



Association
Henri Capitant

Journées internationales brésiliennes 2026

L'Insolvabilité

Henri Cas pratique
Brésil

Henrique de Moraes Fleury da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Question 1

Je tiens d'abord à remercier le Comité brésilien de l'Association Henri Capitant – et tout particulièrement son Président, le Professeur Gustavo Tepedino, ainsi que son Secrétaire général, le Professeur Pablo Renteria – de m'offrir l'occasion d'être parmi vous aujourd'hui.

Je tiens également à saluer mes collègues membres de ce panel. C'est un honneur d'échanger avec vous sur ce cas pratique.

La première question porte sur les voies dont dispose la société VERDURE pour engager sa restructuration. En droit brésilien, dans le cadre de la loi sur le redressement et la faillite des entreprises (loi n° 11.101/2005), deux voies principales sont ouvertes : le redressement judiciaire et le redressement extrajudiciaire. L'une et l'autre poursuivent une même finalité, affirmée par la loi : surmonter la situation de crise économique et financière du débiteur, afin de permettre le maintien de la source productive, des emplois et des intérêts des créanciers, dans le respect de la fonction sociale de l'entreprise.

Le redressement extrajudiciaire présente la particularité suivante : s'agissant d'un accord entre le débiteur et ses créanciers, soumis à l'homologation du juge, le débiteur a la faculté de choisir les catégories de créanciers qu'il entend inclure dans le plan de restructuration ; et, pour lier l'ensemble des créanciers d'une même catégorie, il lui faut réunir l'adhésion de plus de la moitié des créances de chaque catégorie concernée.

Le redressement judiciaire, à l'inverse, englobe de plein droit l'ensemble des créances existant à la date de la demande, réparties en catégories préétablies par la loi. Ce sont les suivantes : la Catégorie I, les créances salariales et issues de la relation de travail ; la Catégorie II, les créances assorties d'une sûreté réelle ; la Catégorie III, les créances chirographaires ; et la Catégorie IV, les micro-entreprises et les petites entreprises.

En l'espèce, il y aurait des dettes relevant des Catégories I, II – dans la limite de la sûreté – et III. L'énoncé ne permet pas de déterminer s'il y aurait des dettes relevant de la Catégorie IV ; je m'en tiendrai donc aux Catégories I, II et III.

Dans le redressement judiciaire, les créanciers se réunissent en principe en assemblée pour voter le plan. Pour les Catégories I et IV, l'approbation requise est celle de la majorité des créanciers, comptée par tête. Pour les Catégories II et III, l'approbation est double : la majorité en valeur des créances, ainsi que la majorité par tête.

Cela étant, la loi autorise le juge à approuver le plan même en l'absence d'approbation par toutes les catégories, à condition que soient réunies les conditions légales du mécanisme dit du cram down (pour reprendre l'expression anglaise consacrée). En substance, ces conditions sont les suivantes : le vote favorable de plus de la moitié de la valeur de l'ensemble des créances présentes à l'assemblée ; l'approbation d'au moins deux des catégories votantes ; et l'adhésion de plus d'un tiers des créanciers au sein de la catégorie ayant rejeté le plan (art. 58, § 1er).

Autrement dit, de ce point de vue, si l'entreprise souhaite restructurer l'intégralité de son passif, la voie du redressement judiciaire paraît, en principe, plus « aisée » pour réunir les quorums nécessaires à l'approbation du plan.

J'ajouterai deux points. En premier lieu, dans le redressement extrajudiciaire, les créances salariales ne peuvent être incluses que moyennant une négociation collective avec le syndicat

(art. 161, § 1er), exigence qui compliquerait la situation de l'entreprise ; dans le redressement judiciaire, en revanche, elles forment une catégorie à part entière et sont soumises au plan de plein droit. Deuxièmement, les créances fiscales : bien qu'elles restent en dehors du plan dans les deux voies, le redressement judiciaire permet au juge de la procédure de contrôler les éventuelles mesures de saisie résultant des poursuites en recouvrement fiscal, ce qui donne à l'entreprise une marge de manœuvre pour renégocier ses dettes par les voies de droit – par exemple, la transaction fiscale.

Un point mérite encore d'être signalé : pendant ce que l'on appelle le stay period, les poursuites individuelles dirigées contre l'entreprise en redressement sont suspendues, ce qui lui assure une certaine stabilité durant la négociation du plan de restructuration. Cette caractéristique se retrouve dans les deux voies prévues par la loi ; toutefois, s'agissant du redressement extrajudiciaire, elle ne couvrirait que les créances soumises au plan.

