

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Analyse économique du droit : Scolie sur le risque et l'assurance

Ejan MACKAAY**

Résumé

La plupart de nos décisions touchent des questions qui comportent un élément de risque ou d'incertitude. Cet article étudie les institutions employées pour absorber ou diluer le risque, ce qui conduit à un examen de l'économie du risque et de l'assurance. Si l'assurance comporte l'idée de socialisation du risque, elle est néanmoins basée sur le principe que chaque assuré paie autant que faire se peut la prime exacte correspondant au risque qu'il contribue. Une politique contraire conduit les assurés à chercher un autre assureur (sélection adverse). L'autre écueil qui guette l'assurance vient de l'impossibilité pour l'assureur de surveiller complètement le comportement de l'assuré et notamment les actes qui augmentent le risque. Elle

Abstract

Most of our decisions involve matters which have an element of risk or uncertainty to them. This article examines institutions used to absorb or spread risk, which leads to an excursion into the economics of risk and insurance. Although insurance involves risk pooling, it is based on the idea that each insured pays a premium corresponding as precisely as is feasible to the risk he contributes to the pool. A policy which abandons this principle will drive the better risks to seek insurance elsewhere (adverse selection). The other danger in the insurance market stems from the impossibility for insurers to fully supervise the behaviour of the insured, in particular as regards acts which increase the risk. This opens the door to a certain carelessness on

Mes remerciements à Stéphane Rousseau et Adrian Popovici pour leurs observations critiques sur une version antérieure du texte.

** Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

prête flanc à une diminution de prudence de la part de l'assuré mal surveillé (risque moral). Plusieurs moyens ont été trouvés pour contrer le risque moral, dont la franchise et la coassurance. La logique mise au jour peut utilement être appliquée pour expliquer des garde-fou mis en place dans des contextes juridiques, à première vue fort différents, impliquant l'attribution d'une responsabilité ou d'un autre fardeau comportant un élément de risque. L'article examine à ce titre l'expropriation, l'indemnisation, l'inexécution des obligations, les vices cachés, le risque commercial, la faillite et le coût du crédit.

the part of the imperfectly supervised insured (moral hazard). Various means have been found to counter moral hazard, such as deductibles and co-insurance. The logic of risk and insurance explains implicit safeguards put in place in a variety of legal contexts, at first blush far removed from insurance, in which a liability or other burden involving an element of uncertainty must be allocated. The article looks at expropriation, compensation for damages, defective performance of obligations, latent defects, commercial risk, bankruptcy and the cost of credit.

Plan de l'article

Introduction	163
I. Les éléments de l'assurance	166
A. La formation d'une mutuelle.....	166
B. La catégorisation.....	167
C. Le coût de l'assurance.....	168
D. Les fondements de l'assurance.....	170
II. Les perversités	171
A. La sélection adverse.....	171
1. Nature.....	171
2. Réponses.....	172
B. Le risque moral.....	173
1. Nature.....	173
2. Réponses.....	174
a. La franchise.....	174
b. La coassurance et le partage des risques.....	175
c. Le « signalling ».....	175
3. La dilution du risque.....	177
III. Applications	178
A. Le contrat d'assurance.....	178
B. L'expropriation.....	180
C. Le paradoxe de l'indemnisation.....	181
D. L'inexécution des obligations.....	182
E. Les vices cachés.....	182
F. Le risque commercial.....	183
G. La faillite et le coût du crédit.....	184
Conclusion	187
Bibliographie	188

Les décisions des acteurs économiques portent non seulement sur des objets certains (commander ou non une tasse de café et un croissant au café du coin), mais aussi sur des matières qui comportent un aléa, un élément incertain. En achetant un billet de Loto-Québec, on sait qu'on a une chance, mais non la certitude de gagner. En entreprenant des études en droit, vous espérez améliorer vos chances d'emploi et le revenu que vous en tirerez. En « développant » la région du Mont Tremblant, les promoteurs espèrent attirer une nouvelle clientèle nombreuse qui leur fera récupérer la mise considérable qu'ils font pour ce développement.

Toutes ces situations présentent un élément d'incertitude. Elles diffèrent par leur nature. Dans le cas de la loterie, on connaît statistiquement les chances de gagner et le plus souvent les responsables de la loterie les divulguent. L'amélioration des perspectives par suite des études en droit est moins certaine, surtout avec la prétendue « saturation » du marché des avocats et des notaires. Mais dans une économie ouverte, quel sens faudrait-il donner à cette « saturation »? Le chemin que vous parcourrez en poursuivant des études en droit est loin d'être inédit et ici également il serait possible de déterminer statistiquement l'éventail de vos chances d'améliorer ainsi vos perspectives. Quant au développement du Mont Tremblant, l'élément incertain est encore plus prononcé; il paraît difficile de déterminer statistiquement ses chances de réussite avec une précision acceptable.

Frank Knight¹ proposa d'utiliser le terme « risque » pour les phénomènes dont on a au moins une connaissance statistique et le terme « incertitude » pour les aléas où cette connaissance n'est pas disponible et où nous devons estimer les chances de réussite au « pifomètre ». Se lancer dans un projet marqué par un degré important d'incertitude de ce dernier type est un acte d'entrepreneurship.

Chacun de nous, à des degrés variables d'une personne à l'autre, prend des risques et entreprend des projets aux issues incertaines. Dans la plupart des questions touchant notre vie, le risque et l'incertitude nous apparaissent comme des coûts. Nous cherchons à les éviter ou à en réduire l'incidence sur notre vie.

¹ F.H. KNIGHT (ed.), *Risk, Uncertainty and Profit*, 1971 (1921).

Nous différons les uns des autres dans notre préférence et notre aptitude à faire face aux risques. On peut donc s'attendre à une spécialisation dans la tâche d'absorber différents types de risque ou d'incertitude. L'assureur est manifestement mieux placé que le simple citoyen pour absorber le risque d'un incendie dans la maison de ce dernier. Cela explique l'intérêt pour les deux du contrat d'assurance que le propriétaire de maison souscrit auprès de l'assureur.

Devant l'éventualité d'accidents ou d'autres événements avec un élément de risque ou d'incertitude non désiré, nous pouvons adopter plusieurs positions. Le Tableau 1 les résume.

Tableau 1. Les options face au risque

Prévenir l'accident	Solution connue	— faire le calcul de prévention
	Solution inconnue	
Assumer le coût de l'accident		absorber soi-même
		faire dévier sur un tiers
		assurer

Si des moyens de prévention du risque en question sont connus, il faut déterminer s'il convient de les adopter. La réponse est affirmative pour tous les moyens de précaution dont le coût est inférieur à la réduction du coût du risque qu'ils permettent de réaliser. Il s'agit là du « calcul préventif » qui est à la base de la responsabilité pour faute².

2 Ejan MACKAAY, « Le droit relatif aux accidents - une interprétation économique », (1980) 15 *R.J.T.* 383; Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991, c. 3. En anglais, dans une très abondante littérature : G. CALABRESI, *The Cost of Accidents* (1970); S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law* (1987); D. DEWEES, D. DUFF, M.

