

Luther.



Guaranteeing the Lessee's Obligations

Aurélien Latouche, Antoine Matter & Emilie Cartier

October 19, 2022 | Real Estate

English version

Renting out a property involves significant financial risk in the event that the lessee does not respect its obligations, and lessors must pay particular attention to the mechanism in their lease agreement to mitigate such risk.

Why is there a need for a guarantee?

A rental guarantee is never mandatory. However, it is essential for the lessor to protect against bad faith or insolvency of the lessee.

Indeed, whatever its mechanism, the guarantee allows the lessor to deal with unpaid bills (within the limit of the guarantee), without in principle having to initiate legal proceedings which can be long and uncertain.

The protection offered by the guarantee, however, depends on its scope (i.e. which obligations are covered), and the mechanism chosen.

What are the main mechanisms?

The most common guarantee mechanisms are the following:

- The remittance of a sum of money as a **security deposit**, which may be used by the lessor to cover the sums owed by the lessee.

The security deposit does not present any particular difficulties for the lessor.

- The **suretyship** (cautionnement), i.e. the commitment by a third party to take over the obligations of the lessee in the event of the latter's default.

The disadvantage of the suretyship is that it depends on the performance of the main contract, being an accessory to said contract. The guarantor can then raise all the exceptions related to the lessee's debt against the lessor: he can require the lessor to justify the lessee's

failure to meet his obligations, or even argue on the lessor's failure to meet his own obligations as a reason to refuse to pay.

- The **first demand guarantee**, which the lessor can call upon without having to justify himself, even if the lessee opposes it, without having to inform the lessee.

This type of guarantee offers a high level security to the lessor and is the most used. The guarantor will have to pay without being able to demand any proof of the lessee's failure to meet his obligations, and will not be able to claim that the lessor has failed to meet his own obligations, except in rare cases of manifest bad faith on the part of the lessor.

However, the first demand guarantee must be autonomous, i.e. detached from the basic contract: if it is not carefully drafted, it may be reclassified as a suretyship. To avoid such risk, lessors generally transmit beforehand their own template to the lessee or ask to be provided with a draft of the guarantee to approve it.

- Since the entry into force of the law of 10 July 2020, the lessor may also request a **professional payment guarantee** (garantie professionnelle de paiement), which has the advantage of allowing the lessor to benefit from a similar guarantee, without the risk of a possible reclassification as a suretyship. It should be drawn up in writing and refer to the law of 10 July 2020.

The professional payment guarantee therefore offers increased security and flexibility. However, in practice, it is regrettable that banks do not yet seem to be sufficiently familiar with this new tool when it comes to rental guarantees.

How much can the guarantee cover?

In commercial leases, the amount of the guarantee cannot exceed 6 months' rent. In residential leases, the

amount is limited to 3 months' rent – there is currently a project to reduce this to 2 months.

For other leases, the amount of the guarantee is not limited. In practice, it usually corresponds to 6 months' rent.

It is advisable to provide in the contract that the amount will be adjusted each time the rent is revised: otherwise, the amount cannot be revalued during the lease.

How to ensure that the guarantee is delivered on a timely manner?

The guarantee can be delivered at the execution of the lease, but when the guarantor requires a signed copy of the lease before issuing the guarantee (as it is often the case for banks) it is recommended to execute the lease before the entry in possession and to make the lessee's entrance conditional on the issue of the guarantee.

How about the return of the guarantee?

In order to cover all of the lessee's obligations, the lessor will need to ensure that the guarantee will remain in place after the end of the lease and that it will not be extinguished until the accounts between the parties have been settled.

As long as the lessor can prove the amount owed to him by the lessee (for example by producing estimates), he does not have to justify the actual use of the sums - he is not obliged, for example, to actually carry out any repair work that may be necessary due to the state in which the premises have been returned.

Contacts



Aurélien Latouche

Avocat à la Cour, Partner

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 680

aurelien.latouche@luther-lawfirm.com



Antoine Matter

Avocat, Senior Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 636

antoine.matter@luther-lawfirm.com



Emilie Cartier

Avocat, Managing Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 621

emilie.cartier@luther-lawfirm.com

French version

Louer un bien immobilier comporte d'importants risques financiers pour le cas où le locataire ne respecte pas ses obligations et les bailleurs doivent accorder une attention particulière au mécanisme prévu dans leur contrat de location pour faire face à ce risque.

Pourquoi faut-il une garantie ?

Une garantie locative n'est jamais obligatoire. Elle est cependant indispensable pour le bailleur pour se prémunir contre une mauvaise foi ou une insolvabilité du locataire.

En effet, quel que soit son mécanisme, la garantie permet en principe au bailleur de faire face aux impayés (dans la limite de la garantie), sans avoir à introduire une procédure en justice qui peut être longue et incertaine.

