aucune disposition interdisant de conclure plusieurs baux à durée déterminée, ce qui est dès lors admis sur le principe. La conclusion successive de tels contrats peut toutefois aboutir globalement au même résultat qu'un contrat de durée indéterminée résiliable et il convient dès lors de rechercher dans quelle mesure cette construction juridique est susceptible d'éluider des dispositions impératives protégeant le locataire¹¹⁰. En particulier, l'enchaînement de baux de durée déterminée procure divers avantages au bailleur. Comme on l'a vu, si le locataire peut contester le loyer initial, les conditions pour s'opposer à une majoration sont plus restrictives qu'en cours de bail de durée indéterminée¹¹¹. En outre, diverses problématiques liées à la fin du bail peuvent se poser. En premier lieu, le bail prend fin sans congé et sans qu'une formule officielle ne soit notifiée au locataire, qui l'informe de ses droits de contestation (art. 266l al. 2 CO). Si le locataire veut requérir la prolongation du bail, il doit saisir l'autorité de conciliation 60 jours avant son expiration (art. 273 al. 2 CO), de sorte que la conclusion de baux de très courte durée pourrait mettre à néant ce droit¹¹². Par ailleurs, dans un système de baux de durée déterminée, chaque partie est entièrement libre de conclure ou non un nouveau contrat, de sorte que la protection telle que prévue en matière de résiliation de bail (art. 271 al. 1 et 271a al. 1 et 2 CO notamment) est inopérante. Dès lors, le bailleur peut refuser son accord à la poursuite des relations contractuelles s'il a succombé dans une procédure ou s'il considère que le locataire est trop revendicateur, ce qui pourrait inciter ce dernier à renoncer à faire valoir ses droits pour ne pas compromettre ses chances de voir son bail renouvelé¹¹³. Or, il sied de relever que les

¹¹⁰ ATF 139 III 145, cons. 4.2.2 et les réf. cit.

¹¹¹ Voir *supra* let. B ; ATF 139 III 145, cons. 4.2.3.

¹¹² ATF 139 III 145, cons. 4.2.3.

¹¹³ En ce sens, CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 9 ; SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial,

dispositions de protection contre les congés sont étroitement liées à la protection des droits conventionnels et légaux du locataire, notamment le droit à la fixation d'un loyer non abusif¹¹⁴ ; ces normes ont été mises en place pour éviter que le bailleur ne profite abusivement de sa position dominante¹¹⁵ et ne doivent dès lors pas pouvoir être contournées.

68. Cette problématique des contrats « en chaîne » a été abordée par le Tribunal fédéral en 2012¹¹⁶. Dans le cas qui lui a été soumis, les parties avaient signé plusieurs contrats de durée fixe, mais la situation des locataires était très particulière : en effet, il s'agissait de ressortissants espagnols venus travailler en Suisse, à l'origine sur une base annuelle, et qui avaient affirmé (faussement) au bailleur retourner dans leur pays à une date définie, afin d'obtenir une prolongation de la durée du dernier contrat signé. Dans ce contexte, la Haute cour a rappelé le principe de la licéité de la conclusion de baux de durée déterminée¹¹⁷. Si toutefois la conclusion de tels contrats successifs a pour but de permettre au bailleur d'échapper à des règles impératives conférant des droits au locataire, il commet une fraude à la loi et ne saurait être protégé¹¹⁸. Il appartient à la partie qui se prévaut de la fraude d'établir que le système mis en place ne s'explique que par la volonté de contourner des règles impératives, ce qui n'était pas le

PJA 2010 p. 289 et 300 s. ; FETTER, La contestation du loyer initial, p. 132 ss. Ces auteurs évoquent notamment la contestation du loyer initial, d'une hausse de loyer, d'un décompte de chauffage, le fait de renoncer à demander des travaux. On pourrait également envisager que le locataire renonce à consigner son loyer, à demander une réduction pour des nuisances, à contester l'introduction de nouveaux frais accessoires (comp. Fiche juridique ASLOCA n°1344, convention ratifiée par le TC VD, CACI 30.11.15, n° 646) ou à faire valoir toute autre prétention à l'encontre de son bailleur.

¹¹⁴ ATF 139 III 145, cons. 4.2.3.

