

Analyse économique  
de la délinquance  
financière

Contrat avec le G.I.P  
Mission Justice

**Pierre Kopp**  
Professeur de Sciences économiques  
Université de Panthéon-Sorbonne (Paris I)  
pkopp@easynet.fr

septembre 2001

PREAMBULE

Ce rapport propose une analyse économique des fondements de la politique criminelle. Ce travail discute l'efficacité des sanctions pénales dans le domaine de la répression de ce qu'il est convenu d'appeler la « délinquance économique et financière ».

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.

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.

La responsabilité des personnes morales ne se substitue pas à la responsabilité pénale des individus, elle s'y ajoute. La loi constitue 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 menace de sanction n'a guère d'effets.

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.

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 ce que le droit français exclut. Pourtant si la responsabilité pénale des entreprises n'est pas dégagée, lorsqu'elles sont à l'initiative de la découverte des crimes et délits, la loi sera peu respectée.

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'Etat-*"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'empresser 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. Les sanctions administratives à l'encontre des banques qui ne signaleraient pas leurs clients douteux aux autorités sont faiblement incitatives. En effet, le coût attendu des sanctions n'est pas dissuasif au regard des bénéfices potentiels liés à la participation à des opérations de blanchiment sur grande échelle.

En conclusion notre étude s'inscrit à l'interface de deux démarches encouragées par le GIP : d'une part la recherche sur l'évolution de la criminalité économique et des instruments de lutte qui doivent lui être opposés, notamment dans le cadre de la coopération européenne, d'autre part l'association d'économistes aux recherches relatives au droit et à la justice afin, par exemple, d'acclimater la démarche qualité à l'institution judiciaire.

Cette recherche comble un vide dans la littérature économique française, l'analyse de la criminalité n'ayant guère, jusqu'à présent, suscité de vocations dans l'hexagone. Les limites du modèle sont celles qui s'attachent à la théorie économique, l'optimisation utilitariste laissant entière la question de la juste répartition des biens, point particulièrement sensible lorsqu'il s'agit de comptabiliser les produits de la fraude. Il n'empêche qu'une politique de répartition, quelle qu'elle soit, notamment une politique de pénalisation de la délinquance financière, ne peut faire l'économie d'une analyse de ses propres effets.

**PLAN**

<b>RÉSUMÉ</b>	<b>6</b>
1. LES FONDEMENTS DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE	6
2. LE ROLE DES SANCTIONS INDIVIDUELLES	6
3. LES SANCTIONS CONTRE LES ENTREPRISES	10
4. LA DELEGATION DE SURVEILLANCE	11
<b>CHAPITRE 1. FONDEMENTS DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA POLITIQUE CRIMINELLE</b>	<b>16</b>
1. POURQUOI SANCTIONNER PENALEMENT ?	16
2. Y A-T-IL UN NIVEAU OPTIMAL DE CRIMINALITE ?	18
3. PEUT-ON COMPARER LES BENEFICES DES CRIMINELS ET CEUX DES VICTIMES ?	20
4. OBJECTIF : DISSUADER LE CRIME	21
5. LA REPRESSION OPTIMALE	22
6. CHANGER LES MENTALITÉS OU RUINER LES CRIMINELS ?	23
7. PUNIR LES INTENTIONS OU LES FAITS	24
7. LA THEORIE DE L'INCAPACITATION	25
8. LE ROLE DU SENS MORAL	25
<b>CHAPITRE 2. LE ROLE DES SANCTIONS INDIVIDUELLES</b>	<b>28</b>
1. LE MODELE SIMPLIFIE	28
1.1 Les amendes	29
1.2 L'emprisonnement	31
1.3 Combiner amendes et emprisonnement	31
2. AUGMENTER LA PROBABILITE DE DETECTION DES ACTIVITES CRIMINELLES	32
2.1 Les amendes	32
2.2 L'emprisonnement	33
2.3 Combiner amendes et emprisonnement	33
3. PROBLÈMES SPECIFIQUES A LA DELINQUANCE ECONOMIQUE ET FINANCIÈRE	34
3.1 Les auteurs de crimes délits financiers aiment-ils le risque ?	34
3.2 Le rôle de la dissuasion marginale	35
<b>CHAPITRE 3. LES SANCTIONS A L'ENCONTRE DES ENTREPRISES</b>	<b>37</b>
1. QUELLES SANCTIONS DANS L'ENTREPRISE ?	37
1.1 Sanctionner pénalement les individus est insuffisant	38
1.2 Forcer les entreprises à jouer le jeu	38
2. LES DEPENSES OPTIMALES DE SURVEILLANCE	39
3. SANCTIONS EFFICIENTES A L'ENCONTRE DES ENTREPRISES	39
4. UN EFFET PERVERS	40
5. UNE ILLUSTRATION (PLUS) LUDIQUE	41
<b>CHAPITRE 4. LA DELEGATION DE SURVEILLANCE</b>	<b>43</b>
1. LE SCHEMA D'ANALYSE	43
2. LA RELATION PRINCIPAL-AGENT	44
2.1 L'inefficacité d'une incitation par la sanction financière	44
2.2 Une menace crédible : la perte de réputation	44
3. LA RELATION AGENT-CLIENTS	46
3.1 L'échec de la dissuasion par l'augmentation du coût	46
3.2 Les limites des dispositifs incitationnels	48
<b>CONCLUSION</b>	<b>50</b>

## RÉSUMÉ

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 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

---

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

<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.

dommageable de la 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 des 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 efficace 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 efficace. 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 efficace 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 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

---

<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 œuvre de filières de main d'œuvre clandestine, etc.

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

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 dégagée, 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'Etat-*"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 qu'elles 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.

## INTRODUCTION

Le contrat qui nous lie au G.I.P désigne le présent travail comme une « étude exploratoire ». Ce caractère « exploratoire » désigne en fait à la fois l'idée que l'auteur saisit cette occasion pour former sa compétence et son savoir faire autour du périmètre d'une étude réduite, mais également que les problèmes abordés ne seront pas complètement résolus. Le praticien, certes avide de belles théories, mais également soucieux de recueillir des recommandations plus opérationnelles sera peut-être un peu déçu. Il devra excuser des détours, parfois longs, mais nécessaires à la restitution de l'essence du raisonnement économique en matière de politique criminelle. Plaidons notre cause en rappelant qu'il existe peu ou pas de travaux d'économistes français consacrés au droit pénal, et que les rares discussions n'ont pas dépassé le stade des prises de positions assez abruptes, favorables ou hostiles à l'économie du crime développée par G. Becker<sup>6</sup>, au cours des années soixante-dix. Nous nous assignons ainsi la tâche, somme toute assez lourde, de passer soigneusement en revue les différentes contributions de l'analyse économique notamment d'origine anglo-saxonnes mais également européennes, et de proposer quelques développements personnels originaux. Afin de faciliter la lecture de notre rapport, nous proposons de rappeler brièvement les fondements de

---

<sup>6</sup> BECKER G. (1968) « Crime and Punishment : an Economic Approach » *Journal of Political Economy*, n° 76, vol 2, mars-avril, pp 169-217.

l'analyse économique de la politique criminelle. Nous pourrions ensuite développer plus librement nos propres conclusions.

Ce rapport traite donc de l'efficacité des sanctions pénales dans le domaine de la répression de ce qu'il est convenu d'appeler la « délinquance économique et financière ». Nous n'approfondirons volontairement pas la définition de ce type de délinquance. Certains entendent évoquer ainsi la criminalité en « cols blancs », ce qui élimine l'utilisation d'entreprises créées de toutes pièces à des fins criminelles par les délinquants. D'autres préfèrent évoquer le « *corporate crime* », ce qui ne permet guère de saisir les particularités de la criminalité financière lorsqu'elle ne recourt pas au paravent d'une entreprise. Par ailleurs, on peut également gloser afin de savoir si la criminalité économique et financière est « organisée » ou non, et s'interroger sur le contenu de cette notion « d'organisation ».

Ces difficultés sémantiques sont bien naturelles. Les formes de criminalité recouvertes par la notion de « délinquance économique et financière » sont multiples et mouvantes. Plutôt que de proposer une nouvelle définition, nécessairement imparfaite, du phénomène, il est préférable d'adopter une logique fonctionnaliste et de discuter l'efficacité du système juridique. En effet, celui-ci a 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 au sens de Delmas-Marty<sup>7</sup>.

C'est donc de l'efficacité des sanctions pénales en matière de répression de la délinquance économique et financière que nous discuterons, et ce dans une perspective dont l'originalité tient à l'utilisation exclusive des outils de l'analyse économique. Sommairement, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure le fait que les criminels potentiels sachent qu'il existe une probabilité non nulle de voir une sanction suivre un acte délictueux, s'avère ou non efficace pour les dissuader de le commettre. L'idée d'efficacité renverra, nous y reviendrons, à l'adéquation entre le coût de la dissuasion et le dommage social engendré par le délit. On remarquera immédiatement que l'idée de justice n'est pas au centre de nos préoccupations, non qu'une telle idée soit étrangère aux économistes en général et à l'auteur du rapport en particulier. Nous postulerons que la politique criminelle est juste et nous contenterons de dire si elle est efficace. En revanche, nous examinerons le caractère équitable de certaines dispositions. Nous discuterons par exemple, si le fait que deux individus caractérisés par des revenus différents payent une amende d'un même montant pour un même délit est efficace et équitable.

Le modèle théorique, autour duquel nous mènerons notre réflexion, est très simplifié. Ce faisant, nous nous placerons provisoirement dans un monde assez abstrait, propice à une réflexion normative. Le lecteur créditera toutefois l'auteur de ne pas ignorer que souvent le monde réel diffère du modèle, ce dont nous tiendrons compte lorsque nous remettrons en perspective les recommandations issues de notre modèle théorique. Nous défendons donc l'idée qu'un certain degré de simplification permet d'arriver sans trop de complications techniques à des conclusions assez puissantes. Reste évidemment ensuite à en vérifier la compatibilité de ces conclusions avec le monde réel et à discuter les conditions de leur éventuelle implémentation.

Le plan qui structure ce rapport propose de s'intéresser aux différentes formes de sanctions pénales. Après un premier chapitre plutôt introductif qui rappelle les fondements de l'analyse économique de la politique criminelle, nous examinerons les sanctions pénales destinées à dissuader les individus de se livrer à une activité criminelle (Chapitre 2). Le troisième chapitre est consacré aux sanctions pénales susceptibles d'être infligées aux entreprises lorsque leur responsabilité pénale est engagée. Il s'agit de comprendre pourquoi le décideur public peut avoir intérêt à déléguer aux entreprises la charge de surveiller leur personnel. Dans le prolongement de cette réflexion, le dernier chapitre est consacré à une configuration particulière de la politique criminelle. En effet, les pouvoirs publics délèguent parfois aux entreprises le soin de surveiller non seulement leur personnel mais également leurs clients, comme dans le cas de la lutte contre le blanchiment.

---

<sup>7</sup> DELMAS-MARTY M. (1990) « *Droit pénal des affaires, tome 1. Partie générale : responsabilité, procédures et sanctions* » 3a éd., PUF, col Thémis.



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

Ce chapitre constitue une sorte de préambule, dans lequel nous précisons les fondements analytiques qui nous guideront. Dès lors qu'on s'intéresse à l'efficacité des sanctions pénales, il convient de préciser ce que la loi doit venir interdire. Une fois précisées les bonnes raisons d'interdire une activité et de la considérer comme criminelle, il reste encore à préciser si la bonne politique criminelle doit tenter d'éradiquer complètement le crime. L'analyse économique va dans le sens de la société qui tolère un niveau de criminalité somme toute inévitable, car chacun sait que l'arrestation du dernier criminel de la planète coûterait plus cher que le dommage, qu'elle permettrait d'éviter. Il s'agit donc de dissuader une partie des criminels de passer à l'acte, et non d'éradiquer le crime, et le moyen principal retenu est la menace de la sanction. Il est alors facile de trouver le niveau de sanction qui dissuade suffisamment les criminels sans pour autant ruiner la collectivité. Puisque les pouvoirs publics peuvent jouer sur deux variables, la dureté des sanctions et la probabilité d'arrestation, nous précisons les caractéristiques des combinaisons les plus intéressantes.

Les recommandations issues de l'analyse économique rejoignent souvent la pratique de la politique criminelle, toutefois plusieurs éléments de la politique criminelle sont difficiles à prendre en compte ou même parfois incompatibles avec la maximisation économique du bien-être collectif. Premièrement, l'analyse économique se concentre sur l'aspect dissuasif de la politique criminelle et est assez mal outillée pour expliquer que parfois la répression pénale vient non seulement dissuader mais aussi transformer les mentalités des individus. Deuxièmement, notre approche peine à expliquer pourquoi les juristes recommandent de punir les faits criminels autant que les intentions. Troisièmement, dissuader est l'un des objectifs de la politique criminelle mais « *incapaciter* » les criminels, en est un autre. A nouveau, il faut adapter nos recommandations pour prendre en compte ces éléments.

### 1. POURQUOI SANCTIONNER PENALEMENT ?

Quelles sont les raisons qui, selon l'analyse économique, conduisent à pénaliser une activité ? La question n'est pas anodine. En effet, les activités qui composent la délinquance économique et financière paraissent souvent peu dommageables pour les tiers, du moins en apparence, comment alors justifier leur interdiction ? Qu'il s'agisse du délit d'initié ou de la fraude fiscale, il ne va pas de soi que ces activités doivent relever du pénal<sup>8</sup>, ni même qu'elles méritent d'être interdites. Avant de s'interroger sur l'efficacité des sanctions pénales, il convient donc de préciser l'objectif poursuivi par le décideur public lorsqu'il interdit certaines activités.

Rappelons la règle de G. Calabresi et D. Melamed<sup>9</sup> qui constitue l'un des pivots de l'analyse économique du Droit. Ces auteurs distinguent les règles de propriété et les règles de responsabilité qui constituent les deux techniques majeures permettant de protéger les droits.

Sous un régime de la responsabilité, l'individu, qui déclenche un transfert involontaire pour l'autre partie, lui doit une compensation, celle-ci est calculée au prix du marché. Concrètement, une fuite d'eau peut endommager l'appartement d'un voisin, il convient alors de l'indemniser. La responsabilité civile constitue une protection légale parfaitement appropriée lorsque les coûts de transaction<sup>10</sup> sont élevés et que l'échange est involontaire. En effet, si les coûts de transaction sont élevés, les individus mettraient trop de temps et dépenseraient trop d'argent avant de conclure, ex-ante, un accord destiné à prévoir la marche à suivre dans tous les cas envisageables d'empiètement des droits de l'un sur ceux de l'autre. Puisqu'il est impossible de renoncer à de tels échanges, certes involontaires mais totalement inévitables, la mise en place d'une règle de responsabilité garantit aux éventuelles victimes d'être dédommagées. Cependant, même lorsque les deux parties sont d'accord pour faire jouer la responsabilité et pour procéder à un échange compensatoire, la règle peut être difficile à mettre en œuvre. En effet, le problème de ce type de mécanisme réside dans le fait que l'échange involontaire peut ne pas être économiquement efficient. Alors, le montant de la compensation qui est censé être égal à la valeur de marché du dommage peut ne pas être égal à la valeur attribuée par le perdant au bien qui lui a été pris !

---

<sup>8</sup> La fraude fiscale engendre des sanctions administratives mais parfois également des sanctions pénales.

<sup>9</sup> CALABRESI G. ET MELAMED D. (1972), « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, 85, pp. 1089-1129.

<sup>10</sup> Rappelons que les coûts de transaction sont les coûts d'organisation et de fonctionnement du marché. Le fait que pour vendre un immeuble il convient de payer un notaire et des droits d'enregistrements constitue un coût de transaction.

