



Munich Personal RePEc Archive

**Theoretical determinants of the  
bankruptcy of the entrepreneur and the  
efficiency of the allowance of the legal  
risk : A review of literature**

Tarbalouti, Essaid

Université Cadi Ayyad, GREER, FSJES Marrakech

October 2010

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/56257/>

MPRA Paper No. 56257, posted 29 May 2014 00:49 UTC

# **Les déterminants théoriques de la faillite de l'entrepreneur et l'efficacité de l'allocation du risque juridique : un survol de littérature**

**Par**

**Essaid Tarbalouti <sup>1</sup>**

**Version Octobre 2010**

## **Résumé :**

Dans cet article, nous développons les différentes théories qui expliquent les déterminants de la faillite de l'entrepreneur et les justifications en matière de droit pour allouer ce risque. Nous distinguons les théories de comportement impulsif ou d'irrationalité, la théorie de la malchance et la théorie de la capacité d'évaluer le risque de faillite de l'entrepreneur. Nous nous interrogeons sur les fondements économiques de ces déterminants et sur l'impact des ajustements apportés par les règles du droit sur l'efficacité économique.

**Mots clés :** Economie du droit, faillite, Allocation du risque, règles juridiques, comportement ;

## **Theoretical determinants of the bankruptcy of the entrepreneur and the efficiency of the allowance of the legal risk : A review of literature**

### **Summary:**

In this article, we develop the various theories which explain the determinants of the bankruptcy of the entrepreneur and the justifications of law to allocate this risk. We distinguish the theories from impulsive behavior or irrationality, the bad luck and the capacity to evaluate the risk of bankruptcy of the entrepreneur. We wonder on the economic bases of these determinants and about the impact of the corrections made by the rules of the law on economic efficiency.

**Key words:** Law and Economic, bankruptcy, allowance of the risk, legal remedies

**Classification JEL :** *KEL12, C78*

---

<sup>1</sup> Professeur à la faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales – Université Cadi Ayyad Marrakech, Laboratoire GREER.

## Introduction

Le droit de la faillite est une institution<sup>2</sup> qui s'est toujours préoccupée du sort réservé à l'entrepreneur failli qui est dans l'incapacité de régler ses créances suite à une relation d'échanges<sup>3</sup>. Son finalité est d'établir l'efficience économique.

Durant la période du Moyen Age, l'entrepreneur failli était condamné à réparer le préjudice causé aux créanciers. Le concept de compensation était généralement dominé par le «*principe de compensation*». Le contrat constituait la règle de garantie pour le respect des engagements. Avec l'évolution juridique, ce contrat a pris la forme de clauses de pénalités ou amendes volontaires par lesquelles un contractant acceptait l'obligation de payer un montant équivalent généralement au double de la somme due dans l'éventualité d'une faillite.

Cette culture juridique fondée sur la substance contractuelle va se manifester au fil du temps, de l'Antiquité à nos jours, dans les différents pays européens et plus particulièrement en France de l'époque médiévale à nos jours pour s'étendre aux pays en développement. Cependant, à partir de l'ordonnance de 1673, l'institution pénale de la faillite a accepté une certaine marge de tolérance dans le respect de ces règles de conduite. Les entrepreneurs débiteurs ne sont plus tenus d'exécuter leurs obligations dans certaines conditions.

Ce revirement juridique est fondé sur des exceptions sociales et économiques. La première explication est d'origine lointaine. Elle a été instituée par l'ordonnance de Colbert. Cette théorie avait pour objet de décharger l'entrepreneur-débiteur victime de «*la malchance*» suite à une catastrophe naturelle ou d'un malheur. Elle visait à prévenir et à soulager l'entrepreneur-débiteur qui s'était obligé par contrat et qui se trouvait, suite à un échec total de son projet, dépourvu de tous ses biens<sup>4</sup>.

. Ainsi, l'entrepreneur-débiteur peut être déchargé de ce qu'il doit payer à la seule condition de se trouver atteint de malchance dans les affaires<sup>5</sup>.

La deuxième explication est centrée sur les déterminants de la faillite. Selon Jackson [1984], l'un des déterminants fondamentaux dans la justification de la décharge est le *comportement impulsif* qui peut affecter les préférences dans le temps et causer la faillite des entrepreneurs.

Enfin, il existe une troisième théorie économique fondée sur la théorie du risque et qui réside dans *la capacité de supporter le risque* de faillite proposée par Posner [1977]<sup>6</sup>. Selon

---

<sup>2</sup> Meckling voit la faillite comme une institution qui a pour but de résoudre les problèmes liés à l'insolvabilité. Voir MECKLING W. [1977], « Financial Markets, Default, and Bankruptcy : The Role of State », *The Law and Contemporary Problems*, vol. 41, n°4, pp 15 (13-38).

<sup>3</sup> PIDAMON M., « *Droit commercial* », Ed. Dalloz, 1994, p 322

<sup>4</sup> Certaines théories justifiant la décharge et qui ne présentent pas un intérêt important dans notre travail peuvent être résumées ainsi : COUNTRYMAN [1975], « Improvident Credit Extension : A New Legal Concept Aborning ? », *Micchigan Law Review*, vol. 27, n°1, pp 9-10, l'auteur considère que la faillite est produite par les institutions de crédit qui exercent une influence sur les débiteurs. Cette influence conduit les débiteurs à consommer leurs revenus futurs dans le présent entraînant ainsi un déséquilibre entre la consommation présente et future.

