

CHAPITRE 4 : LES OBSTACLES AU SYSTEME DE RESPONSABILITE CIVILE

1. INTRODUCTION	2
2. LES OBSTACLES A LA RESPONSABILITE.....	2
<i>Le problème d'asymétrie de l'information.</i>	<i>2</i>
<i>Le problème de l'insolvabilité des parties</i>	<i>2</i>
2.1. LES STRATEGIES D'INSOLVABILITE	3
2.2. LA STRATEGIE D'EVITEMENT	4
<i>Stratégie de désagrégation industrielle</i>	<i>4</i>
<i>Stratégie de substitution financière.....</i>	<i>4</i>
<i>Stratégie de pillage</i>	<i>5</i>
3. LES MODALITES D'EXTENSION DES REGLES DE RESPONSABILITE	5
3.1. LES SOLUTIONS THEORIQUES AUX CONSEQUENCES DE L'INSOLVABILITE	5
<i>Réglementer</i>	<i>5</i>
<i>Obligation de moyens</i>	<i>6</i>
<i>Assurance obligatoire</i>	<i>6</i>
3.2. FAUT-IL ETENDRE LA RESPONSABILITE AUX PARTENAIRES ?	7
<i>Intérêt.....</i>	<i>7</i>
<i>Inconvénient</i>	<i>8</i>
3.3. FAUT-IL ETENDRE LA RESPONSABILITE AUX CREANCIERS DES ENTREPRISES A RISQUE ?	8
<i>Généralités</i>	<i>8</i>
<i>Modélisation Principal/superviseur/agent</i>	<i>9</i>
<i>Conclusion</i>	<i>12</i>
4. CONCLUSION.....	12

CHAPITRE 4 : LES OBSTACLES AU SYSTEME DE RESPONSABILITE CIVILE

1. INTRODUCTION

Dans les chapitres précédents, nous avons vu que les droits **étaient protégés par des règles de responsabilité et de propriété**. Il existe cependant des raisons pour lesquelles la mise en place d'un système de responsabilité pose des difficultés :

- *Le problème d'asymétrie de l'information*
- *Le problème de l'insolvabilité des parties.*

Nous examinerons ensuite les schémas d'extension de la responsabilité aux partenaires des entreprises et aux créanciers afin de palier ces problèmes.

2. LES OBSTACLES A LA RESPONSABILITE

Le problème d'asymétrie de l'information.

Dans un système de responsabilité parfaite, il faut établir la preuve de la négligence. C'est au tribunal d'en établir la preuve mais cela devient difficile lorsque l'on est confronté à des risques en développement.

Dans le cas des OGM (organismes génétiquement modifiés), on ne connaît pas bien les risques et on ne peut à fortiori pas les limiter. C'est dans ce genre de cas que la responsabilité sans faute peut être préférée. Si le tribunal constate qu'il y a des dommages, il désigne un responsable et peut également sous-évaluer ou sur-évaluer les dommages. En effet, si le tribunal n'a pas l'information suffisante pour déterminer s'il y a faute ou non, il n'y a aucune raison qu'il soit informé sur le montant des dommages.

Les dommages sont dispersés s'il y a une multitude de gens qui ont subi les dommages. Contrairement à la France, les Etats-Unis disposent d'un principe de « Class action » qui permet de contrecarrer la dispersion de l'information en offrant la possibilité à plusieurs plaignants de se regrouper et de confier leur défense commune à des représentants (tous les cas sont donc traités simultanément).

Remarque : l'asymétrie entre les parties joue également sur la capacité à établir la vérité.

Le problème de l'insolvabilité des parties

Les auteurs potentiels d'accident sont incités à minimiser le coût social en prenant des précautions si la Loi les incite à intégrer dans leur calcul économique le coût des pertes attendues. C'est à cette condition qu'ils internalisent l'externalité.

Lorsque les auteurs d'accident n'ont pas les moyens financiers de payer, autrement dit lorsqu'ils sont insolubles, ils n'ont aucune raison de ne pas commettre l'accident.

Mettons de côté les individus et intéressons nous aux entreprises. L'accident du Mont blanc illustre bien le cas où il y a un grand nombre de gens blessés ou tués

dans cet accident qui se retourne contre une société qui n'est pas forcément solvable.