Inversement, les règles de propriété sont mieux appropriées lorsque les coûts de transaction sont bas. Sous une règle de propriété, le viol du droit d'autrui est condamnable. La seule façon légale de transférer un droit consiste à en acquérir la propriété par l'échange. Un individu peut acheter un appartement, ce qui n'engendre pas de coûts de transaction importants, en revanche, il ne peut pas l'occuper sans l'accord du propriétaire. Une telle issue n'est possible qu'à la suite d'un transfert consensuel. Et lorsque les transferts sont consensuels, le risque de voir intervenir des échanges inefficients diminue car les parties sont censées savoir protéger leur intérêt<sup>11</sup>. La loi pénale doit donc être considérée, du point de vue économique, comme une façon de garantir que seuls les échanges efficients sont effectués. A contrario, le délinquant qui occuperait illégalement un appartement prendrait le risque d'être puni, il attribue donc à son acte une valeur supérieure à celle du marché. L'échange forcé qu'il tente d'imposer est donc inefficace, il est alors logique pour l'économiste que la loi l'interdise.

Malheureusement, interpréter la loi pénale suivant la règle canonique de G. Calabresi et D. Melamed, c'est-à-dire comme un vecteur de l'efficience économique, n'est pas toujours satisfaisant. Il existe des situations où l'économiste devrait recommander l'utilisation de règle de propriété et où la loi préfère la responsabilité, et inversement. Nous venons de voir que lorsque les coûts de transaction sont bas, la règle de propriété devrait s'appliquer. De nombreuses activités qui répondent à ces caractéristiques (le transfert des droits de propriété, par exemple) sont pourtant interdites par la loi. C'est également le cas des crimes dits<sup>12</sup> « sans victimes » comme la corruption, alors que le corrupteur et le corrompu pourraient se mettre d'accord entre eux assez rapidement et sans coûts de transaction exorbitants. Ainsi, au regard de la règle de Calabresi et Melamed, il faudrait légaliser la corruption et donner le droit aux uns d'acheter la probité des autres.

Inversement, il existe des situations où les coûts de transaction sont élevés et où la règle de responsabilité devrait donc s'appliquer alors que la loi exige, à juste titre, une compensation supérieure à la valeur de marché nécessaire pour indemniser la victime. Prenons le cas des émetteurs de chèques sans provision. Nul doute que les coûts de transaction correspondant aux négociations nécessaires à accorder les points de vue relatifs aux dommages imputables à l'émetteur d'un chèque sans provision par l'ensemble des acteurs concernés par ce chèque seraient très élevés. Pour appliquer la règle de G. Calabresi et D. Melamed, il faudrait donc recommander de faire jouer la responsabilité civile. En effet, l'application de la loi permettrait d'économiser les coûts d'une négociation vouée à l'échec en imposant un dédommagement. Ce n'est généralement pas l'orientation retenue par le droit positif. Les sanctions frappant les émetteurs de chèques sans provisions ne servent pas à compenser les victimes mais plutôt à dissuader un tel comportement.

Les deux contre-exemples précédents prennent apparemment en défaut la règle de G. Calabresi et D. Melamed. Il existe toutefois une possibilité de rapprocher l'observation des faits avec la théorie. Imaginons que les membres de la société attribuent à certaines valeurs morales une valeur très élevée. Peu importe alors que deux individus souhaitent conclure un arrangement privé dès lors qu'il heurte le sens moral de la collectivité (comme la corruption par exemple). La loi doit permettre de protéger le droit, certes un peu spécifique, que constitue le droit inaliénable à voir certaines valeurs morales respectées par tous. Bien que les coûts de transaction des deux candidats à la transgression des règles soient faibles, la loi ne doit pas venir favoriser un tel échange, au contraire elle doit imposer un coût de transaction dissuasif. Le droit et l'économie sont alors réconciliés. La loi pénale constitue un coût de transaction important que doivent prendre en compte les candidats aux comportements déviants. Grâce à la loi, les coûts de transaction augmentent et l'argument économique en faveur d'une règle de propriété disparaît. La loi pénale doit être considérée comme un coût de transaction dont le niveau est volontairement très élevé afin d'éliminer les échanges que le consensus moral réprouve<sup>13</sup>. Si un tel raisonnement semble cohérent, il faut en revanche souligner l'instabilité des conclusions auxquelles il conduit. Prenons l'exemple d'une loi sanctionnant la consommation de drogue, une telle loi est économiquement justifiée s'il s'avère que les coûts de transaction qui l'accompagnent sont supérieurs à ceux qu'engendreraient le choix opposé. Tout dépend alors du comportement des individus. Si l'interdiction des drogues est bien acceptée par la population, la

---

<sup>11</sup> Supposons que la valeur de votre voiture soit de 5000 E. Comme vous y êtes attaché, vous ne la vendriez pas pour moins de 7000 E. Le respect des règles de responsabilité fait que si quelqu'un vous la vole, il doit vous compenser à hauteur de 5000 E. Le nouveau propriétaire de la voiture lui attribue une valeur de 5500 E, l'échange a donc été inefficace, malgré la compensation. Inversement, si on utilise une règle de propriété, l'échange n'aurait pas lieu sauf si l'acquéreur démontrait qu'il attache plus de valeur à la voiture que vous.

<sup>12</sup> A tort.

<sup>13</sup> Nous verrons que la loi pénale vient ainsi permettre d'internaliser les externalités.

consommation de drogues sera faible et les coûts de transaction que constituent les frais de mise en œuvre de la loi pénale seront également peu importants. La loi trouverait ainsi une justification économique assez solide. Il suffit toutefois qu'une fraction suffisamment importante de la population commence à consommer des drogues pour que les coûts de transaction augmentent. La loi d'interdiction perdrait alors son fondement. Cette instabilité des conclusions souligne comment les dispositifs institutionnels que constituent les lois d'un pays doivent évoluer lorsque les comportements des agents les rendent inefficaces. On retrouve ici l'idée développée par D. North<sup>14</sup>, selon laquelle de lents changements incrémentaux dans les comportements des individus peuvent soudainement conduire à un changement du dispositif institutionnel afin de permettre à la collectivité d'économiser les coûts de transaction. Finalement, si la loi vient interdire les comportements que la morale majoritaire réprouve et que, ce faisant, elle œuvre au fonctionnement efficace de l'économie, si de plus le souci d'efficacité exige que la loi change lorsque l'opinion change, le droit, l'économie et la démocratie semblent converger. Sauf pour ceux dont les aspirations demeurent toujours minoritaires ou lorsque les rigidités institutionnelles freinent le mouvement de modernisation. Évoquer plus en profondeur l'analyse économique de la modernisation juridique nous écarterait de notre sujet, contentons-nous donc d'une conclusion un peu brutale : la loi pénale constitue un coût de transaction qui décourage les échanges inefficaces.

## **2. Y A-T-IL UN NIVEAU OPTIMAL DE CRIMINALITE ?**

Une fois précisé pourquoi la loi doit venir interdire certaines activités et sanctionner pénalement ceux qui ne la respectent pas, il reste à savoir si l'objectif que devrait poursuivre le décideur public est d'éradiquer complètement toute forme de transgression ou au contraire d'en tolérer un certain niveau ? L'analyse économique répondra à cette question du point de vue exclusif de l'efficacité.

Pour l'économiste, la criminalité est une source d'externalités. Les externalités apparaissent lorsque les transactions entre deux parties viennent affecter (négativement ou positivement) une tierce partie, sans que cette dernière soit compensée par le marché. La pollution constitue un exemple classique d'externalité. Supposons qu'un industriel produise et vende ses produits à un consommateur tout en polluant une rivière, affectant ainsi négativement le bien-être de la tierce partie, en l'occurrence les habitants de la région. L'analyse économique a depuis longtemps réfléchi à ce genre de problèmes et notamment à la manière de forcer le responsable de l'externalité à modifier son comportement de manière à cesser d'importuner les tiers.

Dans le cas de la criminalité, le rôle de la loi est de dissuader les agents de commettre des crimes, de manière assez efficace pour que le niveau de criminalité observée corresponde au niveau théoriquement « optimal ». L'idée qu'il existe un niveau « optimal » de criminalité n'a rien de choquant. Prenons l'exemple d'un professeur d'université confronté au problème de la fraude aux examens. S'il souhaite parvenir à un niveau zéro de fraude, il doit prévoir une salle par étudiant et un surveillant par salle. Le bénéfice d'une réduction complète de la triche justifie-t-il une telle dépense ? Dans un monde où les ressources sont comptées, on s'accordera pour penser que la collectivité n'a pas intérêt à consacrer plus d'efforts à réduire la triche que ce qu'elle espère en tirer en termes d'amélioration du bien-être du groupe d'étudiants. Trop de fraude dissuade de travailler et dévalorise les diplômes, mais le niveau zéro de fraude est trop coûteux à atteindre. Toute la question est alors de ne consacrer à la lutte contre la fraude que le montant adéquat de moyens et, donc, de tolérer ce qu'il faut appeler, faute de mieux, un niveau optimal de fraude.

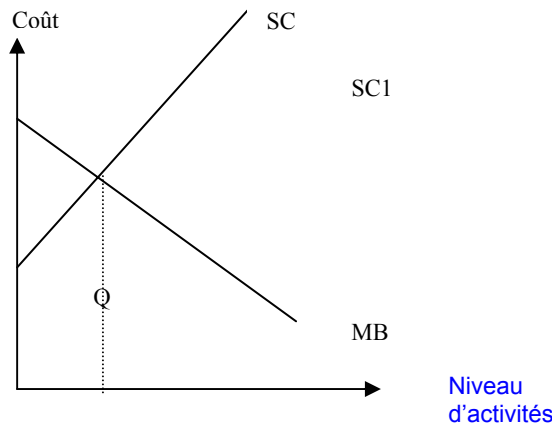
Le premier enseignement important de l'analyse économique de la politique criminelle consiste donc à considérer la recherche du niveau optimal de criminalité comme l'objectif de la politique publique. Pour illustrer ce point, supposons qu'un individu ne se sente pas obligé de respecter les lois. Sur le graphique suivant, l'axe Y mesure les bénéfices et l'axe X, la fréquence de l'activité criminelle. La droite MB décrit le bénéfice marginal (supplémentaire) qu'une action criminelle supplémentaire apporte à son auteur. Prenons le cas d'un individu qui dépasse la vitesse autorisée sur route commettant ainsi un délit. On peut penser que celui qui commet un excès de vitesse considère que son bénéfice diminue avec la fréquence à laquelle il transgresse les lois. Rouler exceptionnellement à grande vitesse peut être justifié et engendrer un bénéfice important (comme lorsqu'il faut amener d'urgence quelqu'un à l'hôpital). Si le conducteur conduit en permanence trop vite, l'utilité qu'il en tire

---

<sup>14</sup> D. NORTH (1999) « A Transaction Cost Theory of Politics » Textes pour la seconde conférence néo-institutionnaliste de Saint Louis.

diminue (pourquoi conduire trop vite pour aller chercher le journal ?) et la probabilité d'avoir un accident augmente. Le bénéfice marginal tiré par le conducteur d'une augmentation de la fréquence d'une conduite rapide décroît avec la fréquence de ce comportement. La droite MB est donc décroissante. La seconde droite représentée sur le graphique, SC, décrit le coût marginal imposé à la société par les conducteurs. Ce coût est égal à la probabilité qu'un dépassement de vitesse engendre un dommage pour la société, multiplié par l'ampleur de ce dommage. En effet, si de nombreux excès de vitesse n'engendrent pas d'accidents, plus leur fréquence augmente plus le coût social croît, la droite SC est donc croissante.

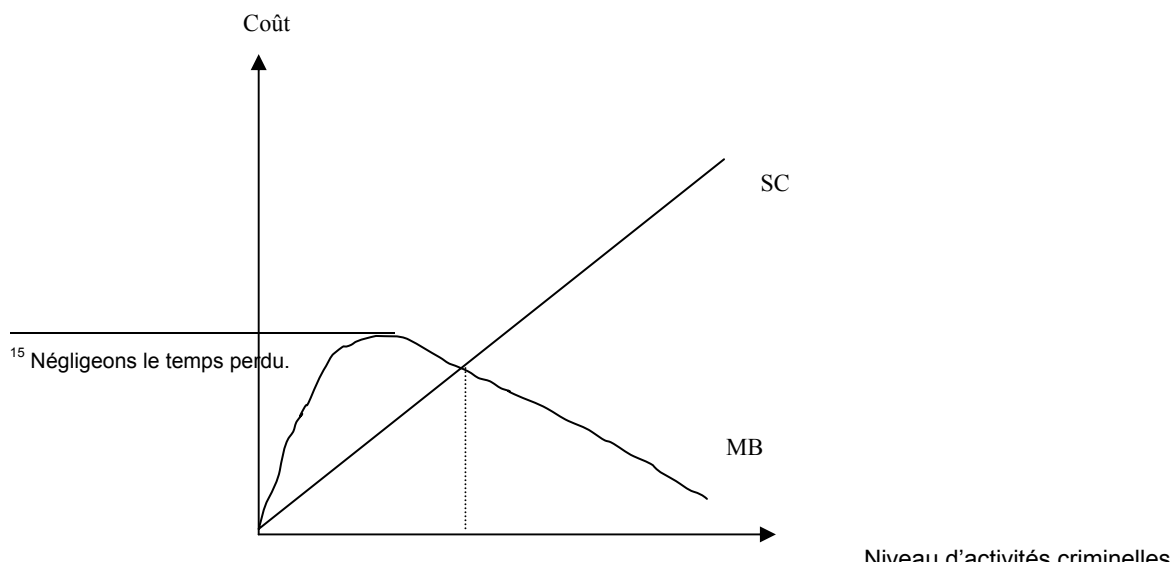
**Graphique 1. Le coût social des excès de vitesse**



Tant que les excès de vitesse sont peu fréquents, le coût social imposé à la collectivité est inférieur au bénéfice qu'en retirent les conducteurs. En fait les conducteurs pressés imposent à la société un transfert involontaire. La droite MB décrit la valeur, de ce qu'à leurs yeux, ils prélèvent sur la collectivité, et la droite SC indique la valeur, pour la société, de leur prélèvement. Tant que MB se trouve en dessous de SC, le bien-être collectif augmente avec la fréquence des excès de vitesse. En effet, le bénéfice que les conducteurs tirent de rouler trop vite dépasse le coût social qu'ils imposent aux autres citoyens car la probabilité d'accident demeure faible. Lorsque la droite SC passe au-dessus de MB, le niveau optimal d'excès de vitesse Q est dépassé.

Peut-on transposer ce raisonnement à d'autres types de délits et notamment dans le domaine économique et financier ? Lorsqu'un petit délit, comme l'utilisation d'une carte bleue, volée, est commis, il arrive que l'escroquerie n'aboutisse pas et que son auteur ne puisse pas obtenir la marchandise qu'il souhaite. Personne n'est lésé<sup>15</sup>, ni le véritable propriétaire de la carte ni l'établissement bancaire. De même, le bénéfice pour le délinquant est nul. Lorsque la fréquence des vols de carte bleue augmente, un nombre croissant d'escroqueries aboutissent, le bénéfice des fraudeurs augmente tout comme le coût social. Par la suite, le bénéfice marginal que les fraudeurs retireront de leurs manœuvres sera soit constant soit décroissant au fur et à mesure qu'ils s'enrichiront, et que le temps passé à de si petites escroqueries leur semblera mal utilisé. Le graphique précédent doit donc être légèrement modifié afin de prendre en compte ces remarques. Le bénéfice marginal des escrocs (MB) est nul, puis augmente et diminue ensuite avec la fréquence des délits. Cette fois-ci le coût social (SC) est d'abord nul puis il augmente.

**Graphique 2. Le coût social du crime**



Malgré les modifications apportées à la représentation graphique, un résultat demeure intact. En dessous d'une fréquence Q, les escroqueries à la carte bleue rapportent plus à leurs auteurs qu'elles ne coûtent à la société, elles sont donc socialement<sup>16</sup> « positives ». L'objectif de la politique criminelle doit donc être de ramener le niveau d'activité criminelle à son niveau efficace, c'est-à-dire au niveau où les crimes, dont le coût social est supérieur au bénéfice des criminels, sont éliminés. Un tel niveau est optimal car tous les crimes inefficients disparaissent, seuls subsistent les crimes « efficaces ». L'amoralisme apparent du raisonnement économique mérite une précision. C'est tout simplement parce que l'éradication complète du crime est impossible que cette discipline s'emploie à discuter ce que peut être une réduction partielle mais efficace.