À défaut de moyens de prévention abordables connus, on peut envisager d'effectuer des recherches, théoriques ou appliquées, qui promettent de nous en faire découvrir. Il faut alors déterminer l'ampleur des recherches à entreprendre, mais aussi, et peut-être surtout, la personne la mieux placée pour les entreprendre. De nouveau, nous devrions comparer le coût des recherches et les chances qu'elles aboutissent à de nouveaux moyens de prévention avec la réduction du coût des risques qu'ils permettraient de réaliser. Les données nécessaires pour établir cette comparaison sont toutefois assez incertaines et le choix de l'ampleur et de la nature des recherches relève plutôt d'une décision entrepreneuriale.

Lorsque nous n'avons pas ou pas immédiatement à notre disposition des moyens de réduire l'incidence du risque, il faut l'assumer. Il y a plusieurs manières de le faire. Nous pouvons absorber le risque nous-mêmes ou le faire dévier sur un tiers ou l'assurer. L'option d'absorber nous-mêmes les risques est résiduelle; elle s'applique dans tous les cas où aucune autre voie ne peut être empruntée.

Notre société connaît différents schémas qui font dévier un risque sur des tiers. Par exemple, le risque pour les pêcheurs canadiens de ne plus pouvoir pêcher en raison de l'épuisement des stocks de poissons dans les océans est dévié sur la communauté entière sous la forme d'allocations gouvernementales aux pêcheurs. Ce régime comporte une forme de redistribution, dont l'explication est à rechercher, à l'aide de la théorie du « *public choice* », dans le fonctionnement du processus politique.

On peut, enfin, faire appel à l'assurance. L'assurance se distingue de l'option précédente en ce que, en principe, elle fait payer à l'assuré, sous la forme d'une prime certaine, le coût exact du risque qui le concerne. L'assurance substitue à un coût important mais incertain un coût réduit mais certain. L'assureur est l'intermédiaire qui réalise cette substitution. Son intervention, nous le verrons, fait que, pour l'assuré, le fardeau du risque paraît plus léger à porter que s'il devait l'assumer lui-même. L'assurance procure ainsi à l'assuré un gain de bien-être. Ce gain

peut amener l'assuré à entreprendre une activité qu'il jugerait autrement trop risquée.

Dans ce qui suit, nous expliquons le fonctionnement de l'assurance. Nous commençons par un schéma simple au sein d'une mutuelle (I), pour introduire ensuite les complications qui rendent le tableau plus réaliste (II) et qui expliquent des pratiques observées dans le domaine de l'assurance ainsi que plusieurs règles juridiques dans d'autres domaines (III).

I. Les éléments de l'assurance

A. La formation d'une mutuelle

Imaginons la situation suivante, dans un monde plus simple que le nôtre, où l'assurance est inconnue : nous sommes 3 000 propriétaires de maison et nous cherchons à nous prémunir contre les ravages causés par les incendies de maison.

Bon an mal an, trois maisons passent au feu. Deux parmi ces trois sont des maisons en bois, la troisième est en brique. Le remplacement d'une maison en bois coûte 45 000 écus, celui d'une maison en brique, 60 000 écus. La moitié des propriétaires a une maison en bois, l'autre moitié une maison en brique. Les sinistres coûtent en moyenne 150 000 écus par an, soit deux fois 45 000 écus pour les maisons en bois détruites et 60 000 pour la maison en brique.

En réunissant nos efforts, nous pouvons couvrir ces dégâts par une cotisation de 50 écus par an pour chaque membre du groupe. La somme de 50 écus est l'équivalent certain d'une perte incertaine. C'est la prime d'assurance.

L'arrangement correspond aux mutuelles qui se sont développées au cours de l'histoire pour les risques de sinistres, mais aussi, et même assez récemment, pour les risques de maladie et de chômage³. L'intérêt des mutuelles est de permettre la mise en commun ou socialisation des risques (« *risk pooling* »).

³ David T. BEITO, « Mutual Aid for Social Welfare: The Case of American Fraternal Societies », 4 *Critical Review* 709-736 (1990); P.L. BERNSTEIN, *Against the Gods – The Remarkable Story of Risk* (1996); L. SIDDELEY, « The Rise and Fall of Fraternal Insurance Organizations », 7 *Humane Studies Review* 3, 13-16 (1992).

B. La catégorisation

L'arrangement institué dans le groupe constitue, pour tous les membres du groupe, une avance par rapport à la situation antérieure, un gain de Pareto. Pourtant, les propriétaires des maisons en brique n'en sont pas entièrement satisfaits. Ils font en effet remarquer que sur les 1 500 maisons en brique, une seule risque de passer au feu par an, au coût de 60 000 écus. Répartie sur les membres de ce sous-groupe, cette perte représente un coût de 40 écus par personne. Ils proposent donc de ne contribuer que cette somme. À défaut, ils quitteront le groupe pour former une mutuelle distincte entre eux. Pour couvrir la totalité des pertes annuelles prévues, il faudrait que les 1 500 autres propriétaires contribuent les 90 000 écus manquants, ce qui revient à 60 écus par personne dans ce sous-groupe.

On pourrait penser que cette différenciation constitue une entrave au fondement de solidarité de la mutuelle. Mais à bien y regarder, la cotisation plus élevée pour les propriétaires de maisons en bois paraît juste. Leurs contributions suffisent justement pour couvrir les pertes prévues de maisons de bois, c'est-à-dire les pertes dans leur catégorie. Si les propriétaires des maisons en brique mettaient à exécution leur menace de quitter, les 1 500 membres qui resteraient devraient se cotiser la somme de 60 écus. Les 3 000 propriétaires peuvent donc rester ensemble à la condition de différencier les contributions (primes) pour correspondre aux risques que chacun impose au « *pool* ».

Jusqu'où différencier les assurés? À la limite, dans un monde hypothétique sans friction et avec connaissance parfaite, chacun se trouverait dans une catégorie à lui seul correspondant exactement à son profil de risque particulier. La prime d'assurance serait alors l'exact équivalent certain du risque qu'il demande d'assurer. Dans les faits, il y a cependant des coûts de transaction. Premièrement, il est coûteux d'obtenir l'information nécessaire pour différencier les clients : il faudrait, par exemple, inspecter l'objet assuré au moment de la conclusion du contrat et régulièrement après. Dans la mesure où cette surveillance reste incomplète, l'assuré peut, en deuxième lieu, s'engager dans des comportements stratégiques qui compliquent la différenciation. Examinons ces coûts de transaction.

Pour ce qui est du coût de l'information, une nouvelle différenciation vaut la peine dans la mesure où la réduction de

prime qui peut ainsi être accordée à un groupe dépasse le coût d'obtenir l'information. Reprenons notre exemple du départ et supposons qu'il en coûte 5 écus par an pour distinguer maisons en brique et maisons en bois. Dans cette hypothèse, les propriétaires de maisons en brique maintiendraient leur menace de quitter, car une prime de 40 écus (risque assuré) plus 5 écus (inspection), soit 45 écus, est toujours inférieure aux 50 écus qu'ils paieraient dans le « *pool* » non différencié.

Pour les propriétaires des maisons en bois, le coût additionnel de 5 écus ne présente pas d'intérêt. En fait, ils ne le paieraient pas. Étant donné qu'ils constituent le groupe au risque le plus élevé, l'assureur peut se contenter de leur demander la prime de 60 écus par an sans inspection. L'assureur qui agirait autrement verrait ce groupe de clients quitter pour rejoindre le concurrent qui ne fait pas de distinction mais demande uniformément la prime la plus élevée.