C'est ce que l'on appelle le problème du « *Judgment proof* » aux Etats-Unis : si les firmes sont incapables de dédommager leurs victimes en cas d'accident, elles ne sont pas incitées à prendre le niveau optimal de précaution.

Exemple : les « *rave parties* » dans les champs privés. L'Etat accepte le viol de la propriété privée sans toutefois accepter une règle de responsabilité dans la mesure où les organisateurs de la manifestation ne sont pas solvables. Les organisateurs n'ont donc pas intérêt à prendre des mesures de précaution.

2.1. Les stratégies d'insolvabilité

Derrière la question de la responsabilité se cache peut-être **l'organisation de l'insolvabilité**. En effet, puisque l'on n'a pas intérêt à prendre des mesures de précaution dans le cas d'insolvabilité, on fait en sorte que notre entreprise ne puisse pas payer : il s'agit d'une stratégie industrielle fondée sur l'insolvabilité.

Deux économistes, Summers et Shavell, ont démontré que, s'il y a insolvabilité :

1. les auteurs potentiels d'accident ne prennent **pas de précaution**
2. le niveau d'activité est **excessif**
3. les décisions en terme d'assurance sont **sous optimales**

- Soit $K_s(x)$, la fonction de coût pour l'auteur de l'accident, qui s'écrit :

$$K_s(x) = C(x) + P(x) \cdot \text{Min}[D, L]$$

L : contrainte financière de l'entreprise (montant maximale que l'entreprise peut être contrainte à payer).

$C(x)$: coût de précaution pour éviter les accidents

$P(x)$: la probabilité qu'il arrive un accident

D : le dommage

Si $L < D$, l'agent adopte un niveau de précaution x inférieur au niveau de précaution optimal x^* .

- Dans le cas d'une responsabilité pour faute, la nouvelle fonction de coût s'écrit :

$$K_s(x) = C(x) + P(x) \cdot \text{Min}[D, L] \text{ si } x < x^*$$

$$K_s(x) = C(x) \text{ si } x > x^*$$

On montre que sous ce régime, l'agent est incité à prendre des précautions et on peut démontrer que lorsque $L < D$, $\exists \bar{L} / x = x^*$

Autrement dit, même si $L < D$, il existe un niveau de contrainte financière \bar{L} où l'agent est incité à prendre le niveau de précaution optimale. Cela s'explique par la discontinuité de la fonction de coût en x^* . Cette discontinuité tient au fait que le tribunal observe ex-post le comportement de prévention de l'agent et le sanctionne s'il y a déviation par rapport aux standards.

Cela signifie donc que d'une part, on n'a pas intérêt à adopter les mesures de précaution mais que d'autre part, si on peut être condamné à payer un montant \bar{L} , on est alors incité à prendre des précautions.

La responsabilité pour faute permet donc de contourner le problème du « *Judgment proof* » mais la démonstration est fragile notamment lorsque la prise de risque est répétée.

On peut par exemple se demander quel est le but de l'invention de la SARL (société à responsabilité limitée) : ce statut permet de prendre des risques tout en évitant la responsabilité sur biens propres (favorise l'innovation). Il y a donc un arbitrage, sur le coût social que peuvent engendrer les faillites d'entreprises, entre d'une part les pertes nettes des créanciers lors des mises en faillite et d'autre part l'immobilisme d'une société où tout le monde craindrait le risque.

Lorsque les entreprises font faillite, ce sont en général des pertes nettes pour les fournisseurs. Il y a donc un transfert de risque de l'entreprise vers ses créanciers et fournisseurs.

Remarque : le fournisseur peut recourir à une entreprise de factoring qui lui assure ses créances .

2.2. La stratégie d'évitement

Nous allons montrer que les firmes utilisent le « *Judgment proof* » comme une stratégie. Il y a trois types de stratégies :

Stratégie de désagrégation industrielle

En 1980, 30% des importations de pétrole vers les Etats-Unis étaient le fait de compagnies à navire unique. En 1990, les Etats-Unis votent le « US Pollution Act » qui supprime toute limite à la responsabilité des compagnies pétrolières. En 1991, 46% des importations de pétrole vers les Etats-Unis étaient le fait de compagnies à navire unique.

On retrouve la même tendance dans l'industrie pharmaceutique : dans le passé, les industries pharmaceutiques disposaient de départements très importants de Recherche et Développement. Aujourd'hui, ces départements ont tendance à être externalisés, probablement pour des raisons en terme de responsabilité.