À ce point du raisonnement, le juriste éprouve souvent des difficultés à accepter la démarche de l'économiste. Nombreux sont ceux qui s'insurgent contre l'idée qu'on puisse considérer comme positive une activité criminelle ? Doit-on penser que les économistes sont tellement immoraux qu'ils ne feraient pas la différence entre le bien et le mal ? Est-il tolérable de considérer qu'il n'y a pas de différences entre deux situations : celle où le bien-être des honnêtes gens vaut 2 et celui des criminels vaut 3, soit un bien-être total de 5 et celle où le bien-être des honnêtes gens vaut 1 et celui des criminels vaut 4, soit un bien-être total de nouveau égal à 5 ?

### **3. PEUT-ON COMPARER LES BÉNÉFICES DES CRIMINELS ET CEUX DES VICTIMES ?**

La conclusion à laquelle nous avons abouti suggère, que les bénéfices et les coûts des victimes et des criminels sont commensurables. Selon une métaphore connue la particularité du raisonnement économique tient à ce que cette discipline prétend démontrer comment si on l'on suppose que tout les convives ont le même droit à une part du gâteau, la répartition des parts entre eux affectera la taille du gâteau. Certes, cette hypothèse de commensurabilité pose un problème moral. Chaque individu a le droit de jouir pleinement de sa vie et de ses biens. Il est naturel d'inclure dans notre calcul économique ses pertes, s'il est la victime d'un crime. En revanche, si personne n'a le droit de prendre la vie d'un tiers ou de lui voler ses biens pourquoi comptabiliser les dépenses faites par la collectivité pour préserver les droits des honnêtes gens comme des pertes ? Pourquoi l'Euro dépensé pour faire une enquête sur un meurtre est-il traité par les économistes comme une perte ? Ces questions ne manquent pas de bon sens. Et pourtant il nous semble que le raisonnement développé dans ce chapitre demeure acceptable. En effet, l'erreur des critiques sous jacentes aux réticences des non-économistes revient à poser comme hypothèse les conclusions auxquelles on souhaite aboutir.

L'attrait majeur de l'analyse économique de la politique criminelle tient au fait qu'elle permet de répondre à des questions assez fines à partir d'un jeu très restreint d'hypothèses. Tout tient en une phrase : les règles légales doivent être conçues de telle sorte qu'elles contribuent à augmenter la taille du « gâteau »<sup>17</sup>, Nous n'avons besoin d'aucune hypothèse relative à la forme des règles légales ni même au degré de justice ou d'équité que nous souhaitons. Tout l'intérêt du raisonnement tient au fait qu'avec des prémisses si minces, il conduit tout de même à des prescriptions assez rassurantes : le vol et le meurtre doivent être punis, les contrats doivent être mis en œuvre, le degré d'exigence en matière de preuve doit être supérieur dans le domaine pénal que civil. Doté de la seule hypothèse d'efficacité économique, nous aboutissons à des conclusions qui correspondent non seulement aux règles légales existantes mais également à certaines de nos intuitions en matière d'éthique. C'est pour cela que le projet d'analyse économique de la politique criminelle est intéressant. Si au lieu de traiter les bénéfices de chaque individu (criminels ou non) de la même façon, nous classions d'abord les activités en deux groupes : celles qui nous semblent bénéfiques et les autres, nous érigerions tout simplement nos conclusions en hypothèses. Évidemment, si les bénéfices des criminels ne comptaient pas dans le bien-être collectif, les règles destinées à réprimer leurs activités seraient

<sup>16</sup> Au sens des économistes....

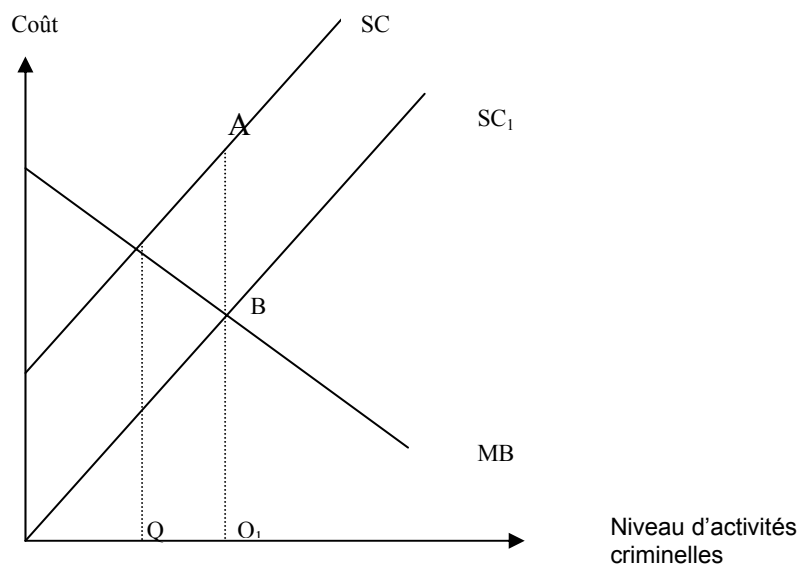
<sup>17</sup> Formule imagée qui renvoie au critère de Hicks-Kaldor que nous définirons ultérieurement.

nécessairement efficaces. Il ne serait donc pas possible de déduire des conclusions morales de l'analyse économique si nous les incluons dans nos hypothèses. La théorie économique doit précisément pouvoir indiquer quels actes sont des crimes et quels actes n'en sont pas. Si dans le cas du crime, la réponse est simple, qu'en est-il dans celui de l'excès de vitesse ou de la consommation de cannabis ? Ces quelques explications viennent, nous l'espérons, justifier la particularité de l'analyse économique : elle donne le même poids aux coûts et aux bénéfices des criminels et des victimes.

#### 4. OBJECTIF : DISSUADER LE CRIME

Nous avons établi que la politique criminelle doit permettre de ramener le niveau de criminalité vers son niveau optimal. Interrogeons-nous à présent sur les moyens utilisés pour atteindre un tel objectif. L'analyse économique se focalise sur le rôle des incitations qui permettent de dissuader de passer à l'acte ceux que la délinquance pourrait tenter. Comment la politique criminelle peut-elle venir inciter les individus à renoncer à la délinquance ? Reprenons l'exemple du conducteur qui commet un excès de vitesse.

Graphique 3. L'art de la dissuasion



Nous savons que la fréquence optimale à laquelle il faut tolérer que la vitesse de circulation soit dépassée correspond à la valeur Q. Malheureusement, les conducteurs sont insensibles au coût social qu'ils imposent à la collectivité et se comportent comme si le coût social était donné par la droite SC<sub>1</sub>, ils augmentent ainsi la fréquence de leurs dépassements de vitesse jusqu'en Q<sub>1</sub>. Le bénéfice marginal pour les conducteurs d'une fréquence Q<sub>1</sub> d'excès de vitesse est inférieur au coût social. Tout fonctionne comme si les conducteurs qui dépassent la limite de vitesse étaient insensibles aux dommages qu'ils engendrent. Avant d'examiner comment modifier la perception de leur comportement, il est intéressant de comprendre la source de cette distorsion de perception. Notons que cette question peut être transposée dans le champs qui nous concerne, pourquoi de nombreux auteurs de petites malversations (chèques sans provision, fausses factures, fraude fiscale, etc.) ne perçoivent-ils pas le coût social qu'ils imposent à la collectivité ? La réponse se décompose en plusieurs éléments.

Premièrement, bien que les délinquants engendrent un coût social, seuls certains d'entre eux sont arrêtés. En fait, les individus ne réagissent pas en fonction du dommage que leur comportement inflige aux autres mais plutôt en fonction du produit de ce dommage et de la probabilité d'être arrêté. Deuxièmement, le délinquant peut être indifférent aux dommages causés à autrui. Le rôle économique de la politique criminelle est alors de proposer une sanction qui permette aux individus de mesurer le dommage exact que leur comportement engendre, non pas à travers la perception biaisée qu'ils ont du sort des autres mais à travers la perception, tout de même plus lucide qu'ils ont du dommage que leur comportement leur fait encourir. En ce sens, la politique criminelle permet de forcer les individus à internaliser les externalités qu'ils engendrent.

Sur le graphique précédent, on peut observer qu'imposer une amende aux auteurs de délits déplace la courbe de coût social de  $SC_1$  vers  $SC$ , d'un montant égal à la distance verticale entre les courbes, soit le segment AB. En théorie, la fréquence du comportement déviant doit être ainsi ramenée à son niveau optimal Q.

Il est toutefois difficile d'imaginer que certains crimes ou délits puissent avoir un niveau optimal (crimes, viols). Dans ce type d'affaires, il est impossible de distinguer le premier crime des suivants. Chacun de ces crimes inflige le même coût à la société. Ces remarques ne sont toutefois pas totalement antinomiques avec notre cadre d'analyse. Il suffit de considérer que la droite SC est horizontale pour traduire graphiquement cette situation. On peut également souligner qu'il existe certains crimes dont le seul niveau tolérable est le niveau zéro. À nouveau cette remarque est compatible avec notre cadre de travail, il suffit de considérer que dans certains cas, le bénéfice pour le criminel ne peut jamais dépasser le dommage infligé à la victime. La courbe MB est toujours inférieure à la courbe SC, la quantité optimale de crime est donc nulle. Puisque le dommage est très important, l'internalisation des coûts exige une sanction très élevée.

Tancée de s'intéresser aux cas extrêmes des meurtres et des viols, l'analyse économique de la politique criminelle nous semble capable de résister de manière satisfaisante à l'épreuve. Il semble toutefois que l'analyse économique est mieux adaptée à l'examen de l'efficacité de la politique criminelle lorsque les crimes sont motivés par l'intérêt économique. Les meurtres et les viols se prêtent tout de même moins bien à l'analyse économique, mais ce n'est guère un problème, car le consensus social en faveur de leur répression est absolu. Finalement, l'économie permet d'examiner précisément les cas qui posent problème : le délit d'initié doit-il être condamné ? Doit-on pénaliser la fraude fiscale ? C'est autour de ces questions que subsistent des interrogations quant à la conceptions des lois et c'est dans ce domaine qu'excelle la théorie économique.

## 5. LA REPRESSION OPTIMALE

La théorie économique permet de préciser le montant optimal de sanction qui dissuade efficacement les criminels potentiels. Sur le graphique précédent, la sanction optimale était représentée par la distance AB. Mais comment est composée cette sanction ? Doit-on préférer les amendes ou l'emprisonnement<sup>18</sup> ? La question clef consiste à évaluer le coût de mise en œuvre de ces sanctions et de le rapporter au bénéfice que la société en tire.

Prenons l'exemple d'un délit économique ou financier qui engendre un dommage de 900 E à chaque fois qu'il est commis. Imaginons que la sanction est constituée par une amende. En fait l'auteur de la fraude n'a pas la certitude d'être condamné à cette amende, il est donc menacé par une combinaison de probabilité et d'amende. Cette combinaison permet de calculer l'amende attendue, soit  $E(P) = p_1 A$ , avec  $p_1$  la probabilité d'être condamné et  $A$ , le montant de l'amende. Supposons que l'amende attendue ait une valeur de 900 E<sup>19</sup>. Si le décideur public décide d'augmenter l'amende attendue de 900 E à 901 E, et si les fraudeurs et autres délinquants sont rationnels, et nous reviendrons sur ce point, alors un délit supplémentaire sera évité. Malheureusement, pour arrêter et punir de nouveaux délinquants, la société devra dépenser 50 E. Est-ce qu'une telle politique publique a un sens ? La réponse tient au bénéfice social que l'on attribue au fait d'éviter un délit supplémentaire.

Prévenir un délit supplémentaire permet à la victime potentielle d'économiser 1000 E. Le criminel, quant-à lui, ne tenterait pas de commettre des crimes si cela ne lui rapportait rien. Pour calculer le bénéfice pour la société, il faut soustraire le bénéfice auquel le délinquant renonce. Comment mesurer ce gain ? Bien évidemment, il est impossible d'interroger le délinquant sur ce point, ce d'autant plus qu'on ne l'a pas arrêté puisqu'il a précisément renoncé à commettre le délit ! Il suffit de considérer que si le délit lui avait rapporté moins de 900 E, il y a déjà longtemps qu'il aurait renoncé à le commettre. S'il n'y renonce que lorsque l'amende attendue a une valeur de 901 E et non pas 900 E, c'est que la valeur de son délit est comprise entre 900 E et 901 E. Donc, du point de vue de la société, dissuader ce délit rapporte 1000 E mais diminue le bien-être du délinquant d'environ 900 E et coûte 50 E destinés à mettre en œuvre la politique répressive. Le gain net est de 50 E, la nouvelle politique répressive rapporte plus qu'elle ne coûte, elle est donc positive.

<sup>18</sup> Excluons les autres formules, comme le pilori ou la bastonnade.

<sup>19</sup> Par exemple, une amende de 1800 E et une probabilité d'être arrêté de 50%.

Grâce à ce raisonnement, l'analyse économique recommandera d'augmenter l'amende attendue 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>20</sup>.

## 6. CHANGER LES MENTALITÉS OU RUINER LES CRIMINELS ?

L'analyse économique conventionnelle de la politique criminelle est souvent critiquée car elle repose sur une vision très pessimiste de l'homme. En effet, il semble que tout individu ait un prix pour lequel il soit prêt à commettre les pires crimes, la fonction de la loi se limitant à rendre le coût du crime plus élevé que le bénéfice qu'en tire le criminel. En revanche, l'idée que la politique criminelle puisse contribuer à faire évoluer les mentalités est totalement exclue. L'analyse économique conventionnelle se contente de considérer que la politique criminelle permet de re-calibrer les opportunités des criminels (*opportunity shaping*) en leur imposant des sanctions qui rendent le crime moins attractif. L'idée que la politique criminelle permettrait 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 tendance judiciaire récente, qui consiste à coupler les peines d'emprisonnement avec des travaux d'intérêt général ou d'autres mesures favorisant la réhabilitation des détenus, cadre mal avec la thèse du niveau efficient de sanctions. Il semble que l'emprisonnement et même les amendes puissent avoir une sorte d'effet thérapeutique qui doit être pris en compte et qui contraint les économistes à examiner le thème du re-calibrage des préférences. Ainsi, la politique criminelle aurait non seulement pour rôle de renchérir le coût du crime, mais également de changer les sources dont les individus tirent leur utilité.

Concrètement, si le fait d'être arrêté à la suite d'un crime est relativement probable, ceux qui convoitent la propriété d'autrui et ne connaissent pas de barrières morales qui leur interdisent le vol, devraient toutefois renoncer à commettre un délit et préférer acheter le bien qu'ils souhaitent posséder. La fonction de la loi serait de renchérir le coût d'une activité et d'inciter les individus à se procurer des substituts légaux. La loi rend ainsi l'achat légal d'un bien un substitut attractif au vol. Le seul inconvénient d'un tel raisonnement est qu'il viole l'un des postulats fondamentaux de l'analyse économique : la stabilité des préférences<sup>21</sup>.

Revenons sur ce point en termes non-techniques. L'analyse économique conventionnelle considère que les préférences sont données. Les préférences désignent les choix que les individus font entre plusieurs biens. Lorsque les préférences sont données, elles sont exogènes c'est-à-dire déterminées à l'extérieur du système considéré. Par exemple, on enseigne aux étudiants de première année que l'effet d'une variation du prix des oranges sur la consommation d'oranges ne peut s'observer qu'en supposant que le goût des individus pour les oranges ne change pas. Transposé à l'analyse économique de la politique criminelle, ce postulat indique que si les amendes pour excès de vitesse augmentent les individus devraient rouler moins vite.

On comprend l'importance de l'hypothèse de stabilité des préférences, elle permet d'examiner sereinement les variations contraires des prix et des quantités. Toutefois ne passe-t-on pas à côté d'un aspect important de la réalité en appliquant cette règle ? Dans le cas des excès de vitesse, ne doit-on pas envisager que, précisément parce que la société réprime la rapidité excessive, cette dernière prenne une certaine valeur aux yeux de certains. Idem en matière de drogue ? Une partie de l'attrait du cannabis sur les jeunes ne tient-il pas au fait qu'il soit interdit ? Techniquement, ceci reviendrait à admettre que la loi puisse agir comme une variable endogène et non exogène<sup>22</sup>. Par conséquent, les mécanismes d'incitations, qui sont l'objet de l'analyse économique de la politique

---

<sup>20</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.

