

CHAPITRE 8. LA RESPONSABILITE PENALE DES ENTREPRISES.....	2
1. INTRODUCTION	2
2. LES SANCTIONS INDIVIDUELLES SONT INSUFFISANTES.....	3
2.1. SANCTIONNER PENALEMENT LES INDIVIDUS EST INSUFFISANT	4
2.2. COUTS DE PREVENTION	4
3. SANCTIONS EFFICIENTES A L'ENCONTRE DES ENTREPRISES	5
3.1. LE MODELE	5
<i>Résolution</i>	5
3.2. PROBLEMES	6
<i>Effet Arlen</i>	6
<i>L'amende optimale est insuffisante</i>	6
<i>Exemple numérique</i>	8
<i>Responsabilité atténuée</i>	8
4. CONCLUSION.....	9

CHAPITRE 8. LA RESPONSABILITE PENALE DES ENTREPRISES

1. INTRODUCTION

Depuis la promulgation du nouveau code pénal français, les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

L'application de ce principe est complexe. L'exemple américain plaide pour une responsabilité extensive. Il suffit que l'entreprise surveille mal son personnel pour que le juge considère que l'infraction a été commise pour le profit de l'entreprise. Un défaut de surveillance est interprété comme une économie de coût donc comme un profit supplémentaire.....d'origine criminelle. Aux Etats-unis, la responsabilité pénale de l'entreprise est engagée même lorsque ce sont des sous-traitants qui commettent les infractions. Si une entreprise prend un mauvais sous traitant c'est qu'elle bénéficie d'un prix inférieur à la norme, donc elle est avertie des pratique su sous traitant et s'avère complice de son activité..... La France renâcle a une telle interprétation¹.

La responsabilité des personnes morales ne se substitue pas à la responsabilité pénale des dirigeants, elle s'y ajoute, comme la responsabilité pénale des dirigeants ne dégage pas la responsabilité pénale individuelle des membres du groupement. Nous sommes donc en présence d'un dispositif de responsabilité à trois niveaux (individuelle, dirigeants, personne morale) qui tente de dissuader les individus regroupés au sein de l'entreprise d'utiliser cette dernière pour se livrer à des crimes et des délits.

La responsabilité de la personne morale peut jouer aussi bien dans le cas d'entreprises qui tolèrent l'activité criminelle de leurs employés que dans celui où elles l'encourage. Sanctionner l'entreprise doit donc l'inciter à surveiller son personnel et à se priver des opportunités offertes par l'économie criminelle. Ce type de dispositif est particulièrement adapté à des entreprises « normales ». En revanche, on observe immédiatement que lorsque l'entreprise a été exclusivement créée afin d'être utilisée de manière criminelle, la menacer de sanction n'a guère d'effets. La responsabilité pénale des entreprises est donc destinée à favoriser le

¹ Bien que le nombre de poursuites pénales déclenchées contre les personnes morales depuis 1994 soit très limité, on observe une distinction nette entre les poursuites engagées par le parquet et les procédures initiées par les parties civiles. L'engouement des parties civiles se démarque de l'attentisme du ministère public. Il apparaît que les objectifs ne sont pas les mêmes : nombre de parties civiles ont vu dans la loi nouvelle et notamment dans les sanctions extrêmement lourdes qui peuvent être infligées aux personnes morales, ici les sociétés, le moyen commode de résoudre rapidement et efficacement leurs litiges commerciaux. Du côté des parquets, on peine à identifier une politique précise si ce n'est celle de l'abstention. Les rares décisions rendues à ce jour ne sont donc pas significatives et l'on ne saurait davantage évoquer de jurisprudence. Il faudra attendre les premières décisions de la cour de cassation pour se faire une idée du sens dans lequel évolue la doctrine.

contrôle des entreprises qui pourraient être tentées par une activité criminelle mais pas à limiter l'activité d'entreprises purement criminelles. Ce dernier cas de figure, relève de l'analyse de la fraction particulière de la délinquance économique et financière que constitue la criminalité organisée et qui ne fait pas partie, pour des raisons de place, de notre champ d'études.

2. LES SANCTIONS INDIVIDUELLES SONT INSUFFISANTES

Les agents sont neutres au risque, et disposent d'une richesse w , chacun a la même opportunité de commettre un crime durant son activité pour l'entreprise. Le bénéfice pour un agent de commettre un crime est donné par b , la fonction de densité de probabilité de b pour un individu est $z(b)$. L'entreprise reçoit également un bénéfice B positif du crime². Le coût externe pour la collectivité est H .