La protection offerte par la garantie dépend cependant de son étendue (à savoir, quelles sont les obligations couvertes), et du mécanisme choisi.

Quels sont les principaux mécanismes ?

Les mécanismes de garantie les plus courants sont les suivants :

- La remise d'une somme d'argent à titre de **dépôt de garantie**, et qui pourra être affectée par le bailleur aux sommes dues par le locataire.

Le dépôt de garantie ne présente pas de difficultés particulières.

- Le **cautionnement**, à savoir l'engagement par un tiers de prendre en charge les obligations du locataire en cas de défaillance de ce dernier.

L'inconvénient du cautionnement est qu'il dépend de l'exécution du contrat principal, étant un accessoire par rapport au contrat de bail. Le garant peut alors opposer au bailleur toutes les exceptions liées à la dette du locataire : il peut exiger du bailleur qu'il justifie le non-respect de ses obligations par le locataire, voire opposer

au bailleur le non-respect de ses propres obligations pour refuser de payer.

- La **garantie à première demande**, auquel le bailleur peut faire appel sans avoir à se justifier, même si le locataire s'y oppose, sans d'ailleurs avoir à en informer le locataire

Ce type de garantie offre un haut niveau de sécurité au bailleur et est le plus utilisé. Le garant devra payer sans pouvoir exiger une quelconque preuve du non-respect de ses obligations par le locataire, et ne pourra pas opposer au bailleur un non-respect de ses propres obligations, sauf de rares cas de mauvaise foi manifeste du bailleur.

Cependant, la garantie à première demande doit être autonome, c'est-à-dire détachée du contrat de base : si elle n'est pas soigneusement rédigée, elle peut être requalifiée en cautionnement. Pour éviter ce risque, les bailleurs transmettent généralement au préalable leur propre modèle au locataire ou demandent à recevoir un projet de garantie pour validation.

- Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2020, le bailleur peut également solliciter une **garantie professionnelle de paiement**, qui a pour avantage de permettre au bailleur de bénéficier d'une garantie similaire, sans risque d'une éventuelle requalification en cautionnement. Il suffit qu'elle soit établie par écrit et qu'elle fasse référence à la loi du 10 juillet 2020.

La garantie professionnelle de paiement offre donc une sécurité et une flexibilité accrues. Toutefois, dans la pratique, il est regrettable que les banques ne semblent pas encore suffisamment familiarisées avec ce nouvel outil lorsqu'il s'agit de garanties locatives.

Quel peut être le montant de la garantie ?

Dans les baux commerciaux, le montant de la garantie ne peut pas dépasser 6 mois de loyers. Dans les baux d'habitation, ce montant est limité à 3 mois de loyers –

une réforme en cours envisage de réduire cette durée à deux mois.

Pour les autres baux, le montant de la garantie n'est pas limité. En pratique, il correspond le plus souvent à 6 mois de loyers.

Il est conseillé de prévoir dans le contrat que le montant sera ajusté à chaque fois que le loyer sera révisé : si cela n'est pas prévu, le montant ne pourra être réévalué en cours de bail.

Comment s'assurer de la délivrance de la garantie dans les délais souhaités ?

La garantie peut être délivrée lors de la signature du bail, mais lorsque le garant exige une copie signée du bail avant de délivrer la garantie (comme c'est souvent le cas pour les banques), il est recommandé de signer le bail avant l'entrée en possession et de conditionner l'entrée en jouissance du locataire à la délivrance de la garantie.

Comment se déroule la restitution de la garantie en fin de bail ?

Afin de couvrir l'ensemble des obligations auxquels le locataire est tenu, le bailleur devra s'assurer que la garantie demeurera en place après la fin du bail et qu'elle ne s'éteindra qu'après liquidation des comptes entre les parties.

Dès lors qu'il justifie du montant que le locataire lui doit (par exemple par la production de devis), le bailleur n'a pas à justifier de l'utilisation effective des sommes – il n'est par exemple pas obligé de réaliser les travaux de remise en état qui seraient rendus nécessaires par l'état dans lequel les lieux ont été restitués.

Contacts



Aurélien Latouche

Avocat à la Cour, Partner

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 680

aurelien.latouche@luther-lawfirm.com



Antoine Matter

Avocat, Senior Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 636

antoine.matter@luther-lawfirm.com



Emilie Cartier

Avocat, Managing Associate

Luther S.A. Luxembourg

T +352 27484 621

emilie.cartier@luther-lawfirm.com

Luther.

Luther Luxembourg

Bangkok, Berlin, Brussels, Cologne, Delhi-Gurugram, Dusseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hanover, Ho Chi Minh City, Jakarta, Kuala Lumpur, Leipzig, London, Luxembourg, Munich, Shanghai, Singapore, Stuttgart, Yangon

You can find further information at:

www.luther-lawfirm.com

www.luther-services.com