KRONMAN A. T. [1983], « Paternalism and the Law of Contracts », *The Yale Law Journal*, vol. 92, n°5, Avril, pp 780 (763-798). Pour Kronman, la décharge doit être justifiée par le *regret* qui apparaît lorsque les résultats des débiteurs *ex-post* divergent des décisions prises *ex-ante*. Au niveau des implications concernant les obligations du débiteur, Kronman affirme que ce sentiment est suffisant pour exonérer le débiteur de ses obligations financières

<sup>5</sup> GUILLIEN R. et VINCENT J., [1981 ], « *Lexique de termes juridiques* ». Ed. Dalloz, p 197

<sup>6</sup> POSNER R. A. [1976], « The Rights of Creditors of Affiliated Corporation », *The University of Chicago Law*

cet auteur, le créancier est un investisseur qui est dans une meilleure capacité de supporter le risque de la faillite puisqu'il est plus facile et donc moins coûteux pour un créancier (ou la banque) qu'un entrepreneur d'évaluer le risque de faillite et la responsabilité résultante de l'entreprise. Par conséquent, il est plus efficient de décharger l'entrepreneur en cas de faillite et d'allouer ce risque aux créanciers.

Par conséquent, plusieurs théories socio-psychologiques et économiques opposées tentent de justifier la règle de la décharge. D'un côté, celles qui considèrent que la faillite est prédéterminée par un comportement impulsif (Jackson) ou par malchance de l'entrepreneur. De l'autre côté, celles qui soutiennent que la faillite est le résultat de la malchance. Et enfin, celles qui attribuent le risque de la faillite à l'entrepreneur qui est dans une meilleure capacité de supporter le fardeau de la faillite.

Face à ce débat, la question soulevée est la suivante : ces différentes théories permettent-elles de justifier la règle de la décharge dans le sens où elles permettent de réduire le risque de la faillite et augmenter l'investissement dans l'entreprise ?

Notre objectif dans cet article est de présenter et d'analyser d'une part, ces différentes théories et leurs faiblesses ; d'autre part, de montrer l'impact de la règle de la décharge sur la réduction du risque de la faillite.

La suite de cet article est organisée comme suit : la section II présente la théorie de la chance ou la malchance comme facteur déterminant de la faillite et le rôle du droit dans la réduction de ce risque. La section III décrit le rôle de la théorie des impulsions dite de théorie d'irrationalité sur la faillite des entrepreneurs et la section IV évoque la théorie de l'évaluation de risque, son impact sur les faillites et le rôle du droit dans l'allocation de ce risque. Enfin, la section V conclut.

## II - la malchance de l'entrepreneur, faillite et le rôle du droit

Depuis le système juridique médiéval français de l'entrepreneur failli, qui n'était qu'une transposition du droit romain, plusieurs doctrines se sont érigées autour de la malchance<sup>7</sup>. Cette doctrine va permettre au droit de la faillite de décharger l'entrepreneur-débiteur malchanceux. Pour autant la malchance permet-elle de justifier la décharge ?

Sur les fondements du droit romain, le système juridique médiéval français du XIII<sup>e</sup> siècle utilisait le droit civil en matière de faillite. Ce droit consistait à exiger le remboursement de la dette. L'entrepreneur failli manque aux engagements contractuels. Ce manquement constituait une faute ou un délit susceptible de lourdes amendes<sup>8</sup>. Mais après le XVI<sup>e</sup> siècle, différentes théories s'érigeaient autour des conditions de la force exécutoire du contrat influençant ainsi le système juridique français. La notion de *force majeure* a été l'un des éléments qui fut introduit dans les relations qui régissaient les créanciers et les entrepreneurs-débiteurs, afin de résoudre le conflit qui naissait du manquement à l'obligation de rembourser des dettes. Cette théorie a permis de distinguer l'entrepreneur *failli malchanceux*, victime d'une catastrophe naturelle et qui bénéficiait d'une remise ou une diminution de sa dette, de l'entrepreneur-failli frauduleux qui doit être condamné<sup>9</sup>. Cette thèse donne une première explication de l'échec de l'entrepreneur par l'existence d'un ensemble de

---

*Review*, vol 43, pp 499-526

<sup>7</sup> DESURVIRE D.[1991], «Banqueroute et Faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine», *Les Petites Affiches*, n°104-105, Août/Septembre, pp 12-19 et pp 4-11

<sup>8</sup>La réparation du préjudice se faisait sur l'appropriation du revenu de la terre du débiteur. Voir DESURVIRE D.[1991], *Op. Cit.*, p 15 ; voir aussi RAVANEL J. [1993], « Faillites : une réforme nécessaire», *Bulletin Economique de la SFAC*, pp 3 (1-19).

<sup>9</sup> Voir THIVEAUD J. M.[1993], *Op. Cit.*, p 79

données naturelles *imprévues* (sécheresse, foudre, feu, etc.) et qui permettent de justifier en matière juridique de la justesse de la règle de la décharge. Pour autant, cette règle de décharge est-elle justifiée d'un point de vue économique ?

