

Criminalité financière et blanchiment Le choix des armes

Bruno DEFFAINS
*Professeur à l'Université Paris II (Panthéon Assas),
Centre de recherches en Economie et Droit,*

et

Pierre KOPP
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), MSE

« *What can I do with all this money?* »

(Al Pacino in *Scarface*, by Brian de Palma (1983).

Introduction

En 1931 ⁽¹⁾ à Chicago, Al Capone fut condamné à sept ans de prison. Pour quel délit ? Racket, homicide ? Non. Al Capone est « tombé » pour fraude fiscale. Son cas illustre le fait que dans la lutte contre la criminalité organisée, l'action indirecte, fondée sur la répression des crimes et délits induits par l'activité criminelle, peut se révéler plus efficace que l'action directe ! Au lieu de s'attaquer de front aux infractions qui contribuent à la constitution du revenu criminel, il peut ainsi être préférable, parce que

(1) V. De Palma B. (1996) « Les incorruptibles », American Associated Studios.



Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

moins coûteux et plus efficace, de s'attacher à limiter les possibilités de jouissance, par les criminels, de leur revenu, autrement dit d'intensifier la lutte contre le blanchiment. C'est dans cette direction que semblent s'orienter, depuis le milieu des années 90, les politiques criminelles des pays développés, avec le renforcement de la sévérité des peines réprimant le blanchiment.

La mise en œuvre d'une politique efficace, en matière de lutte contre le blanchiment comporte deux volets : l'un répressif et l'autre préventif. Le premier volet renvoie aux dispositifs utilisés pour détecter et sanctionner les personnes, physiques ou morales, coupables de transgresser les lois. Il s'agit, le plus souvent, de criminels et, plus rarement, d'établissements bancaires créés par une organisation criminelle, qui tentent de blanchir leur revenu criminel afin d'en jouir à l'abri de toute menace. Le décideur public attribue un budget aux agents de la force publique qui porte la probabilité d'arrestation des criminels à un certain niveau et fait ensuite varier la sévérité des sanctions afin d'obtenir une répression efficace. Dans le cas du blanchiment, le fait qu'une partie des infractions puisse être commise grâce à la complicité du personnel des banques protégé par secret professionnel, exige de compléter la politique criminelle d'un deuxième volet, dit préventif. Ce volet consiste à mettre en œuvre un dispositif de « moralisation » du secteur bancaire et financier destiné à inciter les banques à augmenter leur vigilance et notamment à se donner les moyens de détecter les clients douteux et de les dénoncer aux autorités compétentes.

L'enjeu de cet article est de comparer, du point de vue de l'efficacité économique, les fondements des politiques criminelles de lutte contre le blanchiment. Si nous observons une profonde convergence des orientations retenues par les pays membres du GAFI (2) en matière de répression des infractions, nous constatons, en matière de prévention, l'existence de deux modèles très contrastés. Le modèle anglo-saxon fait un usage important de la responsabilité pénale des banques afin de solliciter leur vigilance alors que le modèle continental, notamment français, mise sur une autorégulation des banques.

Si la littérature économique éprouve certaines difficultés à rendre compte des enjeux de la politique de répression du blanchiment, c'est sans doute parce que la plupart des auteurs ont réduit le blanchiment à

(2) Le quinzième sommet économique annuel entre les sept principaux pays industrialisés (le « G7 ») s'est tenu à Paris en juillet 1989 afin « d'empêcher l'utilisation du système bancaire aux fins de blanchir l'argent et d'étudier les mesures préventives supplémentaires ». Ce sommet a entériné la création du groupe d'action financière (GAFI) sur le blanchiment des capitaux composé des sept puis quinze pays les plus industrialisés. Les décisions prises à l'issue de la première réunion de septembre 1989 se sont transformées en quarante recommandations en février 1990. De nombreux pays ont décidé de délier, par la loi, les banques du secret professionnel dans leurs relations avec l'autorité de surveillance et d'exiger d'elles qu'elles participent à la lutte contre le blanchiment. Les quarante recommandations instaurent la déclaration obligatoire de soupçon, pour les banques, formalité qui consiste, pour les banques, à dénoncer à un organisme spécialisé (Tracfin, en France) les agissements de leurs clients lorsqu'elles suspectent ces derniers de tenter de blanchir des sommes d'argent gagnées dans le trafic de drogue, le racket ou le crime organisé.

