

# Analyse économique de la délinquance financière

---

**AUTEURS** : Pierre Kopp

**INSTITUT** : Université Paris I – Panthéon Sorbonne

**DATE** : Février 2002

**PUBLICATION** : Ronéo, 48 pages

---

Ce rapport propose une analyse économique des fondements de la politique criminelle. Ce travail discute donc l'efficacité des sanctions pénales dans le domaine de la répression de ce qu'il est convenu d'appeler la « délinquance économique et financière ». Volontairement, nous n'approfondirons pas cette notion. Plutôt que de proposer une nouvelle définition, nécessairement imparfaite, du phénomène, nous préférons adopter une logique fonctionnaliste et discuter l'efficacité du secteur du système juridique ayant pour objet la réglementation et la répression des activités illicites liées à l'exercice des activités économiques, sociétaires et financières, ce qui définit le droit pénal des affaires pour Mireille Delmas-Marty<sup>1</sup>.

## ***1. LES FONDEMENTS DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE***

La première question consiste à comprendre pourquoi certaines activités doivent être interdites. Nous constaterons la convergence du Droit et de l'Economie, et préciserons l'idée selon laquelle la loi pénale constitue un coût de transaction élevé qui décourage les échanges inefficients.

Une fois les contours de l'interdiction précisés, l'objectif du décideur public doit-il être d'éradiquer complètement toutes formes de transgressions ou au contraire d'en tolérer un certain niveau ? L'analyse économique répond à cette question du point de vue un peu exclusif de l'efficacité et affirme que la recherche du niveau optimal de criminalité doit être l'objectif de la politique publique. Cette

---

<sup>1</sup> DELMAS-MARTY M. (1990) « Droit pénal des affaires, tome 1. Partie générale : responsabilité, procédures et sanctions » 3a éd., PLIF, col Thémis.

conclusion repose sur l'hypothèse, souvent source de mauvaise compréhension, que les bénéfices et les coûts des victimes et des criminels sont commensurables. Évidemment, si les bénéfices des criminels ne comptaient pas dans le bien-être collectif, les règles destinées à réprimer leurs activités seraient nécessairement efficaces. Il ne serait pas possible de déduire des conclusions morales de l'analyse économique si elles sont présentes dans les hypothèses.

Le choix d'un montant optimal de sanction est censé permettre de dissuader efficacement les criminels potentiels et ramener la criminalité à son niveau optimal. Le décideur public peut jouer sur deux variables : la dureté de la sanction et la probabilité d'arrestation, on recommandera d'augmenter l'amende probabilisée jusqu'au point où le gain de la répression dépassera son coût. Ce processus s'interrompt lorsque le dernier délit évité coûte plus cher à éviter que le dommage net qu'il aurait causé <sup>2</sup>.

## **2. LE ROLE DES SANCTIONS INDIVIDUELLES**

La répression des actes commis par les individus constitue le premier vecteur d'action de la politique criminelle. Nous supposons qu'un individu décidé à s'engager dans une telle activité pèse le bien-fondé de son attitude en fonction du gain qu'il espère obtenir, de la probabilité qu'il a d'être arrêté, de l'amende et/ou de la durée de prison qu'il encourt, de la durée de l'emprisonnement et de la valeur négative qu'il attribue au temps passé en prison. L'hypothèse d'un tel calcul économique ne suppose pas que les agents le pratiquent effectivement mais qu'il constitue la meilleure simplification possible, et ce *a-fortiori* dans le domaine de la criminalité économique.

Un individu neutre au risque commettra donc un crime qui engendrera un dommage si et seulement si le gain excède la somme de l'amende attendue et de la désutilité attendue de l'emprisonnement. Si l'individu est hostile au risque ou selon le terme consacré « *risk averse* » *vis-à-vis* des amendes et/ou de la prison son gain devra être supérieur à ce qu'indique et s'il est partisan du risque ou « *risk lover*," son gain pourra être plus faible.