Dans un article de [1950]<sup>10</sup>, Alchian considère que la chance ou le hasard constitue une méthode pour atteindre le résultat attendu et que la véritable chance est constituée, d'une part, de la détermination de l'action choisie et de sa viabilité et, d'autre part, de la capacité à s'adapter, par différentes méthodes, à une situation appropriée». (Alchian, [1950], p. 214). Un entrepreneur agit pour atteindre un but déterminé dans un univers incertain qui l'expose soit à la réussite soit à l'échec. Lorsque l'entrepreneur entreprend des projets, les mesures qu'il adopte pour réaliser ses objectifs sont les moyens de son action. Il n'a pas d'informations sur les moyens nécessaires pour atteindre le résultat souhaité, ni d'informations sur la manière dont il doit agir pour réussir ou faire faillite. Il lui faut apprendre les fins et les moyens à adopter et rien ne garantit qu'il ne fera pas échec. Cet apprentissage n'est pas sans coût. Dans une économie de marché où l'incertitude domine et/ou les prix des facteurs de production changent, des profits et des pertes en découlent. La survie ou la malchance de l'entrepreneur dépend de son adaptation à son univers incertain. Cette adaptation se fait à travers le temps et l'expérience. Cette expérience est un investissement qui n'est pas sans coût et qui permet à l'entrepreneur de prévoir mieux que les autres ce que seront les moyens efficaces qui permettent sa survie. En effet, l'investissement dans le choix de ces actions constitue un déterminant essentiel dans la réussite. Ceux qui investissent pour comprendre les aléas de la nature réussissent et gagnent. Ceux qui n'investissent pas, perdent et disparaissent<sup>11</sup>. Cet investissement est l'ensemble des actions qui contribuent à l'augmentation du revenu. Lorsque l'entrepreneur investit, il augmente ses gains mais en même temps réduit son risque. En revanche, lorsqu'il n'investit pas, l'entrepreneur réduit ses gains mais augmente son risque de faillite. Le fait de décharger le débiteur réduit son risque puisque le coût de la faillite devient plus faible en présence de la règle de la décharge qu'en son absence. Cette réduction l'incite à investir moins dans le choix de la méthode appropriée pour maintenir constant ses gains et par conséquent affecte négativement l'efficacité économique.

### III– L'irrationalité de l'entrepreneur, faillite et rôle du droit

Dans son article intitulé «*The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law*», Jackson [1985] justifie la décharge par le comportement impulsif des débiteurs. Ainsi, il considère que lorsque l'on est dans une situation dans laquelle il faut choisir, l'individu, comme un animal, manifeste une tendance à choisir une satisfaction présente sur une satisfaction future, même s'il sait que la satisfaction future procure plus de bénéfices. Il affirme que bien que cette préférence peut être expliquée par une tendance rationnelle à ne pas tenir compte de la valeur des bénéfices futurs, les mêmes individus, qui préfèrent le présent sur le futur, préféreront une règle qui les oblige à reporter leur satisfaction dans le futur<sup>12</sup>.

Pour Jackson, les impulsions ou l'envie constituent un élément déterminant qui influence la consommation de l'individu et l'échec puisqu'un individu impulsif est un

---

<sup>10</sup> ALCHIAN A. A. [1950], «Uncertainty, Evolution and Economic Theory», *The Journal of Political Economy*, pp 214 à 217 (211-221).

<sup>11</sup> Il pourrait sembler que l'investissement dans l'expérience en cas de catastrophe naturelle par exemple ne sert à rien. Les faits peuvent contredire cette supposition. A titre d'exemple, les séismes sont considérés comme des catastrophes naturelles. Auparavant, l'impossibilité de prévoir ce type de catastrophe engendrait des pertes considérables. Dorénavant, l'investissement dans la prévision de ce type de catastrophe permet de se prémunir contre ces pertes.

<sup>12</sup> JACKSON T. H. [1985], Op. Cit. p 1408.

individu dépendant, incapable de constituer des plans pour le futur<sup>13</sup>. Ses choix ne sont pas authentiques puisqu'il ne réfléchit pas d'une façon rationnelle à l'impact de sa décision sur ses intérêts futurs. A l'inverse, un individu rationnel est un planificateur qui estime la valeur de sa consommation présente par opposition à sa consommation future. C'est aussi un individu qui supprime les tentations qui provoquent des actions impulsives. Il résulte de cette définition que lorsque les entrepreneurs sont impulsifs et qu'ils ont tendance à préférer la consommation présente au détriment de la consommation future,<sup>14</sup> ils vont consommer leurs revenus futurs dans le présent provoquant ainsi un déséquilibre et rendant l'exécution de leurs obligations impossibles.

Il s'ensuit que, si la cause de la faillite prend sa source dans le comportement impulsif, il y a un risque auquel le l'entrepreneur-débiteur impulsif ne peut pas échapper. D'où la possibilité d'envisager une règle comme un mécanisme de contrôle des impulsions. Par conséquent, la conclusion à laquelle Jackson aboutit est la suivante : si les individus ne peuvent pas contrôler eux-mêmes leurs impulsions, ils préfèrent être assistés<sup>15</sup> par une loi qui réduit leur choix et les oblige à épargner dans le futur<sup>16</sup>. Quant à la forme d'une telle règle, il serait préférable, selon Jackson, que ce soit celle d'une restriction sur la capacité individuelle<sup>17</sup>.

