

# BAIL COMMERCIAL – CONTRAT DE SOUS-LOCATION ET LUTTE CONTRE LA SPÉCULATION : L'INTERDICTION FAITE AU LOCATAIRE DE DEMANDER UN LOYER SUPÉRIEUR AU SOUS-LOCATAIRE A ÉTÉ DÉCLARÉE INCONSTITUTIONNELLE

## CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

Suivant l'article 1762-6 (4) du Code civil introduit dans le Code civil par une loi du 3 février 2018 portant sur le bail commercial et modifiant certaines dispositions du Code civil :

*« Sauf en cas de sous-location où des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire ont été effectués par le preneur, les loyers payés au preneur par le sous-locataire ne pourront être supérieurs aux loyers payés par le preneur au bailleur. »*

L'article 1762-6 (4) du Code civil interdit au locataire de demander à son sous-locataire un loyer supérieur à celui qu'il paie lui-même.

Cette disposition légale a été introduite dans le but d'éviter les opérations spéculatives tenant à donner en location des locaux commerciaux pour les sous-louer par la suite, à des prix nettement supérieurs.

Celle-ci a cependant suscité certaines difficultés dans la pratique.

En effet, au moment de la conclusion du contrat de sous-location, le sous-locataire ne dispose d'aucun moyen lui permettant de prendre connaissance du contrat de bail principal et, par conséquent, du montant du loyer mis en compte au locataire (bailleur secondaire) dans le cadre du contrat de bail principal. Le bailleur secondaire n'a de même aucune obligation de transmettre à son locataire (sous-locataire) le contrat de bail principal.

Dans certains cas, le sous-locataire, après avoir pris connaissance du montant du loyer mensuel appliqué dans le cadre du contrat de bail principal, a réclamé le remboursement de la somme correspondant à la différence entre

le loyer payé dans le cadre de la sous-location et le loyer payé dans le cadre du contrat de bail principal.

Signalons qu'en matière de baux commerciaux, cette problématique est réglée en France par l'article L.145-31 du Code de commerce, ci-après littéralement rapporté :

*« Sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite. En cas de sous-location autorisée, le propriétaire est appelé à concourir à l'acte. »*

*Lorsque le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire a la faculté d'exiger une augmentation correspondante du loyer de la location principale, augmentation qui, à défaut d'accord entre les parties, est déterminée selon une procédure fixée par décret en Conseil d'État, en application des dispositions de l'article L.145-56.*

*Le locataire doit faire connaître au propriétaire son intention de sous-louer par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans les quinze jours de la réception de cet avis, le propriétaire doit faire connaître s'il entend concourir à l'acte. Si, malgré l'autorisation prévue au premier alinéa, le bailleur refuse ou s'il omet de répondre, il est passé outre. »*

## CONTEXTE FACTUEL

Dans un jugement rendu en date du 7 juillet 2022, le Tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette a été amené à rendre une décision dans une affaire dans laquelle un sous-locataire réclamait au locataire, sur base de l'article 1762-6 (4) du Code civil, le remboursement du différentiel entre le loyer payé par le locataire au propriétaire et le loyer appliqué par le locataire au sous-locataire.

Le mandataire du locataire a demandé au tribunal de poser à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

- « L'article 1762-6 (4) du Code civil qui dispose que « Sauf en cas de sous-location où des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire ont été effectués par le preneur, les loyers payés au preneur par le sous-locataire ne pourront être supérieurs aux loyers payés par le preneur au bailleur » est-il conforme à l'article 11 (6) de la Constitution garantissant la liberté du commerce et de l'industrie ? »
- « L'article 1762-6 (4) du Code civil qui dispose que « Sauf en cas de sous-location où des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire ont été effectués par le preneur, les loyers payés au preneur par le sous-locataire ne pourront être supérieurs aux loyers payés par le preneur au bailleur » est-il conforme au principe général du droit relatif à la sécurité juridique ? »

Dans un arrêt rendu en date du 23 décembre 2022 en réponse à ces questions, la Cour constitutionnelle a considéré qu'il n'y a pas d'atteinte au principe général de la sécurité juridique.

La Cour constitutionnelle a en outre décidé que l'article 1762-6 (4) du Code civil n'est pas conforme à l'article 11 (6) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg garantissant la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour parvenir à une telle décision, la Cour constitutionnelle a tout d'abord rappelé que la liberté du commerce et de l'industrie « permet de fixer librement par voie contractuelle le prix des produits et services sujets à transaction économique ».

Elle a ensuite décidé que si la lutte contre la spéculation poursuit un but d'intérêt général qui justifie l'intervention du législateur, le plafond du prix du contrat de sous-location imposé par l'article 1762-6 (4) du Code civil constitue néanmoins une restriction disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la Constitution car il ne permet pas au preneur de couvrir ses frais d'exploitation (notamment les frais généraux et les frais administratifs) ni de percevoir un bénéfice raisonnable sur l'opération.

La Cour constitutionnelle a pris soin de rappeler que toutes les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas prohibées mais que, pour être valables, celles-ci doivent être rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but.

Cependant, le plafonnement des loyers en cas de sous-location ne peut être une mesure rationnellement justifiée qu'à condition d'être adéquate et proportionnée à son but.