¹¹⁵ Message du 27 mars 1985, FF 1985 I 1376 et 1378.

¹¹⁶ ATF 139 III 145, cons. 4 ss.

¹¹⁷ Le Tribunal fédéral a notamment précisé que, contrairement aux règles applicables en matière de droit du travail (comp. art. 324a, 335c, 336c ou 339b CO), les prétentions que le locataire peut faire valoir ne sont pas directement liées à la durée du contrat : ATF 139 III 145, cons. 4.2.2 et 4.2.3.

¹¹⁸ ATF 139 III 145, cons. 4.2.4.

cas en l'espèce, notamment au vu de la situation professionnelle et des allégations des locataires¹¹⁹.

b) Principes

69. Comme on l'a vu, sur le fond, un contrat de bail – comme un contrat de travail¹²⁰ – peut être conclu pour une durée déterminée, soit prendre fin sans congé à l'issue d'une durée convenue ou, dans les autres cas, pour une durée indéterminée (art. 255 CO). Le principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) implique que les parties sont libres de choisir entre ces deux figures juridiques. A l'instar de l'article 334 CO pour le contrat de travail, l'art. 266 alinéa 2 CO envisage expressément une reconduction tacite du bail de durée déterminée et présume que le nouveau contrat est de durée indéterminée. Rien n'empêche toutefois les parties de convenir d'un nouveau contrat à terme fixe¹²¹.
70. La clause générale de l'article 2 alinéa 2 CC permet toutefois, lorsque l'exercice d'un droit devient abusif, d'éviter qu'il soit protégé par le juge. En particulier, il est possible d'écarter une norme si son utilisation par le justiciable, dans les circonstances concrètes, conduit à un résultat contraire aux valeurs que l'ordre juridique est censé protéger¹²². Plus précisément, les parties sont libres de conclure un contrat de bail de durée déterminée, voire plusieurs contrats de durée déterminée successivement, sous

¹¹⁹ ATF 139 III 145, cons. 4.3.1 à 4.3.3.

¹²⁰ Le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence établie en matière de droit du travail concernant les contrats en chaîne, de sorte que l'on peut envisager de renvoyer à certaines notions qui y ont été développées, notamment s'agissant de l'interdiction de la fraude à la loi ; voir WYLER ET AL., Droit du travail, p. 641 ss.

¹²¹ ATF 139 III 145, cons. 4.1.2 ; TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.1.1, notamment.

¹²² PICHONNAZ, L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer, *in* : 18^e Séminaire sur le droit du bail, 2014, p. 143 ss, spéc. p. 146 ss.

réserve d'une fraude à la loi¹²³. Le choix de cette figure juridique ne doit en substance pas permettre d'éluder des dispositions impératives protégeant le locataire¹²⁴.

71. Le bail de durée déterminée se distingue du bail à durée indéterminée en particulier s'agissant du fait que, prenant fin sans congé, il échappe largement aux règles de protection contre les congés abusifs, qui sont de nature impérative. De même, le loyer ne peut pas être modifié en cours de bail et, dans un système de contrats en chaîne, par hypothèse, le bailleur peut imposer une augmentation de loyer inférieure ou égale à 10% en échappant à tout contrôle judiciaire, si le locataire ne se trouve pas dans une situation de contrainte¹²⁵. Cas échéant, le locataire peut donc se retrouver dans l'alternative de renoncer à la défense de ses intérêts dans l'espoir de voir le contrat reconduit ou de faire valoir ses droits au risque de devoir quitter son logement à une échéance définie ; il ne dispose au demeurant pas des possibilités découlant de la protection contre les congés abusifs.
72. Ainsi, commet une fraude à la loi le bailleur qui, en soi, a l'intention de s'engager pour une durée indéfinie, mais qui opte pour un système de baux à durée déterminée aux seules fins de mettre en échec des règles impératives destinées à protéger les locataires¹²⁶, cela qu'il s'agisse de contrats en chaîne ou d'un

¹²³ ATF 139 III 145, cons. 4.2.4 ; TF du 18.05.18, 4A_48/2018, cons. 6 ; TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4. Ne commet pas une telle fraude le bailleur qui, à la suite d'une résiliation valable, convient d'une prolongation de bail avec son locataire : OG ZH, du 15.05.19, cons. 4.3e.