L'objectif à travers cette règle est donc d'assister les individus à contrôler leur comportement impulsif en encourageant les créanciers à contrôler leur crédit. Selon Jackson, la décharge ou "*la règle sociale*" est le meilleur moyen d'assister les individus en contrôlant les décisions de crédit impulsives<sup>18</sup>.

Jackson justifie cette analyse en s'appuyant sur l'argument de Schelling [1984] à propos du fumeur de cigarette. Cette analyse considère que les règles contraignantes qui ont pour objet d'empêcher un individu de fumer sous la dominance de l'envie et du comportement impulsif sont inopérantes. La raison est que l'envie qui existe avant la contrainte de ne pas fumer pousse l'individu à entraver cette règle chaque fois qu'il est frappé par l'envie de le faire<sup>19</sup>. Cet argument est emprunté en réalité à Fisher qui considère que bien qu'il existe évidemment une corrélation entre la consommation de tabac et le cancer (dans notre cas la consommation du crédit et la faillite), la corrélation ne doit pas être due au fait que la consommation de tabac cause le cancer, mais plutôt au fait qu'un certain gène cause le cancer, et prédispose par ailleurs à la consommation de tabac. Dès lors, une personne qui éprouve du plaisir à fumer ne devrait pas s'arrêter de le faire puisque cela ne change rien à sa disposition au cancer<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> Voir également WEISS D. M. [1991], «Paternalistic Pension Policy : Psychological Evidence And Economic Theory», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, pp 1300-1302 (1275-1319)

<sup>14</sup> TOLISSON [1977], «Rational Choice and the taxation of Sin», n°8, *The Journal of Public Economy*, p 239 (l'auteur affirme que lorsqu'un choix s'offre entre une récompense faible dans le présent et une récompense importante dans le futur, les pigeons indifférents choisissent la récompense immédiate. Cependant, si les pigeons s'offrent le choix dans le présent de restreindre leur choix futur bien qu'ils peuvent choisir une récompense importante dans le futur, ils le feront. En d'autres termes, ils choisissent maintenant d'éliminer une récompense présente à partir d'une série d'opportunités futures).

<sup>15</sup> DIAMOND [1977], «A Framework for Social Security Analysis», *Journal of Public Economics*, n° 8 : 275, pp 281-296 (l'auteur affirme que l'épargne forcée à travers la sécurité sociale est un besoin nécessaire parce que les individus épargnent d'une façon sous-optimale s'ils épargnent pour leurs propres comptes).

<sup>16</sup> RAWLS J. [1971], «*A Theory of Justice*» (traduit en français Collection La Couleur des Idées, Ed. du Seuil, 1987, 635p) affirme que si les membres de la société, avant le fait, avaient anticipé leur comportement impulsif, ils auraient établi une règle qui leur interdit l'opportunité de se comporter d'une façon impulsive dans le futur.

<sup>17</sup> JACKSON T. H. [1985], Op. Cit. p 1409.

<sup>18</sup> JACKSON T. H. [1985], Op. Cit. p 1409.

<sup>19</sup> SCHELLING [1984], «Self-Command in Practice, in Policy, and a Theory of Rational Choice», *American Economic Review*, pp 5-7.

<sup>20</sup> MAÎTRE P. [1996], «*Rationalité et coordination : un essai sur les fondements interpersonnels de la décision*», Thèse, Aix-en-Provence

Il s'ensuit donc que le comportement impulsif serait un facteur déterminant dans la faillite de l'entrepreneur et donc une justification de sa décharge.

Toutefois, si cet argument semble pertinent, il ne satisfait pas l'ensemble de la classe scientifique. Ainsi, pour Dupuy [1994], la satisfaction des impulsions présentes permet de maximiser le bien être de l'individu. Une contrainte juridique qui empêcherait la maximisation de ces impulsions réduirait sa satisfaction. Il serait donc irrationnel qu'une personne se prive ou demande une règle qui réduit le plaisir qu'elle éprouve, par hypothèse, à s'abandonner à son vice<sup>21</sup>.

D'autre part, si l'on suppose que les individus éprouvent des sentiments impulsifs et que ces émotions gouvernent les comportements par le biais d'un mécanisme de récompenses puisqu'elles permettent de satisfaire les besoins des individus, alors la rationalité de ces derniers informe ce même mécanisme de récompense que consommer du crédit d'une façon abusive peut être porteuse de conséquences néfastes<sup>22</sup>.

D'autres critiques adressées à la théorie des impulsions sont formulées par F. Buckley [1994]<sup>23</sup>. Cet auteur critique la justification de la règle de la décharge par l'argument qui consiste à considérer le débiteur comme un individu qui n'a pas de volonté pour résister à la consommation présente aux dépens de la consommation future. L'erreur que relève cet auteur est que Jackson voit la fonction de l'emprunt seulement comme un transfert de richesses non volontaire des personnes futures vers des personnes présentes. Il ne voit pas la fonction de l'emprunt comme un transfert de richesses volontaire des personnes présentes vers les personnes futures. Pour cette raison, Buckley considère que la règle de la décharge pourrait engendrer une baisse de la volonté au lieu de l'accroître.