En définissant de manière simplificatrice le bien-être collectif comme la somme des utilités attendues des individus, on observera que ce dernier dépend du fait qu'un individu commette ou non un délit économique ou financier, du fait qu'il soit sanctionné, du fait qu'il soit lui-même victime d'un acte dommageable de la

---

<sup>2</sup> On peut résumer l'argumentation ainsi : Dommage net causé par le délit = dommage subi par la victime - gain pour le délinquant. La sanction est dissuasive lorsque le gain pour le délinquant est égal à l'amende attendue. La sanction optimale est telle que le coût de décourager un délit supplémentaire = dommage social net = dommage pour la victime - amende attendue. En réarrangeant l'expression ci-dessus, on trouve : Amende attendue = dommage pour la victime - coût de la dissuasion d'un délit supplémentaire.

part d'un tiers, des impôts qui lui sont prélevés pour faire face au coût de mise en œuvre de la loi. Si les individus sont neutres au risque alors le bien-être est égal au gain des individus qui commettent des crimes moins les dommages qu'ils engendrent et les coûts de mise en œuvre de la loi.

Les amendes constituent le premier type de sanctions envisageables. L'amende optimale, c'est-à-dire l'amende qui, compte tenu d'un budget répressif donné, maximise le bien-être de la collectivité, est supérieure au dommage créé. Plus la probabilité d'arrestation est faible, plus les amendes doivent être fortes. Plus les individus craignent le risque, plus l'amende peut être faible, et inversement. Puisque augmenter la probabilité de détection coûte cher, il vaut mieux augmenter les amendes. Le raisonnement a, bien sûr, une limite, on pourrait en effet être tenté de recommander de proposer une probabilité de détection presque nulle et une amende infinie. Bien évidemment, le recouvrement des amendes est limité par la richesse des candidats à la délinquance. Les amendes ne peuvent donc pas excéder la fraction saisissable de leur richesse, la substitution entre amende et probabilité d'arrestation atteint alors une borne.

L'emprisonnement constitue le second type de sanctions envisageables. La durée optimale peut être nulle, car l'emprisonnement est socialement coûteux. Si le temps d'emprisonnement est légèrement diminué, il ne faut pas attendre d'effet net sur le bien-être, car les individus dont le comportement est influencé par ce changement de la durée d'emprisonnement ont un gain juste égal au dommage. Mais, diminuer ce temps peut diminuer la désutilité agrégée de l'emprisonnement et le coût public du système carcéral. D'un côté les individus resteront moins longtemps en prison, mais seront plus nombreux à commettre des crimes et à aller en prison. Alternativement, augmenter le temps d'emprisonnement, pourrait réduire la désutilité agrégée et le coût public de l'incarcération, car moins nombreux sont ceux qui iraient en prison par contre la durée d'incarcération serait plus longue. Si les individus sont « *risk averse* » vis-à-vis de la prison, un niveau donné de prévention du crime peut être obtenu avec un niveau de sanction plus faible que dans le cas de neutralité au risque. Ceci rend l'emprisonnement plus recommandable, car le coût de mise en œuvre est plus faible, et inversement avec des individus « *risk lovers* ».

Lorsque le décideur public peut utiliser simultanément des peines de prison et des amendes, il convient d'appliquer au maximum les amendes, puis de compléter par l'emprisonnement, car les amendes ne sont pas coûteuses à mettre en œuvre.

Pour un budget répressif donné, qui permet à l'Etat de détecter les activités criminelles selon une probabilité donnée, il convient d'épuiser les possibilités offertes par les amendes avant de recourir à l'emprisonnement. Nous verrons que cette conclusion peut toutefois être discutée en matière de délinquance économique et financière, où la stigmatisation qui accompagne l'entrée en prison est telle qu'elle peut constituer un menace d'autant plus crédible que par ailleurs les amendes peuvent être plus facilement payées par des gens riches que pauvres.

Nous examinons ensuite la situation où le décideur public choisit d'augmenter le budget répressif afin de faire varier à la hausse la probabilité de détection des activités criminelles.