¹²⁴ ATF 139 III 145, cons. 4.1.2 ; TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.1.1.

¹²⁵ ATF 139 III 145, cons. 4.2.3.

¹²⁶ ATF 139 III 145, cons. 4.2.4 ; TF du 18.05.18, 4A_48/2018, cons. 6 ; TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.1.4. Comp. également WYLER ET AL., Droit du travail, p. 642 ss, et les réf. cit. ; ATF 129 III 618, cons. 6.2. Récemment : TF du 02.09.19, 4A_624/2018, cons. 3.1.2 : en matière de droit du travail, les contrats en chaîne dont la durée n'est justifiée par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder les dispositions de protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail sont constitutifs d'une fraude à la loi au sens de la jurisprudence et, dès lors, prohibés.

premier contrat¹²⁷. Dans une telle hypothèse, le locataire est donc admis à faire examiner la validité de la clause de durée déterminée par le juge.

73. La fraude à la loi a notamment été retenue dans les cas suivants :
74. Le bailleur, dans ses annonces, ne mentionne pas la durée déterminée du contrat, mais n'en informe les locataires qu'au moment de la signature du bail ; un témoin entendu indique que la limitation de durée aurait pour objet de s'assurer du paiement régulier du loyer ; en outre, tous les baux hormis ceux des locataires qui contestent le loyer initial ont été prolongés¹²⁸.
75. La pratique du bailleur est de conclure, pour les objets soumis à un contrôle des loyers par l'autorité administrative, des baux de durée déterminée de quatre à cinq ans, à savoir, trois ans au loyer fixé par l'autorité puis un à deux ans à un loyer fortement majoré, correspondant au prix du marché, dans un contexte de pénurie notoire¹²⁹.
76. A notre sens, le fait que le bailleur propose des contrats d'une durée déterminée relativement longue, par hypothèse cinq ans, ne fait pas obstacle à l'existence d'une éventuelle fraude à la loi, notamment lorsqu'il existe une situation de pénurie sur le marché du logement et qu'il s'agit d'une politique locative du bailleur¹³⁰.

¹²⁷ TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.2.1 : les éléments constitutifs d'une fraude à la loi, parmi lesquels la volonté de contourner des règles impératives de protection du locataire, peuvent en effet exister dès la conclusion d'un premier bail de durée déterminée.

¹²⁸ TF du 18.05.18, 4A_48/2018, cons. 6 ; CJ GE, 04.12.17, rés. *in* : Fiches juridiques ASLOCA n°1441 ; CONOD, Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée, Newsletter Bail.ch, juillet 2018 ; également commentaire nuancé de CONOD, *in* : DB 2018, p. 25.

¹²⁹ TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.3 et 4.4 ; KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 150/2014, pp. 917 ss, spéc. 923 s. ; voir toutefois CJ GE du 12.02.13 et commentaire de CONOD, Requalification d'un bail de durée déterminée, Newsletter Bail.ch, juin 2019 ; également DB 2019 p. 48 ss et commentaire de CONOD.

¹³⁰ Le Tribunal fédéral semble aller en ce sens : TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.3 et 4.4, qui note que le fait que le locataire n'a pas d'intérêt concret à

c) Procédure et nature de l'action

77. Le Tribunal fédéral considère que la notion de protection contre les congés doit être comprise dans une acception large, la règle ayant pour but la protection du locataire¹³¹.
78. Sur le plan procédural, cela implique que la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c CPC) est applicable à tous les litiges relevant de la « protection contre les congés », sans égard à la valeur litigieuse, dès que le tribunal doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée¹³². Peu importe à cet égard que le juge ait été saisi de conclusions en inefficacité, invalidité ou annulation du congé, respectivement en prolongation de bail par le locataire ou que le bailleur ait pris des conclusions en expulsion ou en constatation de la fin du bail¹³³. La Haute cour considère en effet qu'il ne se justifie pas de traiter de manière différente, sur le plan procédural, la question de la fin d'un bail de durée déterminée, notamment en lien avec l'application de la maxime inquisitoire sociale¹³⁴.

conclure un tel bail est également relevant. CONOD, DB 2018, p. 25, considère quant à lui que l'action du locataire ne serait pas recevable faute d'intérêt actuel à agir ; au vu de la jurisprudence précitée, cet avis ne nous semble pas devoir être suivi, le locataire ayant un intérêt manifeste et actuel à déterminer même en début de bail s'il pourra demeurer à long terme dans son logement (voir *infra* c).