Puisqu'il existe un système de responsabilité pénale des entreprises, il faut tenir compte des dépenses (G) de mise en œuvre de la loi, engagées par l'Etat mais aussi les dépenses de surveillance réglées par les entreprises (C).

Désormais, la probabilité qu'un agent soit attrapé et puni est $p(C,G)$ ou C et G sont les dépenses de mise en œuvre de la loi respectivement par l'entreprise et l'Etat. La probabilité de détection est supposée augmenter à un taux décroissant avec les dépenses. Le modèle suppose que C est un coût fixe pour l'entreprise et ne varie pas avec le nombre de crime. L'entreprise rend public les crimes qu'elle découvre car leur découverte n'exonère pas l'entreprise de sa responsabilité. L'entreprise est strictement responsable des crimes des employés. Si un agent criminel est attrapé, il subit une amende f et son entreprise F . On suppose que l'Etat ne peut pas imposer des sanctions illimitées aux agents. Donc atteindre le degré optimal de détection du crime exige une dépense en surveillance.

On suppose que l'entreprise ne peut pas transférer sa responsabilité sur les agents. Cette hypothèse est vraisemblable car les entreprises n'ont souvent pas légalement le droit de se retourner contre les agents, notamment lorsque les crimes correspondent à des actes qui ont été autorisés par le management et de plus le coût d'une telle tentative excède souvent le bénéfice notamment quand l'agent est déjà soumis à une amende³. Par ailleurs cette hypothèse n'est pas centrale comme cela apparaît dans la section IV.

² Pour simplifier on suppose que le bénéfice de l'agent et de l'entreprise est indépendant. En fait, dans de nombreux cas, celui de l'agent est fonction de celui de l'entreprise : $b = a + f(b)$ où $f'(B) > 0$. Ceci ne change pas les conclusions générales, mais change les modalités de calcul de l'amende optimale.

³ Empiriquement ceci est démontré par John Coffee (1980) « Corporate Crime and Punishment : A Non Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions », *American Criminal Law Review* Vol 17, n° 419.

2.1. Sanctionner pénalement les individus est insuffisant⁴

Un agent commet un crime si son bénéfice excède ou dépasse son coût $b \geq p(C,G)f$. Le montant efficient de crime est le niveau qui maximise le bien-être social soit la somme des bénéfices du crime moins les coûts du crime et du surveillance⁵ :

$$W = \int_{pf}^{\infty} (b + B - H)z(b)db - C - G \quad (1)$$

L'analyse de (1) montre que le crime est socialement bénéfique lorsque le bénéfice social du crime (B+b) dépasse le coût social du crime (H). La prévention efficace est atteinte lorsqu'un agent est incité à limiter ses crimes même lorsque son bénéfice est inférieur au coût social net (H-B) et de commettre des crimes dans les autres cas (lorsque $b > H-B$). Dans un monde parfait, ceci peut être atteint en imposant une sanction criminelle f sur chaque agent appréhendé, avec :

$$f = \frac{H - B}{p(C,G)} \quad (2)$$

où p est aussi petit que possible afin de minimiser les coûts de prévention.

Cette stratégie de haute sanction et petite probabilité est généralement impraticable car la richesse des agents criminels est insuffisante. L'amende optimale est donc trop élevée, il convient alors d'augmenter encore les coûts de prévention pour augmenter la probabilité de détection.

La sanction optimale de second rang est alors :

$$f^* = w \quad (3)$$

où w est la richesse de l'agent. (avec une amende $f^* = w$ le bénéfice du crime pour un agent marginal est de pw). Dans ces circonstances les agents pour qui $b > pw$ commettront des crimes et les autres non. En supposant $w < \frac{(H-B)}{p}$, certains des crimes commis seront socialement indésirables.

2.2. Coûts de prévention

La prévention optimale peut être déterminée en maximisant (en C et G) le bien-être social en prenant la sanction individuelle comme une donnée $f^* = w$.

Ceci donne l'équation suivante qui détermine le niveau optimal de prévention par l'entreprise et l'Etat.

⁴ Voir chapitre précédent avec une modélisation très légèrement différente.