un cas particulier d'évasion fiscale. Par exemple, Usher (1986), Kaplow (1990), Cowell (1990), Cramer et Gahvari (1994) reprennent la structure du modèle canonique de Allingham et Sandmo (1972) et se contentent d'ajouter un coût décrivant l'activité de dissimulation de l'origine criminelle des sommes sur lesquelles portent l'évasion fiscale. Ces auteurs ne prennent en compte que la seule infraction fiscale et réduisent le blanchiment à une stratégie permettant de réduire la probabilité de voir la fraude découverte. Or, les fraudeurs ne commettent pas une mais bien deux infractions : la première en fraudant et la seconde en mettant en œuvre des moyens illégaux pour dissimuler cette fraude. Il revient à G. Yaniv (1999) d'avoir pris l'initiative de traiter explicitement du blanchiment comme d'une infraction spécifique. Dans son modèle, le fraudeur décide de la clef de partage de son revenu entre le montant qu'il déclare, celui qu'il omet de déclarer et enfin celui qu'il tente de blanchir, sachant que chacune des deux infractions engendre un coût. De leur côté, les autorités publiques consacrent des sommes distinctes, d'une part à la répression directe de la fraude fiscale et d'autre part, à celle du blanchiment. À l'instar de Slemrod et Ytzhakis (1987), Yaniv (1999) conclut que le décideur public doit cesser d'augmenter les dépenses répressives lorsque leur bénéfice marginal devient inférieur au coût marginal de leur mise en œuvre. Mais l'originalité de sa contribution tient au fait qu'il démontre que le retour sur investissement de la lutte contre le blanchiment est souvent supérieur à celui de la lutte contre la fraude fiscale. La stratégie des individus désireux de blanchir des sommes gagnées légalement mais dissimulées au fisc diffère de celle visant à dissimuler l'origine purement criminelle du revenu. (3) On peut raisonnablement représenter le choix d'un médecin décidant de frauder, ou non, le fisc comme le résultat de la comparaison entre l'espérance de bénéfice par franc dissimulé au fisc et l'espérance du coût de la sanction. En revanche, le criminel est confronté à un choix très différent : il ne peut en aucun cas déclarer aux autorités fiscales son revenu criminel. Il doit donc, soit conserver l'argent issu de son activité criminelle en liquide, soit tenter de le blanchir. (4) Plutôt que de suivre cette piste de recherche consistant à prolonger les modèles consacrés à l'évasion fiscale pour tenter de les adapter au blanchiment, il nous semble plus fructueux de nous inspirer directement de la littérature portant sur la responsabilité pénale (Arlen, 1994, Arlen et Kraakman, 1997, Garoupa, 2001) et sur la généralisation des « normes de comportement » dans un groupe (Granovetter 1978, Cooter 1995).

(3) On peut d'ailleurs même contester l'assimilation faite par Yaniv entre « blanchiment » et « évasion fiscale ». En France, par exemple, toute évasion fiscale n'est pas systématiquement constitutive d'une infraction et ne permet, par conséquent, pas toujours de caractériser un blanchiment au sens de l'article 324-1 du Code pénal (qui nécessite l'existence d'une infraction préalable).

(4) On peut, au passage, s'interroger sur le champ d'application exact des modèles issus de la répression de la fraude fiscale aux cas du blanchiment. En effet, les lois anti-blanchiment, suite aux différentes recommandations du GAFI, ne s'appliquent généralement que dans le cas d'infractions graves liées au trafic de drogue, au terrorisme ou au crime organisé. La problématique du médecin fraudeur ne relève donc pas, selon la majorité des législations en vigueur, des lois anti-blanchiment mais des lois fiscales.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

Le volet *répressif* des différentes politiques criminelles en vigueur dans les pays qui luttent contre le blanchiment tente de dissuader les individus susceptibles de participer au blanchiment d'un revenu criminel en altérant les paramètres de leur calcul économique par le biais d'une modification de la sévérité des sanctions et une augmentation de la probabilité d'arrestation. Cette répression directe des auteurs des infractions en matière de blanchiment bute sur plusieurs difficultés, notamment le fait que l'autorité répressive est incapable de suivre l'enchevêtrement des transactions financières qui se nouent à l'abri du secret professionnel des banques.

Le volet *préventif* est caractérisé par une opposition assez marquée entre le modèle anglo-saxon articulé autour d'un dispositif réglementaire autoritaire fondé sur la responsabilité pénale des banques et un modèle continental où l'évolution des comportements des banques repose sur leur adhésion volontaire à une norme. Le modèle anglo-saxon entend forcer les banques à surveiller efficacement leur personnel et leurs clients, en engageant, de manière extensive, leur responsabilité pénale. Ainsi, les banques peuvent être condamnées pour des infractions commises par leurs employés ou leurs clients, même si elles n'en bénéficient pas elles-mêmes, s'il est avéré qu'elles n'ont pas mis en œuvre un dispositif de surveillance privé adéquat. En revanche, la politique criminelle continentale, notamment celle de la France, n'accorde qu'une place très restreinte à la responsabilité pénale des banques. Cette dernière ne peut être engagée que si les représentants des établissements bancaires commettent des infractions au nom et dans l'intérêt de l'entreprise. De même, le non-respect des normes du GAFI ne fait encourir aux banques que des sanctions non pas pénales mais administratives (et encore jamais appliquées à ce jour).

L'article est organisé de la manière suivante. La première partie traite du volet répressif de la politique de lutte contre le blanchiment. Elle souligne les difficultés auxquelles on se heurte pour concevoir un système optimal de sanctions et pour l'appliquer. La seconde et la troisième parties sont consacrées à l'examen comparatif des dispositifs préventifs des modèles anglo-saxon et continental. Le modèle anglo-saxon conduit à ce que ce soit les banques qui prennent en charge l'internalisation du coût social du blanchiment. Face à cette charge supplémentaire, elles tentent de décourager, par le biais d'un contrat de rémunération incitatif, leur personnel de se rendre complice, volontairement ou par négligence, des infractions de blanchiment. Cette solution est coûteuse en information et en effort puisque les banques doivent surveiller leur personnel et l'État vérifier que les banques appuient efficacement sa politique de moralisation du système bancaire et financier. *A contrario*, le modèle continental de régulation est souple et fondé sur l'adhésion volontaire des banques à une loi dont le régulateur n'accompagne la mise en œuvre par aucune menace de sanctions pénales. Ce dispositif favorise les comportements

de passer clandestin mais peut toutefois être à l'origine d'une dynamique de transformation vertueuse des comportements par le biais d'une faible impulsion du régulateur. Il lui suffit de présenter le respect de la loi comme une norme de « bon comportement » pour que la menace de perte de réputation enclenche un processus de respect croissant de la loi. Cette autorégulation peut toutefois venir buter sur la présence d'équilibres multiples, source d'un besoin d'une intervention plus consistante de la part du régulateur. Faute de données statistiques, nous limitons notre propos à des développements analytiques comparatifs sans pouvoir tester empiriquement l'efficacité des deux modèles considérés. Enfin, nous concluons sur une note plutôt pessimiste quant à l'efficacité de politiques criminelles trop souvent strictement cantonnées autour d'un espace national.