Stratégie de substitution financière

Le passif d'un bilan est composé des capitaux propres et des dettes. Imaginons que la banque soit propriétaire de l'usine dans laquelle produit l'entreprise. L'entreprise a intérêt à réduire ses capitaux propres (à distribuer aux actionnaires

un maximum de bénéfice) et à augmenter ses dettes afin d'arriver à une situation où le propriétaire réel de l'entreprise serait la Banque.

Stratégie de pillage

Les entrepreneurs arbitrent entre le temps qu'il leur reste avant qu'ils soient condamnés à payer des dommages et le moment où ils mettent l'entreprise en faillite.

Le raisonnement est le suivant : on sait qu'on va être condamné et on retarde donc la procédure pour mettre la société en faillite, en cessant l'activité et en revendant les actifs à des sociétés si possible « amies ».

3. LES MODALITES D'EXTENSION DES REGLES DE RESPONSABILITE

La prévention des risques d'accidents de grande ampleur suppose de répartir a priori entre les agents la responsabilité financière des dommages potentiels. Qui sera responsable de la réparation des dommages si un accident survient ? La firme ? Les victimes ? Les assureurs ? La collectivité ? Compte tenu des nombreux problèmes rencontrés par la responsabilité comme mécanisme incitatif, il semble que, le législateur ait opté pour un schéma d'extension de responsabilité. Aux Etats-Unis et plus récemment en Europe, l'évolution du droit traduit non seulement la volonté de responsabiliser les agents qui récoltent les bénéfices des activités à risques, mais aussi de répartir le risque de façon à atteindre l'efficacité économique.

On parle alors de responsabilité déléguée ou conjointe (*vicarious liability*). L'idée d'un tel changement du droit est qu'en responsabilisant certains partenaires de la firme, le partage des risques contribuerait du même coup à leur réduction. Il permettrait également, en répartissant le fardeau du risque entre les différents agents, le maintien d'activités qui, autrement, seraient souvent abandonnées car trop risquées.

3.1. Les solutions théoriques aux conséquences de l'insolvabilité

Dans quelle mesure le système de responsabilité civile peut-il encore exercer une fonction préventive en présence du risque d'insolvabilité des firmes ?

En pratique, trois types de solutions sont envisageables :

Réglementer

A priori les comportements des firmes: par exemple, si deux routes existent pour acheminer des matières dangereuses, l'une passant par des zones fortement peuplées et l'autre non, les pouvoirs publics peuvent imposer la seconde aux entreprises de transport afin de limiter le coût social des accidents. Cette solution, fondée sur une régulation directe des activités risquées, présente cependant le défaut majeur que l'information du régulateur est en général incomplète.

Obligation de moyens

Faire peser une **obligation de moyens** sur les firmes génératrices de risques en leur imposant un capital social minimal. Une firme ne pourrait ainsi s'engager dans une activité risquée qu'à la condition de démontrer préalablement sa capacité à faire face aux conséquences financières de sa responsabilité éventuelle. Cette approche présente un double avantage. D'une part, la firme sera incitée à choisir un niveau optimal de précaution tant que le montant des ressources engagées est suffisant pour garantir sa solvabilité. D'autre part, cette garantie ex ante permet d'indemniser ex post les créanciers involontaires que sont les victimes en cas d'accident. Comme la précédente, cette solution présente toutefois un problème informationnel évident dans la mesure où il est extrêmement difficile d'établir a priori le montant approprié du capital minimal.