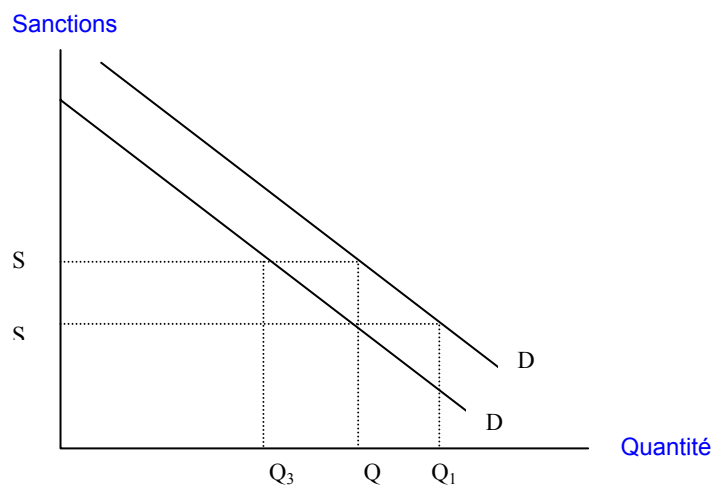
<sup>21</sup> L'économie explique pourquoi la consommation de bananes augmente quand leur prix baisse sans recourir à l'idée que la mode de la banane serait passée, ce qui est loin d'être trivial lorsqu'on remplace la banane par le scoubidou, les pantalons à patte d'éléphant ou la trottinette....

criminelle, seraient probablement plus complexes que ce que postule l'analyse économique traditionnelle.

Examinons les deux thèses en présence. La courbe de demande représente la quantité d'un bien achetée pour chaque prix. Selon la thèse conventionnelle, lorsque les prix augmentent les individus achètent moins du bien considéré, non pas que leur goût pour ce bien ait changé mais simplement parce que le bouleversement des prix relatifs rend des substituts à ce bien plus intéressants. Inversement, si les préférences sont endogènes, un changement dans les goûts ou dans les préférences engendre un déplacement de la courbe de demande. Une augmentation de la demande en réponse à un changement des préférences indique que les individus souhaitent et sont en mesure d'acheter une quantité supérieure du bien à un prix pourtant plus élevé<sup>23</sup>.

Illustrons cette controverse autour du cas de la politique criminelle. Le fait de criminaliser une activité affectera la quantité de biens échangés de deux manières. Premièrement, le coût de cette activité augmentera et la quantité achetée diminuera. Sur le graphique suivant, l'augmentation de la sanction de  $S_1$  vers  $S_2$ , engendre un déplacement de A vers B sur la courbe de demande. Supposons que la criminalisation rende également cette activité moins attractive. Ceci se traduira par un déplacement de la courbe de demande de  $D_1$  vers  $D_2$ . Examinons, à présent, l'impact des ces changements sur les quantités sur lesquelles portent les échanges. Le niveau d'activité avant la criminalisation se situe en  $Q_1$ . Après la criminalisation la nouvelle quantité échangée est  $Q_2$  si on n'observe pas de changements dans les préférences. Si les sanctions affectent également les préférences, la nouvelle quantité échangée sera  $Q_3$ . Le re-calibrage des préférences (ici la stigmatisation associée au comportement criminel) peut alors s'avérer plus efficace pour réduire la criminalité que l'augmentation des sanctions<sup>24</sup>.

Graphique 4. Le re-calibrage des préférences



Ces quelques remarques ouvrent la voie à un éclairage novateur de l'interprétation économique de la politique criminelle, notamment sur les points que l'approche conventionnelle peine à expliquer. Par exemple comment expliquer que la tentative de commettre un acte criminel soit punie alors qu'elle n'engendre aucun coût social ou encore le rôle du sens moral comme obstacle à la tentation criminelle.

## 7. PUNIR LES INTENTIONS OU LES FAITS

<sup>23</sup> K.DAU-SCHMIDT (1990) « An Economic Analysis of the Criminal Law as Preference Shaping Policy » *Duke Law Journal*, vol1.

<sup>24</sup> On représente cela sur le graphique en vérifiant que le segment  $Q_1Q_2$  est plus court que le segment  $Q_2Q_3$ .

Les juristes rappellent que le code pénal stipule « *qu'il n'y a pas de crime ou de délit sans l'intention de le commettre* » Art 121-3. Selon l'approche conventionnelle 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. Parker (1993) a défendu l'idée que l'intention suffit à engager la responsabilité pénale afin d'éviter les coûts de recherche inefficients. Cette explication permet d'expliquer pourquoi on ne poursuit pas pour vol celui qui prend la veste d'un autre au restaurant mais n'explique pas pourquoi l'intention criminelle suffit à faire condamner certains. Selon R. Posner (1980, 1985)<sup>25</sup> et S. Shavell (1985)<sup>26</sup>, punir la tentative au même titre que l'acte permet d'augmenter la valeur attendue de la sanction pénale sans augmenter la punition du crime effectivement commis. L'argument n'est qu'à moitié convainquant car si l'effet dissuasif de la punition des intentions criminelles ne fait pas de doute, elle ne repose toutefois sur aucun calcul économique sérieux, sauf à supposer qu'à l'infini toute tentative converge vers un acte. Si l'on se place dans la perspective moins conventionnelle du recalibrage des préférences, on préférera l'explication de K. Dau-Schmidt (1990)<sup>27</sup>. La politique criminelle consiste à punir les individus aux préférences déviantes, afin de les inciter à modifier leurs préférences et signaler au reste de la société que ce type de préférences est inacceptable. Dès lors, une action qui n'aboutit pas, révèle de la même manière que celle qui aboutit à un crime, le caractère déviant des préférences de son auteur et exige une sanction. Inversement, un même acte commis par mégarde engendre un dommage, mais ne révèle pas des préférences déviantes. La responsabilité civile de l'individu doit alors être engagé et non sa responsabilité pénale.

L'analyse économique peine à expliquer correctement, du point de vue de l'efficacité, pourquoi il faut punir la tentative de commettre un crime au même titre que les crimes. Elle éprouve d'ailleurs des difficultés similaires à expliquer pourquoi il faut punir plus sévèrement les récidivistes que les primo-délinquants.

## **7. LA THEORIE DE L'INCAPACITATION**

Le fait de placer un individu en prison diminue notablement ses opportunités de continuer de conduire une activité criminelle. Manifestement, « *l'incapacitation* » poursuit un but différent et complémentaire à la dissuasion qui constitue le centre d'intérêt quasi-exclusif de la théorie économique. Dans un monde idéal qui suivrait les recommandations des économistes, les sanctions seraient fixées de telle sorte que le montant des amendes fixées par la loi serait suffisamment élevé pour dissuader tous les crimes inefficients. Les seuls crimes qui subsisteraient seraient efficaces et il n'y aurait pas de raison de les dissuader. Dans ce monde idéal, personne n'irait en prison, car la prison coûte cher à la collectivité, alors que les amendes peuvent être prélevées sur les criminels sans coût pour les honnêtes gens. L'incapacitation n'aurait alors aucun sens économique. Dans le monde réel, les amendes ne peuvent pas être suffisamment élevées pour dissuader le crime, la prison est alors nécessaire. Certes la prison est coûteuse, mais tant qu'un criminel potentiel y séjourne, elle diminue le coût de l'arrêter à nouveau, évite le coût social d'un nouveau crime, et diminue les coûts de fonctionnement du système judiciaire. Il faudrait donc sophistiquer l'analyse et inclure les bénéfices de l'incapacitation dans le calcul économique et social. La question est épineuse. Pour certains, la prison diminue non seulement le coût social en évitant de nouveaux crimes, mais elle permet également de transformer les prisonniers en refaçonnant leurs préférences ; elle devient ainsi un mode très attractif de punition. Pour d'autres, la prison constitue une excellente école du crime ; elle diminue le nombre actuel de crimes mais augmente le nombre et la gravité des crimes futurs en améliorant le savoir-faire criminel des détenus. Empiriquement, nous sommes incapables de trancher entre ces deux thèses. Retenir l'une ou l'autre conduirait à modifier notre analyse économique de la prison dans un sens ou dans l'autre.

## **8. LE ROLE DU SENS MORAL**

L'analyse économique suppose que tous les types de satisfactions que les individus éprouvent puissent être mesurés selon un dénominateur commun : l'utilité. Concrètement ceci implique que si

<sup>25</sup> R. POSNER (1980) « Optimal Sentencing for White Collars Criminals », *American Criminal Law Review*, 17 : 409-18. (1985) « An Economic Theory of Criminal Law » *Columbia Law Review*, 85 : 1193-1231.

<sup>26</sup> S. SHAVELL (1985) « Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary sanctions as Deterrent » *Columbia Law Review*, 85 : 1232-62.

<sup>27</sup> K. DAU-SCHMIDT (1990) « An Economic Analysis of the Criminal Law as Preference Shaping Policy » *Duke Law Journal*, vol1.

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 implique 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. Il faut alors renoncer à l'idée que toutes les sources de plaisir sont commensurables en unités d'utilité. Certains penseront que ce n'est pas le sens moral qui protège certains individus, mais le fait que le prix qui leur est offert est insuffisant. Cette explication n'est pas réellement satisfaisante, nous préférons considérer que les activités dont les individus dérivent leur utilité peuvent être classées lexicographiquement<sup>28</sup>. À l'instar des mots dans un dictionnaire, certaines valeurs sont classées par les individus de manière non interchangeable ce qui rend la compensation de certains dommages plus complexe que ce que considère la théorie traditionnelle. Pour la même raison, les incitations que constituent la loi et la menace de sanction peuvent s'avérer inopérantes. Par exemple, si un individu place la loyauté envers son complice au-dessus de toutes les autres formes d'utilité, il n'existera pas d'incitation efficace à lui faire dénoncer ce dernier. L'hypothèse de classement lexicographique des préférences constitue un obstacle d'autant plus sérieux à la mise en œuvre de l'analyse économique que ce classement variant d'un individu à un autre, il rend difficile de fonder des politiques criminelles généralistes.

\*  
\*     \*

L'analyse économique de la répression pénale de la criminalité repose sur deux idées fortes. La première est qu'une activité doit être réprimée pénalement si elle engendre de fortes externalités et qu'elle s'accompagne des coûts de transaction importants qui rendent impossible l'adoption d'une règle de responsabilité<sup>29</sup>. Les externalités peuvent être effectives (un escroc provoque la faillite d'une entreprise et provoque une externalité négative pour le personnel qui est licencié) ou plus subjectives (la corruption choque des valeurs morales) ou les deux, comme dans le cas du délit d'initié, où il semblerait que l'efficacité des marchés soit altérée par cette pratique qu'au demeurant la morale réprouve. La loi pénale rend impossible toute négociation entre la victime et le délinquant, elle constitue donc un coût de transaction infini. La seconde idée forte est qu'une activité doit être réprimée jusqu'au point où le coût de la répression devient supérieur au bénéfice social de la réduction des délits.

La délinquance économique et financière constitue un thème de choix pour tenter d'appliquer les ingrédients du puzzle que nous avons rassemblé. Les dommages causés par certaines formes de délinquance sont évidents, d'autres le sont moins, la morale doit donc être convoquée en renfort pour justifier la loi. La répression est très coûteuse car les délinquants utilisent des techniques souvent très sophistiquées. Le public réprouve la délinquance économique et financière, mais le contribuable est en droit d'exiger une utilisation judicieuse des ressources. Nul doute que la répression de la délinquance économique et financière soit une question où l'économie des moyens, et donc, la sélection des cibles et le choix des procédures constituent un enjeu de taille.

Les difficultés générales que nous avons relevées se retrouveront lorsque nous appliquerons la théorie économique à la délinquance économique et financière. Nous éviterons toutefois certaines d'entre elles en restreignant notre domaine d'étude à la question du choix des sanctions<sup>30</sup>. Celles qui subsisteront seront mises en perspectives et nous montrerons comment elles viennent limiter la portée de certaines de nos conclusions.

Afin de sérier les différents problèmes posés à l'économiste par la politique criminelle, nous examinerons successivement les différentes formes de régulation de la délinquance économique et financière. Nous distinguerons deux formes d'actions répressives. La première regroupe toutes les sanctions qu'encourent directement les auteurs de délits et crimes. Il s'agit essentiellement des amendes et de l'emprisonnement. La seconde forme d'action répressive repose sur une délégation de la surveillance par l'Etat à différents agents. Les banques par exemple devront dénoncer à Tracfin les soupçons que leur inspirent certains de leurs clients. Les entreprises devront surveiller leur personnel, car la responsabilité de la personne morale peut les conduire à subir des sanctions pénales. Nous

---

<sup>28</sup> J. RAWLS (1971) « A Theory of Justice », pp 42-43.

<sup>29</sup> Pour en finir avec ce thème, prenons comme exemple les fuites d'eaux entre voisins. On s'accordera à penser qu'un voisin qui déclenche une inondation, même à la suite d'une négligence doit dédommager sa victime (règle de responsabilité). Alors qu'un pickpocket qui cause pourtant un moindre dommage à la société doit être pénalement sanctionné.

<sup>30</sup> L'économie du traitement judiciaire ne fait pas partie du domaine couvert par cette étude.

montrons les ressorts économiques sur lesquels reposent ces deux stratégies répressives, en soulignant combien la délégation de surveillance permet à l'Etat de se décharger du coût et des risques de cette activité. Cette forme de régulation de la délinquance n'est toutefois pas une panacée, car elle engendre de nombreux effets pervers qui n'ont pas encore fait l'objet d'une analyse fouillée.

## CHAPITRE 2. LE ROLE DES SANCTIONS INDIVIDUELLES

Les économistes considèrent que les sanctions pénales ont pour fonction de dissuader les délinquants. C'est pourquoi, les sanctions doivent être proportionnelles à la gravité des délits, mais être toutefois suffisamment élevées pour ramener la délinquance vers un niveau supportable.

L'analyse économique conventionnelle propose de modéliser l'action de la répression pénale sur les individus et sur le bien-être de la collectivité afin de tester son efficacité. Le lecteur peut habitué à la formalisation mathématique peut sauter les expressions mathématiques dont l'équivalent littéraire est toujours donné. Il ne manquera pas de souligner le caractère souvent simplificateur des hypothèses. Cependant, un tel détour est nécessaire pour comprendre l'architecture générale du raisonnement. Nous réintroduisons des éléments de complexité au fur et à mesure du raisonnement. Au demeurant, les simplifications auxquelles nous procédons nous semblent plus adaptées à l'étude de la délinquance économique et financière que des crimes de sang. Il apparaît logique d'utiliser le calcul économique rationnel lorsqu'on évoque des crimes, dont non seulement la finalité est le gain, mais encore où les techniques employées consistent, le plus souvent, à détourner de leurs fins des mécanismes classiques de fonctionnement des marchés. Dans ce domaine on peut prêter, sans craindre le ridicule, aux criminels une certaine capacité à calculer leur comportement de manière à maximiser leur profit. Dit autrement, on peut trouver la mathématique économique un peu simplificatrice pour expliquer un crime passionnel, on lui trouvera par contre certainement plus d'intérêt dans l'analyse du dilemme posé par la proposition d'un trafiquant de drogue à un banquier : blanchir ou non des fonds douteux. Dans ce dernier cas, l'idée que le banquier, délinquant potentiel, arbitre entre le bénéfice escompté, la probabilité d'être arrêté et la sanction encourue n'a rien de choquant.

Les sanctions pénales varient dans leur forme et leur durée, mais elles diffèrent également selon la nature de celui qui doit les supporter. Les sanctions les plus classiques visent les individus mais une catégorie de sanctions plus récente a été ajoutée au dispositif répressif français. La responsabilité de la personne morale peut entraîner des sanctions à l'encontre des entreprises, sanctions qui n'excluent pas les sanctions individuelles. Nous examinerons exclusivement dans cette partie les sanctions individuelles qui frappent les acteurs de la délinquance économique et financière, et reporterons l'examen des problèmes posés par la responsabilité de la personne morale au chapitre suivant. Ce chapitre tente donc de répondre à une question simple : le montant des peines de prison et des amendes encourues par les individus, combiné à la probabilité d'être arrêté constituent-ils une dissuasion suffisante à commettre des actes criminels lorsque ces derniers sont susceptibles de rapporter des bénéfices importants à leurs auteurs ?