Lorsque le décideur public ne peut imposer que des amendes, si les individus sont neutres au risque l'amende optimale est encore maximale. Puisque tout niveau de prévention peut être atteint par une combinaison de probabilité et d'amende, il est préférable de choisir la combinaison où l'amende est maximale et la probabilité la plus faible. Ceci veut dire qu'il est inutile d'arrêter de nombreux criminels mais qu'il faut sévèrement condamner ceux qui le sont. Ce résultat est choquant. Sa portée sera atténuée ultérieurement en prenant en compte d'autres facteurs, comme l'aversion au risque et les problèmes liés à la différence entre prévention marginale et moyenne.

Si les individus sont « *risk averse* » les amendes peuvent être plus faibles. L'utilisation d'amendes très élevées impose une prise de risque élevée aux criminels potentiels. Si les individus sont neutres au risque, l'emprisonnement maximal est optimal. Si on augmente le temps de prison et baisse la probabilité d'arrestation tout en gardant la sanction attendue constante, on observe que ni le comportement des criminels potentiels, ni le coût d'incarcération ne sont affectés, en revanche, les dépenses de répression diminuent.

Lorsque le décideur public peut également recourir aux peines de prison, si les individus sont « *risk averse* », l'argument favorable à des peines de prison maximales est renforcé. Une même augmentation des peines de prison entraîne une baisse de la probabilité d'arrestation encore plus forte, d'où des économies non seulement sur les dépenses répressives mais également sur les coûts d'emprisonnement puisque les peines sont réduites.

Si les individus sont « *risk lover* », la sanction optimale peut être inférieure au maximum. Lorsqu'on augmente la sanction, la probabilité nécessaire à maintenir le niveau de prévention constant ne peut être baissée proportionnellement, d'où une augmentation du temps de prison attendu. Ce résultat augmente les coûts de l'emprisonnement et peut dépasser l'économie sur les coûts de répression liés à la baisse de la probabilité d'arrestation.

Baisser la probabilité d'arrestation à partir de son niveau optimal économise des coûts de mise en œuvre de la loi alors que la baisse de la dissuasion n'a pas d'effet sur le bien-être en termes de gains et de dommages. Le problème est de déterminer la peine optimale de prison lorsque l'amende est déjà maximale et qu'il faut simultanément choisir la probabilité d'arrestation, de même que lorsque l'emprisonnement est utilisé, seul le temps de prison n'est pas nécessairement maximum, même si les individus sont neutres au risque ou « *risk lovers* ». Supposons que les individus soient neutres au risque d'emprisonnement et d'amende, si on augmente le temps de prison et que la probabilité d'arrestation diminue tout en conservant la peine de prison attendue constante, la prévention du crime décline car l'amende attendue diminue du fait de la baisse de la probabilité d'arrestation. Donc, pour maintenir la prévention à un niveau constant, la

probabilité d'arrestation ne doit pas baisser proportionnellement à l'augmentation de la durée d'emprisonnement, ce qui implique que le temps attendu de prison et le coût de l'emprisonnement sont supérieurs dans le cas où on combinerait amende et prison au cas où on ne disposerait que de l'emprisonnement. C'est seulement lorsque l'économie de mise en œuvre de la répression est suffisamment importante, qu'il peut être intéressant d'augmenter le temps de prison.

Donc, lorsque la probabilité de détection des crimes peut varier en fonction du niveau d'effort budgétaire consenti par la collectivité, des sanctions élevées sont optimales car elles permettent de choisir une probabilité de détection faible et de diminuer ainsi les dépenses publiques répressives. Évidemment, si on pousse ce raisonnement à son extrême, on en déduira que si les individus sont neutres au risque, l'amende et la durée d'emprisonnement optimales sont infinies. La mise en œuvre de telles recommandations poserait quelques sérieux problèmes. Issues de la réflexion autour d'un modèle théorique simplifié, elles portent la trace des nombreuses limites propres à une réflexion nécessairement abstraite puisque modélisée, elles sont également très dépendantes des hypothèses comportementales adoptées. Le modèle repose sur l'hypothèse que les agents calculent rationnellement leur comportement afin de maximiser leur utilité. Toute la politique criminelle tournera donc autour du choix d'une sanction suffisamment lourde pour dissuader le criminel, mais pas trop élevée pour épargner à la collectivité des dépenses trop importantes. Toutes les possibilités d'échapper à ce dilemme sont fortement valorisées par le modèle, c'est pourquoi l'analyse économique recommande toujours de substituer des amendes à la prison et des amendes à la détection effective des criminels. On observera que ce modèle peine à prendre en compte certains aspects de la politique criminelle ce qui nous conduira à relativiser certaines de ses conclusions et à tenter de les adapter, notamment en matière de répression de la délinquance économique et financière.