⁵ Voir Mitchell Polinsky ; Steven Shavell (1979) « The Optimal Tradeoff Between The Probability And Magnitude Of Fines », 69 *American Economic Review*, pp 880.

$$1 = p_1(C, G)wz(pw)(H - pw - B) \quad (4)$$

et :

$$1 = p_2(C, G)wz(pw)(H - pw - B) \quad (5)$$

Les équations (4) et (5) expriment la condition habituelle : le gouvernement et l'entreprise doivent dépenser en prévention jusqu'au point où le coût marginal social (à gauche) de la prévention soit égale au bénéfice social marginal.

Le coût social marginal de la prévention est le coût de dépenser un euro supplémentaire en prévention et égal l'unité (car le coût de la surveillance est fixe).

Le bénéfice social marginal de la prévention est le gain anticipé pour la collectivité d'un euro supplémentaire dépensé en prévention –soit le coût social net du crime ainsi évité $(H - pw - B)$ multiplié par la décroissance qui s'en suit du nombre de crimes $(p_i(C, G)wz(pw)$ où $i = 1, 2$)

Les équations (4) et (5) expriment une seconde condition de prévention optimale : les dépenses de prévention sont optimales lorsque l'effet marginal sur la probabilité de détection par l'Etat égale l'effet marginal des dépenses de surveillance de l'entreprise : $p_1(C, G) = p_2(C, G)$.

Ce résultat est conforme à l'intuition : un euro ne doit pas pouvoir être ré-alloué entre l'Etat et les entreprises, à l'équilibre.

3. SANCTIONS EFFICIENTES A L'ENCONTRE DES ENTREPRISES

Le but d'un système d'amende optimale est de déterminer l'amende F , telle que l'entreprise mette en œuvre une prévention C^* et l'Etat G^* . Il faut donc trouver F qui minimise le coût social du crime pour l'entreprise avec un $G = G^*$ donné. En supposant que $f = w$, le coût total anticipé du crime est :

$$\int_{pw}^{\infty} (B - p(C)F)z(b)db - C \text{ où } p(C) = p(C, G^*) \quad (6)$$

3.1. Le modèle

Résolution

Avec une règle de responsabilité stricte, sous laquelle l'amende de l'entreprise F est fixe, l'entreprise dépensera en prévention jusqu'au point où :

$$1 = p'(C)wz(pw)(pF - B) - p'(C)F[1 - Z(pw)] \quad (7)$$

où $p(C) = p_1(C, G^*)$ et $Z(b)$ est la fonction de répartition cumulative de $z(b)$.

L'équation (7) révèle comme on pouvait s'en douter, que l'entreprise dépense en surveillance jusqu'au point son *coût marginal* de supporter les crimes (égal à l'unité égale son *bénéfice marginal de surveillance* (à droite).

Le *bénéfice marginal du surveillance* égale le gain marginal pour l'entreprise de réduire la probabilité d'occurrence du crime ($p'(C)wz(pw)(pF - B)$) moins l'augmentation marginale de la responsabilité de l'entreprise du fait de l'augmentation de la probabilité de voir le crime découvert ($p'(C)F [1 - z(pw)]$).

L'amende optimale est insuffisante

Deuxième surprise, la sanction optimale pour la firme n'est pas égale à h/p^* .

En comparant les équations (4) et (7) on constate que si $F = h/p^*$ le bénéfice marginal pour l'entreprise est inférieur au bénéfice social marginal de la surveillance $p'(C)(h/p^*) [1 - z(pw)]$ qui reflète l'augmentation du coût de la responsabilité due à l'augmentation de la surveillance. Sachant que l'équation (4) est vérifiée pour C^* l'équation (7) ne peut être vérifiée pour C^* avec une amende h/p^* . Donc la responsabilité absolue n'est pas efficiente.

Le calcul de l'amende efficiente montre que cette dernière est soit supérieure à h/p^* soit négative.⁶

Tout dépend du fait que l'augmentation de la surveillance conduise à une augmentation nette du nombre de crimes détectés ou à une baisse.

Dans le premier cas, l'entreprise a plus à perdre à augmenter la surveillance. Cette mesure n'est valable que si le gouvernement exempte l'entreprise de toute amende si elle révèle les crimes. Dans le second cas, l'augmentation de la surveillance fait baisser le nombre de crimes. Dans ce cas l'amende optimale est supérieure à h/p^* de façon à prendre en compte le fait que le coût de la surveillance comprend un coût lié à la détection d'un nombre croissant de crimes, coût qui en est un pour l'entreprise mais pas pour la société.