### 1. LE MODELE SIMPLIFIE

Les sanctions doivent permettre de dissuader les criminels. Il est tentant de prendre au sérieux cette proposition, qui fonde la politique criminelle, et d'essayer de préciser les canaux par lesquels cette dissuasion joue, et surtout le montant des sanctions nécessaires à garantir son efficacité.

L'infléchissement du comportement d'un criminel au regard des menaces de sanctions peut emprunter une vaste palette d'attitude. Nous sommes tenus de simplifier et donc de schématiser en ne prenant en compte que les éléments qui affectent tous les criminels et en privilégiant les variables qui sont susceptibles d'être modifiées par la politique publique. Il est certain que la psychologie des criminels potentiels joue dans leur manière de réagir aux menaces de sanction. Nous ne pouvons en tenir compte que de manière très primitive à l'aide de considérations sur le risque. Ce choix peut certes sembler regrettable, pourtant force est d'admettre que le but d'une politique criminelle est de façonner une politique applicable au plus grand nombre. Il s'agit donc d'une politique qui porte sur l'ensemble de la population, ce qui justifie le degré de généralité auquel nous nous plaçons. Le lecteur ne doit pas se méprendre quant à nos objectifs. Nous proposons de mieux comprendre le fonctionnement de la politique criminelle, pas d'interpréter le comportement de tel ou tel criminel. Nos hypothèses sur les comportements individuels sont simplifiées car l'objectif est macro-social.

Nous supposons qu'un individu décidé à s'engager dans une activité criminelle 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.

Formellement nous écrivons :

$g$  = le gain qu'un individu obtient en s'engageant dans une forme de délinquance économique et financière engendrant des dommages ;  
 $p$  = la probabilité de détection ;  
 $f$  = l'amende ;  
 $t$  = la durée de l'emprisonnement ;  
 $\lambda$  = la désutilité pour le prisonnier par unité de temps d'emprisonnement

Un individu neutre au risque<sup>31</sup> 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<sup>32</sup> attendue de l'emprisonnement :

$$g > p(f + \lambda t) \quad (1)$$

Si l'individu est « *risk averse* » vis-à-vis des amendes et/ou de la prison, son gain devra être supérieur à ce qu'indique (1) ; s'il est « *risk lover* » son gain pourra être plus faible.

Nous acceptons l'idée simplificatrice selon laquelle le bien-être collectif est égal à la somme des utilités attendues des individus<sup>33</sup>. Le bien-être collectif 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 part d'un tiers, et 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.

## 1.1 Les amendes

Le premier type de sanctions envisageables est constitué par les amendes. Nous examinerons ultérieurement les effets de l'emprisonnement, et enfin ceux de la combinaison des deux. On suppose que les amendes sont appliquées sans coût de recouvrement, car il s'agit de simples transferts d'argent. Cette hypothèse sera levée ultérieurement. L'emprisonnement engendre des coûts positifs dus au bon fonctionnement des prisons et à la désutilité des prisonniers<sup>34</sup>.

Les différents individus qui composent la société diffèrent les uns des autres en fonction des gains qu'ils peuvent retirer de la délinquance. On suppose qu'il existe un gain critique<sup>35</sup> à partir duquel tout individu commettra un acte dommageable et en dessous duquel il sera dissuadé. Le gain critique est déterminé par la probabilité d'être sanctionné et par le niveau des sanctions.

Soit :

---

<sup>31</sup> Nous reviendrons sur cette notion de neutralité au risque ultérieurement. Retenons pour l'instant que ce terme désigne des individus qui agissent rationnellement en fonction d'un niveau donné de risque. Disons que si un tel individu joue 100 francs à pile ou face il acceptera l'offre de renoncer à jouer en échange de 50 francs. S'il est « *risk lover* » il préférera jouer même pour des sommes supérieures à 50 francs et s'il est « *risk averse* » il préférera renoncer à jouer pour moins de 50 francs.

<sup>32</sup> La désutilité désigne le montant qu'un individu serait prêt à payer pour éviter de passer une unité de temps en prison. En pratique, il s'agit d'une évaluation monétaire de la perte de revenu due à l'emprisonnement.

<sup>33</sup> L'idée est simplificatrice, car elle suppose que le bien-être des criminels et des non-criminels ont la même valeur sociale et peuvent s'ajouter. On peut, toutefois, sans difficulté reconsidérer le modèle en pondérant la participation au bien-être collectif des différents groupes d'agents ou en supprimant du bien-être collectif, le bien-être des délinquants. Nous préférons présenter le modèle dans son plus grand niveau de généralité. Ces questions ont été discutées au chapitre précédent.

<sup>34</sup> Il est possible que certains individus tirent une utilité de voir le crime puni. Le prendre en compte viendrait donc diminuer le coût social de la répression et rendre encore plus socialement désirable amende et emprisonnement.

<sup>35</sup> Voir dans le chapitre précédent la discussion de ce point.

$z(g)$  = la densité des gains parmi les individus c'est-à-dire le pourcentage d'individus qui commettent un délit en fonction de chaque montant de gain ;

$Z(g)$  = la répartition cumulative des  $z(\cdot)$ , c'est-à-dire le pourcentage d'individus qui commettent un crime pour un gain inférieur ou égal au gain critique ;

$\bar{g}$  = le gain critique ;

$h$  = le dommage ou coût social du crime ;

$\alpha$  = le coût pour la collectivité d'une unité de temps d'emprisonnement ;

$e$  = le montant des dépenses répressives ;

$p(e)$  = la probabilité de détection du crime ( $p \geq 0, p' < 0$ ).

La population est normalisée à 1 et les dommages sont exclusivement monétaires.

Si les individus sont neutres au risque, le bien-être collectif est :

$$\int_{\bar{g}}^{\infty} gz(g)dg - [1 - Z(\bar{g})]h + pt(\lambda + \alpha) - e$$

pour mieux comprendre réécrivons 2 :

(2)

$$\int_{\bar{g}}^{\infty} gz(g)dg - [1 - Z(\bar{g})]h - [1 - Z(\bar{g})]pt(\lambda + \alpha) - e$$

où :

$$\bar{g} = p(e)(f + \lambda t)$$
(3)

Dans (2), le premier terme décrit les gains agrégés des criminels. Le second terme est le dommage causé par les criminels, le troisième terme le coût d'incarcération multiplié par la population criminelle responsable et condamnée, et le quatrième, le coût de répression.

Le problème des autorités publiques est donc de maximiser le bien-être collectif en choisissant un niveau de dépenses publiques  $e$  (ou, ce qui revient au même, une probabilité  $p$ ), un montant d'amende  $f$ , et une durée d'emprisonnement  $t$ <sup>36</sup>. Les dépenses de répression  $e$  sont fixes et permettent d'atteindre une probabilité de détection du crime  $p(e)$ .

Le bien-être collectif est donné par (2) avec le temps d'emprisonnement  $t=0$ , et  $e = \bar{e}$ . Le gain critique  $\hat{g}$  est alors égal à  $pf$ . Un individu commet donc un acte criminel si son gain est supérieur à sa punition. Le niveau des amendes n'affecte pas le bien-être dans la mesure où elles sont appliquées sans coût, il ne joue qu'indirectement en déterminant quel est le nombre d'individus qui vont commettre des crimes.

On dérive le bien-être par rapport à  $f$ , et on pose le résultat égal à zéro, on résout en  $f$  et on trouve l'amende optimale  $f^*$  lorsque les individus sont neutres au risque.

$$f^* = \frac{h}{p}$$
(6)

Donc,  $pf^* = h$ , l'amende attendue est égale au dommage. Les individus ne commettent des crimes que si leur gain dépasse leur sanction, ce qui est un comportement de premier rang. Il faut remarquer qu'il y a sous-détection du crime si la richesse de l'agent est inférieure à  $\frac{h}{p}$ , car le criminel est insolvable. Si les individus sont « *risk averse* » alors, l'amende optimale peut être inférieure. Premièrement, car l'amende diminue la prise de risque des individus qui commettent des crimes.

<sup>36</sup> En pratique, il est difficile de déterminer indépendamment la probabilité de détection et le niveau des sanctions. En effet, les jurés et les juges peuvent être tentés lorsque les sanctions sont très fortes de moins souvent déclarer les individus coupables, voir J. ANDREONI (1991) « Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines : Should the Penalty Fit the Crime » *Rand Journal of Economics*, 22, pp 385-395..

Deuxièmement, car les agents « *risk averse* » sont plus facilement dissuadés que les agents neutres au risque. Le niveau d'amende peut donc être inférieur.

Ce premier résultat est intéressant, il montre que l'amende optimale, c'est-à-dire l'amende (compte tenu d'un effort budgétaire budget répressif donné) qui maximise le bien-être de la collectivité est supérieure au dommage créé<sup>37</sup>. Plus la probabilité d'arrestation est faible, plus les amendes doivent être fortes. Si les individus craignent le risque, l'amende peut être plus faible, et inversement s'ils ne redoutent pas le risque. Puisque augmenter la probabilité de détection coûte cher, il vaut mieux augmenter les amendes. Le raisonnement a bien sur 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, le dispositif atteint alors ses bornes.

## 1.2 L'emprisonnement

Examinons à présent les effets de la menace d'emprisonnement sur le comportement des candidats à la délinquance.

Le bien-être collectif est donné par (2) où  $f = 0$  et  $e = \bar{e}$  de telle sorte que  $\bar{g} = p\lambda t$ . Les individus commettent des crimes si leur gain dépasse la désutilité de la prison. La différence avec le cas précédent des amendes est que le fait d'imposer des peines de prison a un coût qui diminue donc le bien-être d'un montant  $[1 - Z(\bar{g})]pt(\lambda + \alpha)$

Il n'y a pas de formule simple pour déterminer le temps optimal d'emprisonnement. Cette durée optimale peut être nulle, car l'emprisonnement est socialement coûteux. Si la durée optimale est positive, il est possible que le gain critique  $\bar{g}$  soit supérieur ou inférieur au dommage  $h$ , il y a alors sous prévention ou sur prévention du crime.

Pour comprendre, supposons que le temps initial d'emprisonnement soit tel que  $\bar{g} = h$ . Alors, si  $t$  est diminué ou augmenté légèrement, il n'y a pas d'effet de premier ordre sur le bien-être en termes d'effets nets de gain ou de dommage, car les individus, dont le comportement est influencé par ce changement de la durée  $t$  d'emprisonnement, ont un gain juste égal au dommage. Mais diminuer  $t$  peut diminuer la désutilité agrégée de l'emprisonnement et le coût public du système carcéral. Les gens restent moins longtemps en prison, mais ils sont plus nombreux à commettre des crimes et à aller en prison. Alternativement, augmenter  $t$  peut réduire la désutilité agrégée et le coût public de l'incarcération car ceux qui vont en prison sont moins nombreux mais par contre la durée d'incarcération est plus longue. Cet effet peut augmenter le bien-être, ce qui veut dire que la durée optimale d'emprisonnement doit être telle que  $\bar{g}$  doit être supérieur ou inférieur à  $h$ .

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* ».

## 1.3 Combiner amendes et emprisonnement

Examinons à présent les possibilités offertes par la combinaison des amendes et de l'emprisonnement. Lorsque des peines de prison et des amendes peuvent être simultanément imposées le bien-être collectif est donné par (2), et il convient d'appliquer au maximum les amendes, puis de compléter par l'emprisonnement. En effet, les amendes ne sont pas coûteuses à mettre en œuvre. Soit  $f_m$  = amende maximum possible, cette dernière peut être limitée pour plusieurs raisons, la richesse de l'individu, des considérations d'équité, etc... Si  $f < f_m$  et  $t > 0$ , le bien-être collectif peut être augmenté en augmentant les amendes. Il faut augmenter  $f$  et baisser  $t$  de façon à maintenir

<sup>37</sup>  $p$  est inférieur à l'unité donc l'amende est supérieure au dommage.

constant  $f + \lambda t$ . Alors  $\bar{g} = p(f + \lambda t)$  n'est pas affecté, le premier terme de (2) demeure le même. Le second terme baisse car  $t$  diminue, et ainsi le bien-être collectif augmente.

Il ressort donc de cet examen rapide des effets de la politique criminelle, que, pour un budget répressif donné qui permet à l'Etat de détecter les activités criminelles selon une probabilité  $p$ , il convient d'épuiser les possibilités offertes par les amendes avant de recourir à l'emprisonnement. Nous verrons que cette conclusion peut toutefois être altérée dans le cas de la délinquance économique et financière, où la stigmatisation qui accompagne l'entrée en prison d'individus est telle qu'elle peut constituer une menace d'autant plus crédible que les amendes peuvent être plus facilement payées par des gens riches que pauvres.

## 2. AUGMENTER LA PROBABILITE DE DETECTION DES ACTIVITES CRIMINELLES

Examinons à présent le cas où l'action répressive peut être augmentée, ce qui fait varier la probabilité de détection des activités criminelles. Cette situation est plus réaliste que celle décrite par le modèle simplifié. Dans la réalité, les autorités publiques ont toujours la possibilité d'augmenter le budget des agences répressives et d'augmenter la probabilité de détection des crimes.

### 2.1 Les amendes

Si les individus sont neutres au risque, on démontre que l'amende optimale est maximale. Pour ce faire, supposons que l'amende  $f$  soit inférieure à  $f_m$ . Alors  $f$  peut être augmenté et  $e$  diminué tout en conservant  $pe(f)$  c'est-à-dire  $\bar{g}$  constant, donc le niveau de prévention est constant. Le comportement des individus n'est pas affecté, mais le bien-être collectif augmente (les deux premiers termes de (2) ne changent pas mais  $e$  est plus bas). Alors l'amende optimale ne peut pas être inférieure à l'amende maximum.

En d'autres termes, 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. Dis autrement, ceci signifie qu'il est inutile d'arrêter de nombreux criminels, mais qu'il faut sévèrement condamner ceux qui le sont. Ce résultat est choquant. Il sera atténué 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. Notons simplement pour l'instant que, comme nous l'avons déjà vu, lorsque les criminels sont « *risk averse* », il est logique de diminuer le niveau des sanctions.

On démontre ensuite que la probabilité optimale de détection du crime est telle que l'amende attendue est inférieure au dommage causé  $p(e^*)f_m < h$ , c'est-à-dire qu'un certain degré de sous-prévention du crime est nécessaire.

En effet, la dérivée du bien-être par rapport à la variable dépense publique  $e$  est :

$$-1 + (h - \bar{g}) \left[ \frac{dZ(\bar{g})}{de} \right] \quad (7)$$

où :  $\bar{g} = p(e)f_m$ .

Le premier terme de (7) est le coût marginal d'une augmentation des dépenses répressives. Le second terme est l'effet de détection d'une probabilité supérieure de détection égale au nombre d'individus qui sont détectés,  $\frac{dZ(\bar{g})}{de}$ , multiplié par l'effet net sur le bien-être,  $h - \bar{g}$ .

Lorsque  $e^*$  est positif, il résulte de (7) que  $h - \bar{g} = h - p(e^*)f_m > 0$  (sinon la dérivée serait négative et contradictoire avec l'optimalité de  $e^*$ ). En d'autres termes,  $p(e^*)f_m < h$ .

Pour comprendre ce résultat supposons que  $p$  soit tel que  $pf_m = h$ . Alors il n'y aurait pas de perte de bien-être à baisser  $p$  car les criminels potentiels obtiendraient un gain égal au dommage, mais les coûts publics seraient plus faibles rendant la baisse de la probabilité intéressante.