Premièrement, l'analyse économique se limite à considérer que la politique criminelle permet de recalibrer les choix des criminels (*opportunity shaping*) en leur imposant des sanctions qui rendent le crime moins attractif. L'idée que la politique criminelle permettrait également de refaçonner les préférences des criminels (*preference shaping*) est totalement absente. Les juristes considèrent pourtant que la dissuasion du crime ne constitue que l'un des objectifs de la politique criminelle alors que les économistes se concentrent exclusivement sur cet aspect. La politique criminelle aurait non seulement pour rôle de renchérir le coût du crime, mais également de changer les sources dont les individus dérivent leur utilité ce que n'évoque guère le modèle traditionnel que nous avons utilisé.

Deuxièmement, l'analyse économique suppose que tous les types de satisfaction que les individus éprouvent puissent être mesurés selon un dénominateur commun : l'utilité. Concrètement, ceci implique que si un individu vole le bien d'un autre, il existe une somme d'argent qui permet de compenser exactement le dommage qui a été causé. Inversement, cette hypothèse entraîne qu'il existe toujours un prix pour lequel un individu acceptera de se laisser corrompre ou de voler autrui. Il existe pourtant des individus dont le sens moral est suffisamment

élevé pour toujours résister à la tentation. Accepter ce cas de figure conduirait alors à renoncer à l'idée que toutes les sources de plaisir sont commensurables en unités d'utilité, et invaliderait le modèle. Il existe une solution qui permet de continuer à utiliser le modèle classique tout en accordant à la réalité un traitement plus acceptable. Il suffit de considérer que les activités dont les individus dérivent leur utilité peuvent être classées lexicographiquement.

Troisièmement, il n'y a pas de crime ou de délit sans l'intention de le commettre. Or, selon l'approche économique de la politique criminelle, un individu doit payer un prix (sanction) égal au coût que son acte impose à la société de manière à le forcer à internaliser les externalités qu'il engendre. Or, si un individu tente de commettre un crime sans toutefois y parvenir, il n'impose aucun coût à la société alors que le code pénal prévoit pourtant une sanction.

Quatrièmement, le fait de placer un individu en prison diminue notablement ses opportunités de continuer à conduire une activité criminelle. Manifestement, l'incapacitation constitue un but différent et complémentaire de la dissuasion qui constitue le centre d'intérêt quasi-exclusif de la théorie économique.

Cinquièmement, lorsqu'on examine la délinquance économique et financière émanant des « cols blancs », il semble raisonnable de penser que cette population n'a pas une forte appétence pour le risque. Le fait que ces individus soient « *risk averse* » notamment qu'ils craignent la prison permet de diminuer les sanctions sans pour autant diminuer l'effet dissuasif de la politique criminelle. Si le risque en lui-même constitue une source de désutilité pour les cadres, ils devraient être plus légèrement condamnés que les autres individus car ils renoncent au crime pour une menace inférieure à la norme et font ainsi faire des économies à la collectivité. Une telle politique est efficiente mais est-elle juste ?

Sixièmement, il serait normal de fixer des amendes proportionnelles au revenu, l'effet d'une amende probabilisée dépend de la richesse de chacun. De plus, si l'argent a une utilité marginale décroissante avec la richesse des individus alors une même combinaison d'amende et de probabilité « coûte » moins à un riche qu'à un pauvre. En fait, certains individus peuvent être plus sensibles à l'effet stigmatisant d'une sanction criminelle que d'autres, et cet effet stigmatisant peut dépendre du fait que le couple de sanction soit composé plutôt d'une amende ou d'un emprisonnement. Du point de vue théorique, ces remarques suggèrent, qu'un même couple sanction-probabilité n'a pas le même effet sur deux individus différents. Il est impossible d'imputer le même coût à deux personnes différentes afin de les forcer à internaliser leurs externalités de manière efficiente. Les individus « *risk averse* » et ayant une réputation à préserver sont moins tentés de commettre des crimes que les autres. D'un autre côté, diminuer le couple sanction-probabilité afin de prendre en compte ce constat implique que les individus moins « *risk averse* » et n'ayant pas de réputation à protéger peuvent s'engager dans des activités criminelles alors que ce n'est pas efficient pour les autres. Il est donc particulièrement complexe de découvrir le niveau optimal de dissuasion.