¹³¹ ATF 142 III 690, cons. 3.1 ; ATF 142 III 402, cons. 2 (pour une analyse détaillée de l'art. 243 al. 2 let. c CPC relatif au champ d'application de la procédure simplifiée) ; ATF 139 III 457, cons. 5.2.

¹³² ATF 142 III 690, cons. 3.1.

¹³³ Le bailleur peut toutefois agir en cas clair si les conditions en sont réunies et, dans ce cas, la procédure sommaire est donc applicable ; en ce sens, BOHNET, Proposition de jugement, procédure applicable et requalification du contrat, Newsletter Bail.ch, novembre 2016.

¹³⁴ ATF 142 III 690, cons. 3.1 ; également TF du 24.07.17, 4A_340/2017, cons. 2 ; TF du 16.05.18, 4A_359/2017, cons. 4 ; pour une analyse récapitulative : DIETSCHY-MARTENET, La « protection contre les congés » : un état des lieux, Newsletter Bail.ch, septembre 2017.

79. En conséquence, l'autorité de conciliation est compétente pour statuer, par proposition de jugement (art. 210 al. 1 let b et art. 243 al. 2 let. c CO) sur la question de la requalification d'un contrat de bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée¹³⁵.
80. Il appartient au locataire d'alléguer et de prouver la fraude à la loi, s'il estime que la conclusion d'un bail de durée déterminée a pour but de faire échec à des règles impératives¹³⁶. Il convient toutefois de tenir compte du fait que l'éventuelle intention frauduleuse constitue une circonstance interne au bailleur, de sorte qu'une preuve stricte de celle-ci confine à l'impossible¹³⁷. Dès lors, le Tribunal fédéral admet que lorsque le locataire allègue de manière détaillée en quoi consiste 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 les raisons qui l'ont amené à proposer la conclusion de baux de durée déterminée. Le défaut de motif plausible, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble de tous les éléments (dont notamment l'existence d'une pénurie de logements et une pratique systématique du bailleur), peut conduire à admettre une fraude à la loi¹³⁸.

¹³⁵ L'art. 210 al. 1 let. b CO et l'art. 243 al. 2 let. c CO posent en effet des conditions identiques : ATF 142 III 690, cons. 3.1 et ATF 142 III 402, cons. 2.5.3.

¹³⁶ ATF 139 III 145, cons. 4.2.4 ; TF du 13.11.13, 4A_423/2013, cons. 2 ; TF du 18.08.18, 4A_48/2018, cons. 6 ; TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.1.4.

¹³⁷ TF du 12.04.2019, 4A_598/2018, cons. 4.2.3 ; LCHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 798 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 9. Comp. également en matière de droit public : ATF 144 II 49, cons. 2.2 : les soupçons sérieux de fraude à la loi peuvent être suffisants, la situation devant être appréciée au cas par cas.

¹³⁸ TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.2.3 et les réf. cit. ; voir également KOLLER, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, RJB 156/2020, p. 1 ss, spéc. p. 10 s. : qui considère qu'il s'agit d'une précision de jurisprudence, en relevant toutefois que cet arrêt n'a pas été publié ; dans ce sens également : BIERI, La requalification des baux de durée déterminée, Jusletter 7 octobre 2019 ; RUBLI, Jurisprudence choisie en droit du bail, Plaidoyer 5/19, p. 288 ss, spéc. p. 33 ; critique : CONOD, Requalification d'un bail d'une durée déterminée, Newsletter Bail.ch, juin 2019, p. 4 ; ROHRER,