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 l'on part d'une amende inférieure à l'amende maximale on peut augmenter l'amende et baisser les dépenses de répression tout en maintenant l'effet préventif  $\bar{g}$  constant. Mais, du fait de l'aversion au risque, la probabilité chutera plus que proportionnellement, impliquant que le revenu tiré par l'Etat des amendes baissera. Cette réduction du revenu des amendes reflète la désutilité d'imposer un risque trop important à une personne qui craint le risque. Si les individus sont suffisamment « *risk averse* » la baisse du revenu des amendes associée à une trop grande prise de risque peut plus que compenser les économies faites sur les dépenses de répression du fait de la réduction de la probabilité, d'où une perte possible de bien-être. En effet, lorsque les individus sont sensibles au risque, les amendes cessent d'être de simples transferts monétaires non-coûteux à mettre en œuvre. Plus les individus sont sensibles au risque, plus il faut les contrôler par des amendes fortes et une probabilité faible, même si cela augmente les coûts de mise en œuvre de la loi. Comme dans le cas de la neutralité au risque, il peut être intéressant de baisser le coût de mise en œuvre de la loi, en fixant la probabilité de telle sorte que le gain critique soit inférieur au dommage, d'où une certaine sous-détection. Selon L. Kaplow (1992)<sup>38</sup>, il est toutefois possible qu'une sur-détection soit optimale, car la crainte du risque peut décourager les individus de commettre des crimes, dans ce cas l'argument précédent tomberait.

## 2.2 L'emprisonnement

Si les individus sont neutres au risque, l'emprisonnement maximal est optimal. Si on augmente le temps de prison et qu'on baisse la probabilité d'arrestation tout en gardant la sanction attendue constante, ni le comportement des criminels potentiels ni le coût de mettre les gens en prison ne sont affectés, mais les dépenses de répression le sont à la baisse.

Si les individus sont « *risk averse* » l'argument favorable à des peines de prison maximales est renforcé. Une même augmentation des peines de prison permet 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 cela peut dépasser l'économie sur les coûts de répression liée à la baisse de la probabilité d'arrestation<sup>39</sup>.

Comme dans le cas des amendes, lorsque la probabilité de détection est fixée simultanément avec la sanction, une sous-prévention peut en résulter. 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 prévention n'a pas d'effet sur le bien-être en termes de gains et de dommages.

## 2.3 Combiner amendes et emprisonnement

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 l'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

<sup>38</sup> L. KAPLOW (1992) « The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts that Definitively are Undesirable » *International Review of Law and Economics*, 12, pp 3-11.

<sup>39</sup> Le raisonnement est le même avec des individus qui déprécient le futur.

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 amende et prison sont combinées par rapport au cas où on ne recourt qu'à 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.

En conclusion, 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. Evidemment, 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. En pratique, il vaut mieux éviter de retenir un niveau de sanction maximal lorsque les individus ne sont pas « *risk averse* » avec leur fortune ou lorsqu'ils sont neutres au risque ou « *risk lovers* » avec l'emprisonnement.

### **3. PROBLÈMES SPECIFIQUES A LA DELINQUANCE ECONOMIQUE ET FINANCIÈRE**

Les enseignements contenus dans les deux premières sections de ce chapitre sont d'une portée assez générale et méritent une mise en perspective plus poussée dans le domaine particulier de la délinquance économique et financière.

#### **3.1 Les auteurs de crimes délits financiers aiment-ils le risque ?**

Intuitivement lorsqu'on réduit la délinquance économique et financière aux crimes des « cols blancs » il semble raisonnable de penser que cette population n'a pas une forte appétence pour le risque. Bien sur, les cols blancs ne représentent pas toute la criminalité économique et la blancheur du col n'exclut pas nécessairement une relation perverse avec la loi et les risques encourus lorsqu'on la transgresse. Examinons donc si le comportement humain généralement prêté aux cols blancs vient modifier les conclusions générales contenues dans les sections précédentes.

Le fait que les délinquants économiques et financiers soient « *risk averse* » veut dire qu'ils ont une forte préférence pour leur situation actuelle, et qu'ils sont prêts à la remettre en cause uniquement pour des gains, dont l'utilité attendue est supérieure au gain probabilisé. Dit autrement, entre la certitude d'un salaire honnête de 10 Euros et la probabilité d'une chance sur deux de réussir une escroquerie qui rapporte 20, un individu neutre au risque hésite et un individu « *risk averse* » refuse. Le fait que les individus soient « *risk averse* » permet donc de diminuer les sanctions sans pour autant diminuer l'effet dissuasif de la politique criminelle. En termes absolus, supposons qu'une peine d'une année de prison certaine ( $p=1$ ), punissant l'escroquerie, soit équivalente à une peine de 20 ans avec une probabilité de 5%. Si le risque en lui-même constitue une source de désutilité pour l'individu, alors la seconde solution sera perçue par les individus comme plus sévère que la première. Ceci indique que certains individus (*risk lovers*) violeront les lois plus facilement que prévu, puisqu'ils n'intègrent pas la désutilité du risque dans leur calcul. De plus, comme le soulignent S. Shavell et M. Polinsky<sup>40</sup>, la désutilité associée au risque de ceux qui violent la loi de manière efficiente constitue un coût. Le coût pour celui qui enfreint la loi doit être soustrait de la sanction attendue, car la société économise ainsi des frais de répression. Dit autrement, les cadres qui sont « *risk averse* » 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 ? Une complication analogue porte sur le fait de savoir si, sachant que les cols blancs sont plus riches que la moyenne des délinquants, il serait normal de leur imposer des amendes plus élevées que la norme ?

En effet, lorsque les individus ont des revenus différents les uns des autres, l'effet d'une amende probable n'est pas le même pour tous. De plus, si l'argent a une utilité marginale décroissante avec la richesse des individus<sup>41</sup>, 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

<sup>40</sup> S. SHAVELL ; M. POLINSKY (2000) « The Economic Theory of Public Enforcement of Law » *Journal of Economic Literature*, vol XXXVIII, n1, pp 45-77.,

<sup>41</sup> Un franc a moins de valeur pour un riche que pour un pauvre.

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. Dit autrement, 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 étant « *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<sup>42</sup>. Il est donc particulièrement complexe de découvrir quel est le niveau optimal de dissuasion.

### 3.2 Le rôle de la dissuasion marginale

Dans de nombreuses circonstances, un criminel potentiel peut devoir envisager le choix entre commettre un acte criminel ou au contraire plusieurs. Par exemple, un employeur de travailleurs clandestins peut se contenter de les faire travailler ou également leur confisquer leur passeport et éventuellement exercer sur eux des violences. 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 parle alors de « dissuasion marginale ». Toute chose égale par ailleurs, il est donc socialement utile que la dissuasion marginale vienne freiner ceux, que la dissuasion moyenne n'a pas empêchés de se livrer à une activité criminelle, et 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, et d'augmenter ainsi 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. Or, jusqu'à présent 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 peut 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 viennent 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'avère que bien que relativement indolore elle à un coût social important, alors nous aurons un argument économique puissant pour justifier la spécialisation des juridictions. Cette mesure serait non seulement efficace, mais en plus elle permettrait d'atteindre un même niveau de dissuasion sans alourdir les peines moyennes mais seulement les moyens de détecter une criminalité particulière<sup>43</sup>.

\*  
\*      \*

L'analyse économique conventionnelle propose de vérifier dans quelle mesure les sanctions encourues par les auteurs de délinquance économique et financière sont correctement calibrées, c'est-à-dire en mesure de maximiser le bien-être de la collectivité.

---

<sup>42</sup> On s'accordera à penser qu'un magistrat a plus à perdre à consommer occasionnellement des drogues qu'un ingénieur.

<sup>43</sup> S. SHAVELL (1992) « A Note on Marginal Deterrence » *International Review of Law and Economics*, 12, pp 345-355.

Lorsque la probabilité d'arrestation d'un criminel est fixe, l'amende optimale est égale au dommage que divise la probabilité d'arrestation, l'amende attendue est donc égale au dommage. Ajoutons que si les amendes ont un coût  $k$  de collecte, alors ce coût doit être ajouté :  $f^* = \frac{h}{p} + k$ . Si les individus sont « *risk averse* » alors l'amende peut être plus basse.

Lorsque la probabilité d'arrestation peut être modifiée par la puissance publique, des sanctions élevées sont nécessaires pour pouvoir baisser cette probabilité et économiser les coûts de mise en œuvre de la loi. Donc, l'amende optimale est égale à l'amende maximale si les individus sont neutres au risque en richesse et en peine de prison. Elle est également maximale, si les individus sont neutres au risque d'emprisonnement.

De manière plus réaliste, les sanctions optimales ne sont généralement pas égales aux sanctions maximales quand les individus sont « *risk averse* » en richesse ou « *risk lover* » en emprisonnement, toutefois l'idée de maintenir un régime élevé de sanction est maintenue.

Le degré optimal de mise en œuvre de la loi est caractérisé par une sous-prévention par rapport au niveau de premier rang, car maintenir une sous-prévention du crime économise des ressources publiques. Plus précisément, en diminuant la probabilité d'arrestation depuis le niveau qui conduirait au premier rang, l'Etat diminue ses dépenses et autorise plus d'individus à commettre des crimes. Ces individus ne causent pas une perte de bien-être car leurs gains sont égaux au dommage social. Le problème n'est donc pas un problème d'efficacité mais un problème de répartition.

### CHAPITRE 3. LES SANCTIONS A L'ENCONTRE DES ENTREPRISES

Après avoir examiné au chapitre précédent le rôle des sanctions pénales appliquées aux individus, il convient de s'intéresser à une innovation récente de la politique criminelle, la responsabilité pénale de la personne morale. 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.

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<sup>44</sup>.

Nous suivons la même ligne directrice que lors de l'analyse des sanctions individuelles. Une question nous servira de fil directeur : imposer des amendes aux entreprises est-il efficace ? De même, nous resterons à un grand niveau de généralité. 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.

#### 1. QUELLES SANCTIONS DANS L'ENTREPRISE ?

Plaçons-nous dans le cadre d'une entreprise, où les employés ont un niveau de richesse  $w$ , chacun a la même opportunité de commettre un crime durant son activité pour l'entreprise. Le bénéfice pour un employé 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 crime<sup>45</sup>. Le coût externe pour la collectivité est  $H$ . Notons que les employés sont neutres au risque et que le terme « employés » désigne également les cadres, les cadre dirigeants y compris.

Puisque l'entreprise est pénalement responsable, elle ajoute ses dépenses de surveillance aux dépenses publiques ( $G$ ), de mise en œuvre de la loi, engagées. Désormais, la probabilité qu'un employé soit attrapé et puni est  $p(C,G)$  ou  $C$  et  $G$  sont les dépenses de mise en œuvre de la loi respectivement de 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 crimes. On suppose, dans un premier temps, que l'entreprise rend public les crimes, qu'elle découvre. Si un employé criminel est attrapé, il subit une amende  $f$  et son entreprise  $F$ . On suppose que l'entreprise est strictement responsable des crimes des employés. On suppose que

---

<sup>44</sup> Bien que le nombre de poursuites pénales déclenchées contre les personnes morales en France 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 jurisprudence.

<sup>45</sup> Pour simplifier on suppose que le bénéfice de l'agent et de l'entreprise sont indépendants. 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.

l'Etat ne peut pas imposer des sanctions illimitées aux employés. Donc, 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 employés. Cette hypothèse est vraisemblable car les entreprises n'ont souvent pas légalement le droit de se retourner contre les employés, notamment lorsque les crimes correspondent à des actes qui ont été autorisés par le management. De plus, le coût d'une telle tentative excède souvent le bénéfice, notamment quand l'employé est déjà soumis à une amende<sup>46</sup>.

### 1.1 Sanctionner pénalement les individus est insuffisant<sup>47</sup>

Un employé 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 de surveillance<sup>48</sup> :

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

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 dissuasion efficace est atteinte lorsqu'un employé 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 employé appréhendé, avec :

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

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

Cette stratégie de haute sanction et de petite probabilité est généralement impraticable car la richesse des employés criminels 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 :

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

où w est la richesse de l'employé. (avec une amende  $f^* = w$ , le bénéfice du crime pour un employé marginal est de pw). Dans ces circonstances, les employés 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.

### 1.2 Forcer les entreprises à jouer le jeu

Le problème posé au décideur public est qu'il sait que si les entreprises surveillent les employés, alors les délits diminueront. Le décideur public sait quel est le montant que les entreprises devraient

<sup>46</sup> Empiriquement ceci est démontré par J. COFFEE (1980) « Corporate Crime and Punishment : A Non Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions », *American Criminal Law Review* Vol 17, n° 419.

<sup>47</sup> Voir chapitre précédent avec une modélisation très légèrement différente.

<sup>48</sup> Voir M.POLINSKY ; S. SHAVELL (1979) « The Optimal Trade off Between The Probability And Magnitude of Fines », 69 *American Economic Review*, pp 880.

dépenser pour arriver à une dissuasion optimale, par contre, il ne sait pas comment les obliger à réaliser ces dépenses.

## 2. LES DEPENSES OPTIMALES DE SURVEILLANCE

Reprenons le problème depuis le début et calculons le montant optimal de dissuasion, c'est-à-dire celui qui permet de maximiser le bien-être. Mathématiquement, on obtient la dissuasion optimale en maximisant le bien-être social et en prenant la sanction individuelle comme une donnée  $f^* = w$ . Ceci donne l'équation suivante qui détermine le niveau optimal de dissuasion pour l'entreprise et pour l'Etat.

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

et :

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

Les équations (4) et (5) expriment la condition habituelle : le 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 où  $P_1$  et  $P_2$  sont respectivement les probabilité de détection des crimes par l'Etat et par l'entreprise. Le coût social marginal de la dissuasion est le coût de dépenser un franc 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  $(H - pw - B)$ , 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 dissuasion optimale : 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 :  $p_1(C, G) = p_2(C, G)$ .

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

Examinons à présent 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. Ici, nous anticipons une jurisprudence à l'anglo-saxonne, qui retiendrait une conception très extensive de la responsabilité pénale de la personne morale. Si l'avenir ne nous donnait pas raison, il faudrait simplifier notre modélisation<sup>49</sup>. Le but d'un système d'amende optimale est de déterminer l'amende  $F$ , telle que l'entreprise mette en œuvre une dissuasion  $C^*$  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 :

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

Avec une règle de responsabilité stricte, selon laquelle l'amende de l'entreprise  $F$  est fixe, l'entreprise dépensera en dissuasion 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  $z(b)$ .

<sup>49</sup> Il suffirait alors de considérer que lorsque l'entreprise commet un délit en connaissance de cause qui lui procure un gain elle est coupable. Il suffit alors de reprendre le modèle de la responsabilité pénale individuelle.

L'équation (7) révèle, comme on pouvait s'en douter, que l'entreprise dépense en surveillance jusqu'au point où son bénéfice marginal de surveillance égale son coût marginal d'acceptation des crimes.

#### 4. UN EFFET PERVERS

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. Par conséquent, elles seront plus souvent condamnées, si rien ne garantit que le fait de surveiller le personnel exonère la responsabilité de l'entreprise si un délit est commis. Le risque de condamnation de l'entreprise augmenté avec ses dépenses de surveillance, il faut donc que l'effet de dissuasion effectif (la baisse du nombre de délit) soit supérieur à l'augmentation des amendes pour les crimes qui subsisteront. Si cette règle n'est pas respectée, les entreprises n'auront pas intérêt à surveiller le personnel.

Cette remarque peut être observée à l'aide de notre modèle, toutefois le lecteur peut se reporter directement à la section suivante, s'il le souhaite. Le bénéfice marginal de la surveillance engagée par l'entreprise est égale au gain de réduire la probabilité d'occurrence du crime ( $p'(C)wz(pw)(pF - B)$ ) diminué de l'augmentation obtenu en réduisant la responsabilité de l'entreprise du fait de l'augmentation de la probabilité de voir le crime découvert ( $p(C)F[1 - Z(pw)]$ ).

$$\text{Bénéfice marginal de la surveillance} = [p'(C)wz(pw)(pF - B)] - [p(C)F[1 - Z(pw)]] \quad (8)$$

Rappelons que le bénéfice marginal de la surveillance est égal à 1. Première surprise, si, quels que soient l'amende et le niveau de dépense de surveillance choisis par l'entreprise, le second membre est supérieur au premier, le bénéfice marginal de surveillance pour l'entreprise est négatif, donc l'entreprise ne dépensera rien en surveillance. Si le bénéfice marginal de surveillance 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.