Il en résulte que le coût de la différenciation s'impute aux risques qui profitent d'une prime inférieure par suite de la différenciation. Le processus de différenciation se poursuit jusqu'à ce que les coûts de l'information additionnelle à chercher pour une différenciation supplémentaire dépassent les avantages qui peuvent être accordés, sous forme de prime réduite. Si les techniques disponibles pour obtenir l'information changent, par exemple du fait de la surveillance que les membres du « *pool* » peuvent exercer entre eux ou par suite d'avances techniques dans la communication ou des connaissances au sujet des risques, la différenciation que l'on peut économiquement entreprendre s'étendra en conséquence. L'assureur qui refuse alors d'effectuer la différenciation supplémentaire qui se justifierait selon ces critères verrait ses meilleurs clients quitter. Il resterait pris avec les pires risques, ce qui l'obligerait à brève échéance à augmenter ces primes pour correspondre aux risques plus élevés qu'il assure désormais. La concurrence impose ainsi la différenciation. L'assurance implique certes la solidarité, mais seulement à l'intérieur des catégories auxquelles aboutit la différenciation.

C. Le coût de l'assurance

La prime que paie chaque membre du groupe ou « *pool* » d'assurance représente l'équivalent certain d'un coût incertain. Nous devons maintenant davantage préciser cette notion. La

question pourrait se poser aux membres de la mutuelle lorsqu'un propriétaire de maison en béton demande d'adhérer au groupe. Quelle prime lui demander?

Admettons que le remplacement d'une maison en béton passée au feu coûte 75 000 écus. Cette information ne suffit pas pour fixer la prime. Dans le cas envisagé ci-dessus, nous savions en outre, pour chaque catégorie, combien de maisons en moyenne sur 1 500 passaient au feu chaque année.

Cette information permet de déterminer la *probabilité* qu'une maison d'une certaine catégorie passe au feu durant une année. Elle est ici égale à la fréquence relative. Pour les maisons en bois, la probabilité d'un sinistre est égale à 2 sur 1 500 ou 0,133%. Pour les maisons en brique, la probabilité est de 1 sur 1 500 ou 0,067%. La probabilité est un chiffre compris entre zéro et un. Elle formalise la notion intuitive des chances de survenance d'un événement.

À l'aide de la probabilité et du coût du sinistre, s'il devait arriver, nous pouvons déterminer le fardeau exact du risque que court chaque propriétaire. C'est le produit de ces deux valeurs. Pour une maison en bois, c'est $0,00133 * 45\ 000$, soit 60 écus; pour une maison en brique, c'est $0,00067 * 60\ 000$ écus, soit 40 écus. Le produit de la probabilité d'un événement (p) et du coût s'il se réalise (V), ou $p * V$, s'appelle *l'espérance mathématique* (« *expected value* »).

Dans notre exemple, la prime demandée à chaque assuré correspond à l'espérance mathématique du risque qu'il contribue au « *pool* ». L'assurance est alors équitable. En réalité, la prime d'assurance comporte en outre une composante de frais d'administration, que nous ignorons ici.

Pour déterminer la prime que devrait payer le propriétaire de la maison en béton, nous devons connaître la probabilité de survenance de sinistre dans ce genre de maison. L'expérience vécue, qui se cristallise sous forme de statistiques, devrait nous fournir le renseignement recherché. Admettons que chaque année une maison en béton sur 5 000 est détruite par incendie. La probabilité d'un tel événement est alors de 0,02%. La prime d'assurance doit alors s'établir à 15 écus ($0,0002 * 75\ 000$).

Dans l'exemple du développement du Mont Tremblant évoqué en début de chapitre, nous ne disposons pas de statistiques per-

mettant de déterminer une probabilité. Pourtant, ceux qui décident de s'engager dans ce projet se laissent guider, eux aussi, par les chances de réussite du projet. La probabilité qui traduirait cette idée ne peut correspondre à la fréquence relative, étant donné le caractère assez unique du projet. Elle est ici une notion subjective, qui reflète l'intuition de quelqu'un au sujet des chances de succès. Malgré leur caractère subjectif, de tels estimés peuvent être utiles pour comparer plusieurs projets avec des composantes aléatoires. On calcule alors l'équivalent certain pour chaque option. Celui-ci se compose de la somme de l'espérance mathématique des gains (ou pertes) si l'événement se réalise ($p * V_1$) et de l'espérance mathématique des gains (ou pertes) s'il ne se réalise pas ($(1-p) * V_0$). Dans les considérations ci-dessus, nous pouvions ignorer le deuxième terme, étant donné que l'assureur ne paie rien si le sinistre ne se réalise pas, ce qui veut dire que V_0 est égal à zéro.

D. Les fondements de l'assurance

Il convient maintenant de se demander comment il se fait que l'assureur a un avantage comparatif sur le client en matière d'assurance. La différence vient de ce que, pour le client, l'événement contre lequel il s'assure représente une perte dont le poids, aux yeux de l'assuré, est supérieur à l'espérance mathématique. Pour exprimer cette idée, on dit que les assurés ont généralement une *aversion du risque*.

Dans la mesure où il assure un grand éventail de risques différents, l'assureur peut tabler sur la *loi des grands nombres* et traiter chaque risque comme équivalent à son espérance mathématique. Un exemple peut clarifier ce contraste. Chacun de nous sait que sa vie a une durée limitée, mais ne sait pas si elle prendra fin cette année. Au niveau de la société cependant, on peut bien déterminer combien de personnes de tel ou de tel groupe risquent de perdre la vie cette année.

Pour que la loi des grands nombres joue, il faut que les risques qui font partie du « *pool* » de l'assureur soient indépendants les uns des autres. Si le sinistre assuré devait se déclarer dans un grand nombre de dossiers en même temps, l'assureur ne pourrait plus traiter ces risques comme équivalents à leur espérance mathématique. Ceci explique pourquoi les assureurs excluent le plus souvent de leurs polices les catastrophes naturelles

comme les tornades, les guerres, les épidémies et d'autres désastres collectifs semblables. Alternativement, il est loisible à l'assureur de se *réassurer* auprès d'un super-assureur comme Lloyd's, dont les risques sont plus diversifiés que les siens, ou de former un consortium avec d'autres assureurs de manière à former un « *pool* » plus diversifié.

La clé de voûte de l'assurance est la diversification (« *risk spreading* »), c'est-à-dire la mise en commun de risques indépendants, soit des risques qui ne connaissent pas des hausses ou des déclinés en même temps. C'est le principe qui prévaut dans la constitution de portefeuilles de placements à la bourse.

Il convient maintenant d'ajouter du réalisme au modèle, en examinant les phénomènes qui peuvent faire déraiser l'assurance : les perversités.

II. Les perversités

Nous avons vu que le marché de l'assurance connaît des coûts de transaction non seulement sous la forme d'informations coûteuses au sujet des risques assurés, mais aussi dans les comportements stratégiques que l'assuré peut adopter en raison du coût de le surveiller. Il faut maintenant examiner cette deuxième dimension des coûts de transaction. Elle se présente en trois volets : la sélection adverse (A), le risque moral (B) et la dilution du risque (C).