Au vu de ces éléments, le redressement judiciaire me paraît, en l'espèce, la voie la mieux adaptée. Le passif de la société VERDURE est en effet très hétérogène – un créancier titulaire d'une sûreté réelle, des fournisseurs, le franchiseur, le fisc et des salariés –, de sorte que l'exigence d'adhésion par catégorie, propre au redressement extrajudiciaire, serait ici particulièrement difficile à réunir. L'ampleur du redressement judiciaire, jointe à la possibilité du cram down, en fait la solution la plus à même d'assurer la restructuration de l'ensemble du passif.

J'ajouterai encore que, à côté de ces deux voies, le droit brésilien admet le recours à la conciliation et à la médiation antérieures à la demande. Il s'agit d'un mécanisme moins formel, qui peut même justifier la suspension des poursuites pour une durée maximale de soixante jours, le temps de rechercher une composition avec les créanciers.

Les voies que je viens d'exposer sont celles qu'offre la loi sur le redressement et la faillite. Mais les faits de l'espèce invitent à envisager également des solutions extrajudiciaires au sens large. D'une part, une restructuration purement privée : Monsieur SAPINVERT vient d'hériter d'une somme de cent mille euros, et son expert-comptable souligne la nécessité d'un apport de capitaux et d'une réduction des effectifs. Il y aurait donc place pour un assainissement de l'entreprise par l'injection de capitaux nouveaux et la réorganisation de son exploitation, accompagné, le cas échéant, d'une renégociation directe avec les créanciers, sans recourir à une procédure collective. D'autre part, la cession du fonds de commerce : la proposition de rachat formulée par Monsieur SAPINGRIS constitue elle aussi une forme de réorganisation, par le transfert de l'entreprise à qui serait en mesure de la redresser. Ces voies privées présentent toutefois une limite : dépendant de l'adhésion volontaire des créanciers et dépourvues de la protection du stay period, elles ne demeurent praticables que tant que la crise laisse encore place à la négociation – ce qui souligne l'urgence d'agir.

Voilà mes observations sur la première question ; je reste à votre disposition pour en échanger avec vous.

Question 2

Le franchiseur, face à l'ouverture du redressement judiciaire, formule ici deux demandes : d'une part, il souhaite récupérer les marchandises qu'il a vendues à la société VERDURE sous clause de réserve de propriété ; d'autre part, il entend résilier le contrat de franchise, en

invoquant le retard de trente jours dans le paiement des redevances, ce qui reviendrait à cesser l'approvisionnement.

Il existe une disposition dans la loi – l'article 49, § 3, de la loi n° 11.101/2005 – selon laquelle le créancier titulaire d'une vente avec réserve de propriété n'est pas soumis aux effets du redressement judiciaire : son droit de propriété sur la chose et les conditions contractuelles prévalent. En principe, donc, le franchiseur pourrait récupérer ce dont il s'est réservé la propriété. La même disposition pose toutefois une limite expresse : pendant le délai de suspension, il n'est pas permis de vendre ni de retirer de l'établissement du débiteur les biens de production essentiels à son activité. La règle suppose, on le voit, deux conditions cumulatives – le bien doit être, tout à la fois, un bien de production et un bien essentiel.

Et c'est précisément sur la notion de « bien de production » que la Cour supérieure de justice a dégagé une orientation importante. Selon cette lecture, le bien de production, au sens de l'article 49, § 3, de la même loi, est le bien corporel, employé dans le processus de production, qui ne soit ni périssable ni consommable, et qui demeure dans l'établissement au service de l'activité – en somme, un bien durable, intégré à la structure productive, et non destiné à être vendu.

Ce cadre étant posé, j'en viens au premier point : les marchandises réclamées par le franchiseur sont-elles des biens de production essentiels ?

Les marchandises de la société VERDURE – les plantes et le mobilier de jardin – sont précisément acquises pour la revente ; elles ont vocation à sortir de l'établissement par la vente au consommateur. Selon la lecture de la Cour supérieure de justice, elles n'entreraient donc pas dans la notion de bien de production, quand bien même elles seraient économiquement importantes pour la marche de l'entreprise : il leur manque le caractère durable et la permanence dans la structure productive. N'étant pas des biens de production, elles ne seraient pas couvertes par la protection de l'article 49, § 3, et le franchiseur pourrait, en théorie, les récupérer même pendant la période de suspension. Je relève cependant qu'il existe des décisions qui admettent une interprétation plus large, attentive surtout au caractère essentiel du bien pour la continuité de l'entreprise ; de sorte que la solution concrète dépendra des circonstances et de la position que le juge adoptera quant à la portée de cette notion.