81. A notre sens, cette approche doit être validée, puisque le bailleur qui entend effectivement contourner des dispositions impératives du droit du bail sera peu enclin à collaborer à la procédure, au contraire de celui dont les motivations sont légitimes. En effet, comme c'est le cas en matière de congé, si le locataire supporte le fardeau de la preuve du caractère abusif du comportement incriminé, il lui est impossible de connaître les motivations du bailleur, qui doit dès lors contribuer loyalement à la manifestation de la vérité. A défaut, le juge peut en déduire dans le cadre de l'appréciation des preuves que le congé ne repose sur aucun motif valable ; en outre, s'il invoque un fait favorable à sa thèse, le bailleur doit en prouver la véracité¹³⁹.
82. Dans ce contexte, la conclusion systématique de baux de durée déterminée paraît problématique, en tout cas lorsque le marché du logement est tendu. Dans une situation de pénurie, en effet, si le bailleur entend imposer à un locataire (ou même à tous ses locataires) qui souhaite *a priori* se loger durablement un bail de durée déterminée, il doit être en mesure d'exposer les raisons de ce choix. Or, à défaut de motif concret et sérieux¹⁴⁰, on voit mal qu'une telle politique locative vise un autre but que d'éviter des

MRA 2/19, p. 91 ss, spéc. p. 101 ss. Voir également en matière de droits des actionnaires, l'ATF 140 III 610, consid. 4.1, qui admet que lorsqu'une preuve stricte n'est pas possible en raison de la nature de l'affaire ou ne peut être raisonnablement exigée, le degré de preuve requis peut se limiter à la vraisemblance prépondérante (doctrine dite de l'état de nécessité de la preuve : voir BIERI, La requalification des baux de durée déterminée, *in* : Jusletter 7 octobre 2019, p. 4).

¹³⁹ Sur les congés : CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 39 ; récemment : TF du 14.04.16, 4A_547/2015, cons. 2.1.1 ; ATF 135 III 112, cons. 4.1.

¹⁴⁰ Par exemple, la conclusion de tels baux paraît admissible si le bailleur dispose d'un projet de rénovation, de transformation ou de réaffectation de l'immeuble, s'il conclut avec un travailleur détaché pour une durée limitée en Suisse, ou avec des étudiants pour la durée d'une année académique, de même, en cas de location saisonnière d'un magasin ou s'il a des doutes sérieux quant à la solvabilité du locataire (BIERI, La requalification des baux de durée déterminée, *in* : Jusletter 7 octobre 2019, p. 7). La durée déterminée du bail doit également être validée si le bailleur s'absente à l'étranger pour une durée limitée et entend réintégrer son appartement à son retour.

contestations, de quelque nature que ce soit. Admettre cette pratique de manière générale reviendrait à vider les règles impératives de droit du bail de leur substance¹⁴¹. Dans le même sens, le bailleur qui conclut systématiquement des baux de durée déterminée pour la durée du contrôle des loyers, puis qui propose au locataire installé dans l'appartement un nouveau bail, avec un loyer massivement augmenté au motif d'une adaptation aux loyers usuels du quartier ou de la localité commet à notre sens une fraude à la loi.

83. Au vu des considérations qui précèdent, il est désormais admis que, si le juge considère que la conclusion du bail à terme fixe constitue une fraude à la loi, en tant que cette clause du contrat viole des dispositions impératives du droit du bail, il peut requalifier le contrat en bail de durée indéterminée. Le Tribunal fédéral retient ici l'existence d'une fraude à la loi, qui consiste à conclure des actes en eux-mêmes licites, mais destinés à éluder une interdiction légale¹⁴². Si une telle fraude à la loi est retenue, la norme éludée est dès lors applicable au contrat¹⁴³. Cela signifie concrètement que le contrat doit être interprété à l'aune des dispositions impératives éludées. Ainsi, le juge est autorisé à constater que le bail conclu est un bail de durée indéterminée¹⁴⁴, renvoi étant fait aux dispositions légales s'agissant des échéances contractuelles.

¹⁴¹ En ce sens, KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 150/2014, p. 917 ss, spéc. 923 s.; KOLLER, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, RJB 156/2020, p. 1 ss, spéc. p. 7 ss; également TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 4.2.3 et les réf. cit.

¹⁴² ATF 139 III 145, cons. 4.1 et 4.2.4; TF du 12.04.19, 4A_598/2018.

¹⁴³ ATF 125 III 257, cons. 3, JT 1999 II 163; CHAPPUIS, CR CC I, art. 2 CC N 54 et les réf. cit.

¹⁴⁴ TF du 12.04.19, 4A_598/2018, cons. 5; CONOD, Requalification du bail de durée déterminée, Newsletter Bail.ch, juillet 2018; également BIERI, La requalification des baux de durée déterminée, *in*: Jusletter 7 octobre 2019, p. 8.