1. Le volet répressif

Examinons le cas général où un individu tente de blanchir son revenu criminel en suivant les indications de Yaniv (1997). Dès lors qu'une activité engendre un revenu illégal, il est impossible pour son détenteur de le déclarer aux autorités fiscales.

A) La décision de blanchir un revenu criminel

Un criminel peut choisir de conserver son revenu criminel Y^c en liquide, auquel cas l'utilité de cette somme est minorée par un facteur β (avec $0 < \beta < 1$) qui reflète le fait qu'une somme en liquide ne peut pas être utilisée pour toutes les transactions que le criminel souhaite effectuer, comme par exemple l'achat d'un appartement ou d'une entreprise. (5) Le criminel peut également décider de blanchir son revenu. Pour ce faire, il doit payer des intermédiaires. Le coût du blanchiment Z est supposé proportionnel à la somme à blanchir, $Z = z \cdot Y^c$. Si le blanchiment est détecté, avec une probabilité σ , le criminel encourt une condamnation dont le coût monétaire vaut f . Les niveaux d'utilité atteints par le criminel dans les différentes situations possibles sont (6) :

- $U(Y) = Y^c - \beta Y^c$ s'il ne blanchit pas son revenu,
- $U(Y^s) = Y^c - z Y^c$ s'il blanchit son revenu et n'est pas arrêté,
- $U(Y^e) = Y^c - z Y^c - f$ s'il blanchit son revenu et est arrêté (7).

(5) La plupart des pays plafonnent les règlements qui peuvent être effectués en liquide (3 000 euros en France).

(6) Afin de simplifier, on considère que le criminel blanchit son revenu criminel et que, lorsqu'il est arrêté ses avoirs ne sont pas confisqués.

(7) La sanction f décrit à la fois les peines relatives au blanchiment et celles dues au trafic, au cas où l'incrimination pour blanchiment a conduit à une seconde incrimination pour trafic.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

L'utilité attendue du blanchiment s'écrit alors : $E[U(Y)] = (1 - \sigma)U(Y^s) + \sigma U(Y^e)$. En supposant que le criminel connaisse la probabilité σ avec laquelle il sera arrêté et le coût qu'il doit payer pour blanchir z , il ne mettra en œuvre une stratégie de blanchiment que si le résultat b de cette stratégie est supérieur à σf , soit $b = Y^c(\beta - z) > \sigma f$.

Ce schéma peut être adapté afin de couvrir les cas plus complexes où l'auteur du blanchiment n'est pas une personne physique mais morale ou encore lorsqu'il n'est que le complice d'un autre criminel, sans que le cadre de réflexion soit profondément altéré.

B) La sanction individuelle optimale

Devant la menace que la criminalité fait peser sur la société en lui infligeant un dommage h , le décideur public doit calibrer le niveau de la sanction pénale de manière à dissuader efficacement les criminels potentiels. La répartition des individus, en fonction du niveau de gain attendu déclenchant leur décision de transgresser ou non la loi, est donnée par la fonction de densité $l(b, h)$ de la fonction de répartition $L(b, h)$. Le bénéfice des criminels est situé dans un intervalle $[0, B]$ et le dommage h dans $[0, H]$. Le décideur public choisit un niveau de sanction monétaire f et un niveau de dépenses publiques répressives c qui permettent de détecter les crimes selon une probabilité σ , avec $\sigma_c > 0$ et $\sigma_{cc} < 0$, de telle sorte que le bien-être collectif W soit maximisé.

$$W = \int_0^H \int_{\sigma(\sigma)f}^B (b - h)l(b, h)dbdh - c \quad (3)$$

$$f^* = \frac{h}{\sigma}$$

Une sanction monétaire $f^* = \frac{h}{\sigma}$ dissuade de manière efficace les criminels potentiels sans pour autant éradiquer complètement le blanchiment car le décideur public doit arrêter de consacrer de l'argent à la répression du blanchiment lorsque le coût marginal de la répression devient supérieur à la réduction du coût social du blanchiment qu'elle permet d'atteindre (Polinsky et Shavell, 2000). Cette trame analytique qui sert à mesurer l'effet dissuasif des sanctions contre les individus (auteurs ou complices des infractions) peut être étendue au cas, plus rare, où tout un établissement bancaire est créé afin de mener une activité criminelle (comme dans l'affaire de la BCCI). C'est pourquoi, à l'instar des individus, la loi pénale prévoit un régime de sanctions renforcées pour les personnes morales qui commettraient des infractions à la loi sur le blanchiment.

Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

Ce schéma dissuasif, commun aux différentes politiques criminelles, se heurte à de nombreux problèmes. Premièrement, l'infraction de blanchiment étant qualifiée autour du recyclage de l'argent issu du trafic de drogue, du racket et du crime organisé, dans de nombreux cas, les criminels sont en mesure de re-facturer le coût attendu d'un durcissement de la politique pénale aux consommateurs finaux. Par exemple, 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 J. Caulkins et P. Reuter (1998). Même si, en réaction à la politique pénale, les intermédiaires qui assistent les trafiquants en matière de blanchiment doubleraient leurs exigences, le prix de la cocaïne vendue dans la rue n'augmenterait que de 2 %. Les consommateurs de cocaïne étant pratiquement insensibles à une augmentation aussi infime du prix, les trafiquants de drogue pourraient refacturer 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 en attendre d'effet sensible sur l'ampleur du blanchiment (Kopp, 1995).

Deuxièmement, il est fréquent que les criminels qui blanchissent de l'argent aient organisé leur insolvabilité, c'est-à-dire qu'ils ne puissent pas payer l'amende qu'ils encourent. Il convient alors de substituer aux amendes des peines de prison, en tablant sur le fait que les criminels prendront en compte, dans leur calcul économique, la désutilité du temps d'incarcération et éventuellement celle de l'opprobre qui l'accompagne. Toutefois, l'efficacité de l'incarcération est toute relative car sa durée est faible et son coût vient affecter (négativement) le bien-être collectif.

Troisièmement, on se heurte à un grave problème de dissuasion marginale. Puisque les peines ne s'additionnent pas et que celles encourues pour trafic de drogues sont généralement supérieures à celles liées aux infractions aux lois sur le blanchiment, il est probable que ces dernières n'aient plus de caractère dissuasif, lorsque les individus cumulent les deux activités. Il semble donc, pour les raisons précédemment évoquées, que la capacité de freiner le blanchiment et surtout les crimes qui permettent la constitution, en amont, du revenu criminel, par la politique de répression des personnes commettant des infractions aux lois sur le blanchiment ne doit pas être surestimée.

Quatrièmement, on constate que les coûts comparés des enquêtes policières dans le domaine purement criminel et dans le domaine des infractions de blanchiment ne font pas nécessairement de la lutte contre ce dernier une manière plus simple et moins coûteuse de condamner les criminels. En France, il n'existe pas à notre connaissance de cas où un trafiquant de drogue ait été condamné pour blanchiment sans avoir été préalablement condamné pour trafic. Ainsi, l'information nécessaire pour interpeller les auteurs de blanchiment s'avère coûteuse à réunir puisque

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

l'État ne peut pas observer directement les transactions bancaires et financières, ces dernières étant protégées par le secret bancaire.

C'est ce dernier constat qui justifie l'intérêt qui est actuellement porté à la responsabilité pénale des banques. Introduite récemment dans le nouveau code pénal français (1996) et timidement utilisée depuis, cette disposition est, en revanche, très souvent mobilisée outre-Atlantique afin d'inciter les banques à surveiller leur personnel, ou même leurs sous-traitants, puisque l'État s'estime être moins bien placé pour le faire. Nous nous attacherons donc à présent à étudier le fonctionnement économique du dispositif préventif mis en place dans les pays anglo-saxons.

2. Le volet préventif : le modèle anglo-saxon de responsabilité pénale des banques

Le modèle anglo-saxon repose sur l'idée que les banques sont mieux placées que l'État pour surveiller les transactions financières. Dans la mesure où l'État ne peut pas observer le comportement des employés des banques, il délègue cette mission de surveillance aux établissements bancaires qui choisissent soit d'observer directement le comportement de leurs employés, soit de mettre en place un dispositif de contrôle privé. Si les banques sont reconnues coupables de négligence, elles encourent, au titre de la responsabilité pénale, des sanctions dont le montant doit permettre d'internaliser parfaitement le coût social du blanchiment qu'elles n'ont pas pu empêcher.

Du point de vue de l'efficacité économique, puisque les banques peuvent dissuader, à moindre coût que l'État, leur personnel de commettre des infractions, la délégation de surveillance de l'État vers les banques trouve sa justification dans l'application du principe de minimisation du coût de dissuasion (« *least cost-enforcer* »). Si un tel dispositif est bénéfique pour la collectivité, il consiste toutefois à transférer la charge du coût de surveillance, de la collectivité dans son entier (financement public) vers les seules banques. Il revient donc aux banques d'exploiter les possibilités offertes par les modalités particulières de rémunération de leur personnel pour tenter de les inciter à ne pas commettre d'infractions, fussent-elles profitables pour lui, afin de diminuer l'occurrence des condamnations de l'établissement et donc le montant des amendes payées.

Le fondement de l'intérêt apporté par les anglo-saxons à la responsabilité pénale tient aux possibilités offertes par le système de rémunération spécifique des managers des banques. Ce dernier comporte une partie fixe (le salaire) et une partie variable (prime) qui dépend de la valorisation de l'établissement. Cette forme particulière de rémunération permet aux établissements bancaires de contrôler leur personnel en faisant dépendre leur rémunération de l'effort qu'ils consacrent à réduire le

nombre d'infractions qu'ils commettent ou facilitent. L'État aligne l'objectif des banques sur son objectif de minimisation du coût social du blanchiment grâce à l'instauration de la responsabilité pénale des établissements bancaires. Ces derniers obtiennent de leur personnel un comportement adapté en mettant en place un contrat incitatif de rémunération qui induit un niveau d'effort de la part du personnel susceptible de maximiser le profit des établissements bancaires, une fois pris en compte le montant des amendes qu'ils devront payer pour les infractions qu'ils n'auront pas pu empêcher. On observe immédiatement que ce dispositif est centré sur les infractions commises par les managers qui sont les seuls à bénéficier du régime des primes.