Assurance obligatoire

Une solution voisine pour résoudre le problème de l'insolvabilité potentielle consiste à instaurer un **régime d'assurance obligatoire**. Comme pour l'obligation de moyen, l'assurance obligatoire garantit l'indemnisation des victimes et encourage les comportements de prévention des accidents. Par ailleurs, les compagnies d'assurance ont généralement la capacité de répartir les risques entre un grand nombre d'agents. Toutefois, l'assurance conduit à de nouveaux problèmes. En premier lieu, les risques majeurs qui sont trop élevés pour une entreprise, peuvent également le devenir pour une compagnie d'assurance. Ils présentent en effet des particularités qui en font des phénomènes difficilement assurables. Le manque de données actuarielles, le fait que ces risques touchent simultanément un grand nombre de personnes, les conséquences dramatiques qui se traduisent par des coûts extrêmement lourds, la durée incertaine des dommages potentiels et le fait que les règles de responsabilité civile puissent être modifiées sont autant d'éléments qui rebutent les assureurs. Les lacunes au niveau empirique et la difficulté d'établir un lien certain entre la multiplication des mesures de sécurité et la diminution des risques d'accident rendent par ailleurs les mesures de gestion du risque souvent peu significatives aux yeux des compagnies d'assurance. De ce fait, les mécanismes d'incitation à une gestion optimale des risques sont rarement effectifs. Si l'assurance n'est pas obligatoire, il s'ensuit une situation paradoxale, caractérisée par une forte demande en assurance et par une faible offre de polices; les quelques polices disponibles sur le marché ne peuvent alors offrir que des primes prohibitives pour de faibles couvertures. Ce phénomène découle en partie d'un problème lié à l'ignorance a priori des assureurs quant à l'efficacité des mesures de contrôle du risque (i.e. les phénomènes de risque moral ou d'anti-sélection). Les franchises servent alors de protection partielle pour pallier les conséquences de ces asymétries d'information.

En second lieu, en rendant l'assurance obligatoire, il convient d'éviter l'assurance fictive ou les collusions possibles entre assureurs et firmes génératrices de risques qui peuvent signer des contrats satisfaisants la contrainte, mais permettant à l'assureur d'échapper à l'indemnisation à travers des clauses non satisfaites. Ces problèmes peuvent être particulièrement sérieux pour des entreprises polluantes, d'où la création de fonds de précaution en vue d'indemniser les victimes et la

recherche de responsabilité conjointe des banques ayant financé les entreprises responsables.

Étendre la responsabilité vers les partenaires économiques de la firme en " cas de survenance de l'accident. Cela peut se traduire par l'introduction d'un système de responsabilité déléguée. La responsabilité déléguée est fondée sur la doctrine respondeat superior qui justifie l'action en justice d'une victime à l'encontre d'un principal en cas de dommages causés par un agent (Kornhauser [1982], Sykes [1981]). Les exemples d'application de ce principe se rencontrent notamment en droit du travail lorsque l'employeur voit sa responsabilité engagée pour des dommages causés par l'un de ses salariés dans le cadre de son service. Cette solution présente toutefois la particularité de déroger à un principe général du droit selon lequel seule la propriété du responsable d'un dommage peut faire l'objet d'un prélèvement en vue du versement de dommages et intérêts.

Les solutions 1 et 2 relèvent clairement de la réglementation des activités à risques, nous privilégierons la troisième voie dont la logique s'inscrit clairement dans la démarche de l'économie du droit.

3.2. Faut-il étendre la responsabilité aux partenaires ?

Intérêt

La justification de l'extension de responsabilité aux partenaires de l'entreprise semble double. D'une part, il s'agit d'assurer une meilleure indemnisation des victimes partant de l'idée que la surface financière du principal est souvent plus importante que celle de l'agent et donc son risque d'insolvabilité moindre (logique de deep pocket). D'autre part, ce système semble miser sur la capacité du principal à exercer un contrôle sur le comportement de son agent de façon à l'inciter à choisir un niveau de précaution optimal.

L'objectif d'une extension de responsabilité est donc de faire en sorte que les principaux agissent de manière à ne pas laisser leurs agents moins solvables prendre des risques démesurés. Le contexte des risques technologiques majeurs (environnement, transport,...) est cependant particulier puisque l'agent potentiellement insolvable est généralement une firme, d'où la difficulté de définir a priori le principal.

La responsabilité des firmes engagées dans des activités particulièrement risquées peut être étendue dans deux grandes directions selon que l'on cherche à impliquer les agents directement liés au processus de production (partenaires industriels ou commerciaux) ou bien les agents extérieurs à ce processus (créanciers) comme l'envisage la Convention de Lugano.