J'en viens au second point : le franchiseur peut-il résilier le contrat de franchise et, par là, cesser l'approvisionnement ?

En principe, la résiliation serait possible, à condition qu'une clause contractuelle le prévoie : le retard dans le paiement des redevances est une cause susceptible d'autoriser la résiliation, conformément à ce qui a été stipulé entre les parties et au droit commun. Le point sensible, toutefois, ne tient pas à l'existence de l'inexécution, mais à l'effet que la résiliation produirait : l'interruption de l'approvisionnement dont dépend l'exploitation de l'entreprise en redressement. Et c'est ici qu'intervient la thèse des contrats essentiels, qui dialogue étroitement avec la logique de l'article 49, § 3 – dans les deux cas, on protège ce qui est essentiel à la continuité de l'activité. La jurisprudence, sur le fondement du principe de préservation de l'entreprise, consacré à l'article 47 de la loi n° 11.101/2005, comporte des précédents qui font obstacle à l'interruption des contrats jugés essentiels à l'activité de l'entreprise en redressement, alors même qu'il y aurait inexécution, afin de préserver la source productive pendant la période de redressement.

Dans le cas de la société VERDURE, la franchise n'est pas un contrat quelconque : elle est le cœur même de l'activité – la société existe pour être exploitée comme franchisée de PLANTETOUT, et c'est d'elle que proviennent la marque, l'approvisionnement et le modèle d'exploitation. Aussi, quoique le franchiseur puisse, en théorie, invoquer l'inexécution, la résiliation accompagnée de la cessation de l'approvisionnement pourrait se heurter à une résistance s'il était reconnu que le contrat est essentiel au redressement de l'entreprise. Il s'agit, en définitive, d'une question qui dépendra des circonstances concrètes : il appartiendra au juge du redressement de mesurer le caractère essentiel du lien et, le cas échéant, de le préserver pendant la période de suspension, sans préjudice du règlement de la créance de redevances échues selon les termes du plan.

Question 3

La première interrogation est la suivante : Monsieur SAPINVERT peut-il lui-même se porter candidat à la reprise, par l'intermédiaire d'une société qu'il constituerait avec ses enfants ?

Avant de répondre, il convient d'expliquer l'attrait de ce type d'acquisition en droit brésilien. Lorsque l'entreprise est cédée en tant qu'unité de production autonome, l'acquéreur la reçoit libre de toute charge et sans reprise des obligations du débiteur – y compris celles de nature fiscale et salariale (article 60, alinéa unique, de la loi n° 11.101/2005). C'est précisément cette protection patrimoniale qui rend la reprise économiquement intéressante : on acquiert l'entreprise en activité sans hériter de son passif.

Cet avantage connaît toutefois des exceptions. La loi écarte l'absence de reprise des obligations lorsque l'acquéreur est associé de la société débitrice, parent de celle-ci ou de ses associés en ligne directe ou collatérale jusqu'au quatrième degré, ou encore agent du débiteur agissant dans le but de frauder la transmission (article 141, § 1er). Or, la société que Monsieur SAPINVERT entend constituer avec ses enfants relève précisément de cette hypothèse, ses enfants étant des parents en ligne directe.

La conséquence est donc la suivante : Monsieur SAPINVERT peut se porter candidat à la reprise, mais, s'il le fait par l'intermédiaire de cette société familiale, l'acquéreur ne bénéficierait pas de l'absence de reprise des obligations ; il répondrait des obligations du débiteur, y compris fiscales et salariales. Sa candidature n'est donc pas interdite – ce qu'il perdrait, c'est précisément la protection patrimoniale qui rendrait l'opération attrayante.

La deuxième interrogation suppose que la reprise se réalise au moyen d'un plan de cession. En droit brésilien, ce qui s'en rapproche le plus, c'est la cession de l'entreprise en tant qu'unité de production autonome, qui peut intervenir aussi bien dans le redressement judiciaire que dans la liquidation ; plaçons-nous dans le cas de figure proposé par la question, celui du redressement. La question est la suivante : ce plan transfère-t-il à l'acquéreur le contrat de franchise, en dépit de la clause d'agrément, c'est-à-dire de la clause qui subordonne le transfert au consentement du franchiseur ?