Septièmement, dans de nombreuses circonstances un criminel potentiel a le choix entre commettre un acte criminel ou plusieurs. Afin de décourager les criminels de se livrer aux actes les plus graves, il convient que les sanctions augmentent avec la gravité des actes, on désigne ce procédé sous le terme « dissuasion marginale ». Toute chose égale par ailleurs, il est donc socialement utile que la dissuasion marginale décourage ceux que la dissuasion moyenne n'empêche pas de se livrer à une activité criminelle, de choisir les modalités d'exécution les plus dommageables pour la société. Il conviendrait donc que les sanctions augmentent avec les dommages engendrés ce qui impliquerait que la majorité des autres sanctions ne soient pas les sanctions maximales. On observe ainsi un conflit entre l'impératif général de dissuasion et celui de dissuasion marginale. La volonté de laisser la possibilité d'étager les sanctions à la hausse peut conduire à ce que les sanctions moyennes soient inférieures au dommage causé. Il est possible de sortir de ce dilemme en recommandant aux pouvoirs publics d'augmenter le budget des agences répressives afin d'augmenter la probabilité de détection des crimes. En fait, il conviendrait de pouvoir augmenter spécifiquement la probabilité de détection des crimes accompagnés des *modus operandi* causant le plus de dommages.

Huitièmement, nous avons toujours raisonné en considérant que la probabilité de détection des crimes était générale, c'est-à-dire identique, quel que soit le crime. Cette hypothèse cadre avec le fait qu'un agent de police chargé du contrôle de la circulation puisse découvrir à l'occasion d'un contrôle banal une infraction grave. De même, un simple contrôle fiscal peut aboutir à la découverte d'une variété importante d'infractions. Dès lors, la règle générale selon laquelle il est souhaitable de diminuer la probabilité de détection et d'augmenter les sanctions doit être remise en cause. En effet, le fait de diminuer la probabilité de détection diminuerait certes les coûts de fonctionnement du système judiciaire, mais les crimes les plus graves verraient la probabilité que leur détection baisse au même rythme que les délits mineurs. Il est donc probable que la perte sociale due aux graves dommages causés par les crimes graves vienne plus que compenser les bénéfices des économies budgétaires. Deux pistes s'offrent alors à nous. Soit, il faut renoncer à diminuer la probabilité de détection des crimes et assumer les dépenses qu'une telle politique engendre. Soit, il conviendrait de spécialiser la répression en la ciblant sur un type de délit particulier. Appliquée au cas de la délinquance économique et financière, cette réflexion suggère de mieux analyser les dommages causés par ce type de délinquance. S'il s'avérait que, bien que relativement indolore, elle avait un fort coût social, alors nous aurions un argument économique puissant pour justifier la spécialisation des juridictions et des services d'enquête. Non seulement, cette mesure serait efficace, mais elle permettrait d'atteindre un même niveau de dissuasion sans alourdir les peines moyennes mais seulement les moyens de détecter une criminalité particulière. La spécialisation constituerait ainsi un moyen dont l'efficacité est généralement reconnue par les praticiens mais dont l'effet favorable à la réduction de la pression judiciaire globale sur la société n'a pas été souligné.

### **3. LES SANCTIONS CONTRE LES ENTREPRISES**

La responsabilité des personnes morales ne se substitue pas à la responsabilité pénale des individus, elle s'y ajoute. 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 à des délits.

Imposer des amendes aux entreprises est-il efficace ? 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'encouragent. 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 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'étude<sup>3</sup>.