A. La sélection adverse

1. Nature

Le départ des propriétaires de maison en brique, dans l'exemple initial, montre un cas de *sélection adverse*. Celle-ci se produit lorsqu'un assureur, en raison d'un manque d'information ou pour d'autres raisons, demande sans distinction la même prime à des groupes qui posent des risques différents. Cela encourage les personnes qui se savent parmi les pires risques à adhérer à son plan d'assurance sans divulguer cette qualité, car pour eux cette assurance est avantageuse. En revanche, l'absence de différenciation décourage les meilleurs risques. Ils préféreraient s'assurer auprès d'un concurrent prêt à faire la distinction,

car il en résulte pour eux une prime inférieure. L'assureur non discriminant finira par assurer les pires risques, ce qui ne manquera pas de se refléter dans ses primes.

Si l'acquéreur d'un produit ou service (ici l'assureur qui cherche à connaître le risque que pose l'assuré) ne peut pas immédiatement en observer la qualité, qu'il pourra cependant déterminer par la suite en s'en servant, il présumera, au moment de la conclusion du contrat, la qualité moyenne ou même la plus basse, comme l'a montré Akerlof dans son célèbre article sur le marché des voitures « citrons » (« *lemons market* »)⁴. À la limite, ce problème d'information pourrait même rendre l'assurance non viable⁵.

2. Réponses

Une première réponse, juridique, est de sanctionner sévèrement toute réticence de la part de l'assuré au sujet de facteurs susceptibles d'influencer le risque. Dans le contrat d'assurance, le droit exige de la part de l'assuré une bonne foi à toute épreuve (*uberissima fides*) dans ses déclarations. Le *Code civil du Québec*⁶, par exemple, énonce cette obligation de déclaration fidèle aux articles 2408 à 2410 et, pour l'assurance maritime, aux articles 2545 et suiv. Aux termes de l'article 2410, le défaut de s'y conformer est sanctionnée par la nullité du contrat d'assurance à la demande de l'assureur, « même en ce qui concerne les sinistres non rattachés au risque ainsi dénaturé ». Cette sanction sévère est cependant tempérée dans le cas particulier d'une fausse déclaration au sujet de l'âge de l'assuré, sous réserve du droit de l'assureur d'ajuster la prime⁷.

Une deuxième réponse table sur l'idée que l'information qui manque lors de la conclusion du contrat deviendra disponible à mesure que le contrat s'exécute. L'assureur peut donc initialement demander une prime moyenne et accorder des rabais lors-

⁴ G.A. AKERLOF, « The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism », 94 *Quarterly Journal of Economics* 488-500 (1970).

⁵ G. DIONNE, S.E. HARRINGTON, « An Introduction to Insurance Economics », in G. DIONNE, S.E. HARRINGTON (ed.), *Foundations of Insurance Economics*, p. 1, at p. 18 (1990).

⁶ L.Q. 1991, c. 64 et amendements.

⁷ C.c.Q., art. 2410.

que l'assuré ne fait pas de réclamation pendant une certaine période (« *experience rating* »). On connaît ainsi, dans le domaine de l'assurance automobile, le « taux bon conducteur ».

L'information dont a besoin l'assureur peut également être fournie par l'assuré. Se pose alors le problème de la fiabilité de cette information. Nous en traiterons ci-dessous au titre du « *signalling* ».

B. Le risque moral

1. Nature

Pour la plupart des événements assurés, la probabilité de survenance et l'étendue du dommage varieront selon le comportement de l'assuré; elles peuvent être réduites par des précautions qu'il prend. La probabilité de cambriolage est diminuée par l'installation de lampes autour de la maison, de serrures solides sur toutes les portes extérieures et d'un système d'alarme. La probabilité d'un accident avec la voiture variera selon qu'on l'utilise pour conduire au travail tous les matins ou seulement pour les courses et des balades en fins de semaine.

Ces deux exemples montrent les difficultés auxquelles font face les assureurs en déterminant la catégorie de risque dans laquelle il convient de placer l'assuré. Pour ce qui est des lampes, des serrures et du système d'alarme, l'assureur peut bien, par une visite initiale, constater leur présence ou absence et prendre sa décision en conséquence. Une fois le contrat d'assurance conclu, les ampoules peuvent brûler, les serrures peuvent rouiller au point de ne plus fermer correctement et le système d'alarme peut tomber en panne. Pour l'assuré, il est coûteux de corriger ces défaillances. En l'omettant, sachant que l'assureur ne vient pas inspecter de nouveau, il fait des économies, tout en recevant la même protection. Mais le fardeau implicite d'assurance augmente pour l'assureur. Il en va de même de l'assurance automobile conclue pour un usage de promenade, alors que l'assuré, le contrat une fois conclu, se sert de sa voiture pour se rendre au travail.

Dans tous ces cas, il y a *risque moral*. Celui-ci est présent chaque fois qu'en raison d'une surveillance imparfaite parce que coûteuse par l'assureur, l'assuré s'écarte du comportement

convenu, éventuellement implicitement, avec l'assureur, de manière à se procurer un avantage pour lui-même, tout en augmentant la probabilité ou l'étendue du risque assumé par l'assureur. Le risque moral dans le domaine de l'assurance correspond au problème d'« *agency* » dans d'autres contextes.

Bien entendu, en raison du risque moral, l'assureur voit ses coûts augmenter pour tous les assurés et ajuste ses primes en conséquence. Les assurés finissent par payer le coût de leur discrète insouciance. Si le risque moral est très sévère, l'assurance peut même devenir non viable. C'est pour cette raison que l'on ne peut pas s'assurer contre le risque de faillite de son entreprise ou contre les pertes en bourse.

2. Réponses

Pour contrer le risque moral, l'assureur peut surveiller (*monitor*) le comportement de l'assuré une fois l'assurance souscrite, ou il peut tenter d'aligner l'intérêt de l'assuré avec le sien propre. La surveillance de l'assuré pose le problème de coût déjà évoqué ci-dessus. On peut cependant arriver à un résultat comparable par l'*experience rating*.

Pour aligner les intérêts de l'assureur et de l'assuré, il faut qu'une partie du coût du sinistre se répercute sur l'assuré, qui a alors intérêt à l'éviter. L'assuré doit donc assumer une partie du coût de la perte assurée lui-même, ce qui veut dire que l'assureur devrait refuser d'en assumer la totalité. Deux techniques connues pour arriver à ce résultat sont la franchise (a) et la coassurance (b).

a. La franchise

La franchise consiste à laisser la première tranche du coût de chaque accident, jusqu'à concurrence de la franchise, pour le compte de l'assuré, l'assureur s'engageant à payer les pertes qui dépassent ce seuil. Dans les limites de la franchise, l'imprudence de l'assuré se retourne contre lui-même, ce qui devrait l'inciter à la prudence.

Dans les faits, on observe que les assureurs souscrivent des contrats d'assurance pour « valeur à neuf ». Le risque moral que cette formule risque de provoquer est contré par la franchise et

par la surveillance étroite des circonstances de survenance du sinistre, de même que par l'ajustement des primes à la hausse subséquemment.

Le montant de la franchise peut être fixé à différents niveaux. Cela permet de moduler le système. Tous les assurés ne s'adonnent pas, au même degré, aux comportements stratégiques qui entraînent le risque moral. Les plus prudents auraient intérêt à se distinguer des autres pour bénéficier de primes inférieures. L'assuré prudent peut signaler sa prudence en acceptant une franchise importante. Ce comportement serait plus coûteux pour une personne imprudente et devrait, pour cette raison, constituer un indice fiable pour l'assureur, lui permettant de distinguer les prudents et les imprudents.

b. La coassurance et le partage des risques

La coassurance ou le partage des risques engage l'assureur à payer une proportion déterminée des pertes assurées, le reste demeurant pour le compte de l'assuré. Cet arrangement est fréquent en matière commerciale. Les associés dans une société civile partagent le risque commercial de leur entreprise.