3.2. Problèmes

On observe deux problèmes. Le niveau de surveillance que va adopter l'entreprise maximisatrice de son profit est sous optimal et même parfois nul. L'amende optimale recommandée par la théorie est insuffisante.

Effet Arlen

Le problème est que l'entreprise qui maximise son profit et choisit ainsi C peut être amenée, dans certains cas à adopter un niveau de surveillance trop faible. L'idée est simple. En augmentant la surveillance, l'entreprise détecte plus de crimes et est donc condamnée. L'augmentation de la surveillance n'est positive que si la réduction du coût des amendes due à la réduction du crime du fait de la surveillance est supérieure à l'augmentation du coût due à la détection croissante des crimes qui subsistent.

⁶ On peut calculer l'amende optimale Arlen Jennifer (1994) « The Potential Perverse Effects of Corporate Criminal Liability » *Journal of Legal Studies*, vol xxiii, pp 830-860.

Donc, dans certains cas la responsabilité pénale de l'entreprise incite celle-ci à ne pratiquer aucune surveillance.

Prenons un exemple numérique.

Soit une entreprise où les employés peuvent commettre des escroqueries à l'encontre des clients. Imaginons le cas d'une entreprise du bâtiment qui laisse ses employés verser des « pots de vins » aux membres d'une commission d'appel d'offre. Les employés sont tentés de le faire car ils démontrent leur capacité à « faire » des contrats, et l'entreprise peut laisser faire car cela augmente son chiffre d'affaires. L'entreprise peut choisir entre deux niveaux de surveillance : nul ou optimal. Si l'entreprise ne dépense rien pour surveiller les employés, la probabilité de détection des délits est de 1/20. Si l'entreprise dépense C^* en surveillance, la probabilité de détection double et passe à 1/10. Supposons que l'entreprise ait 7 employés et que chacun d'entre eux puisse commettre un délit. Chacun des délits engendre un bénéfice variable, mais tous sont socialement indésirables, donc le coût total des délits dépasse le bénéfice. Supposons que le bénéfice des délits soit tel, que l'entreprise ne mette pas en œuvre de surveillance, la probabilité de détection est alors de 1/20. Si l'entreprise consacre C^* à la surveillance, seuls 4 employés commettent un délit, la probabilité de détection est alors de 1/10.

Brutalement la loi change. La responsabilité pénale de la personne morale est instituée. Examinons les effets de la nouvelle loi sur le comportement de l'entreprise. Pour nous placer dans le cas le plus général, nous allons supposer que l'entreprise reçoit un bénéfice positif B des délits commis par ses employés et qu'elle devra payer une amende F , si elle est condamnée.

Le profit anticipé de l'entreprise, si elle ne met en place aucune surveillance, est de : $7B - (7/20)F$, avec $B =$ le bénéfice du crime pour l'entreprise.

Le profit anticipé de l'entreprise, si elle met en place une surveillance C^* , est de : $4B - C^* - (4/10)F$.

Comparons ces deux niveaux de profits. Nous constatons que $7B - (7/20)F > 4B - C^* - (4/10)F$ ⁷,

Première surprise, le profit est supérieur, lorsque l'entreprise ne met en place aucune mesure de surveillance, et ce, malgré le fait qu'elle encourt une amende⁸. La nouvelle loi n'est donc pas efficace. Donc si, quels que soient l'amende et le niveau de dépense de surveillance choisis par l'entreprise, le membre de droite est

⁷ $(7B - 7/20F) - (4B + C^* + 4/10F) = 3B + 1/20F + C^*$ cette expression est toujours positive sauf si B est négatif. Le profit est donc, sans surveillance, est supérieur au profit avec surveillance.

⁸ Ceci est vrai même si B et C^* valent zéro car dépenser C^* en surveillance diminue les profits de $(1/20)F$.

supérieur à celui de gauche, le bénéfice marginal de surveillance pour l'entreprise est négatif, donc l'entreprise ne dépensera rien en surveillance.

Si le bénéfice marginal de surveillance (différence entre les deux membres) pour la firme est inférieur à 1 pour toute amende positive et tout C , la firme dépensera toujours rien en surveillance.