Deuxième surprise, la sanction optimale pour la firme n'est pas égale à  $h/p^*$ . Ce constat déroge à la règle principale sur la base de laquelle est construite l'analyse économique de la politique criminelle. Cette règle dit que l'amende doit compenser le dommage, et s'il n'est pas certain que le coupable soit arrêté, il faut augmenter l'amende de ceux qui sont arrêtés proportionnellement à la probabilité qu'ils sont de l'être, d'où une amende égale à  $h/p^*$ .

Or, en comparant les équations (4) et (7) on constate qu'en matière de surveillance, si  $F=h/p^*$ , le bénéfice marginal privé (7) est inférieur au bénéfice social marginal (4) d'une valeur  $p(C)(h/p^*)[1 - Z(pw)]$  qui reflète l'augmentation de la responsabilité due à l'augmentation de la surveillance.

$$[p_1(C,G)wz(pw)(H - pw - B)] - [p(C)wz(pw)(pF - B) - p(C)F[1 - Z(pw)]] = p(C)(h/p^*)[1 - Z(pw)]$$

Le premier membre de l'équation correspond au bénéfice social de la surveillance et le second au bénéfice privé de la surveillance. Sachant que l'équation (4) est vérifiée pour  $C^*$  l'équation (7) ne peut donc pas être vérifiée pour le même niveau  $C^*$  de surveillance avec une amende  $h/p^*$ . Donc, la responsabilité pénale n'est pas efficiente<sup>50</sup> puisque le niveau de surveillance efficient pour la firme est inférieur au niveau socialement efficient.

Puisque  $h/p^*$  ne constitue pas une amende optimale, il convient de recalculer celle-ci. Le résultat est désappointant, l'amende optimale est soit supérieure à  $h/p^*$ , soit négative, ce qui n'est paradoxal qu'en apparence. Tout dépend du fait que l'augmentation de surveillance conduit à une augmentation

<sup>50</sup> On peut calculer l'amende optimale J. ARLEN (1994) « The Potential Perverse Effects of Corporate Criminal Liability » *Journal of Legal Studies*, vol xxiii, pp 830-860.

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 décideur public exempte l'entreprise de toute amende si elle révèle les crimes qu'elle découvre<sup>51</sup>. 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 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.

### 5. UNE ILLUSTRATION (PLUS) LUDIQUE

Nous conviendrons que les développements précédents puissent paraître un peu complexe. Nous proposons au lecteur allergique à la formalisation mathématique une version simplifiée de ces développements.

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  $7B - (7/20)F < 4B - C^* - (4/10)F$ <sup>52</sup>, c'est-à-dire que le profit est supérieur, lorsque l'entreprise ne met en place aucune mesure de surveillance, et ce, malgré le fait qu'elle encourt une amende<sup>53</sup>. La nouvelle loi n'est donc pas efficace.

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.

<sup>51</sup> En théorie, l'efficacité de la responsabilité pénale peut être améliorée en passant d'une amende fixe 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  $p(C)$ .

<sup>52</sup>  $(7B - 7/20F) - (4B + C^* + 1/20F) = 3B + 1/20F + C^*$  cette expression est toujours positive sauf si  $B$  est négatif. Le profit est donc sans surveillance est supérieur au profit avec surveillance.

<sup>53</sup> Ceci est vrai même si  $B$  et  $C^*$  valent zéro car dépenser  $C^*$  en surveillance diminue les profits de  $(1/20)F$ .

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 la 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  $p=1/10$  ?

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.

\*  
\*      \*

Indéniablement, le fait de tenir les entreprises responsables des actions délictueuses commises par leurs employés les incitera à dépenser en surveillance et contribuera à dissuader le crime. L'entreprise est une organisation dans laquelle les employés peuvent parfois commettre des actions délictueuses, elle n'est pas une entité autonome qui contrôle complètement ses propres employés. Il faut donc reconnaître que les entreprises ne sont pas criminelles par elles-mêmes, mais elles sont en position de pouvoir contrôler et d'influencer l'action de leurs propres employés, et cela amène une implication supplémentaire pour l'objectif de la responsabilité de l'entreprise. Pour dissuader les employés fautifs de façon optimale, la responsabilité de l'entreprise doit à la fois réguler le niveau de l'activité et l'inciter à mettre en œuvre des mesures de surveillance, comme des mesures préventives (rendre les actions délictueuses moins attractives), des mesures du type de celui de la déclaration des actions délictueuses, ce qui augmente la probabilité que l'employé fautif soit identifié et sanctionné, et enfin des sanctions internes. Afin d'induire un niveau optimal de dépense, un régime de responsabilité doit également résoudre le problème de la crédibilité : quand les employés ne peuvent observer le contrôle ex-ante mis en œuvre par l'entreprise ou quand l'entreprise ne peut s'engager par avance à enquêter et à déclarer les actions délictueuses des employés, alors les employés peuvent ne pas « croire » aux menaces de l'entreprise qui mettrait en œuvre des mesures internes.

## CHAPITRE 4. LA DELEGATION DE SURVEILLANCE

Nous avons consacré les deux premiers chapitres de ce rapport au cas, où l'Etat avait le monopole de la surveillance des délinquants potentiels et de leur arrestation. Le troisième chapitre a élargi notre thématique en évoquant une situation où l'Etat délègue aux entreprises le soin de surveiller de dénoncer leur personnel, lorsque ce dernier commet des actes irréguliers. Le dernier volet de notre réflexion sera donc naturellement consacré au cas où l'Etat délègue aux entreprises la charge de surveiller non seulement leurs employés mais également leurs clients. Le cas emblématique d'une telle procédure 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. Les professions du chiffre et du droit sont en cours de discussion avec les pouvoirs publics afin d'examiner les limites de leur secret professionnel et les conditions dans lesquelles leurs membres devraient faire connaître aux autorités publiques les activités criminelles de leurs clients.

Nous examinerons ce type de dispositif sous l'angle habituel de l'efficacité. Intuitivement, on comprend bien que l'Etat, qui ne dispose pas d'informations sur les clients des banques considère qu'il est moins coûteux et donc plus efficace de confier à ces dernières le soin de surveiller leurs clients. Malheureusement, nous ne sommes pas encore en mesure de proposer un traitement formel du problème. Le degré de généralité de ce chapitre est donc moins que celui des précédents. L'exemple unique du blanchiment accentue encore ce sentiment. Malgré ces limites, il semble possible de tirer quelques enseignements généraux de notre réflexion.

### 1. LE SCHEMA D'ANALYSE

Un consensus existe pour considérer le mécanisme du blanchiment comme assez proche de celui qui permet d'organiser l'évasion fiscale de revenus non criminels mais acquis illégalement. La lutte contre le blanchiment a donc été pensée selon une matrice intellectuelle fortement influencée par l'économie du crime et qui emprunte également quelques éléments à la théorisation économique des asymétries informationnelles<sup>54</sup>.

Les lois anti-blanchiment s'appuient sur un double mécanisme incitatif. Elles visent d'une part à inciter les banques à coopérer avec l'Etat, et d'autre part à rendre le coût d'une opération de blanchiment suffisamment dissuasif pour que le criminel y renonce.

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 doit donc déléguer aux banques la mission de surveiller l'utilisation qui est faite du système bancaire (les banques-*agents* sont mandatées par l'Etat-*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 en modifiant la loi. Schématiquement, les banques ont à 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 au "*shirking*", c'est-à-dire que la probabilité qu'elles soient sanctionnées pour blanchiment et le montant de l'amende qu'elles encourent doit être suffisamment élevé pour les dissuader de participer à ce type d'opération.

L'Etat souffre également d'un déficit d'information en ce qui concerne le montant des revenus criminels et les besoins de blanchiment. Il doit cependant (c'est-à-dire en dépit de ce manque d'information) chercher à dissuader les criminels de recourir au système bancaire en rendant prohibitif

---

<sup>54</sup> Les économistes considèrent que la détention d'une information importante par l'une des deux parties (offreurs ou demandeurs) au cours d'un échange donne un pouvoir stratégique qui vient affecter l'échange et éloigne le marché de l'optimum. Les modèles « Principal-Agent » décrivent une situation où deux individus ont intérêt à collaborer entre eux, l'un d'entre eux (le mandataire) effectuant contre rétribution, une (ou des tâches) pour l'autre, le mandant. Ces modèles se proposent de trouver des systèmes d'incitation – clauses d'un contrat, par exemple – qui fassent que le mandataire agisse dans le sens voulu par le mandant.

le coût de ce recours. Pour ce faire, il peut augmenter la probabilité de détection des opérations de blanchiment et/ou le degré de sanction. Augmenter la probabilité de détection implique de consacrer des ressources supplémentaires à la surveillance des opérations bancaires. On comprend facilement que cette stratégie cesse d'être *cost-efficient* à partir d'un certain point. A la marge, les sommes d'argent seraient mieux utilisées dans d'autres segments de la lutte contre la criminalité.

## **2. LA RELATION PRINCIPAL-AGENT**

On se propose d'examiner les principales caractéristiques du dispositif anti-blanchiment actuel et d'en discuter l'efficacité. On distinguera le volet qui concerne la relation Etat-Banques de celui qui porte sur la relation Banques-Clients.

Les lois spécifiques sur le blanchiment exigent des banques qu'elles signalent les mouvements qui leur semblent liés à une opération de blanchiment. Les banques qui dérogeraient à cette obligation sont passibles de sanctions.

Ce premier volet du dispositif anti-blanchiment consiste ainsi à menacer les banques de sanctions si elles ne coopèrent pas avec les autorités publiques. D'un point de vue théorique, cela correspond parfaitement au modèle qui sous-tend la lutte contre le blanchiment : le coût de la sanction devrait être tel qu'il dissuade les banques de ne pas coopérer. En pratique, ces sanctions économiques se révèlent inefficaces, ceci se traduisant par le fait qu'il est non seulement impossible de recenser les cas où elles auraient effectivement été mises en œuvre, mais que leur barème reste secret.

En fait, la seule menace émanant des pouvoirs publics à laquelle une banque peut être sensible est celle de livrer aux médias les informations qui contribueraient à ruiner sa réputation. Si une telle menace est crédible, sa mise en œuvre effective n'est pas sans inconvénients pour l'ensemble de l'économie. En outre, elle emprunte des canaux discrétionnaires qui sortent du cadre théorique général.

### **2.1 L'inefficacité d'une incitation par la sanction financière**

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 de grande échelle. On pourrait penser qu'il suffit dans ce cas d'alourdir les sanctions de manière à ce qu'elles deviennent dissuasives. Or, si le non-signalement 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.

### **2.2 Une menace crédible : la perte de réputation**

Les autorités disposent de nombreux moyens permettant de rendre publique une participation délibérée 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.

En matière de réputation, tout est affaire d'image et de communication. Pour inciter les banques à l'autorégulation, les autorités publiques ne doivent pas hésiter à mettre en exergue les cas où l'absence de vigilance et le non-respect des lois servent explicitement les intérêts d'établissements bancaires peu scrupuleux. Il est en revanche inutile de focaliser l'attention du public sur les cas, plus nombreux, où ils résultent de négligences involontaires ou d'une impossibilité technique.

L'emblématisation par les autorités publiques du cas Jurado, de celui de la BCCI ou de la banque Ambrosiano a ainsi permis de renforcer l'idée que, lorsque les banques dérogent aux lois (ou ne les appliquent pas rigoureusement), cela se fait en faveur d'intérêts qui n'ont rien à voir avec ceux de leurs clients habituels même en délicatesse avec le fisc. Le fait que les clients de la BCCI aient subi des pertes personnelles constitue, par exemple, un atout que la communication publique doit exploiter pour crédibiliser la menace de ruiner la réputation des banques qui ne suivraient pas les directives publiques, en mobilisant contre elles une opinion ulcérée par les malversations criminelles. Plus les cas de blanchiment mis sur la place publique révéleront une corruption à un haut niveau, plus les banques auront à craindre pour leur image auprès du public.

Reste encore à établir fermement dans l'opinion l'idée, qu'il ne peut y avoir deux poids deux mesures dans l'application de la loi. L'Etat doit témoigner d'une vigilance extrême en la matière. Cautionner d'éventuels manquements à la loi comme une réponse naturelle à l'excès d'intervention de l'Etat dans la vie des individus ne peut que contribuer à fissurer gravement l'éthique bancaire et à priver l'Etat d'un instrument peu coûteux de mise en œuvre de la politique publique.

L'usage de cet instrument peut cependant se révéler pernicieux pour deux raisons essentielles. D'une part, il relève du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques et peut ainsi être détourné des fins pour lesquelles il a été conçu. Il peut donc se prêter à une utilisation politique et engendrer de fortes distorsions de concurrence entre les établissements bancaires. D'autre part, les banques ne resteront pas inertes, face à la mise en œuvre de dispositifs légaux visant à limiter leur participation au blanchiment. Il convient de ne pas sous-estimer la réactivité des établissements bancaires. Les banques pourront notamment développer une stratégie de communication destinée à saper la capacité des autorités publiques à entamer leur capital de réputation. Elles chercheront à convaincre l'opinion que le non-respect des lois réprimant le blanchiment ne constitue pas un comportement réellement répréhensible s'il vise à défendre la "privacy" du client. Elles tenteront d'accréditer l'idée que, si leur réticence à collaborer activement à la lutte contre le blanchiment sert malheureusement les intérêts de quelques criminels, il s'agit là du prix à payer pour protéger le secret des transactions privées de l'immense majorité de la clientèle de la tendance naturelle de l'Etat à s'immiscer partout. Elles présenteront le service qu'elles offrent au public comme étant de même nature que celui rendu par les avocats ou les notaires, professions.

Par ailleurs, l'efficacité de la lutte contre le blanchiment repose sur son caractère prophylactique, c'est-à-dire sa capacité à convaincre les banques de se séparer de leur clientèle la plus douteuse. Toutes les places financières ne mettront pas en œuvre avec le même zèle les recommandations issues des conventions internationales de lutte contre le blanchiment. Les banques de certains pays continueront à offrir un service original : la complaisance. Les établissements bancaires des pays les plus en pointe dans la lutte contre le blanchiment réagiront en développant des agences dans ces mêmes pays afin de continuer à capter une fraction du marché de l'argent en mal de blanchiment.

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 à profit l'absence de coordination entre les différents établissements afin de se soustraire aux dispositions anti-blanchiment. La rationalité individuelle pousse chaque établissement à ne pas limiter ses opportunités de profit tant qu'il n'a pas l'assurance que ses homologues font de même. Les syndicats professionnels doivent donc être l'objet des soins attentifs des autorités publiques, non pas tant du fait de leur influence réelle sur laquelle personne ne s'illusionne, mais plus prosaïquement pour leur vertu de "rules setters". Dans une situation où les différents établissements bancaires ont du mal à connaître précisément les pratiques exactes de leurs concurrents, le syndicat professionnel joue un rôle de normalisation des pratiques. Son utilité ne provient pas de son poids dans la

profession, mais du niveau auquel il intériorise les préoccupations publiques. Sa capacité à les répercuter ne tient pas à son pouvoir de lobbying, mais à la visibilité qu'il donne aux règles que les pouvoirs publics suggèrent. La fragilité souvent constatée des syndicats professionnels, leur manque d'influence réelle dans leur propre milieu, ne constituent pas nécessairement un handicap à leur utilisation par les pouvoirs publics. Un syndicat faible et sans grandes ressources est plus sensible aux recommandations publiques qu'une organisation puissante et indépendante. Le degré d'intériorisation des préoccupations publiques peut donc être supérieur avec un organisme fragile que fort. Reste alors à un syndicat professionnel faible à parvenir à convaincre ses membres d'adhérer à la stratégie publique.

### 3. LA RELATION AGENT-CLIENTS

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 qui cherche à dissuader le criminel de s'adresser aux banques pour blanchir ses revenus.

#### 3.1 L'échec de la dissuasion par l'augmentation du coût

Nous sommes au cœur du dispositif de lutte contre le blanchiment dont l'efficacité dépend de manière cruciale de sa capacité à écarter les mauvais clients, en l'occurrence les organisations criminelles, des banques.