La Cour constitutionnelle a suivi l'argument qui lui avait été soumis par le mandataire du locataire (bailleur secondaire) tenant au constat que la restriction posée par l'article 1762-6 (4) du Code civil ne permet à l'opérateur économique ayant pris à bail un local commercial ni de le donner en sous-location moyennant un prix de nature à couvrir ne serait-ce que ses frais d'exploitation relatifs à la sous-location, ni *a fortiori* de percevoir un bénéfice raisonnable tiré de la sous-location.

Suivant l'analyse de la Cour constitutionnelle, le plafond du prix du contrat de sous-location imposé par l'article sous examen constitue une entrave disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la Constitution.

La Cour constitutionnelle a également ajouté que la faculté laissée au locataire principal d'obtenir un prix plus élevé s'il a opéré des investissements spécifiques à l'activité du sous-locataire n'est pas de nature à remédier à une telle disproportion dès lors qu'il ne s'agit que « d'une exception spécifique et limitée à la règle générale et absolue posée par la disposition légale sous examen qui n'est pas de nature à rétablir le juste équilibre entre les intérêts en présence ».

Le plafond prévu à l'article 1762-6 du Code civil a par conséquent été jugé inconstitutionnel.

Au regard de ce qui précède, il est actuellement possible de prévoir, dans le cadre de la sous-location, un loyer correspondant au loyer payé au bailleur principal, majoré de ses frais d'exploitation relatifs à la sous-location et d'un bénéfice raisonnable.

## EFFETS DE LA DÉCISION

Dans la pratique, il est difficile de savoir où commence et où finit un bénéfice « raisonnable ».

Le projet initial du Gouvernement, en date du 31 juillet 2015, contenait une disposition bien plus efficace qui n'a pas été reprise dans la loi.

Le paragraphe 4 de l'article 1762-8 du projet de loi<sup>1</sup> disposait en effet :

*« En cas de sous-location entière ou partielle de l'objet loué, le bailleur a, dans les trois mois qui suivent sa connaissance effective de la sous-location, la faculté de se substituer au preneur principal dans la relation avec le preneur secondaire et d'en tirer tous les avantages financiers, à condition d'honorer les termes du contrat de bail secondaire et de libérer le preneur principal de toutes ses obligations et garanties qu'il avait contractées pour l'immeuble, et de lui rembourser au préalable tous les frais avancés. »*

1. Projet de loi n° 6864/01 du 3 septembre 2015, p. 7

La substitution doit être signifiée au preneur secondaire, avec copie signifiée au preneur principal. Le preneur secondaire devra, à partir de la date de la signification de la substitution, régler le loyer et toutes autres charges financières procédant du contrat de bail de sous-location directement au bailleur principal, et reconstituer la garantie locative revenant au bailleur principal.

La présente disposition n'est pas applicable :

- Aux sous-locations assorties d'une convention de livraison de bière ou d'essence,
- Aux sous-locations dont le loyer est justifié par des investissements substantiels du preneur principal,
- Aux sous-locations au sein d'un groupe d'entreprises, tel que défini à la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. »

Ce paragraphe (4) du projet gouvernemental avait pour vocation d'assécher un commerce de sous-locations spéculatives qui s'était développé au cours des années précédentes, jusqu'à ce que le château de cartes finisse par s'écrouler et que 17 magasins de mode de luxe et de prêt-à-porter ferment en même temps leurs portes dans le centre-ville et qu'en date du 25 septembre 2013 la section commerciale du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg prononce la faillite de 19 sociétés dépendant d'une holding financière appartenant à deux hommes d'affaires. Ces derniers s'étaient donnés pour but de construire un empire de la mode à Luxembourg-Ville, en prenant à bail des locaux commerciaux dans la Ville-Haute pour les faire exploiter par des franchisés dans le cadre de contrats de sous-location, moyennant des loyers infiniment supérieurs à ceux du marché et en leur faisant payer des pas-de-porte exorbitants.

C'est pour mettre un terme à ce système des sous-locations spéculatives que le législateur avait jugé opportun d'accorder au bailleur, en cas de sous-location, la possibilité de se substituer au preneur principal.

Conjuguée avec l'interdiction de versement d'une quelconque somme d'argent au bailleur lors de l'entrée dans les lieux, en dehors du dépôt de garantie, cette disposition aurait certainement contribué à assainir utilement le marché des locations commerciales au Grand-Duché.

Cette solution a cependant été abandonnée à la suite d'une opposition formelle du Conseil d'État, l'absence de précision de certains concepts retenus et des incohérences de l'article sous examen étant source d'insécurité juridique<sup>2</sup>.

## CONCLUSION

Le défi posé au législateur sera désormais de définir les atteintes proportionnées à la liberté du commerce et de l'industrie et de garantir une mise en balance plus nuancée des intérêts en jeu. Est-ce que cet objectif sera atteint par la solution esquissée par la Cour constitutionnelle ou par la reprise des solutions envisagées à l'époque par le Gouvernement. Ou bien par un mélange des deux ?

La porte ouverte par la Cour constitutionnelle risque fort de réveiller les démons de 2013.

**Fanny MAZEAUD**

*Counsel chez Kleyr Grasso*

**Jean-Pierre DUMUR**

*Chartered Surveyor (M.R.I.C.S.)  
Président Schneider International*

2. Projet de loi n° 6864/07, avis du Conseil d'État du 25 mars 2016, p. 8.