Dans la plupart des contrats d'assurance, l'assureur fixe le plafond de sa responsabilité. L'assuré assume alors le fardeau des pertes ou dépenses qui dépassent ce plafond. Il y a coassurance pour les cas où les réclamations dépasseraient le plafond.

c. Le « signalling »

La stratégie de l'assuré prudent qui cherche à se faire connaître de l'assureur en acceptant une franchise ou une coassurance importante fait partie d'une famille plus large de comportements pour laquelle Spence⁸ a proposé le nom de « *signalling* »⁹. Le « *signalling* » répond au problème de l'information

⁸ M.A. SPENCE, *Market Signalling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes* (1973).

⁹ J.G. RILEY, « Signalling », in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave - Allocation, Information and Markets*, p. 287-294 (1987).

manquante qu'a analysé Akerlof dans son article déjà évoqué sur le marché des voitures « citrons » (« *lemons market* »)¹⁰.

En l'absence d'information fiable sur la qualité d'un produit, le prix pratiqué sur le marché ne peut être que moyen ou faible, reflet d'une perception pessimiste ou prudente. Cette situation ne manquera pas de frustrer les fournisseurs de biens ou de services de qualité supérieure, qui ne réussissent pas à monnayer la qualité de leur produit. Ils auraient tendance à abaisser la qualité ou à quitter le marché. Si ces fournisseurs trouvaient le moyen de créer un indice, facilement observable pour les clients, qui leur indique la qualité réelle supérieure du produit, ils pourraient alors demander un prix plus élevé pour leur produit. L'indice doit être fiable, c'est-à-dire à l'abri d'une imitation facile ou d'un brouillage par les fournisseurs de produits ou service de qualité inférieure. Le « *signalling* » est le comportement du fournisseur d'un produit dont la qualité n'est pas directement observable et visant à informer fidèlement le client de la qualité véritable. Il procure un gain de bien-être dans la mesure où il rend viable un plus grand éventail de produits.

Spence lui-même a soutenu la thèse voulant que l'éducation permette de signaler un talent supérieur à la moyenne sur le marché du travail : tous ne peuvent pas obtenir un diplôme universitaire, en particulier une maîtrise ou un doctorat. Ceci suggère que l'on poursuit des études supérieures dans le seul but de se distinguer du peloton, sans que cela apporte nécessairement des connaissances ou des talents recherchés sur le marché du travail.

On peut se demander alors si les études supérieures en particulier, servant surtout au *signalling*, ne constituent pas un immense gaspillage. La réponse est négative. Pour comprendre la raison, partons de la considération, élémentaire, que le « *signalling* » ne se maintiendra que si le coût de création du signal peut être récupéré dans le prix supérieur obtenu pour le bien ou le service en question. Ici comme ailleurs, la borne supérieure du coût d'un moyen d'information dépend directement de ce qui est disponible comme bien ou service concurrent. À mesure que le coût du signal augmente, se fera sentir la concurrence d'autres

10 G.A. AKERLOF, « The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism », 94 *Quarterly Journal of Economics* 488-500 (1970).

modes d'obtenir l'information véhiculée par le signal, y compris l'expérience acquise par l'acquéreur lors d'usage expérimental ou à l'essai du produit ou service.

Sur le marché du travail, l'information que recherche l'employeur se révélera avec le temps pendant que l'employé prospectif travaillera au sein de l'entreprise. L'employeur pourrait alors proposer à l'employé un contrat qui comporte une période d'essai. L'essai doit être suffisamment long pour permettre à l'employeur de déterminer les talents véritables du candidat. Pendant l'essai, le candidat reçoit la rémunération d'une personne aux talents modestes. Si l'essai révèle des talents supérieurs, il est confirmé dans ses fonctions et reçoit alors une prime importante qui « rachète » le revenu modeste de la période d'essai. Dans le cas contraire, il reste au salaire modeste ou même voit son contrat non renouvelé. Une étude empirique a conclu que les cabinets d'avocats recrutent ainsi leurs membres. L'essai durerait environ six ans et se terminerait, s'il est positif, par l'invitation à se joindre au cabinet comme associé¹¹. Il est permis de conclure qu'il y a des limites réelles au présumé *signalling* inflationniste.

Le *signalling* peut prendre bien des formes. Par exemple, le fabricant automobile peut révéler la qualité supérieure de ses voitures en offrant une garantie plus importante que ses concurrents. L'indice est difficile à imiter pour les concurrents fabriquant des véhicules qui tombent plus souvent en panne. Les marques de commerce servent de signaux. Le contenu de ce signal provient de la satisfaction antérieure du client ou d'autres clients et de l'engagement implicite du fournisseur à maintenir la qualité. Dans le cas des marques, l'empêchement de l'imitation vient de la loi plutôt que d'une caractéristique matérielle du signal.

3. La dilution du risque

Un autre effet pervers possible provient de ce que la possibilité de s'assurer contre sa responsabilité civile provoquerait une baisse de prudence dont les tiers feraient les frais. La thèse paraît à première vue plausible. En l'absence d'assurance, le risque

11 J.L. CARR, F. MATTHEWSON, « The Economics of Law Firms: A Study in Legal Organization of the Firm », 32 *Journal of Law and Economics* 307 (1990).

n'est pas apprécié à la valeur de son espérance mathématique. Le fait que les gens cherchent à s'assurer montre leur aversion au risque et laisse entendre qu'ils perçoivent le risque comme plus lourd que sa valeur réelle et prennent les précautions en conséquence. L'assurance réduit ce fardeau et du même coup le niveau de précautions. Le phénomène ressemblerait au risque moral, mais touche les tiers (externalités).

On a voulu ainsi expliquer l'interdiction faite aux avocats de se constituer en société commerciale (corporation ou société anonyme), ce qui permettrait de limiter leur responsabilité civile pour les pertes résultant des fautes professionnelles. À certaines époques, il leur était interdit, pour la même raison et comme contraire à l'ordre public, de souscrire une assurance responsabilité civile. Cette interdiction n'existe plus de nos jours. La pression préventive est maintenue par l'action disciplinaire ou, pour des personnes dans un rapport de confiance qui ne font pas partie d'une profession, par la possibilité d'une poursuite civile ou pénale.

Il est permis de douter, en pratique, de l'importance de ces perversités. La raison est que tout relâchement de prudence se traduirait par des réclamations auprès de l'assureur et provoquerait les réponses de celui-ci au risque moral : surveillance, *experience rating*, franchise et coassurance¹².

III. Applications

L'économie du risque et de l'assurance permet d'expliquer plusieurs institutions juridiques, dans le contrat d'assurance (A), bien entendu, mais aussi dans d'autres domaines du droit (B à G).