Hughes Hallet (1994)<sup>55</sup> a formalisé de manière techniquement très satisfaisante le modèle sous-jacent à ce volet de la politique anti-blanchiment. Ce modèle théorique est particulièrement éclairant car ses limites illustrent très clairement les difficultés enregistrées dans la lutte concrète contre le blanchiment.

Le modèle de Hallet décrit le choix d'un criminel en matière de blanchiment de son revenu.<sup>56</sup>

Ses variables de décision sont :

- la part du revenu que les autorités prélèveraient s'il était déclaré
- la probabilité que les autorités découvrent l'existence du revenu illégal dans le cas où le criminel choisirait de ne pas le blanchir à travers le système bancaire
- le montant de l'amende encourue pour détention de revenu illégal
- le coût de l'opération permettant le blanchiment
- la probabilité d'être sanctionné pour blanchiment
- le montant de l'amende encourue pour blanchiment

Les individus sont supposés se conformer aux axiomes classiques du comportement en univers incertain. Le bien-être de l'agent (son "utilité") est fonction de son revenu. Il augmente avec le revenu mais à un rythme décroissant car le criminel est "risk averse".<sup>57</sup> De plus, on suppose que le revenu, tiré de l'activité illégale, est connu du seul criminel. Dans le cas des revenus criminels, on peut raisonnablement considérer que c'est la totalité du revenu de l'agent qui devrait être blanchie, ce dernier ne déclarant rien aux autorités.

Le criminel tente de déterminer le montant X de revenu à blanchir qui maximise son espérance d'utilité. Il décidera de ne pas blanchir son revenu, si ce que le blanchiment risque de lui coûter (la commission versée à l'intermédiaire augmentée du coût probabilisé de la sanction pour blanchiment) est supérieur au montant probabilisé de l'amende qu'il aurait à payer au cas où les autorités

---

<sup>55</sup> HALLET H., " *An Economic Analysis of Money Laundering and Measuring Illegal Activity* ", papier présenté à " International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering and the Use of the Proceed of Crime : A Global Approach ", 18-20 juin 1994.

<sup>56</sup> La décision de blanchir de l'argent s'apparente à celle consistant à organiser l'évasion fiscale de revenus non-criminels mais acquis illégalement. Voir le modèle de référence in ALLINGHAM M.; SANDMO A. (1972), "Income Tax Evasion : A Theoretical Analysis", *Journal of Public Economics*, vol 1, pp 323-338.

<sup>57</sup> L'utilité marginale dérivée du revenu est positive mais décroissante, i.e. la dérivée première, par rapport au revenu, de la fonction d'utilité est positive et la dérivée seconde est négative.

découvriraient l'existence du revenu illégal (le montant de l'amende multiplié par la probabilité que l'existence du revenu illégal soit découverte). Il décidera de blanchir son argent dans le cas contraire<sup>58</sup>.

Si les autorités augmentent la pression sur les criminels et arrivent à pénaliser fortement ceux qui détiennent des revenus illégaux qu'ils n'ont pas blanchis, les criminels seront ainsi encouragés à tenter de blanchir leurs revenus. La politique de lutte contre le blanchiment doit donc tenir explicitement compte de l'action de répression menée à l'encontre de la détention de revenus illégaux.

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<sup>59</sup> : 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. On s'accorde généralement à penser que cette marge représente approximativement 10% à 15% du montant des fonds blanchis et on en déduit abusivement que si elle augmentait de quelques points cela suffirait à décourager les candidats au blanchiment. A nouveau, l'erreur vient de la non prise en compte des autres coûts de transaction. Ces derniers ne sont pas décaissés, c'est-à-dire qu'ils ne correspondent pas à des sommes effectivement versées. Mais, à l'instar du temps de déplacement qui s'ajoute au prix de l'essence lors du calcul du coût de déplacement, ils doivent être pris en compte.

Il n'existe pas d'étude<sup>60</sup> qui donne un ordre de grandeur sur le coût que la menace de répression et les risques de trahison viennent faire peser sur les trafiquants. Afin d'éclairer le lecteur, posons un exemple numérique simple.

Supposons, que le montant à blanchir soit 100, la marge 10% soit 10. Imaginons que la menace d'être arrêté ou trahi, exerce une pression trois fois plus lourde sur le trafiquant que celle de la marge des intermédiaires. Le coût de transaction est alors de 30. Le coût total du blanchiment est 40%. Ceci illustre bien, que le blanchiment sophistiqué est une opération coûteuse. Le coût total du blanchiment est donc de 40% du montant à blanchir !

Supposons maintenant, que la politique répressive conduise les intermédiaires à augmenter leur marge de 50% pour couvrir le risque croissant qu'ils encourent suite à la mise en œuvre de la politique anti-blanchiment. La marge passe donc de 10 à 15, mais le coût total du blanchiment est de 45%. Il n'augmente que de 5%.

Forcer les intermédiaires à augmenter leur marge de 50% ne renchérit le coût total du blanchiment que de 5% ! On comprend le peu d'efficacité d'une telle mesure.

Ce résultat tient, bien sûr, aux chiffres retenus, mais considérer que la menace de la répression et de la trahison interne exerce sur les trafiquants une pression trois fois plus forte que celle de la marge qu'ils payent aux intermédiaires ne semble pas exagéré.

Les organisations criminelles s'organiseront de telle sorte qu'elles payent la marge aux intermédiaires, mais elles tenteront de délocaliser le risque en compartimentant ceux qui prennent le risque inhérent au blanchiment. Dans le cas Jurado, la chute de ce dernier n'a pas entraîné de réels dommages pour

---

<sup>58</sup> Avec A : le montant de l'amende pour détention de revenu illégal et pA : la probabilité que l'existence de ce revenu illégal soit découverte, l'amende probabilisée vaut pA.A.

Avec B : le montant de l'amende pour blanchiment et pB : la probabilité que le blanchiment soit découvert, le coût probabilisé de la sanction pour blanchiment vaut pB.B.

Avec C : le montant de la commission versée à l'intermédiaire, le coût total du blanchiment vaut C+pB.B.

Si,  $C+pB.B > pA.A$  (c'est-à-dire si le coût total du blanchiment est supérieur au montant probabilisé de l'amende pour détention de revenu illégal), le criminel renonce à blanchir son revenu.

Si,  $C+pB.B < pA.A$  (c'est-à-dire si le coût total du blanchiment est inférieur au montant probabilisé de l'amende pour détention de revenu illégal), le criminel décide de blanchir son revenu.

<sup>59</sup> Rappelons la formule explicitée au chapitre précédent : Coût total du blanchiment = marges prélevées par les intermédiaires + Coûts de transaction (coût de mise en œuvre de la stratégie + coût engendré par le risque (répression + défections internes)).

<sup>60</sup> Dans le cas de la vente de la cocaïne dans la rue, Peter Reuter et Jonathan Caulkins ont calculé que 23.6% du prix du gramme de cocaïne vendu dans la rue, aux Etats-Unis, vient compenser le risque pour les trafiquants d'être emprisonnés et 33%, celui d'être blessés ou tués au cours de leurs activités. Les coûts de transaction représentent ainsi environ 50% du prix. CAULKINS J. ; REUTER P. (1998), *What Price Data Tells us About Drugs Markets*, mimeo.

le Cartel qui l'employait. Dans la mesure où les coûts de transaction ne sont pas décaissables à chaque opération, mais où ils ne se matérialisent qu'en cas d'arrestation ou de règlements de comptes internes, il se trouve toujours des individus pour jouer ce rôle.

En se focalisant sur un effet illusoire de l'augmentation de la marge des intermédiaires sur le blanchiment les autorités répressives ont éludé la possibilité d'agir directement sur la probabilité<sup>61</sup> d'être condamné, et n'ont pas examiné les moyens d'augmenter l'occurrence des trahisons internes.

### 3.2 Les limites des dispositifs incitationnels

Même recentrée 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. A fortiori, si comme nous l'avons souligné, le coût du blanchiment sophistiqué est élevé.

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. Dans le cas du trafic de drogue, la commission exigée par les intermédiaires du blanchiment n'excède pas 2% du prix de la cocaïne vendue dans la rue, selon l'estimation faite par Jonathan Caulkins et Peter Reuter (1998)<sup>62</sup> Même si les intermédiaires doubleraient leurs exigences, le prix de la cocaïne vendue dans la rue n'augmenterait que de 2%<sup>63</sup>. Les consommateurs de cocaïne étant pratiquement insensibles à une augmentation aussi infime du prix, les trafiquants de drogue peuvent re-factoriser aux consommateurs l'augmentation du prix demandé par les intermédiaires du blanchiment sans crainte de voir la consommation baisser. L'augmentation des marges des intermédiaires provoquée par la répression ne pénalise donc pas le profit des trafiquants. On ne peut donc pas en attendre d'effet sensible sur l'ampleur du blanchiment.

Troisièmement, 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 sachent vite dissimuler leur raison sociale à leurs partenaires du système bancaire. Il n'y a aucune raison de penser que la lutte contre le blanchiment puisse échapper à une tendance souvent observée dans d'autres secteurs, à savoir qu'un dispositif purement incitatif tend à être rapidement dépassé par la stratégie réactive des agents, qui s'organisent pour le contourner. L'autorité publique doit alors recourir à des réglementations et mettre en œuvre un dispositif ad hoc. La multiplication des réglementations directes (déclarations de transfert, interdiction de paiement en cash au-dessus d'un certain montant, etc.) constitue le prélude à une tendance probablement inéluctable. Il semble illusoire de compter sur un dispositif fondé sur les incitations et reposant sur l'idée que les agents criminels se livrent à un calcul économique coût-avantage pour mener une lutte efficace contre le blanchiment.

---

<sup>61</sup> Afin de ne pas alourdir nous ne proposons pas ici une formalisation du raisonnement. A titre indicatif, en reprenant la structure du modèle de Hallet, notre critique revient à suggérer de jouer sur pB et non sur C. Il conviendrait d'introduire la variable ; risque de défection interne.

<sup>62</sup> CAULKINS J. ; REUTER P. (1998), " *What Price Data Tells Us About Drugs Markets* ", mimeo.

<sup>63</sup> Il conviendrait de se livrer à un calcul analogue pour les autres activités criminelles.

\*

\* \*

La confiance exagérée en un dispositif incitationnel, au demeurant trop exclusivement centré sur le renchérissement du coût du blanchiment via à un mécanisme à l'efficacité suspecte, explique en grande partie les difficultés rencontrées dans la répression du blanchiment. De nombreuses pistes restent à explorer. Renforcer l'efficacité de la politique criminelle est certainement possible, à condition de renoncer aux visions simplistes des fondements économiques du comportement des organisations criminelles.

## CONCLUSION

À l'issue de ce premier travail d'analyse économique de la délinquance financière nous ressentons un sentiment ambivalent. D'une part, le travail livré constitue indéniablement, le premier essai de présentation, dans une matrice unique, d'une grande variété de cas particuliers qui faisaient jusque-là l'objet d'un traitement hétérogène. Notamment, restituer dans un même cadre la problématique de lutte contre la criminalité économique individuelle et d'entreprise constitue un apport certain. D'autre part, il est clair que le degré d'abstraction et de formalisation mathématique peut décourager. Nous défendons toutefois notre méthode inductive, c'est-à-dire le fait qu'il est souvent nécessaire, en matière de recherche, de se livrer à un exercice théorique un peu formel avant de procéder à des travaux plus empiriques. En effet, la description des faits ne livre d'enseignements opérationnels que si elle est rapportée à une problématique d'interprétation suffisamment serrée pour éventuellement devoir être abandonnée si elle s'avère erronée.

Fondamentalement, le message qui se dégage de ce premier travail se résume au fait que la dissuasion de la criminalité économique se prête parfaitement à une analyse qui fait de l'intérêt des criminels la variable essentielle. C'est d'ailleurs ce que le Droit a parfaitement intégré en tentant, par exemple dans le domaine du blanchiment, de s'en prendre à la fortune des criminels. Dès lors qu'on se place dans un tel cadre, l'outillage analytique économique se révèle très fructueux. Il permet de préciser le montant que les pouvoirs publics devraient consacrer à la lutte contre la criminalité, l'articulation entre les différentes formes de sanctions et les conséquences du rapport spécifique que certaines catégories de criminels entretiennent avec le risque. Autant l'analyse est pertinente lorsque chacune de ces variables est isolée, autant il est plus difficile de les prendre en compte simultanément. De même, notre approche est adaptée à l'analyse de la dissuasion, mais elle laisse dans l'ombre les effets économiques de l'incapacitation des criminels tout comme la fonction éducative de la politique criminelle. La dernière lacune, sans doute la plus susceptible d'être comblée tient à une vision trop simplifiée des effets de l'action publique. En effet, les modalités d'organisation des forces de police et de l'appareil judiciaire, le rôle croissant de la police scientifique, bref, tout ce qui fait qu'une même somme d'argent public peut être dépensée de plusieurs façons différentes et avec une efficacité plus ou moins grande n'apparaît pas dans ce premier travail.

Les limites de cette étude préliminaire, dont l'ampleur dépasse largement le cadre prévu lors de la signature du contrat de recherche avec le G.I.P tracent les directions vers lesquelles nous voulons désormais faire porter notre effort. Notre prochain chantier consistera à étudier comment les modalités d'organisation, côté délinquance et côté force publique, affectent l'efficacité de l'action étatique en matière de lutte contre la délinquance économique et financière.

## BIBLIOGRAPHIE

- ALLINGHAM M.; SANDMO A. (1972), "Income Tax Evasion : A Theoretical Analysis", *Journal of Public Economics*, vol 1, pp 323-338.
- ANDREONI J. (1991) « Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines : Should the Penalty Fit the Crime » *Rand Journal of Economics*, 22, pp 385-395..
- ARLEN J. (1994) « The Potential Perverse Effects of Corporate Criminal Liability » *Journal of Legal Studies*, vol xxiii, pp 830-860.
- BECKER G. (1968) « Crime and Punishment : an Economic Approach » *Journal of Political Economy*, n° 76, vol 2, mars-avril, pp 169-217.
- CAULKINS J. ; REUTER P. (1998) , *What Price Data Tells us About Drugs Markets*, mimeo.
- COFFEE J. (1980) « Corporate Crime and Punishment : A Non Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions », *American Criminal Law Review* Vol 17, n° 419.
- DAU-SCHMIDT K. (1990) « An Economic Analysis of the Criminal Law as Preference Shaping Policy » *Duke Law Journal*, vol1.
- DELMAS-MARTY M. (1990) « *Droit pénal des affaires, tome 1. Partie générale : responsabilité, procédures et sanctions* » 3a éd., PUF, col Thémis.
- CALABRESI G. ET MELAMED D. (1972), « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, 85, pp. 1089-1129.
- KAPLOW L. (1992) « The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts that Definitely are Undesirable » *International Review of Law and Economics*, 12, pp 3-11.
- NORTH (1999) D. « A Transaction Cost Theory of Politics » Textes pour la seconde conférence néo-institutionnaliste de Saint Louis.
- POSNER R. (1980) « Optimal Sentencing for White Collars Criminals », *American Criminal Law Review*, 17 : 409-18. (1985) « An Economic Theory of Criminal Law » *Columbia Law Review*, 85 : 1193-1231.
- RAWLS J. (1971) « A Theory of Justice », pp 42-43.
- SHAVELL S. (1985) « Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetarysanctions as Deterrent » *Columbia Law Review*, 85 : 1232-62.
- SHAVELL S. (1992) « A Note on Marginal Deterrence » *International Review of Law and Economics*, 12, pp 345-355.
- SHAVELL S. L ; POLINSKY M. (2000) « The Economic Theory of Public Enforcement of Law » *Journal of Economic Literature*, vol XXXVIII, n1, pp 45-77.,
- POLINSKY M.; SHAVELL S. (1979) « The Optimal Tradeoff Between The Probability And Magnitude Of Fines », 69 *American Economic Review*, pp 880.
- HALLET H., " *An Economic Analysis of Money Laundering and Measuring Illegal Activity* ", papier présenté à " International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering and the Use of the Proceed of Crime : A Global Approach ", 18-20 juin 1994.