Ce dispositif anglo-saxon de prévention des infractions de blanchiment peut être traité à l'aide d'un modèle d'agence où le gouvernement est le Principal, la banque le Superviseur et les managers de la banque, les Agents. L'État est dans une situation d'aléa moral, il ne peut observer les comportements à l'intérieur de la banque : il lui délègue alors la mission de contrôler le personnel (rôle de supervision) pour son compte. Dans l'analyse qui suit, nous prenons appui sur l'analyse originale de la responsabilité pénale des entreprises (J.H Arlen, 1994) et sa modélisation (J.H Arlen et R. Kraakman, 1997) ainsi que sur la première transcription de la question en termes Principal-Agent proposée par N. Garoupa (2001) et partiellement inspirée par J. Gans (2000).

En suivant la modélisation de Garoupa (2001), on considère que la valeur sociale d'une banque dépend de deux sortes d'activités : d'une part son activité normale m et d'autre part l'activité criminelle n , qu'elle abrite, volontairement ou non, comme par exemple, le blanchiment qui impose un dommage h à la collectivité. La valeur de la fraction du capital de la banque détenue par les managers est donnée par $\alpha G(m,n)$ où α représente la partie du capital détenue par les managers et $G(\cdot)$ la valeur attendue du capital de la banque. La valeur du capital est déterminée ainsi : elle vaut 1 avec une probabilité $m + n$ et 0 avec une probabilité $1 - m - n$. Donc la valeur attendue de la banque est $G(m,n) = m + n$. La valeur attendue privée du comportement criminel du management est donnée par $E(n)$, avec $E'(n) > 0$ et $E''(n) < 0$. La composante fixe du salaire des managers est w . L'effort des managers est décrit par le coût $C(n,m)$ avec $C'n, C'm > 0$ et $C''n, C''m < 0$. n indique l'influence du comportement criminel des managers sur la valeur de la banque. u est une variable aléatoire qui décrit la présence de managers peu respectueux des lois dans le personnel des banques et dont la fonction de répartition est $F(\cdot)$. n et u sont supposés avoir des effets additifs, il n'apparaît alors de crimes que si $n + u > 0$. P_n décrit la probabilité que $n > 0$, c'est-à-dire que les managers sont susceptibles de « collaborer » avec les criminels. Si des crimes sont commis par les managers, l'État peut les détecter selon une probabilité, σ , et les coupables subissent alors une sanction S_a et la banque S_p . Nous examinerons successivement les cas en informa-

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

tion parfaite et imparfaite, c'est-à-dire lorsque la banque peut observer l'activité des managers et lorsqu'elle ne peut observer qu'imparfaitement ce qui l'incite à mettre en place un dispositif de surveillance du personnel.

A) Information parfaite

Supposons que contrairement à l'État (Principal), la banque (Agent) peut observer l'effort consacré par les managers à leur activité légale m et illégale n . Dans ces conditions d'information parfaite, le contenu du contrat optimal liant les managers à la banque est donné par la résolution d'une procédure de maximisation du profit attendu de la banque sous la contrainte de participation du management $U \geq 0$, l'utilité de réservation de l'agent est normalisée à zéro.

La rémunération attendue du management (8) est :

$$U = \omega + \alpha(m + n) + E(n) - C(n, m) - P(n)\sigma S_a \quad (1)$$

Le problème de la banque est de trouver les niveaux d'activités légales m et illégales n , solutions du programme :

$$\begin{cases} \max_{m,n} V \\ \text{s.t. } U \geq 0 \end{cases}$$

avec le profit attendu de la banque :

$$V = (1 - \alpha)(m + n) - \omega - P(n)\sigma S_p \quad (2)$$

$$= (m + n) + E(n) - C(n, m) - P(n)\sigma(S_a + S_p) \quad (3)$$

Les valeurs d'équilibre optimales de m et n sont données par les solutions des conditions de premier ordre du problème :

$$V_n = 1 + E_n - C_n - P_n\sigma(S_a + S_p) = 0 \quad (4)$$

$$V_m = 1 - C_m = 0 \quad (5)$$

Lorsque les conditions de second ordre sont satisfaites, on déduit le contrat optimal (\hat{m}, \hat{n}) . On montre alors facilement, à l'aide du théorème des fonctions implicites, que l'activité de blanchiment décroît avec

(8) On suppose que les managers sont neutres au risque.

Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

σ , S_a , S_p et l'effort productif augmente selon les mêmes valeurs car $C_{mn} > 0$. (9)