L'entreprise à risques est rarement le seul maillon de la chaîne de production. Elle dépend souvent de partenaires industriels et commerciaux pour qui elle effectue une partie du processus de production ou auxquels elle délègue certaines opérations. Les firmes peuvent donc être tentées de se décharger d'activités à risques en faisant appel à des sous-traitants et en leur faisant assumer la responsabilité associée à ces activités. Il s'agit de faire supporter la part des dommages non couverte par la firme sur des partenaires industriels ou

commerciaux (autres que des actionnaires). En cas de dommages causés par des sous-traitants, on peut imaginer que les tribunaux cherchent la responsabilité de la firme donneuse d'ordre en [s'appuyant sur le fait qu'elle est intervenue dans les décisions de son sous- ! traitant ou qu'elle possède de l'information clef pour la sécurité ou simplement du fait qu'elle est propriétaire des produits en cause. Le principal intérêt d'une telle mesure serait d'accroître le stock de capital disponible pour indemniser les victimes et de contribuer à une internalisation conjointe du coût des accidents.

Inconvénient

L'extension de la responsabilité d'une firme à ses partenaires industriels, ou commerciaux risque cependant d'avoir des répercussions indésirables sur l'organisation de l'industrie et les résultats de l'activité économique. Boyd et Ingberman [1996] mettent en évidence une situation d'arbitrage entre l'internalisation jointe et la sécurité d'une part et le niveau de l'activité et l'accroissement des coûts de production d'autre part. Pour analyser cet arbitrage, les auteurs étudient la situation de firmes polluantes qui vendent des produits à d'autres firmes qui les utilisent pour fabriquer des biens vendus aux consommateurs. Seuls les firmes pollueuses sont en mesure de prévenir le risque de dommage à l'environnement. Leur modèle fait ressortir tout d'abord que l'extension de la responsabilité aux partenaires de la firme polluante est déclenchée par l'incapacité des pollueurs à internaliser les dommages en raison de leur insolvabilité. Ensuite, les niveaux d'investissement et d'activité diminuent avec l'accroissement de la responsabilité imputée aux firmes qui vendent aux consommateurs. En d'autres termes, pour ! une firme qui doit répondre à la contrainte d'une responsabilité étendue, la tentation est forte de sous-investir à son tour afin de protéger ses avoirs. On déplace donc simplement le problème sans jamais le résoudre. Sans compter que l'on ne voit pas très bien où arrêter cette logique: les automobilistes qui font le plein chez Exxon doivent-ils être les responsables en dernier ressort des marées noires ?

En fait, l'argument qui prédomine est celui de la « *deep pocket* »: indemniser en priorité les victimes en puisant, si nécessaire, dans les poches de partenaires « très solvables » et, si possible, faire en sorte que ces derniers prennent des dispositions afin de limiter les risques pris par leurs partenaires « moins solvables.

3.3. Faut-il étendre la responsabilité aux créanciers des entreprises à risque ?

Généralités

Les tribunaux américains et canadiens ont cherché à partir du milieu des années 80 à responsabiliser les agents extérieurs au processus de production mais qui participent indirectement aux décisions de l'entreprise. C'est ainsi que l'on a pu voir des banques condamnées à verser des indemnités aux victimes de dommages causés par leurs clients insuffisamment solvables pour fonder une telle décision, les tribunaux américains s'appuient sur une législation particulière, le CERCLA (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Uability Act qui étend les moyens de l'American Environmental Protection Agency en vue de décontaminer les sites pollués par des firmes incapables de faire face à cette

obligation. En Europe, la Convention de Lugano de 1993 prévoit un système assez semblable mettant à la charge des banques un « risque vert » en invoquant le fait qu'elles prennent souvent une part active dans les décisions des entreprises qu'elles financent ou encore qu'elles deviennent les propriétaires de certains actifs lorsque l'entreprise manque à ses obligations

La responsabilité conjointe ou déléguée des banques est-elle pour autant un moyen efficace de maintenir les effets incitatifs des règles de responsabilité et de minimiser le coût social des accidents en présence d'une contrainte de solvabilité concernant les firmes emprunteuses ?

Modélisation Principal/superviseur/agent

Pitchford [1995] montre en particulier qu'il est impossible d'implémenter l'effort de prévention optimal (x^*) et qu'une extension de responsabilité trop importante à la charge du créancier nuit à l'efficacité de la responsabilité civile. De ce fait, un arbitrage apparaît entre *l'équité et l'efficacité parce que l'extension de responsabilité aux prêteurs accroîtrait la probabilité d'une indemnisation complète des victimes mais augmenterait également la probabilité d'accident*. Au plan normatif, son modèle permet de montrer que le *niveau de responsabilité du créancier devrait être partiel*.