Dans une entreprise, les employés ont tous la même opportunité de commettre des délits<sup>4</sup> durant leur temps de travail. La probabilité qu'un employé soit interpellé et puni dépend du niveau des dépenses publiques et privées de surveillance. On suppose que l'entreprise rend publics<sup>5</sup> les crimes et délits qu'elle découvre. Si un employé est mis en cause, il subit une amende et son entreprise également. Un employé commet un crime si son bénéfice excède ou dépasse son coût. 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 de la surveillance.

Le crime **est socialement bénéfique** lorsque le bénéfice social du crime, c'est-à-dire la somme du bénéfice du **crime pour l'entreprise et** pour l'individu, dépasse le coût social du crime. La dissuasion efficace est atteinte lorsqu'un employé est incité à limiter ses crimes même lorsque son bénéfice est inférieur au coût social net, et de commettre des crimes dans les autres cas. Dans un monde parfait, ceci peut être atteint en imposant une sanction criminelle à chaque employé appréhendé, avec une probabilité de détection aussi petite que possible, afin de minimiser les coûts de dissuasion. Cette stratégie de haute sanction et de

---

<sup>3</sup> Mais fait l'objet d'une demande de contrat avec le GIP.

<sup>4</sup> Nous n'évoquons pas les vols de stylos bille mais le blanchiment d'argent la mise en oeuvre de filières de main d'oeuvre clandestine, etc.

<sup>5</sup> Hypothèse héroïque que nous lèverons dans une approche ultérieure plus sophistiquée.



petite probabilité est généralement impraticable car la richesse des employés est insuffisante. L'amende optimale est donc trop élevée, il convient alors d'augmenter encore les coûts de dissuasion pour augmenter la probabilité de détection. La sanction optimale de second rang est alors égale à la richesse du criminel.

Le décideur public sait que si les entreprises surveillent les employés, alors les délits diminueront. Le décideur public connaît le montant que les entreprises devraient dépenser pour arriver à une dissuasion optimale, en revanche, il ne sait pas comment les obliger à réaliser ces dépenses. Calculons le montant optimal de dissuasion, c'est-à-dire celui qui permet de maximiser le bien-être. On obtient la dissuasion optimale en maximisant le bien-être social et en prenant la sanction individuelle maximale comme une donnée. On trouve la condition habituelle : le décideur public et l'entreprise doivent dépenser en dissuasion jusqu'au point où le coût marginal social de la dissuasion est égal au bénéfice social marginal. Le coût social marginal de la dissuasion représente le coût de dépenser un Euro supplémentaire en dissuasion, il est égal à l'unité. Le bénéfice social marginal de la dissuasion représente le gain anticipé pour la collectivité d'un Euro supplémentaire dépensé en dissuasion -soit le coût social net du crime ainsi évité, multiplié par la décroissance qui s'en suit du nombre de crimes.

La seconde condition de dissuasion optimale tient au fait que les dépenses de dissuasion 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. Ce résultat est conforme à l'intuition, à l'équilibre : un Euro dépensé en surveillance ne doit pas avoir de raison d'être ré-alloué entre l'Etat et les entreprises.

Nous examinons ensuite la seconde partie du problème : comment inciter les entreprises à adopter le niveau optimal de dépenses de surveillance ? La loi prévoit des amendes pour les entreprises qui ne surveilleraient pas leurs employés. On constate que l'entreprise augmente ses dépenses de surveillance spontanément jusqu'au point où son bénéfice marginal de surveillance égale son coût marginal de subir les crimes. On observe que ce niveau de surveillance est inférieur au niveau de surveillance optimal. Ceci indique que fixer l'amende au niveau optimal recommandé par l'analyse économique conduit à une divergence entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé. On calcule alors quel devrait être le niveau de l'amende qui permettrait que les entreprises adoptent le niveau de surveillance optimal. Le résultat du calcul est passionnant. L'amende optimale est soit supérieure à la norme, soit négative, ce qui n'est paradoxal qu'en apparence. Tout dépend du fait que l'augmentation de surveillance conduit 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 ne serait valable que si le décideur public exemptait l'entreprise de toute amende, si elle révélait les crimes qu'elle découvre ce qui paraît incompatible avec notre droit. Dans le second cas, l'augmentation de la surveillance fait baisser le nombre de crimes. Dans ce cas, l'amende optimale est supérieure à la norme, de façon à prendre en compte le fait, que le coût de 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.