D'autre part, l'argument de la règle de la décharge comme mécanisme de prévention et d'auto-contrôle échoue à justifier la règle légale. En effet, une personne qui peut s'engager dans un auto-contrôle contre des choix futurs imprudents n'a pas besoin de liens légaux. En outre, la justification de la règle légale par les impulsions suppose cependant un échec des stratégies d'auto-contrôle avec une personne qui peut instituer la sienne.

Enfin selon Buckley, lorsqu'il y a décharge, les incitations *adverses* (le comportement opportuniste) augmentent les coûts. En effet comme les entrepreneurs-débiteurs ne supportent pas tous les coûts de leur échec en cas de cessation de paiement, ils ont une incitation pour investir dans des projets plus risqués. Avec des dettes moins risquées, en raison de la règle de la décharge, les débiteurs seront en cessation de paiement plus souvent.

Une autre critique adressée à la théorie des impulsions porte sur le caractère subjectif des impulsions. En effet, les impulsions sont un mécanisme par lequel les individus ont tendance à prendre des actions subjectives. Si l'on décharge un débiteur, on peut s'interroger sur la manière dont le créancier peut discriminer entre débiteur impulsif et non impulsif.

Il semble donc que les actions impulsives sont propres aux individus. Elles sont subjectives. Le fait de libérer les individus impulsifs en faisant supporter le fardeau du contrôle au créancier peut entraîner des effets pervers. En effet, comme le comportement

---

<sup>21</sup> DUPUY, J. P. [1994], «Temps et rationalité, dans "quelle hypothèse de rationalité pour la théorie économique ?"», *Cahiers d'Economie Politique*, pp 75 (69-105).

<sup>22</sup> Si l'on suppose que les émotions gouvernent les comportements des individus et que ceux-ci consomment selon un système biologique qui leur fait sentir une émotion : dans notre cas le besoin d'emprunter. Dire que ce mécanisme de consommation n'intègre pas le calcul rationnel, ne signifie pas pour autant que celui-ci n'entre pas en ligne de compte. Il ne s'agit pas de jeter le bébé avec l'eau du bain.

Le calcul rationnel rentre en compte puisqu'il informe ces impulsions que consommer plus que son revenu permanent aura des conséquences néfastes. Pour une lecture plus approfondie, voir MAÎTRE P. [1996], «*Rationalité et coordination : un essai sur les fondements interpersonnels de la décision*», Thèse, Aix-en-Provence, p 239.

<sup>23</sup> BUCKLEY F. [1994], «Fresh Start», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol 4:67, pp 83-88

impulsif est subjectif, le créancier aura tendance à réduire le crédit ou à augmenter le taux d'intérêts pour compenser la perte de faillite en raison de l'impossibilité de discriminer entre les individus impulsifs et non impulsifs. La conséquence est que le risque n'est pas réduit mais transféré du débiteur vers le créancier.

Il résulte de l'ensemble de toutes ces théories qu'elles conduisent à une même idée qui heurte le sens commun : les entrepreneurs-débiteurs ne sont pas responsables de leurs actes mais victimes d'une cause externe. D'où l'idée de la règle de la décharge qui permet de les exonérer.

Ainsi, si ces différentes théories adoptent la règle de la décharge comme règle efficiente dans le sens où elle permet de réduire le risque de la faillite, les différents arguments avancés pour justifier l'efficience de cette règle restent insuffisants comme le montre la contre-argumentation développée ci-dessus. Par conséquent, il paraît pertinent de chercher s'il existe d'autres explications qui permettent de justifier la règle de la décharge. C'est l'objet de la théorie de "la capacité de supporter le risque" de répondre à cette question.

#### **IV - l'évaluation du risque par l'entrepreneur, faillite et rôle du droit**

Dans un article de Posner<sup>24</sup> [1977], intitulé «*The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*», relatif à l'impact de l'allocation du risque de faillite sur le coût social en absence du contrat, l'auteur affirme que la règle de décharge est une règle efficiente d'allocation du risque de faillite.

Selon cet auteur, il existe une différence entre le coût de l'allocation du risque de faillite entre entrepreneur-débiteur et créancier. Cette différence réside dans la capacité de supporter le risque de faillite entre le créancier et le débiteur. En effet, cette capacité de supporter le risque est plus faible chez les créanciers que chez les débiteurs<sup>25</sup>. L'explication de cet écart, selon Posner, réside dans la *capacité* du créancier à réduire à moindre coût le risque de l'évaluation de l'information (asymétrie d'information) lors de la constitution de l'entreprise ; et également dans la capacité de celui-ci à réduire le risque de contrôle des comportements opportunistes (risque moral) durant la vie de l'entreprise. Cette supériorité est due à la spécialisation et à l'économie d'échelle de l'activité du créancier. En effet, le créancier (le banquier) détient une information plus précise et moins coûteuse que l'entrepreneur-débiteur sur l'actif existant et attendu de l'entreprise en raison de sa spécialisation. Cette spécialisation lui attribue l'avantage d'être mieux armé que le débiteur pour estimer la faillite de l'entreprise et donc de réduire le risque de faillite en réduisant son apport financier dans l'activité de l'entreprise.