Nous allons examiner une modélisation Principal (Etat), Superviseur (Banque), Agent (Firme). Le principe consiste à fixer un contrat incitatif entre le superviseur et l'agent qui conduise ce dernier à adopter le comportement que souhaite le Principal, sachant que ni le superviseur ni le principal ne peuvent observer le comportement de précaution de l'agent ;

L'auteur examine le cas d'une firme qui choisit non seulement son niveau x de précaution mais aussi sa structure financière. Comme précédemment, on considère que la probabilité d'accident $p(x)$ dépend de l'effort de prévention de l'entreprise (accident unilatéral), avec $p' < 0$ et $p'' > 0$. L'effort a un coût dénoté par $C(x)$ avec $C' > 0$ et $C'' > 0$.

La firme emprunte une partie du montant de son investissement à une banque qui ne peut observer x . Cet investissement génère un profit certain τ , de sorte qu'en tenant compte du capital social de la firme sur l'exercice comptable envisagé A , la somme des actifs disponibles de l'entreprise en cas d'accident est donnée par $(\tau - 1 + A)$.

Le dommage a une étendue certaine D . Si l'accident survient, le créancier doit indemniser les victimes pour un montant R .

Si $R_{\text{banque}} = D$, la responsabilité est dite complète,

si $R_b < D$, la responsabilité est partielle.

Si $R_f = 0$, nous sommes dans un cas d'application de la doctrine « *respondeat superior* », la firme ne supporte quant à elle aucune responsabilité directe.,.

Le modèle ne comporte qu'une seule période, le contrat de crédit est signé au début et l'accident se produit ou non à la fin. Ce contrat est contingent à la réalisation de l'accident. Il stipule un remboursement Y_1 , si l'accident a lieu et Y_0 sinon.

Le contrat de crédit ne peut pas imposer x , mais la banque sait que la firme choisit son effort préventif de façon à maximiser son profit espéré étant donné Y_0 et Y_1 . En effet, l'hypothèse de rationalité individuelle impose que x est toujours tel que :

$$C'(x) + p'(x)(Y_0 - Y_1) = 0$$

Ainsi, l'effort de prévention choisi par l'entreprise dépend de la « pénalité » $Y_0 - Y_1 > 0$ que le contrat lui fait supporter en cas d'accident.

Conformément aux enseignements du chapitre précédent, en cas d'accident unilatéral, nous savons que le choix de x correspondant à l'optimum social est

tel que :

$C'(x^*) + P'(x^*)D = 0$. De ce fait, le contrat qui incite à l'effort optimal devrait en principe imposer une « pénalité » $(y_0 - y_1) = D$ pour assurer l'internalisation du dommage.

Un tel contrat fait coïncider l'objectif social du régulateur (minimiser le coût social) et l'objectif privé de la firme (maximiser le profit) en utilisant un contrat incitatif entre le superviseur et l'agent.

Le problème apparaît en cas d'insolvabilité dans la mesure où un tel contrat ne peut être implémenté. En effet, le contrat permettant de maximiser la somme des gains des deux parties tient compte de la responsabilité supportée par la banque. Deux cas sont alors envisageables :

1) si $R_b \leq \tau - I + A$, alors $(y_0 - y_1) = R_b$ et l'effort de prévention est donné par:

$$C'(X) + P'(X)R_b = 0$$

Dans ce premier cas, la firme internalise le montant de la responsabilité de la banque et le coût social est minimisé.

2) si $R_b > \tau - I + A$ alors $(y_0 - y_1) = 1(\tau - I + A)/(1-p) - p.R_b / (1-p)$ et l'effort de la prévention est donné par :

$$C'(x) + p'(x) [1(\tau - I + A)/(1-p) - p.R_b / (1-p)] = 0$$

Dans ce second cas de figure, l'effort préventif est plus faible (le machin entre crochets est plus petit que R_b) et engendre une probabilité d'accident, supérieure au risque socialement optimal.

En conclusion: si la responsabilité imposée à la banque est inférieure à la somme des capitaux disponibles (cas 1), le créancier fait payer à la firme le montant de sa responsabilité R_b en cas d'accident. La firme paye en définitive les dommages intérêts, ce qui l'incite à choisir l'effort de prévention socialement optimal.