Mettre en œuvre la responsabilité pénale des entreprises peut s'avérer contre-productif. Intuitivement, le raisonnement est simple. Si les entreprises surveillent mieux leur personnel, elles détecteront plus de délits et devront les signaler à l'autorité publique, en conséquence elles seront plus souvent condamnées sauf si le fait de surveiller le personnel exonère la responsabilité de l'entreprise au cas, où un délit est commis. Sinon le risque de condamnation de l'entreprise augmente avec ses dépenses de surveillance, il faut donc que l'effet de dissuasion effectif (la baisse du nombre de délits) soit supérieur à l'augmentation des amendes pour ceux des crimes qui subsisteront. Si cette règle n'est pas respectée, les entreprises n'auront pas intérêt à surveiller le personnel. Si la responsabilité pénale des entreprises **n'est pas dérogée**, lorsqu'elles sont à l'initiative de la découverte des crimes et délits, la loi sera peu respectée.

#### ***4. LA DELEGATION DE SURVEILLANCE***

Nous avons examiné le cas où l'Etat avait le monopole de la surveillance des délinquants potentiels et de leur arrestation puis celui où les entreprises devaient surveiller leur personnel. La politique criminelle dispose d'un dernier volet d'action lorsque l'Etat délègue aux entreprises le soin de surveiller et de dénoncer les clients aux autorités compétentes. Le cas emblématique est constitué par le dispositif français de lutte contre le blanchiment de l'argent. Un tel dispositif est probablement amené à connaître des applications analogues chez les professionnels du Droit et du Chiffre.

L'Etat est dans l'incapacité d'observer, et donc de réprimer, l'ensemble des activités illégales qui conduisent les criminels à utiliser le système bancaire et financier. Il préfère donc déléguer aux banques la mission de surveiller l'utilisation qui est faite du système bancaire (les banques-"agents" sont mandatées par l'État-"principal" pour la détection des opérations de blanchiment). Cependant, si les banques bénéficient d'une information suffisante pour accomplir cette tâche, elles n'ont en revanche aucune incitation à dénoncer leurs clients et à se priver d'opérations rentables. L'Etat doit donc mettre en place un dispositif incitatif. Schématiquement, les banques doivent arbitrer entre le bénéfice qu'elles tirent des opérations de leurs clients malhonnêtes, le risque de laisser échapper des clients que la concurrence pourrait s'empresse d'accueillir, et le risque probabilisé de perdre leur réputation si elles enfreignent la loi. Le dispositif légal optimal est donc celui qui conduit les banques à pallier le déficit d'information de l'Etat en assumant le rôle que ce dernier est dans l'incapacité de jouer. Ce dispositif doit soumettre les banques à une contrainte suffisamment ferme pour qu'elles renoncent aux activités criminelles de leurs clients, c'est-à-dire que la probabilité qu'elles soient sanctionnées pour blanchiment, et que le montant de

l'amende qu'elles encourent soit suffisamment élevés pour les dissuader de participer à ce type d'opération.

Les sanctions financières à l'encontre des banques qui ne signaleraient pas leurs clients douteux aux autorités sont faiblement incitatives. En effet, le coût économique des amendes n'est pas dissuasif au regard des bénéfices potentiels liés à la participation à des opérations de blanchiment sur grande échelle. On pourrait penser qu'il suffit dans ce cas d'alourdir les sanctions de manière à ce quelles deviennent dissuasives. Or, si le non-signallement d'une opération de blanchiment peut résulter d'une collusion entre la banque et le criminel, il peut également être le fruit d'une négligence involontaire ou d'une incapacité à l'identifier. Des sanctions trop fortes contre des banques seulement négligentes risqueraient alors de transformer la coopération souhaitée par l'Etat en une guerre juridique à l'issue incertaine.