84. Ainsi, le locataire qui agit en requalification du contrat de bail de durée déterminée en durée indéterminée peut uniquement prendre des conclusions de nature constatatoire (88 CPC).
85. Cela signifie en particulier que le locataire doit démontrer l'existence d'un intérêt digne de protection à agir (art. 59 al. 2 let. a CO)¹⁴⁵. Cet intérêt peut être de fait, mais il doit être important et immédiat. Tel est le cas si le requérant est menacé par l'incertitude concernant ses droits et qu'une constatation judiciaire pourrait éliminer celle-ci, une action condamnatoire n'étant pas possible¹⁴⁶. L'intérêt de fait est notamment réalisé lorsque les relations entre les parties sont incertaines et que cette incertitude peut être levée par la constatation judiciaire. Il faut en outre que l'on ne puisse pas exiger de la partie demanderesse qu'elle tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision¹⁴⁷.
86. A notre sens, même si le bail de durée déterminée est conclu pour cinq ans, l'existence d'un intérêt suffisant n'est pas douteuse. En effet, un tel bail (quoique de manière moins patente) peut également être conclu dans le but de dissuader le preneur d'exercer ses droits, en particulier de contester le loyer initial. Or, le locataire, dès le début du contrat, dispose d'un intérêt de fait important et digne de protection à déterminer s'il peut espérer satisfaire son besoin de logement à long terme, tout particulièrement en situation de pénurie¹⁴⁸.

¹⁴⁵ En ce sens, mais sur la base d'une jurisprudence cantonale désormais obsolète, CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 9 ; également CONOD, Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée, Newsletter Bail.ch, juillet 2018.

¹⁴⁶ Pour une analyse détaillée de ces notions, BOHNET, CR CPC, art. 88 CPC N 4 ss, et les réf. cit.

¹⁴⁷ ATF 135 III 378, cons. 2.2.

¹⁴⁸ Le Tribunal fédéral semble aller en ce sens et admet en toute hypothèse que la cause relève de la protection contre les congés (et que la procédure simplifiée est dès lors applicable), même au début d'un bail conclu pour cinq ans, que le locataire ait pris des conclusions en requalification et subsidiairement en prolongation (ATF 142 III 690, cons. 3.2.) ou uniquement en requalification du bail (TF du 05.12.16, 4A_547/2016, cons. 2.1) ; *contra* : CONOD,

87. Le locataire devrait prendre des conclusions du type de celles qui suivent :
88. Constaté que le contrat conclu est un contrat de durée indéterminée, avec une première échéance le (*date du terme initial*), et qu'il se renouvelle ensuite conformément aux dispositions du Code des obligations¹⁴⁹.

d) Cas particulier : les clauses d'option

89. La problématique d'une éventuelle requalification du contrat peut également se poser dans le cas de baux à option à notre sens. Il convient en préambule de rappeler que, si un tel bail a été conclu dans l'intérêt des deux parties et sans contrainte, le juge ne retiendra pas d'abus de droit, *a fortiori* s'agissant de baux commerciaux.
90. En matière d'exercice de l'option (proprement ou improprement dite), notamment si la validité de celui-ci est contestée ou si le locataire a pris des conclusions en prolongation de bail (que le bail ait pris fin ou non), la procédure simplifiée est applicable. Le Tribunal fédéral considère en effet dans ces situations qu'il s'agit de se prononcer sur la question de la fin du bail, soit la notion de congé au sens large. La procédure simplifiée est également applicable s'agissant de déterminer les conditions du loyer durant la prorogation¹⁵⁰.
91. Concernant en premier lieu des options improprement dites, la problématique est peu ou prou la même que dans un bail de durée

Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée, Newsletter Bail.ch, juillet 2018.

¹⁴⁹ Si le contrat conclu est un bail indexé, il devrait en principe se renouveler de cinq ans en cinq ans : en effet, il y a lieu de se rapprocher de l'intention des parties, interprétée à l'aune de la norme éludée (voir CHAPPUIS, CR CC I, art. 2 CC N 54).