A. Le contrat d'assurance

Le contrat d'assurance est le véhicule juridique pour déplacer conventionnellement un risque sur une autre personne (« *risk shifting* »)¹³. Pour conclure un contrat d'assurance, l'assuré doit

12 R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics* (2nd ed. 1996).

13 S.A. REA, « The Economics of Insurance », 13 *International Review of Law and Economics* 145 (1993); S.A. REA, « Insurance Law », in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, p. 342-348 (1998).

avoir un intérêt susceptible d'assurance. Le *Code civil du Québec*, par exemple, énonce cette condition aux articles 2418, 2419, 2481 et 2511. Cet intérêt peut provenir de la propriété de l'objet assuré (sa maison, sa voiture), mais aussi de la responsabilité que l'assuré engage en cas de sinistre (responsabilité du conducteur de voiture à l'égard de tiers, responsabilité d'un locataire pour les dégâts causés aux lieux loués).

La condition de l'intérêt susceptible d'assurance est une réponse au risque moral. La personne qui n'a pas cet intérêt pourrait être tentée de provoquer l'événement contre lequel elle s'assure. Pour la même raison, l'indemnité maximale que doit payer l'assureur ne peut dépasser cet intérêt. On connaît cependant l'assurance « valeur à neuf » dans l'assurance des résidences. On peut s'attendre à ce que, dans les contrats comportant cette stipulation, le risque moral fasse l'objet d'une attention particulière de la part de l'assureur.

Dans ses déclarations à l'assureur au sujet du risque assuré, l'assuré est tenu d'une obligation renforcée d'honnêteté, connue par le terme latin d'*uberissima fides*. Son manquement à respecter cette obligation peut entraîner un ajustement de prime et même la nullité du contrat, que la réticence ait un rapport avec un sinistre survenu ou non. Des exemples seraient l'assuré qui tairait une prédisposition connue à développer une maladie ou une histoire d'accidents de la route et le transporteur qui omettrait de déclarer une avarie ou détérioration survenue aux marchandises transportées avant le transport. L'obligation de déclaration s'étend aux modifications du risque survenues en cours de contrat.

Bien entendu, la sanction sévère de la nullité prête flanc au risque moral symétrique : l'assureur qui voudrait se soustraire à ses obligations prétextant la moindre inexactitude dans les déclarations de l'assuré. Les règles détaillées du contrat d'assurance visent à contrer ces formes de risque moral aussi bien chez l'assureur que chez l'assuré.

Le risque moral se manifeste encore sous la forme des actes intentionnels de la part de l'assuré visant à provoquer le risque assuré. Il s'agit alors d'un cas voisin de la fraude et la sanction de la nullité à l'option de l'assureur s'impose. Un cas délicat se présente en matière d'assurance-vie. Si le détenteur de la police attende aux jours de la personne assurée, il y a risque moral ca-

ractérisé, entraînant la résiliation de l'assurance¹⁴. Le cas du suicide de l'assuré est plus délicat. Comme le suicide ne paraît pas refléter un risque moral caractérisé, l'assurance devrait être maintenue. Le *Code civil du Québec* permet cependant une exclusion contractuelle de ce risque¹⁵. Mais cette option est tempérée : si le suicide intervient après plus de deux ans d'assurance interrompue, la stipulation est sans effet.

L'assuré qui se fait indemniser par son propre assureur pourrait abandonner l'idée de poursuivre l'auteur des dommages. Il en résulterait un risque moral, dans le sens qu'on pourrait impunément endommager la propriété de personnes assurées. Pour contrer ce risque moral, le contrat d'assuré prévoit la subrogation de l'assureur qui a indemnisé l'assuré dans l'action de ce dernier contre l'auteur du dommage¹⁶. Il est possible que ce dernier soit lui-même assuré. Il y aurait alors règlement entre les assureurs et l'information sur la prudence défaillante de l'auteur du dommage trouverait son reflet dans l'ajustement de la prime qu'il paie. Si l'auteur du dommage n'est pas assuré et pas non plus solvable, l'intérêt de l'assureur subrogé de le poursuivre disparaît et le risque moral réapparaît. Pour le contrer, on peut avoir recours au droit pénal ou à un régime d'assurance obligatoire, dans les cas qui s'y prêtent. L'assurance obligatoire de responsabilité de l'automobiliste reflète cette dernière option.

L'économie de l'assurance a des applications au delà du droit des assurances. En fait, elle s'applique, moyennant éventuellement des adaptations, à toutes situations où une personne a une action contre une autre pour se faire dédommager d'une perte incertaine. Il est intéressant de se demander en particulier dans quelle mesure la personne dans ces situations pose un problème de risque moral et comment le droit le pallie.

B. L'expropriation

Les projets d'intérêt public (comme les routes) nécessitent le plus souvent la mise à contribution d'une série de propriétés, dont certains titulaires pourraient se comporter en bastions,

¹⁴ C.c.Q., art. 2443.

¹⁵ *Id.*, art. 2441.

¹⁶ *Id.*, art. 2620.

cherchant à extorquer la part du lion pour leur collaboration ou consentement de vendre. Il y a des techniques pour voiler un projet de ce type (en agissant par mandat clandestin, par exemple). Historiquement, on a dû juger que ces moyens ne suffisaient pas toujours. Le pouvoir d'expropriation moyennant juste indemnité paraît exister dans tous les pays.

Une fois le pouvoir d'expropriation admis, se pose un problème de risque moral réciproque. Si aucune indemnité n'est accordée pour un bien réquisitionné pour le service public, les autorités ont tendance à abuser de leurs pouvoirs de réquisition : un risque moral. L'obligation d'indemniser crée une incitation à la modération pour l'autorité publique et devrait l'amener à considérer si elle ne peut pas procéder par achat ordinaire.

Il y a cependant un revers à cette médaille. La personne qui sait que sa propriété risque d'être condamnée au service public mais qu'il recevra une juste indemnité a tout intérêt à entreprendre des actions de nature à augmenter la valeur de sa propriété, soit pour la rendre inabordable pour le projet envisagé, soit pour augmenter l'indemnité à recevoir. C'est sans doute ce risque moral qui explique que les indemnités accordées sont généralement inférieures à la valeur marchande du bien.

À certaines fins, la réglementation peut être un substitut à l'expropriation. Comme la réglementation ne donne pas lieu à indemnité, il faut craindre le risque moral du côté de l'autorité publique. Epstein a examiné ce problème dans son livre sur les « *Takings* »¹⁷.

C. Le paradoxe de l'indemnisation

L'examen de l'expropriation nous a fait découvrir une symétrie de risque moral. Cooter et Ulen soutiennent qu'il s'agit d'un problème plus général, pour lequel ils proposent le terme de *paradoxe de l'indemnisation*¹⁸. Dans le domaine des accidents, pour encourager l'auteur de dommages éventuels à prendre les mesures de précaution justifiées, il faut lui faire payer le dédommage-

¹⁷ R.A. EPSTEIN, *Takings - Private Property and the Eminent Domain Power* (1985).

¹⁸ R. COOTER, T. ULEN, *op. cit.*, note 10, p. 233.

ment intégral du préjudice pour la victime (test de Hand¹⁹). Mais le fait de recevoir cette indemnité a précisément pour effet d'enlever à la victime l'intérêt qu'elle aurait autrement de prendre de son côté les mesures préventives justifiées. Comme, dans notre droit, l'indemnité payée correspond exactement à l'indemnité reçue, il n'y a, en apparence, aucune façon de créer les incitations appropriées pour toutes les parties à cette interaction.

Cooter et Ulen soutiennent que le problème se pose également à propos de l'inexécution des contrats. Il s'agit ici de créer l'intérêt pour le débiteur de s'exécuter et, pour son créancier, de ne pas entreprendre des dépenses qui seraient gaspillées en cas d'inexécution.