Le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchisé : c'est de lui que dépendent la réputation du réseau, la standardisation et la confiance réciproque. C'est, par excellence, un contrat intuitu personae. C'est pourquoi la clause d'agrément trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté et dans la nature même du lien, et la loi sur la franchise n'impose pas au franchiseur le devoir d'accepter un franchisé qu'il n'a pas choisi.

Pour répondre, il faut distinguer ce qui est effectivement transféré dans l'opération.

Si ce qui est cédé est le fonds de commerce – l'entreprise dans sa dimension de biens et d'exploitation –, l'acquéreur vient occuper la position de franchisé. Il y a là une véritable cession de la position contractuelle ; et, la franchise étant un contrat conclu en considération de la personne du franchisé, cette cession dépend du consentement du franchiseur, tel qu'il est prévu par la clause d'agrément. La cession, quoique libre de charges et sans reprise des obligations du débiteur, règle la question des obligations, mais ne transforme pas, à elle seule, un contrat *intuitu personae* en un contrat librement cessible.

Si, à l'inverse, ce qui est cédé est la participation sociale – les parts ou les actions de la société VERDURE –, la situation est différente. La franchisee demeure la même personne morale ; le contrat de franchise n'est cédé à personne, car son titulaire ne change pas. Seuls changent les associés qui se trouvent derrière la société. À proprement parler, il n'y a pas, dans ce cas, de cession de position contractuelle, et le transfert ne dépendra du consentement du franchiseur que si le contrat comporte une clause l'exigeant en cas de changement de contrôle – clause usuelle, du reste, dans les contrats de franchise, précisément en raison de leur caractère *intuitu personae*.

D'une manière ou d'une autre, donc, l'opération peut difficilement se passer du consentement du franchiseur : soit parce qu'il y a cession de la position de franchisé, lorsque le fonds de commerce est transféré ; soit parce que, la participation sociale étant transférée, le consentement tend à être exigé par une clause de changement de contrôle. La clause d'agrément, en somme, n'est pas supprimée par la vente – et le franchiseur conserve, en règle générale, le pouvoir de consentir ou non à l'entrée du nouveau titulaire du contrôle ou du nouveau franchisé.

La troisième interrogation est la plus ouverte : si le plan de cession échoue et que les actifs de la société sont vendus dans le cadre d'une liquidation, c'est-à-dire d'une faillite, quel scénario serait le plus intéressant pour les créanciers ?

La différence réside dans le mode d'affectation du produit de la vente. Dans le redressement judiciaire, le prix est réparti selon le plan approuvé par les classes de créanciers (articles 45, 50 et 56 de la loi n° 11.101/2005), ce qui laisse une certaine marge de conformation négociée. Dans la liquidation, au contraire, le produit est soumis à l'ordre légal des paiements, rigide, qui confère la priorité aux créances selon leur classement (articles 83 et 84). Il n'existe donc pas de scénario abstraitement meilleur : la réponse dépend du cas concret, et surtout du contenu du plan de redressement judiciaire.

Question 4

J'en viens, enfin, à la quatrième question, qui ne concerne plus la société, mais la situation personnelle de Monsieur SAPINVERT, et qui réunit deux problèmes : l'exécution du cautionnement qu'il a consenti et l'éventuelle protection au titre du régime de surendettement.

Je commence par le cautionnement. Une fois la liquidation de la société VERDURE clôturée, la banque qui lui avait prêté cent mille euros poursuit Monsieur SAPINVERT en sa qualité de caution. Pour y résister, celui-ci soutient que la créance n'aurait pas été déclarée dans la

procédure collective ; la banque réplique que la créance a non seulement été déclarée, mais admise, et que cela l'autorise à poursuivre la caution.

À mon sens, c'est la banque qui a raison, mais il faut aller au-delà de l'argument qu'elle invoque elle-même. Le point central est que l'obligation de la caution est autonome par rapport à la procédure collective du débiteur principal. La loi assure expressément que les créanciers conservent leurs droits et privilèges contre les coobligés, les cautions et les obligés en recours (article 49, § 1er, de la loi n° 11.101/2005). Il en résulte que la garantie personnelle n'est pas atteinte par le redressement ou par la faillite du débiteur cautionné : le créancier peut poursuivre la caution indépendamment de ce qui se passe dans la procédure collective. Et, précisément en raison de cette autonomie, la déclaration de la créance dans la faillite – ou même son absence – n'est pas une condition pour poursuivre la caution. Autrement dit, quand bien même la créance n'aurait pas été déclarée, la banque pourrait agir contre la caution ; et puisqu'elle l'a été, comme la banque le soutient, la solution s'impose à plus forte raison. L'argument de Monsieur SAPINVERT, fondé sur la prétendue absence de déclaration de la créance, ne saurait prospérer, car il part d'une prémisse erronée – celle selon laquelle le sort du cautionnement dépendrait de la déclaration dans la procédure collective, ce qui n'est pas exact.