On définit la fonction de bien-être collectif de l'État comme la somme des gains de la banque et celui des managers diminué du coût social de l'activité criminelle (10) :

$$W = m + n + E(n) - C(n, m) - P(n)h \quad (6)$$

En l'absence de sanctions, la différence entre la fonction-objectif de l'État (maximiser le bien-être collectif) et celle de la banque (maximiser le profit) correspond exactement au coût social de l'activité criminelle. En fixant le niveau de sanctions de telle sorte que la somme des sanctions imposées aux managers et à la banque soit égale au dommage infligé à la collectivité divisé par la probabilité d'être arrêté soit $S_a + S_p = \frac{h}{\sigma}$, l'État peut rapprocher la fonction objectif de la banque de la sienne. La banque se comporte alors comme l'État le ferait s'il possédait l'information nécessaire. Peu d'ailleurs importe qui des managers ou de la banque est effectivement puni. Que $S_a = \frac{h}{\sigma}$ et $S_p = 0$, ou le contraire n'a aucune conséquence pour l'État. L'État laisse le soin à la banque et aux managers de négocier entre eux la répartition des sanctions. Ce dispositif bute toutefois sur la contrainte de solvabilité des managers : ils ne peuvent pas payer plus que la richesse dont ils disposent. Il est possible de déplacer cette contrainte en substituant des peines d'incarcération aux amendes. Mais puisque l'incarcération est coûteuse, il est préférable pour l'État d'introduire une forme de responsabilité pénale des entreprises, conforme à la logique du « *Deep Pocket* », consistant à faire payer les amendes aux entreprises plutôt qu'aux managers. Puisque la contrainte de richesse des managers est donnée par \bar{w} , il suffit de répartir le montant de la sanction optimale de telle sorte que $S_a = \bar{w}$ et $S_p = \frac{h}{\sigma} - \bar{w}$ pour obtenir une dissuasion efficace.

Ainsi, lorsque la banque peut observer le comportement des managers, l'introduction de la responsabilité pénale de l'établissement est nécessaire pour pallier l'insolvabilité du management et améliore le bien-être social de la collectivité en substituant à des dépenses publiques répressives inopérantes des dépenses privées efficaces. Ce dispositif constitue toutefois une charge supplémentaire pour les banques.

(9) On examine la fonction implicite $\phi(n) = 1 + E(n) - Cn - Pn\sigma(S_a + S_p) = 0$. Or, $\frac{\partial \phi}{\partial \sigma} = -Pn(S_a + S_p) < 0$ donc l'activité criminelle n varie en sens inverse de σ . La démonstration est identique pour S_p et S_a

(10) Le bien-être collectif est égal au profit attendu de la banque une fois pris en compte l'utilité de réservation des managers et diminué le coût attendu des sanctions.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

B) Information imparfaite

En fait, il est plus réaliste de penser que la banque ne peut observer parfaitement le comportement criminel des managers. Dans une situation d'information asymétrique, la banque ne peut observer l'effort que les managers consacrent à l'activité légale m et illégale n . Les managers choisissent les niveaux d'effort (\hat{m}, \hat{n}) maximisant leur rémunération attendue (situation d'aléa moral). L'État instaure pour sa part la responsabilité pénale des banques afin de pallier le problème d'insolvabilité des managers et fixe alors la sanction au niveau optimal $s_p = \frac{h}{\sigma} \cdot \bar{\omega}$ qui permet l'internalisation complète du coût du blanchiment (11). Par ce moyen, l'État conduit la banque à se comporter comme il le ferait dans les mêmes conditions. L'idée est alors d'analyser le comportement induit par cette situation qu'il est optimal pour la banque d'adopter. La banque doit alors résoudre le programme suivant afin de trouver le coefficient de la rémunération variable α qui constitue le contrat optimal c'est-à-dire qui maximise le profit de la banque sous la contrainte de participation des managers ($U \geq 0$) et la contrainte de compatibilité des incitations (\hat{m}, \hat{n}) .

$$\left\{ \begin{array}{l} \max_{\alpha} V \\ \mathbf{s.t.} \\ \max_{m, n} U \\ U \geq 0 \end{array} \right.$$

Ainsi, même lorsque la banque ne peut pas parfaitement surveiller son personnel, il demeure logique, du point de vue de l'État, de déléguer la surveillance du personnel bancaire aux banques en instaurant la responsabilité pénale des banques. Pour pallier les effets de la responsabilité pénale, la banque propose un contrat incitatif à ses managers et maximise son profit en ramenant le nombre des infractions à leur niveau optimal. Cette situation lui coûte toutefois cher car elle continue d'être condamnée pour les infractions résiduelles que continuent de commettre ses cadres et qui sont parfois découvertes par l'État.

a) Introduction de la surveillance privée

Dans cet environnement d'information imparfaite (aléa moral), lorsque les banques sont pénalement responsables du comportement du management, elles sont incitées à mettre en place un dispositif de sur-

(11) On sait avec Polinsky et Shavell (2000) qu'en présence d'asymétrie d'information la sanction optimale peut parfois être inférieure à $s_p = \frac{h}{\sigma} \cdot \omega$. Ainsi, dans le cas où la banque ne peut pas observer le comportement des managers, la mise en place de la responsabilité pénale de l'entreprise est certes indispensable pour permettre à l'État d'aligner le comportement des banques sur le sien. Mais, la politique criminelle doit se garder de prétendre internaliser complètement, par une sanction trop élevée, le coût social de l'activité criminelle.

veillance privé du personnel afin de diminuer l'occurrence des infractions et tenter d'obtenir un profit plus important que dans le cas précédent (sans contrôle privé). (12) Cette idée, introduite dès 1994 par J.H Arlen, consiste à considérer que lorsque les managers font l'objet d'une surveillance, leur activité criminelle pourra être détectée selon une probabilité p par la banque et sera toujours signalée à l'État. Si le comportement criminel des managers n'est pas détecté par la banque, il peut toujours l'être directement par l'État selon une probabilité σ . La sanction encourue par les managers est S_a . La sanction imposée à la banque est S_q si la banque a découvert elle-même la faute et S_p si c'est l'État qui la découvre à sa place.