D. L'inexécution des obligations

Le créancier d'une obligation inexécutée a une action contre son débiteur. Pour éviter le risque moral, le droit l'oblige à limiter l'étendue de ses dommages (*mitigation of damages*). Ce principe est codifié dans l'article 1479 du *Code civil du Québec*, édictant que le débiteur ne répond pas des aggravations du préjudice que la victime pouvait éviter, et dans le principe plus général selon lequel le débiteur ne répond que des suites immédiates et directes de son inexécution²⁰. Enfin, dans la mesure où les indemnités accordées par les tribunaux se limitent aux dommages prouvables et tendent à sous-évaluer la perte réelle, le créancier est coassureur pour le surplus et a intérêt à éviter l'inexécution et à réduire le préjudice qu'il en subit.

E. Les vices cachés

Le fabricant répond des vices cachés du bien qu'il vend. Il fera une comparaison des coûts des moyens de prévention et des condamnations pour vices cachés ainsi évités. Si, à la suite de ce calcul, les vices ne méritent pas d'être prévenus ou s'il n'existe pas de moyen de les prévenir, le fabricant agit comme assureur pour les ennuis qui arrivent à l'utilisateur par suite des vices cachés.

¹⁹ D'après le juge Hand dans *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Voir, par exemple : R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 179-183, § 6.1 (5th ed. 1998).

²⁰ C.c.Q., art. 1607.

La prime d'assurance fait implicitement partie du prix d'achat du bien en question. Le régime des vices cachés crée donc une assurance légale obligatoire, car cette garantie ne peut être exclue dans le cas du fabricant. Bien entendu, le régime crée une incitation pour le fabricant à effectuer des recherches, techniques ou autres, pouvant mener à une réduction du coût de cette assurance, c'est-à-dire la somme des coûts de prévention et des coûts de la responsabilité pour vices cachés.

Ici également se pose le problème du risque moral, sous la forme d'abus ou de mauvaise utilisation par l'usager. L'article 1729 du *Code civil du Québec* énonce expressément cette défense opposable à l'acheteur qui intente l'action en vices cachés.

Dans le cas d'un tiers usager d'un bien affecté d'un défaut de sécurité, une défense pour le fabricant visant à contrer le risque moral se trouve énoncée à l'article 1473 C.c.Q. pour les cas où « la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut du bien, ou qu'elle pouvait prévoir le préjudice ». Cet article permet également au fabricant de se dégager de sa responsabilité en plaçant le « risque de développement », c'est-à-dire que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien. Dans l'optique envisagée ici, on chercherait l'explication de l'exception dans l'impossibilité pour le fabricant, comme pour l'assureur, de connaître le fardeau du risque ainsi assumé, qu'on laisse cependant sur les épaules de la victime. Pour contrer le risque moral associé à cette défense, le code exige cependant que le fabricant qui s'en prévaut prouve qu'il n'a pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut.

F. Le risque commercial

Les entreprises commerciales posent généralement des risques non assurables en raison de leur caractère unique et du risque moral qui se présenterait à leur sujet. Les risques sont répartis autrement. Une première technique est la responsabilité limitée des actionnaires de la corporation (en Amérique du Nord) ou de la société anonyme (en France). Elle permet à des particuliers de participer à une entreprise sans engager l'ensemble de leur patrimoine. Cette mesure est de nature à augmenter globalement les capitaux disponibles pour des projets commerciaux.

Une fois le capital investi dans l'entreprise, l'actionnaire est comme un assureur jusqu'à concurrence de la valeur de sa mise. Se pose alors la question du risque moral du côté de ceux qui en ont la gestion. Le droit des sociétés commerciales prévoit différentes façons de surveiller la gestion, sous forme des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires et du conseil d'administration. De façon complémentaire, le risque moral est contrôlé par des mesures commerciales. En rendant les actions négociables, on permet la création d'un marché, ce qui aura pour effet d'attacher un prix aux actions. Le prix reflète le rendement prévu de l'entreprise, qui dépend entre autres de la qualité de la gestion. Des études empiriques démontrent que la bourse des valeurs mobilières est un marché qui reflète correctement et rapidement les informations disponibles sur les perspectives des entreprises cotées (hypothèse du *marché efficace*)²¹. Le mouvement du prix des actions d'une entreprise peut alerter rapidement des investisseurs qui pensent augmenter les profits en modifiant les orientations et la gestion de l'entreprise. La possibilité de prise de contrôle est de nature à contrer le risque moral du côté des gérants d'entreprise.

G. La faillite et le coût du crédit

Le risque commercial de l'entreprise n'est pas assuré intégralement par ses actionnaires. Il est assumé également par ses créanciers. Cela devient évident au moment de la faillite. Lorsque les créanciers reçoivent 10% du montant de leurs créances, ils se sont portés assureurs de l'entreprise pour le surplus. Deux questions se posent à ce sujet, à savoir comment est payée la prime et comment est contrôlé le risque moral.

Examinons d'abord le créancier banquier. Comment le banquier détermine-t-il le taux d'escompte applicable à un client par-

²¹ Voir, par exemple : E.F. FAMA, « Random Walks in Stock Market Prices », 21 *Financial Analysts Journal* 55 (1965); E.F. FAMA, « Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work », 25 *Journal of Finance* 383 (1970); E.F. FAMA, « Agency Problems and the Theory of the Firm », 88 *Journal of Political Economy* 288 (1980); E.F. FAMA, M.C. JENSEN, « Agency Problems and Residual Claims », 26 *Journal of Law and Economics* 327 (1983); M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure », 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976); R.A. POSNER, K.E. SCOTT (ed.), *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, c. 6 (1980).

ticulier? Le banquier cherche d'abord à récupérer à la fin du prêt la valeur qu'il prête aujourd'hui. S'il prévoit de l'inflation ou si le prêt est libellé en monnaie étrangère dont le taux échange avec la monnaie nationale pourra se modifier en cours de prêt, le taux d'escompte doit en tenir compte.

Le banquier voudra, en deuxième lieu, s'assurer d'une rentabilité de base de l'argent prêté. Il fait son profit sur la différence entre le taux auquel il peut emprunter et le taux auquel il prête.

En troisième lieu, le banquier doit couvrir ses frais d'administration. Ceux-ci dépendent en partie de la personne du client et de la nature du projet proposé. Pour certains, il faudra faire des vérifications plus étendues que pour d'autres.

C'est cependant sur un quatrième facteur que les clients se distinguent : la probabilité de remboursement de la dette. Le remboursement est un événement incertain pour lequel la banque agit comme assureur. La quatrième composante du taux d'escompte proposé au client est la prime d'assurance implicite correspondant au risque de non-remboursement que pose le client. Pour les clients « AAA », ce risque est très faible et le taux d'escompte demandé est égal au taux de base de la banque. À mesure que les clients posent un risque plus important, leur cote baisse et le taux d'intérêt demandé augmente. Le taux d'intérêt pour les cartes de crédit est généralement plus élevé que pour les prêts bancaires plus personnalisés. Les détenteurs d'une carte or ont généralement un taux inférieur à ceux qui détiennent une carte de crédit ordinaire.