Par conséquent, selon Posner, la solution efficiente est celle qui établit la règle de la décharge puisqu'il est moins coûteux pour le créancier (ou une banque par exemple) d'évaluer le risque de faillite et la responsabilité résultante qu'un entrepreneur dans une société qui fait appel à l'épargne publique et qui connaît peu ou rien sur l'entreprise dans laquelle il a investi<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> POSNER R. [1977], Op. Cit. pp. 508 et 509.

<sup>25</sup> WOODWARD S. [1985], «Limited Liability in the Theory of the Firm», *The Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 141, n° 4, pp 601 (601-611), l'auteur explique que l'aversion pour le risque n'est ni une condition nécessaire ni une condition suffisante pour expliquer la responsabilité limitée.

<sup>26</sup> Sur l'impact de la responsabilité dans la réduction de négligence, voir DIAMOND P. A. [1974], «Single Activity Accidents», *The Journal of Legal Studies*, pp 107-164 ; voir également MARKOVITS R. S. [1984], «Duncan's Do Nots : Cost-Benefit Analysis and the Determination of Legal Entitlements», *Stanford Law Review*, vol. 36, Mai, pp 1172, 1173 et s. (1169-1198) sur la subjectivité des coûts.

L'avantage de cette solution par opposition à la règle de la non réhabilitation, selon cet auteur, en plus de son avantage concurrentiel en terme de réduction de coûts d'information et de risque moral, est qu'elle permet de réduire le risque (Posner [1977], p 501-502). En effet, lorsque la règle de l'obligation de remboursement de la dette est la règle applicable (ou *la responsabilité est illimitée*), l'entrepreneur-débiteur, qui a une aversion pour le risque, est moins incité à investir puisqu'il supporte un risque plus élevé<sup>27</sup>. L'entrepreneur-débiteur, en cas de faillite et en présence de la règle de l'obligation de rembourser les dettes, doit supporter en plus de la perte qu'il subit, les dettes qu'il a contractées lors la vie de l'entreprise. En revanche, lorsque la règle de la décharge est la règle applicable, ce risque est plus faible puisque l'entrepreneur se trouve exonérer du remboursement de cette dette. Il s'ensuit donc, selon Posner, que le principe de base d'une règle de faillite efficiente est que les propriétaires de l'entreprise ne doivent pas être personnellement responsables des dettes de l'entreprise puisque cette règle juridique est efficiente dans le sens où elle permet de réduire le risque du débiteur et l'incite à investir<sup>2829</sup>.

Nous avons vu jusqu'à maintenant que la doctrine de Posner consiste à considérer comme désirable le système d'allocation du risque de faillite au créancier puisque celle-ci fournit un mécanisme efficient pour allouer le risque de faillite entre créancier et débiteur.

Cette explication de la règle de la décharge est séduisante mais reste insuffisante. Ainsi, Eisenberg [1981] accepte l'hypothèse du risque qui résulte de la faillite mais réfute l'allocation de celui-ci au créancier. En effet, selon cet auteur, bien que l'assureur de risque ne peut être déterminé *à priori*, cet auteur affirme que le débiteur devrait présumer être dans une meilleure position pour supporter le risque de la faillite. Deux arguments appuient le fondement de cette analyse : la capacité de contrôle et l'évaluation du risque de faillite.

- Le premier argument réside dans la capacité de l'entrepreneur à contrôler son activité de tout comportement opportuniste (risque moral)<sup>30</sup> mieux que quiconque. Les raisons qui appuient cet argument sont fondées sur l'avantage que celui-ci a par rapport au créancier. En effet, l'entrepreneur est souvent gérant ou administrateur de son entreprise. Il connaît l'activité de celle-ci. Il prend les décisions. Il dispose du contrôle de son activité en raison de *l'abus*, de *l'usus* et du *fructus* qu'il a sur son entreprise. Il est le seul à en connaître les défauts. En d'autres termes, l'entrepreneur connaît le risque qu'il encourt en prenant un projet par rapport à un autre.

Le deuxième argument réside dans la capacité de l'entrepreneur à *évaluer le risque* de faillite. Eisenberg [1981] montre que lorsque l'on alloue le risque de faillite à l'entrepreneur, on peut atteindre l'efficacité puisque celui-ci a un contrôle plus grand sur son activité financière<sup>31</sup> que tout prêteur et qu'il est dans une meilleure position pour *juger* ou estimer s'il

---

<sup>27</sup> Cette approche est différente de l'approche de CHEUNG S. N. S. [1969], «Transaction Costs, Risk Aversion, And The Choice of Contractual Arrangements», *Journal of Law and Economics*, vol. 22/1, pp. 24 (23-42) qui estime que sous l'aversion pour le risque, les contractants cherchent parmi les arrangements contractuels pour éviter le fardeau celui qui permet de réduire les coûts.