En revanche, (cas 2) si la pénalité dépasse le montant des capitaux disponibles, la banque n'est plus en mesure de faire payer intégralement la firme en cas d'accident. Elle intègre alors dans le remboursement prévu dans l'état de la nature sans accident une « prime d'assurance compensant sa responsabilité en cas d'accident :

$$y_0 = p \cdot [(\tau - I + A)] / (1-p)$$

Le montant de cette prime est croissant en R_b . L'accroissement de la « pénalité » pesant sur l'entreprise au-delà de $(\tau - I + A)$ réduit alors son incitation à atteindre l'état de la nature sans accident.

La prévention diminuant, la probabilité d'accident s'élève avec la responsabilité imposée à la banque quand celle-ci dépasse $(\tau - I + A)$. En définitive, Pitchford interprète cette « pénalité » comme une responsabilité partielle. En fait, la banque récupère les actifs de la firme par le biais du contrat pour payer les dommages Intérêts. Le contrat de crédit permet donc d'affecter les actifs de la firme aux victimes puisque l'application de la doctrine « *respondeat superior* » n'impose en principe aucune responsabilité à la firme.

Balkenborg [1997] reprend l'analyse de Pitchford pour étudier les pouvoirs de négociation entre le créancier et la firme. Il part du constat qu'il existe un ensemble de contrats admissibles entre les deux parties (Pitchford ne considère que le contrat maximisant la somme des profits). Ainsi, pour chaque niveau de responsabilité de la banque, R_b , il est possible de tracer une frontière de Pareto dans l'espace des profits. Le choix d'un Contrat dépend alors des pouvoirs de négociation. L'auteur montre que la répartition de ces pouvoirs influence l'efficacité des politiques de prévention des risques fondés sur la responsabilité civile. Il suppose que les deux parties se partagent les surplus du contrat le long de cette frontière parétienne selon une négociation à la Nash. On note $\alpha \in [0, 1]$, le paramètre définissant le pouvoir de négociation de la banque dans le cadre du contrat.

L'étude de la réaction du contrat aux variations du pouvoir de négociation permet d'obtenir les résultats suivants :

- si la firme détient tout le pouvoir de négociation ($\alpha=0$), on retrouve les conclusions de Pritchford. Autrement dit, pour $R_b > (\tau - I + A)$, la probabilité d'accident devient croissante avec le niveau de la responsabilité du créancier.
- si la banque a tous le pouvoir de négociation ($\alpha=1$), la probabilité d'accident devient décroissante avec le niveau de responsabilité, mais elle est toujours supérieure à la probabilité d'accident obtenue lorsque l'entreprise détient le Pouvoir de négociation.
- Les probabilités d'accident obtenues quand les pouvoirs de négociation sont repartis entre les deux agents évoluent avec α et R_b . Pour α faible, il existe un seul seuil de responsabilité $R_b(\alpha)$ tel que x décroît avec R_b pour $R_b < R_b(\alpha)$ et croît avec R_b au-dessus de ce seuil. Quand la firme détient tout le

pouvoir de négociation, ce niveau est, $R_b(0) = (\tau - I + A)$. Cependant, à mesure que les pouvoirs de négociation sont répartis en faveur du banquier, ce seuil $R_b(\alpha)$ diminue.

Les conséquences de la responsabilité bancaire en termes de bien-être sont alors les suivantes:

D'une part, le bien-être social maximal susceptible d'être atteint pour un choix approprié de R_b décroît avec le pouvoir de négociation de la banque.

D'autre part, le niveau optimal de responsabilité est inférieur à $(\tau - I + A)$ dès que $\alpha > 0$.

En d'autres termes, lorsque le banquier détient un certain pouvoir de négociation, il est en mesure de s'approprier en partie le surplus de la relation. Comme la firme est en situation de « *judgement proof* », le créancier récupère les rentes en accroissant les remboursements dans les bons états de la nature, rendant l'éventualité d'un accident moins dommageable pour la firme.

Boyer et Laffont (1997) montrent également que le problème du contrôle de l'Agent par le Principal, susceptible d'être résolu par un système de primes ou de pénalités, se pose avec acuité lorsque l'entreprise fait face à une responsabilité dépassant ses possibilités de paiement et que la banque est responsable du montant « non couvert » du dommage.