Si le bénéfice marginal de surveillance pour la firme est inférieur à 1 pour toute amende positive et C^* , la firme engagera des dépenses en surveillance mais au niveau optimal. C'est seulement lorsque le bénéfice marginal de la surveillance est égal à 1 pour C^* avec une amende positive que le niveau optimal de surveillance peut être atteint.⁹

Responsabilité atténuée

En théorie, la responsabilité stricte peut être rendue efficiente en passant d'une amende fixe a à une amende variable $F = \frac{h}{p(C)}$ où $h = H - b$. L'équation (6) montre que cette amende serait optimale car elle égaliserait $p(C)F$ et h pour tout p . Ainsi, cette amende égaliserait le coût net privé pour la firme du crime et le coût net social pour la collectivité. L'effort de l'entreprise pour maximiser son profit conduirait un niveau optimal de surveillance.

Cette amende est toutefois impossible à mettre en œuvre car il serait très coûteux de connaître $p(C)$. De plus, l'idée d'atténuer la responsabilité en cas de détection est peu conforme à l'esprit du système judiciaire français (développer).

Exemple numérique

Reprenons l'exemple précédent, mais supposons maintenant que l'entreprise a 4 employés. Supposons qu'en l'absence de surveillance tous les agents commettent un crime et qu'en présence de surveillance seul l'un d'entre eux commet des crimes. Dans cette situation, augmenter la surveillance réduit le coût de responsabilité de l'entreprise de $(2/10)F$ à $(1/10)F$.

Quel est l'impact d'une amende $\frac{h}{p^*}$ qui dans le présent exemple vaut $10h$, puisque $p=1/10$?

⁹ Afin d'être complet, il faut envisager le cas où le bénéfice des délits commis par les employés engendrerait une perte pour l'entreprise. Arithmétiquement, B serait alors négatif, et paradoxalement la firme serait incitée à diminuer ses dépenses de surveillance. Dans cette situation, s'il n'y a pas de responsabilité pénale, la firme est incitée à combattre le crime tant que les pertes anticipées, évitées par l'augmentation de la surveillance, engendrées par la réduction du crime dépassent le coût de surveillance ($3B > C^*$). Les entreprises pour qui la condition est respectée dépenseront des ressources (C^*), même si elles ne sont pas tenues pour responsables des délits commis par les employés, mais elles peuvent supprimer les dépenses de surveillance si elles deviennent contre-productives.

Si la responsabilité pénale joue, l'amende est optimale si elle égalise le bénéfice marginal privé de surveillance C^* et le bénéfice social marginal de cette dépense. Dans cet exemple, le bénéfice pour la collectivité quand l'entreprise adopte le niveau C^* de surveillance, est égal au bienfait de détecter 3 crimes, soit 3h.

Or, avec une amende de 10h et un niveau de surveillance C^* , le bénéfice marginal anticipé pour l'entreprise est $(\frac{4}{20})(10h) - (\frac{1}{10})(10h)$, ce qui est égal à h.

Donc, le bénéfice privé pour l'entreprise d'adopter le niveau interne efficient de surveillance est de 3h et pour la société de 10 h, l'entreprise n'a donc aucune raison de suivre les besoins de la collectivité. Cette distorsion entre l'intérêt privé et l'intérêt collectif tient au fait qu'une grande part du bénéfice pour l'entreprise d'adopter C^* est éliminée par l'extension de sa responsabilité pour les crimes qui seront tout de même commis.

4. CONCLUSION

La responsabilité pénale de l'entreprise visait à inciter ces dernières à surveiller leur personnel. Il semble difficile de tabler sur un tel système pour espérer voir l'entreprise adopter le niveau optimal de surveillance.

Il convient donc, soit d'exempter de leur responsabilité les entreprises qui jouent le jeu. Mais le risque de comportement opportuniste existe. Certains utiliseront les criminels en interne qu'ils ont dénoncé pour arguer de leur innocence si on en découvre d'autres. Par ailleurs, l'organisation de la criminalité en entreprise prend souvent la forme d'un réseau. Si l'entreprise découvre une partie du réseau et le dénonce, est-elle exonérée de sa responsabilité pour l'action du reste du réseau si ce dernier est découvert ?

Une autre piste consiste à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance qui jouent sur l'action ex ante des criminels et dissuade la commission du crime. Ce faisant, l'entreprise découvre des comportements précurseurs du crime mais n'est pas légalement tenue de les dénoncer. Elle bénéficie donc des effets positifs de la baisse de la criminalité interne sans souffrir des inconvénients (augmentation des amendes).