<sup>28</sup> PERLOFF J. M. [1981], «Breach of Contract and The Foreseeability Doctrine of Hadley V. Baxendale», *The Journal of Legal Studies*, n°39, pp 62 (39-63) ; l'auteur conclut qu'aucune règle et plus précisément la règle de responsabilité ne mène à un résultat efficient ; voir également pour un résultat différent à celui de POSNER, PERLOFF. J. M. [1981], «The Effects of Breaches of Forward Contracts Due To Unanticipated Price Changes», *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, Juin, pp 232 (221-235)

<sup>29</sup> POSNER R. [1977], Op. Cit., p. 502 ; voir aussi une analyse analogue de MANNE [1967], « Our Tow Corporation Systems : Law and Economics. », *Vanderbilt. Law. Review*, vol. 53, p 259, l'auteur considère que sans la responsabilité limitée, les entreprises qui font appel à l'épargne publique n'auraient pas existé puisque le risque important dissuadera les petits investisseurs. Pour une lecture critique nous conseillons le lecteur de se reporter à l'article de WHITE M. J. [1988], «The Economics of Accidents», *Michigan Law Review*, vol. 86, pp 1230 (1217-1231).

<sup>30</sup> EISENBERG T. [1981], Op. Cit., p 982.

<sup>31</sup> JENSEN M. C. et MECKLING W. [1976], «Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and

peut emprunter du crédit ou non<sup>32</sup>. De plus, il connaît et maîtrise ses affaires mieux que quiconque.

Pour rechercher les fondements de cette thèse, il faut remonter à Cantillon, Courcelle de Seneuil, et Knight, qui considèrent que le profit est la rémunération de celui qui supporte les risques. Cette définition se voit aussi chez Alchian et Demsetz, qui définissent l'entrepreneur dans le cadre de l'entreprise comme celui qui est capable de passer des contrats et d'estimer les facteurs hétérogènes qui peuvent affecter la production.

Ainsi, selon Alchian et Demsetz [1972], l'équipe (ou l'entreprise) est un arrangement contractuel particulier qui consiste à déléguer à un acteur, «l'entrepreneur», la coordination centralisée et hiérarchique des échanges pour produire et distribuer un bien ou un service. Cette coordination centralisée définirait l'entreprise. Ceux qui organisent cet arrangement contractuel doivent être capables de passer des contrats avec des agents qu'ils soumettent à leur direction. Les prix ou les rémunérations qu'ils offrent à leurs agents doivent être supérieurs à ceux qu'ils pourraient obtenir par eux-mêmes sur le marché et tel que les prix auxquels ils vendent leurs services sont plus bas que les prix des services substitués que l'on peut acheter sur le marché. Dans ce contexte, l'entrepreneur, qui n'est qu'un débiteur dans le langage juridique ou comptable, décide non seulement de ce que chaque facteur doit produire, mais il doit aussi estimer les facteurs hétérogènes qui permettent de produire d'une façon efficiente<sup>33</sup>. Ainsi, sur ces bases, l'argument qui consiste à affirmer que les débiteurs ont une aversion pour le risque semble paradoxal avec ces théories.

De plus, même si l'on accepte la thèse que le créancier est dans une meilleure position pour estimer le risque de faillite et que le créancier anticipe parfaitement cet événement à moindre coût, on ne voit pas pourquoi on devrait faire supporter la règle de la décharge au créancier<sup>34</sup>. En effet, comme le créancier est en mesure d'évaluer le risque de faillite, il sera en mesure de sélectionner les entrepreneurs qui feront faillites et ceux qui ne le feront pas. En d'autres termes, lorsque l'entrepreneur sera potentiellement faillible, les créanciers anticiperont cette faillite et s'abstiendront de tout échange. Simultanément, lorsque l'entrepreneur sera viable et le risque de faillite inexistant, les créanciers anticiperont cette viabilité et formeront un contrat d'échanges avec le débiteur. Le problème de faillite sera donc résolu et les faillites n'existeront plus.

Ainsi, si l'on tient compte de cette thèse, la présence de la décharge ou non devrait logiquement permettre au créancier d'anticiper le risque de faillite et de ne rentrer dans un contrat que lorsque le débiteur est viable. Il s'ensuit que cette thèse semble contredite dans les faits dans la mesure où l'existence de faillites quotidiennes dans la vie économique en est la preuve.

---

Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, pp 302 (305-360) ; les auteurs identifient deux types de conflits : un conflit entre actionnaire et dirigeant. Dans ce conflit, le dirigeant peut affecter l'utilité de l'actionnaire en investissant moins d'effort dans la gestion des ressources de l'entreprise ou en transférant les ressources de la firme à son profit ; l'autre conflit oppose les débiteurs et les propriétaires. En effet, ceux-ci sont incités à investir dans des projets risqués. Ce comportement s'explique par le fait que le contrat *ex-post* de dette donne aux propriétaires une motivation d'investir dans des projets qui leur procurent un rendement plus élevé et une perte plus faible. Cette analyse nous mène à conclure que les individus à l'intérieur de l'entreprise détiennent un pouvoir de contrôle considérable sur leur activité. Cela peut convaincre certains lecteurs qu'une règle qui alloue le risque de faillite au débiteur peut réduire ces comportements opportunistes.

<sup>32</sup> EISENBERG T. [1981], Op. Cit., pp 981-982.

<sup>33</sup> ALCHIAN A. A. et DEMSETZ H. [1972], «Production, Information Costs, and Economic Organization», *The American Economic Review*, vol. 62, pp 777-795 ; voir également LEMENNICIER B. cours de micro-économie, Paris II.