¹⁵⁰ ATF 142 III 278, cons. 4.1 et 4.2 ; TF du 16.05.18, 4A_359/2017, cons. 4 ; TF du 24.07.17, 4A_340/2017, cons. 2 ; BOHNET, Procédure applicable en matière de congé : la saga continue, Newsletter Bail.ch, juin 2016 ; DIETSCHY-MARTENET, La « protection contre les congés » : un état des lieux, Newsletter Bail.ch, septembre 2017.

déterminée classique et les règles relatives à une éventuelle requalification peuvent s'y appliquer également, dans l'hypothèse où une fraude à la loi est réalisée.

92. Dans le cas d'options proprement dites, surtout si elles garantissent une durée de bail importante au locataire, il paraît plus délicat d'envisager une requalification du contrat en bail de durée indéterminée. Toutefois, le locataire n'a généralement guère d'intérêt à conclure un contrat de ce type, surtout en matière commerciale, dans la mesure où cela le prive par hypothèse de la possibilité de transférer le bail et/ou de remettre son commerce. En effet, à l'échéance de l'option, le bail prend fin et le bailleur est libre de conclure un nouveau bail avec un tiers ou de proposer un bail désavantageux au locataire. En particulier, si le locataire avait initialement conclu un bail de durée indéterminée (et que par hypothèse, il avait acquis le fonds de commerce d'un précédent exploitant, voire du bailleur lui-même), puis qu'un bail à option lui est soumis ultérieurement, il s'agira de s'assurer que cette modification résulte bien d'une entente réelle entre les deux parties. A défaut, le juge pourra également retenir à notre sens que la conclusion d'un bail à terme fixe constitue une manœuvre destinée à empêcher le locataire de faire valoir ses droits et, cas échéant, considérer que la clause de durée est constitutive d'une fraude à la loi¹⁵¹.

D. Sort du bail conclu pour une durée trop longue

93. Il convient encore d'examiner brièvement la situation particulière dans laquelle la durée du bail pourrait être considérée comme excédant ce qui est admissible.

¹⁵¹ En ce sens semble-t-il, THANEI, Der befristete Mietvertrag, mp 2018, p. 269.

94. On l'a vu (*supra* ch. II, let. B), un contrat de bail à loyer peut être conclu pour une très longue durée, par exemple pour la vie d'une partie ou pour une durée de vingt ans, voire plus¹⁵².
95. Pour le cas où la durée (déterminée) du bail est manifestement disproportionnée, les parties peuvent se prévaloir, selon les cas, d'un droit de résiliation anticipée au sens de l'article 266g CO¹⁵³. Dans une telle hypothèse, il convient toutefois de démontrer l'existence de justes motifs¹⁵⁴, soit des circonstances qui étaient inconnues et imprévisibles lors de la conclusion du bail (a), qui ne sont pas imputables à la faute de la partie qui s'en prévaut (b) et qui rendent intolérable l'exécution du contrat jusqu'à son terme ordinaire (c). Au sens de l'article 266g al. 2 CO, le juge statue en outre sur les conséquences pécuniaires du congé, si bien que la partie qui résilie de manière extraordinaire doit indemniser l'autre du préjudice qui en résulte. Le juge dispose à cet égard également d'un large pouvoir d'appréciation¹⁵⁵.
96. Selon les circonstances, le juge pourra également retenir une nullité partielle du contrat au sens de l'article 20 alinéa 2 CO, résultant d'un engagement excessif quant à sa durée, notamment s'il est conclu « pour l'éternité »¹⁵⁶. Le juge appelé à en connaître

¹⁵² Pour une casuistique détaillée : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 68 et les réf. cit. ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 255 CO N 5 ; LACHAT ET AL., p. 66 et les réf. cit.

¹⁵³ En ce sens, LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 67, qui évoquent même une possibilité de résiliation ordinaire pour l'échéance légale, ce qui nous paraît hasardeux.

¹⁵⁴ L'interprétation de cette notion est plutôt extensive, en dépit de son caractère exceptionnel : ATF 120 II 112, cons. 3b, JT 1995 I 202. Voir également LACHAT ET AL., *Le bail à loyer*, p. 911 ss.