L'efficacité d'un mécanisme incitatif fondé sur la sanction pourrait également être accrue en renforçant la surveillance des établissements bancaires. Mais une telle politique ne peut que se révéler très coûteuse pour l'Etat. Pour économiser les deniers publics, il est préférable d'amener les banques à coopérer dans la lutte contre le blanchiment en favorisant l'autorégulation du système bancaire. L'intériorisation de normes éthiques fortes conduit les banques à respecter les lois à un coût (de surveillance ou de répression) quasi-nul pour l'Etat. Les autorités publiques ont donc tout intérêt à jouer sur la menace de perte de réputation pour implémenter à faible coût le dispositif anti-blanchiment. Les autorités disposent de nombreux moyens permettant de rendre publique une participation consciente d'un établissement bancaire au blanchiment d'argent criminel. La perte de réputation qui s'ensuivrait, le risque de voir les "*hedges funds*" se retirer du capital et de déclencher un effondrement de la capitalisation, constituent une menace bien plus puissante que celles des sanctions financières pour inciter les banques à coopérer.

Les syndicats de la profession bancaire constituent à cet égard une pièce maîtresse du dispositif d'autorégulation du système bancaire. En fixant les règles du jeu, ils contribuent à décourager les comportements de " passagers clandestins ". Il serait en effet tentant pour certaines banques de mettre en avant l'absence de coordination entre les différents établissements afin de se soustraire aux dispositions anti-blanchiment.

Le second volet du dispositif anti-blanchiment concerne la relation Banque-Clients et vise les " mauvais " clients, en l'occurrence les criminels. Il s'appuie sur un système de sanctions original qui cherche à dissuader le criminel de s'adresser aux banques pour blanchir leurs revenus. En plus du dispositif classique de sanctions individuelles examiné dans le second chapitre, les autorités publiques tentent de renchérir le coût du blanchiment afin d'éroder les profits criminels et donc de dissuader le crime en le rendant moins rentable.

Afin de réduire le montant d'argent blanchi, les autorités doivent donc faire en sorte que le coût global du blanchiment subi par le criminel augmente. Pour ce faire, elles peuvent agir sur chacune des deux composantes de ce coût : les marges prélevées par les intermédiaires et les coûts de transaction. Jusqu'à présent, seule l'action sur la marge a été mise en exergue. L'erreur vient de la non prise en compte des autres coûts de transaction. Même recentrées vers un objectif d'augmentation du coût complet du blanchiment et non de la seule fraction payée aux intermédiaires, les agences répressives ne peuvent se cantonner à déléguer la responsabilité de leur activité à un dispositif incitationnel. Un tel modèle présente en effet quatre limites principales qui viennent limiter l'efficacité de l'action publique.

Premièrement, l'idée selon laquelle le criminel compare le coût global du blanchiment (coût direct coûts de transaction) au montant probabilisé de l'amende pour détention de revenu illégal suppose qu'une unité de revenu blanchi et une unité de revenu non blanchi ont la même valeur aux yeux du criminel. Or, cette équivalence n'existe pas si le criminel ne peut utiliser le revenu illégal que blanchi. Dans ce cas, le coût qu'il est disposé à subir pour blanchir ses fonds est évidemment beaucoup plus élevé. Ce cas est certes extrême, mais il illustre le fait, que le recours au blanchiment par les criminels peut rester rationnel au-delà des bornes prévues par le modèle si la pression sur les criminels est particulièrement forte.

Deuxièmement, et à l'inverse, dans certains pays, les entreprises (criminelles ou non) ont l'habitude de jongler entre deux comptabilités (officielle et réelle), et la détention de sommes non blanchies ne pose pas de problèmes spécifiques. Elle est même nécessaire pour participer à nombre de transactions. La volonté de blanchir le revenu criminel est alors amplement érodée.

Troisièmement, l'efficacité d'une stratégie anti-blanchiment consistant à augmenter le coût du blanchiment pour le criminel suppose que ce dernier ne puisse pas répercuter la hausse du coût du blanchiment sur ses clients, ce qui est discutable.

Quatrièmement, il faut prendre en compte la capacité de réaction des criminels aux initiatives anti-blanchiment. Toute la stratégie publique repose sur l'hypothèse que les banques peuvent identifier les clients indésirables et les faire fuir. Il est plus que probable que les criminels savent vite dissimuler leur raison sociale à leurs partenaires du système bancaire.