<sup>34</sup> CALABRESI C. and HIRSCHOFF J. T. [1972], «Toward a Test for Strict Liability in Torts.», *Yale law Journal*, vol. 81/1055, p 1075 ; les auteurs considèrent qu'il s'agit non pas de savoir s'il est dans une meilleure position pour déterminer la solution efficiente, mais de savoir s'il est dans une meilleure position pour la réaliser, puisque l'exécution demande un changement dans le comportement de l'utilisateur.

Il apparaît que les théories que nous avons exposées permettent d'allouer le fardeau de la faillite aux créanciers. Cette analyse présuppose une neutralité du créancier vis-à-vis du risque de faillite.

## V. Conclusion

La règle de la décharge, son impact sur le risque d'investissement et le montant d'investissement que nous avons étudiés, sont fondés sur les thèses psychosociologiques et économiques.

La thèse psychosociologique distingue deux points : la malchance, la théorie des impulsions ou d'irrationalité. Ces points considèrent que la faillite est un événement exogène qui affecte les entrepreneurs. Le rôle du droit de la faillite est d'instaurer une règle de décharge qui les protège. Quant à la thèse économique proposée par Posner, elle postule que la règle de l'allocation du risque de faillite doit être attribuée à la partie créancière qui est dans la meilleure position de supporter le risque. Selon cette approche, le créancier dispose des économies d'échelles qui lui permettent de supporter le risque et d'inciter les entrepreneurs-débiteurs, qui ont une aversion pour le risque, à investir.

L'analyse économique de la règle de la décharge montre que lorsque cette règle est applicable, l'entrepreneur-débiteur n'est pas responsable de la faillite. Le coût qu'il supporte en termes de remboursement de dettes et de prise de précaution baisse suite à cette décharge. Réciproquement, le gain de l'entrepreneur augmente en même temps que le risque de faillite de l'entreprise et le dommage attendu du créancier. Afin de réduire ce dommage, le créancier est incité à réduire son investissement.

Il ressort de cette analyse que la règle de la décharge, qui impute le fardeau de la faillite au créancier indépendamment du montant de précautions ou du risque que l'entrepreneur peut prendre pour éviter la faillite, semble avoir des effets pervers en termes de comportements stratégiques sur le montant optimal d'investissement et le risque de la faillite.

## Bibliographie

ALCHIAN A. A. et DEMSETZ H; «Production, Information Costs, and Economic Organization», *The American Economic Review*, vol. 62, 1972, pp 777-795

BAIRD D. G et JACKSON T. H., «Information, Uncertainty, and The Transfer of Property », *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, Juin 1984, pp 299-320

BLAZY R, COMBIER J., *La défaillance d'entreprises : causes économiques, traitement judiciaire et impact financier*, Economica, INSEE METHODE, 12/1997, 180 p

BUCKLEY F. H.et BRINIG M. F, «The Bankruptcy Puzzle», *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, Janvier 98, pp 187-207

CALABRESI G., «Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules :A Comment», *The Journal of Law and Economics*, vol. 11, Avril 1968, pp 67-73

COASE R. H. , «*The Nature of The Firm* », traduit en français, Economica, vol. 4, Novembre 1937, pp 386-405

DIAMOND P. A. et STIGLITZ J. E., «Increases in Risk and Risk Aversion», *Journal of*

*Economic Theory*, vol. 8, 1974

EASTERBROOK F. H., «Is Corporate Bankruptcy Efficient», *Journal of Financial Economics*, vol. 27, 1990, pp 411-417

EISENBERG T., «Commentary on "On The Nature of Bankruptcy " : Bankruptcy and Bargaining», *Virginia Law Review*, vol. 75, 1989, pp 205-218

EPSTEIN R. A. «Theory of Strict liability», *2 Journal of Legal studies*, 1973, pp. 151

HAYEK F. A., «*Droit, législation et liberté*», Collection P.U.F, Edition Libre Echange, tome 3, Chap. 15, Paris, 1980

HIRSHLEIFER J., «Investment Decision Under Uncertainty : Applications of the State Preference Approach», *The Journal of Finance*, Mai 1977, pp 252-277

JACKSON T. H. et SCOTT R. E., «On The Nature of Bankruptcy : An Essay on Bankruptcy Sharing and The Creditors' Bargain», *Virginia Law Review*, vol. 75, n°2, Mars 1989, pp 155-

MARTEL J. , «Solutions au stress financier : un survol de littérature», *L'Actualité Economique, Revue d'Analyse Economique*, vol. 72, n°1, Mars 1996, pp 51-78

POLINSKY A. M., «Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies», *The Journal of Legal Studies*, vol. 12, Juin 1983, pp 427-444

POSNER R. A., «Can Lawyers Solve the Problems of the Tort System ?», *California Law Review*, vol. 73, n°1, Janvier 1985, pp 747-754

POSNER R. A., «*Economics Analysis of Law*», 3è Edition, Little Brown Company, 1986

POSNER R. A., «The Rights of Creditors of Affiliated Corporations», *The University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1976, pp 499-526

ROSE-ACKERMAN S., «Risk Taking and Ruin : Bankruptcy and Investment Choice» , *Journal of Legal Studies*, vol. 20, Juin 1991, pp 277-311

SCHWARTZ W. F. et TULLOCK G., «The Costs of A Legal System», *The Journal of Legal Studies*, vol. 4, n°1, 1975, pp 75-82