J'ajoute que la clôture de la liquidation et l'éventuelle extinction des obligations de la société en faillite ne libèrent pas non plus la caution. L'extinction des obligations du failli est un bénéfice qui joue en sa faveur, et ne s'étend pas au garant ; il est constant que la caution demeure tenue alors même que les obligations du débiteur principal ont été éteintes devant le juge de la faillite. De sorte que, sous cet angle également, la prétention de la banque trouve un appui. Une seule réserve s'impose : la caution ne répond que du solde, c'est-à-dire de la dette diminuée de ce que le créancier a déjà perçu dans la procédure collective.

J'en viens à la seconde partie : pour éviter la perte de sa maison d'habitation, Monsieur SAPINVERT demande s'il peut se prévaloir du régime de surendettement des particuliers.

Ici, ma réponse tend à être négative, et pour une raison de fond. Le régime de surendettement, tel qu'il est organisé en droit brésilien, est destiné au consommateur personne physique et à ses dettes de consommation, en vue de préserver le minimum vital (articles 54-A et suivants du Code de défense du consommateur). Or, la dette de Monsieur SAPINVERT, en sa qualité de caution, trouve son origine dans un prêt bancaire contracté par la société pour le financement de son activité. Il ne s'agit donc pas d'une dette de consommation : la créance cautionnée avait une finalité professionnelle, et Monsieur SAPINVERT n'y figure pas comme destinataire final d'un produit ou d'un service de consommation, mais comme garant d'une opération de financement de l'entreprise. C'est pourquoi cette dette tend à échapper à la notion de dette de consommation et, avec elle, à la procédure spéciale de surendettement.

Le régime de surendettement étant écarté, il faut alors se demander quel est l'instrument applicable à la personne physique non-commerçante qui se trouve insolvable. La réponse réside dans ce que l'on appelle l'insolvabilité civile. Une fois la société liquidée, Monsieur SAPINVERT est une personne physique qui n'exerce pas d'activité commerciale ; il n'est donc pas soumis à la faillite – réservée au commerçant et à la société commerciale –, mais il peut relever de l'insolvabilité civile, qui est l'exécution collective du débiteur civil. Il s'agit d'un régime encore régi par les dispositions du Code de procédure civile de 1973, maintenues en vigueur par le Code de 2015 jusqu'à l'adoption d'une loi spécifique. Une fois l'insolvabilité

prononcée, s'ouvre un concours universel de créanciers : les biens du débiteur sont réunis en une masse, son pouvoir de les administrer est suspendu, et le paiement s'effectue selon l'ordre légal des préférences.

Indépendamment d'une éventuelle demande d'insolvabilité civile, la maison d'habitation de Monsieur SAPINVERT est, en principe, insaisissable, en vertu de la loi qui protège le bien de famille (loi n° 8.009/1990). Cette protection comporte des exceptions, et l'une d'elles vise la caution – mais, et c'est là le point décisif, uniquement la caution dans un contrat de bail (article 3, VII). L'exception a été conçue pour le cautionnement locatif, et ne s'étend pas au cautionnement consenti dans un prêt bancaire professionnel. De sorte que, dans le cas de Monsieur SAPINVERT, dont le cautionnement garantit un crédit bancaire de la société, l'exception ne s'applique pas, et son bien résidentiel demeure, en principe, protégé par l'insaisissabilité du bien de famille. Et cette protection vaut même si l'insolvabilité civile est ouverte : la déclaration d'insolvabilité n'entraîne la réunion que des seuls biens saisissables du débiteur, de sorte que le bien de famille, légalement insaisissable, reste en dehors de la masse.

En somme : s'agissant du cautionnement, la position de la banque me paraît solide, et Monsieur SAPINVERT répondra personnellement de la dette garantie, sans que la déclaration dans la procédure collective ni la clôture de la liquidation ne le libèrent ; mais, s'agissant de son logement, l'insaisissabilité du bien de famille tend à le protéger, car l'exception relative à la caution se limite au bail et ne s'étend pas au cautionnement professionnel.