Une sûreté permet d'abaisser le risque pour le prêteur. La réalisation permet de rembourser la dette par préférence sur les autres créanciers, pour lesquels elle augmente le risque²². Ce n'est toutefois pas autant la réalisation de la sûreté qui intéresse le prêteur que l'effet incitatif de la constitution de sûreté. Le débiteur va tout mettre en œuvre pour éviter de perdre la sûreté. La sûreté contre le risque moral. Pour les deux raisons, les créances garanties par une sûreté donnent lieu à des taux d'intérêt inférieurs à ceux des créances qui ne sont pas ainsi garanties.

²² Voir : B.E. ADLER, « Secured Credit Contracts », dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 405.

Après la situation du banquier, examinons celle des autres créanciers. Tout comme le banquier, ils sont exposés au risque de déconfiture de l'entreprise débitrice et agissent implicitement comme coassureurs partiels de ce risque. La prime d'assurance pour ces créanciers prend la forme d'une provision « pour mauvaises créances ». Elles font partie des frais généraux de l'entreprise créancière et trouvent ainsi leur place dans les prix pratiqués par elle. Si les enjeux le justifient, l'entreprise pourrait différencier les clients et leur proposer des conditions de crédit différentes.

En dernière analyse, ce sont les clients qui paient le coût de cette assurance. C'est, pourrait-on dire, le prix à payer pour avoir une société plus innovatrice, mais avec un risque plus élevé d'échec. En moyenne, les gains d'une innovation plus intense devraient bien compenser les frais des échecs involontaires.

Si les affaires du débiteur vont très mal, il vient un moment où il vaut mieux arrêter l'entreprise, liquider ses affaires et permettre aux personnes qui la géraient de repartir sur une base nouvelle, les dettes impayées étant effacées : c'est la faillite. En régime normal, la possibilité de se sortir d'une mauvaise aventure (plutôt que d'en traîner le fardeau jusqu'à la fin de ses jours) constitue un encouragement à l'innovation et aux entreprises à risque. Elle pose le risque moral d'une option trop facile de se débarrasser de ses dettes. Le contrôle vient en partie de la réputation entachée de l'individu qui a fait faillite. Les agences de crédit et des circuits informels font circuler cette information.

Un deuxième problème de risque moral se pose à la veille de la faillite. Entre les créanciers d'un débiteur en difficultés se joue un dilemme de prisonnier à de nombreux joueurs. Celui qui se fait rembourser récupère sa mise, mais peut, par son action, provoquer l'effondrement de l'entreprise. L'intérêt de tous est donc de suspendre les actions visant le remboursement anticipé des dettes, mais l'intérêt secret de chacun est de le poursuivre néanmoins individuellement. La faillite résout ce dilemme de prisonnier en plaçant l'ensemble des actifs sous administration.

Il reste que le débiteur, qui voit venir le moment de sa propre faillite, peut tenter d'effectuer des arrangements avec certains de ses créanciers dans l'espoir d'avantages dans la vie après la faillite. De tout temps, ces manœuvres ont été jugées illicites (risque moral) et sujettes à une action en nullité, l'action paulienne.

*

* *

Cette note examine l'économie des événements incertains et de l'assurance comme moyen d'y faire face. L'intérêt de l'assurance vient de la possibilité de mettre en commun un grand nombre de risques d'origine diverse, de manière à faire jouer la loi des grands nombres. Cette option est viable dans la mesure où les risques sont indépendants. L'assurance présuppose que les risques sont au moins statistiquement déterminables.

Si l'assurance table sur la mise en commun ou socialisation de risques, elle doit, autant que faire se peut, faire payer à chaque assuré, sous forme de prime, la valeur exacte du risque qu'il pose. La concurrence entre assureurs et la possibilité pour les assurés de rechercher les assureurs qui ajustent le mieux les primes aux risques fait en sorte qu'on ne peut durablement faire payer à un assuré le coût du risque supérieur apporté par un autre assuré.

Elle trouve ses limites dans deux perversités : la sélection adverse et le risque moral. Pour contrer ces phénomènes, on a recours à la surveillance de l'assuré et aux techniques de la franchise et de la coassurance, qui lui font assumer une part du risque pour l'amener à la prudence.

L'économie de l'assurance éclaire plusieurs phénomènes, au delà même du droit de l'assurance, dans les domaines de l'entreprise, du crédit, de la faillite, de l'expropriation, de l'inexécution des contrats.

Bibliographie

Monographie

- BERNSTEIN, P.L., *Against the Gods – The Remarkable Story of Risk*, New York, John Wiley & Sons (1996)
- CALABRESI, G., *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press (1970)
- COOTER, R. et T. ULEN, *Law and Economics*, New York, Harper Collins (2nd ed. 1996)
- DEWEES, D., D. DUFF, M. TREBILCOCK, *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the Facts Seriously*, New York, Oxford University Press (1996)
- EPSTEIN, Richard A., *Takings – Private Property and the Eminent Domain Power*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (1985)
- HUGENHOLTZ, P.B., *Auteursrecht op informatie* [Le droit d'auteur sur l'information], Kluwer, Deventer, 1989
- LANDES, W.M. et R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (1987)
- LEMENNICIER, B., *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991
- MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer (1982)
- POSNER, R.A., K.E. SCOTT (ed.), *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Boston, Mass., Little, Brown and Co., (1980)
- POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, (5th ed. 1998)
- SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (1987)
- SPENCE, A. M., *Market Signalling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (1973)

Articles de revue et études comprises dans des recueils

- ADLER, B.E., « Secured Credit Contracts », dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 405
- AKERLOF, G.A., « The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism », 94 *Quarterly Journal of Economics* 488 (1970)
- BEITO, D.T., « Mutual Aid for Social Welfare: The Case of American Fraternal Societies », 4 *Critical Review* 709 (1990)
- CARR, J.L. et F. MATTHEWSON, « The Economics of Law Firms: A Study in Legal Organization of the Firm », 32 *Journal of Law and Economics* 307 (1990)
- DIONNE, G. et S.E. HARRINGTON, « An Introduction to Insurance Economics », dans: *Foundations of Insurance Economics*, Georges Dionne et Scott E. Harrington (ed.), Boston, Kluwer, p. 1 (1990)
- FAMA, E.F., « Random Walks in Stock Market Prices », 21 *Financial Analysts Journal* 55 (1965)
- FAMA, E.F., « Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work », 25 *Journal of Finance* 383 (1970)
- FAMA, E.F., « Agency Problems and the Theory of the Firm », 88 *Journal of Political Economy* 288 (1980)
- FAMA, E.F. et M.C. JENSEN, « Agency Problems and Residual Claims », 26 *Journal of Law and Economics* 327 (1983)
- JENSEN, M.C. et W.H. MECKLING, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure », 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976)
- KNIGHT, F.H. (ed.), *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago, The University of Chicago Press, 1971 (1921)
- MACKAAY, E., «Le droit relatif aux accidents – une interprétation économique », (1980) 15 *R.J.T.* 383
- REA, S.A., « The Economics of Insurance », 13 *International Review of Law and Economics* 145 (1993)
- REA, S.A., « Insurance Law », dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, London, MacMillan, 1998, p. 342

RILEY, J.G., « Signalling », dans *The New Palgrave - Allocation, Information and Markets*, J. EATWELL, M. MILGATE et P. NEWMAN (dir.), London, MacMillan Press, 1987, p. 287

SIDDELEY, L., « The Rise and Fall of Fraternal Insurance Organizations », 7 *Humane Studies Review* 3, 13-16 (1992)