¹⁵⁵ ATF 122 III 262, cons. 2a ; *a priori*, le juge doit se baser sur l'intérêt positif à l'exécution prouvé par la partie victime de la fin prématurée du contrat ; pour le bailleur, il s'agit du montant des loyers jusqu'à l'échéance contractuelle. Le montant ainsi calculé constitue un maximum et l'indemnité devra en principe être réduite, voire pourrait être refusée. Cela dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce, en particulier du caractère plus ou moins grave ou fortuit des faits en cause et du comportement des parties dans la survenance des circonstances.

¹⁵⁶ ATF 114 II 159, cons. 2c ; comp. également ATF 103 II 176.

doit en limiter équitablement la durée et compléter le contrat en ce sens¹⁵⁷.

V. Conclusion

97. On le voit au travers des considérations développées dans la présente contribution, le droit du bail est un domaine éminemment évolutif, qui implique régulièrement une intervention, parfois créatrice, du juge. Lorsqu'une protection accrue du locataire est prévue, celle-ci paraît souvent nécessaire pour assurer un équilibre dans les relations contractuelles entre les parties, en particulier dans les régions où sévit une pénurie de logements.
98. La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui étend à juste titre la notion de protection contre les congés, permet d'éviter ou de limiter – en amont déjà – l'utilisation de subterfuges permettant de contourner les règles protectrices précitées. Pour le surplus, hormis les possibilités découlant des règles légales de protection, c'est uniquement en cas d'abus de droit que le juge sera amené à interpréter le contrat de manière compatible avec les normes éludées.

¹⁵⁷ ATF 114 II 159, cons. 2c ; LACHAT ET AL., Le bail à loyer, p. 76.

Bibliographie

BIERI LAURENT, La requalification des baux de durée déterminée, Jusletter 7 octobre 2019

BOHNET FRANÇOIS, Proposition de jugement, procédure applicable et requalification du contrat, Newsletter Bail.ch, novembre 2016

BOHNET FRANÇOIS, Procédure applicable en matière de congé : la saga continue, Newsletter Bail.ch, juin 2016

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE (édit.) : Le droit suisse du bail à loyer, Zurich 2011 (cité : SVIT-K)

CHAPPUIS CHRISTINE, *in* : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (édit.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle/Genève 2010, art. 2 CC (cité : CR CC I)

CONOD PHILIPPE, Requalification du bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée, Newsletter Bail.ch, juillet 2018

CONOD PHILIPPE, Requalification d'un bail de durée déterminée, Newsletter Bail.ch, juin 2019

DIAZ SILVIA, Validité des contrats conclus en chaîne en droit du bail, Plaidoyer 5/13, p. 12 ss

DIETSCHY PATRICIA, le droit d'option dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, PJA 9/2012, p. 1238 ss

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, La « protection contre les congés » : un état des lieux, Newsletter Bail.ch, septembre 2017

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, La preuve du « projet suffisamment mûr et élaboré » en cas de congés-rénovations, Newsletter Bail.ch, novembre 2017

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Loyer initial : existence d'un nouveau bail et point de départ du délai pour contester lorsque le locataire est déjà en possession des locaux, Newsletter bail.ch, février 2018

FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPHE, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Zürich 2019 (cité : ZK-HIGI)

KNOEPFLER FRANÇOIS, Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail, *in* : 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 1 ss

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 150/2014, p. 917 ss

KOLLER THOMAS, Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht, RJB 156/2020, p. 1 ss

LACHAT DAVID, *in* : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle/Genève 2012, art. 255 CO (cité : CR CO I)

LACHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, Lausanne 2019

PICHONNAZ PASCAL, L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer, *in* : 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 143 ss

ROHRER BEAT, Urteil des Bundesgerichts 4A_598/2018 vom 12. April 2019, MRA 2/19, p. 91 ss

RUBLI XAVIER, Jurisprudence choisie en droit du bail, Plaidoyer 5/19, p. 288 ss

SAVIAUX NICOLAS, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, PJA 2010, p. 289 ss

SIEGRIST JEAN-MARC, Validité des contrats en chaîne : les droits des locataires sont-ils garantis ? Newsletter Bail.ch, mai 2013

STASTNY PIERRE, La détermination du loyer initial en cas de nullité ou de contestation, *in* : 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, p. 187 ss

THANEI ANITA, Der befristete Mietvertrag, mp 2018, p. 261 ss

WEBER ROLF H., *in* : Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 255, 269b et 272a CO (cité : BSK OR I)

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2019