Conclusion

En définitive, l'extension de responsabilité aux créanciers est susceptible de renforcer la fonction préventive de la responsabilité civile. Toutefois, la présence d'asymétries d'information modifie les conditions du crédit bancaire et la responsabilité de la banque ne doit pas être complète (comme la franchise apparaît nécessaire pour équilibrer le marché de l'assurance en présence de risque moral).

Autrement dit, l'extension de responsabilité ne permet pas de parvenir à un résultat socialement optimal si la firme ne détient pas initialement des actifs suffisants pour faire face aux conséquences d'un accident. Intégrant dans l'analyse des relations de financement de long terme entre banques et entreprises.

Gobert et Poitevin (1998) relativisent toutefois la portée de ce résultat. Ils montrent qu'à la suite d'un accident environnemental, les banques conjointement responsables seront plus enclines à refinancer les firmes concernées, mais que la responsabilité bancaire diminuera les incitations des firmes à la prévention.

4. CONCLUSION

Face aux limites que présente l'extension de la responsabilité aux banques, il semble possible d'explorer une autre piste : celle de la responsabilité illimitée de l'actionnaire (au plan délictuel et non contractuel). En effet, le problème posé par le « *Judgment Proof* » réside dans l'existence d'une responsabilité limitée de l'actionnaire. De ce point de vue la responsabilité illimitée n'est rien d'autre qu'une

extension de responsabilité en vue de couvrir la part des dommages restant à la charge de la victime du fait de l'insolvabilité de la firme. Cette solution «*piercing the corporate veil*» aboutit dans les faits à redéfinir les frontières de la firme en considérant que les actifs des actionnaires doivent être pris en compte en vue d'assurer l'indemnisation complète des victimes.

Dans ce sens, une notable proposition a été faite par Hansmann and Kraakman [1991]

“that shareholders have liability for torts committed by their corporation. That is, if the assets of a corporation are insufficient to satisfy its liabilities, victims should be entitled to enforce their judgements against the assets of individual shareholders. This proposed aims to make shareholders respond by compelling the corporations in which they invest to purchase insurance against liability and, when liability is nevertheless uninsured, to pay for it. Conversely, limiting the liability of a corporation to its assets rather than extending liability to shareholders is none other than deciding against imposing vicarious liability on shareholders. It is important to note that the proposed system concerns only tort or involuntary creditors. For contract or voluntary creditors, the limited liability regime is not in question “.

Ce type de proposition est incontestablement à rapprocher d'une logique de gouvernement d'entreprise. En effet, si l'actionnaire est en mesure d'infléchir les décisions de l'entreprise, pourquoi ne pas en faire un responsable en dernier ressort des dommages causés au tiers à travers un système d'extension de responsabilité ? A cela s'ajoute le fait que l'essor des fonds de pension a considérablement contribué à accroître la surface financière des actionnaires (au moins pour les Etats-Unis) qui prennent de surcroît, une part active dans la gestion des entreprises. Bien entendu, les actionnaires ne sont pas toujours en mesure d'influencer les décisions des dirigeants en matière de prévention. Il est vraisemblable que cette capacité dépendra de la structure du capital. Dans le cas de petites firmes où un actionnaire majoritaire participe activement aux décisions par exemple dans les groupes d'entreprises avec plusieurs filiales), cette capacité sera sans doute plus forte qu'en présence d'une grande entreprise avec une multitude de petits actionnaires.

Ce problème peut être abordé dans un cadre général en montrant dans quelles conditions le passage d'une forme de responsabilité simple des firmes à un système de responsabilité déléguée des différents types de créanciers est source d'efficience. Sont ainsi comparés les effets sur l'effort de prévention des firmes de la responsabilité déléguée des banques d'une part et de la responsabilité illimitée des actionnaires d'autre part. Pour réaliser cette comparaison, un modèle de responsabilité déléguée a été élaboré et a permis de démontrer trois propositions :

1. En présence d'une contrainte de solvabilité, l'effort de précaution est maximal (optimum de second rang seulement si la responsabilité attendue du créancier est inférieure à l'étendue des pertes subies par la victime (i.e la responsabilité déléguée doit être partielle).
2. L'effort de précaution sous un système de responsabilité déléguée de la banque est inférieure ou égale à celui atteint avec la responsabilité illimitée de l'actionnaire.

3. Les résultats doivent être nuancés selon que le pouvoir de fixer le niveau de précaution appartient au dirigeant de l'entreprise ou à l'actionnaire (*closely held corporations versus open corporations*).