Puisque la banque (Superviseur) ne peut pas observer l'effort que les managers consacrent à l'activité légale m et illégale n , ce sont donc ces derniers qui choisissent les niveaux d'effort (\hat{m}, \hat{n}) leur permettant de maximiser leur rémunération attendue. La banque doit alors maximiser son profit V en prenant (\hat{m}, \hat{n}) comme une donnée. Dans ce cadre le profit de la banque devient :

$$V = \hat{m} + \hat{n} + E(\hat{n}) - C(\hat{n}, \hat{m}) - P(\hat{n}) [\rho(S_a + S_q) + (1 - \rho)\sigma(S_a + S_p)] - T(\rho) \quad (7)$$

Pour maximiser le bien-être collectif, l'État doit déterminer le niveau des sanctions de façon à aligner la fonction objectif de la banque sur la sienne grâce à la responsabilité pénale. Il lui suffit de fixer la sanction attendue égale au dommage infligé par le blanchiment à la collectivité, soit $\rho(S_a + S_q) + (1 - \rho)\sigma(S_a + S_p) = h$, pour que la fonction objectif de la banque devienne identique à la sienne, au coût près $T(\rho)$ du dispositif de surveillance privé. (13) S'il sature la contrainte d'insolvabilité des managers [$S_a = \varpi$], l'État fixe alors S_p et S_q de telle sorte que :

$$\rho S_q + (1 - \rho)\sigma S_p = h - \varpi[\rho + (1 - \rho)\sigma] \quad (8)$$

Par le jeu des sanctions pénales, l'État a aligné la fonction objectif de la banque sur la sienne. Pour maximiser son profit, la banque doit alors proposer aux managers un contrat optimal, fixant d'une part, le paramètre descriptif de la rémunération variable α des managers et, d'autre part, l'effort de surveillance privée P , sous la contrainte de participation du management [$U \geq 0$] et la contrainte de compatibilité des incitations (\hat{m}, \hat{n}) , soit la solution du programme suivant :

(12) Le coût pour la banque de l'introduction du contrôle privé est de la forme $T(\rho)$ avec $T'(\rho) > 0$ pour $\rho > 0$, $T'(0) = 0$ et $T''(\rho) > 0$.

(13) Le résultat de la soustraction de (7) et (6) donne $T(\rho)$.

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT} \\ \alpha, \rho \\ \mathbf{s}: \\ \max_{m, n} U \\ U \geq 0 \end{array} \right. \quad (9)$$

Les conditions de premier ordre sont alors :

$$V_{\alpha} = V_m \hat{m}_{\alpha} + V_n \hat{n}_{\alpha} = 0 \quad (10)$$

$$V_{\rho} = V_m \hat{m}_{\rho} + V_n \hat{n}_{\rho} - P(\hat{n})[(1 - \sigma)S_a + S_q - \sigma S_p] - T(\rho) = 0 \quad (11)$$

b) Les effets pervers de la surveillance privée

L'introduction d'un dispositif de surveillance privé engendre un effet pervers identifié par J.H Arlen (1994) et précisé par J.H Arlen et R. Kraakman (1997). Plus les banques consacrent d'effort à surveiller leur personnel, plus elles détectent d'infractions qu'elles doivent signaler et augmentent ainsi leur exposition aux sanctions pénales. Afin de pallier ce problème, le droit anglo-saxon explore la possibilité, qui n'existe pas en droit continental, de doser les sanctions pénales aux prorata de l'effort de surveillance effectivement consenti par les banques. La différence $S_p - S_q$ correspond ainsi à une forme nouvelle de responsabilité « *mitigation liability* » ou « responsabilité atténuée » qui devrait inciter efficacement les banques à pérenniser un dispositif de surveillance de leurs employés. Ce qu'il est convenu d'appeler « *l'effet Arlen* » peut être interprété avec N. Garoupa (2001) comme un biais dans l'alignement de la fonction objectif de l'État (Principal) et de la banque (Superviseur). Ce biais tient aux effets ambigus du dispositif de surveillance privé du personnel, et est susceptible d'éloigner le comportement de la banque de celui que l'État souhaiterait qu'elle adopte, en matière de surveillance privée du personnel ; la responsabilité atténuée est alors un moyen de réduire ce biais et forcer les banques à adopter le niveau optimal de surveillance privée du personnel.

Du point de vue de l'État, le niveau de surveillance des managers, par la banque, qui maximise le bien-être collectif est donné par (11) quand le troisième terme est nul (14). Du point de vue de la banque, l'effort optimal de surveillance est donné par l'équation (11). Observons que les deux premiers termes de cette équation sont positifs, ce qui indique que le profit de la banque augmente avec l'effort consacré à la surveillance. Le troisième terme peut être négatif et venir contrecarrer (*effet Arlen*) l'effet des deux premiers. Ce troisième terme mesure le gain marginal pour la banque de l'introduction du contrôle privé au regard des conséquences des sanctions qui la frapperont. Si la banque met en place un système de surveillance efficace, d'une part le nombre d'infractions com-

(14) Le bien-être collectif est égal au bénéfice de la banque diminué du coût social de l'activité criminelle, soit $W = V_m n - T(\rho) + E(n) - C(m, n) - P(n)h$ dont la dérivée selon ρ est égale à (11) quand le troisième terme est nul.

Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

mises par le management diminuera mais d'autre part, chacune de celles qui subsisteront entraînera une sanction à l'encontre de la firme. En présence de « *l'effet Arlen* », la banque n'a pas intérêt à mettre en place un quelconque contrôle privé afin d'éviter d'être condamnée pour les infractions qu'elle découvrirait. Dans tous les autres cas où le troisième terme est non nul, la banque mettra en œuvre un niveau de surveillance sous-optimal du point de vue de l'État. En conséquence, afin d'éviter toute divergence entre l'objectif de l'État et celui de la banque, l'État doit introduire une « *responsabilité atténuée* », c'est-à-dire accepter de diminuer le montant des amendes au prorata de l'effort que les banques auront consacré à la surveillance (15).

En conclusion de ce rapide examen du modèle anglo-saxon, observons que la politique criminelle correspondante repose sur l'utilisation extensive de la qualification pénale, tant en matière de surveillance du personnel que des clients. Cette approche est réputée permettre de pallier l'asymétrie d'information dont souffre l'État. Or, c'est précisément autour des problèmes d'informations qu'émergent les principales critiques portées à ce système. On peut ainsi se demander si l'avantage informationnel qui fondait la délégation, aux banques, du rôle de surveillance de l'État, n'a pas été largement surestimé.

Premièrement, quelle est la portée opérationnelle d'un tel dispositif ? Seul le faible pourcentage du personnel des banques qui bénéficie effectivement de primes d'intéressement est effectivement sensible aux variations conjuguées de leurs deux sources de rémunération. Le contrat incitatif optimal qui constitue le levier de l'application extensive de la responsabilité pénale des entreprises ne peut donc être offert qu'à une infime minorité, ce qui limite la capacité des banques à modifier le comportement des personnels. Deuxièmement, lorsque les banques doivent surveiller leur personnel, elles ont le choix d'instaurer, ou non, un système privé de surveillance puisque, dans certains cas, ce dernier peut négativement influencer leur profit. Elles sont donc conduites à ne pas systématiquement exploiter leur avantage stratégique qui leur permettrait, à l'aide d'un dispositif de surveillance privée, d'être plus performantes que la surveillance publique assurée par l'État. L'impératif de maximisation du profit peut donc les conduire à entretenir volontairement une sorte d'ignorance rationnelle de leur fonctionnement interne. Troisièmement, l'instruction judiciaire des affaires de responsabilité pénale des entreprises s'avère particulièrement longue et coûteuse et contribue notablement à encombrer le système judiciaire dans un domaine où l'établissement de la preuve de la négligence d'une banque incriminée est particulièrement complexe. L'État doit donc prendre en charge un coût imprévu alors qu'il s'est précisément déchargé de son rôle de surveillance sur les banques pour limiter ses dépenses. Certes, chacune de ces

(15) Alors S_q est négatif afin de compenser S_p et « *l'effet Arlen* » est neutralisé puisque le troisième terme de (11) est ramené à un niveau égal à zéro, soit $S_q = \sigma S_p - (1 - \sigma)\sigma$.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

objections peut trouver une solution : extension de la rémunération par prime, mise en place de la responsabilité proportionnelle, simplification des procédures. Toutefois, le risque existe, comme pour tout système réglementaire fondé sur l'instauration d'une norme assortie d'une dissuasion pénale et d'une délégation de surveillance, de voir l'économie de coûts informationnels obtenue par la délégation, contrebalancée par une augmentation du coût de mise en œuvre de la loi. La probabilité d'aligner, par un jeu d'incitations, le comportement des banques sur celui de l'État à l'aide d'un système de responsabilité pénale des entreprises semble donc assez ténue ou très complexe à mettre en œuvre. Faute d'une modification vertueuse des comportements des agents, on risque de voir les banques forcées de prendre à leur compte l'internalisation du coût social du blanchiment et tenter de freiner ce processus en paralysant la machine judiciaire lorsque leur responsabilité pénale est engagée.

3. Le volet préventif : le modèle continental d'autorégulation du système bancaire

Contrairement aux pays anglo-saxons, la majorité des pays de l'Europe continentale n'a pas souhaité recourir à la menace du Pénal pour enclencher la transformation souhaitée des mœurs du système bancaire. Par exemple, la loi française instaure bien un devoir de coopération de l'ensemble du secteur bancaire avec les autorités publiques (16) mais ne sanctionne un éventuel manquement à ce devoir que par des sanctions disciplinaires peu contraignantes (17). Le dispositif continental table sur une autorégulation souple du système bancaire fondée sur l'adhésion progressive et volontaire à une norme de comportement. Ce schéma n'exige pas une grande implication du régulateur, mais son inconvenient majeur est d'offrir une échappatoire facile aux établissements bancaires qui continueraient de participer au blanchiment en érigeant leur « négligence » en alibi.

Du point de vue analytique, cette forme d'autorégulation du système bancaire ne s'apparente pas directement aux cas d'émergence spontanée d'une norme privée, sorte de résurgence de l'ancienne *lex mercatoria*, qui ont suscité une abondante littérature récente (18). Le schéma classique de la *lex mercatoria* est celui de l'émergence de pratiques pro-

(16) La loi du 12 juillet 1990 instaure l'obligation de surveillance des clients et de dénonciation de soupçons à l'agence Tracfin, rattachée au ministère des finances. Tracfin peut décider de transmettre ses informations au procureur de la République si les conditions de l'article 5 de la loi anti-blanchiment du 12 juillet 1990 sont réunies ou si les informations reçues mettent en évidence un crime ou un délit lié notamment à la grande délinquance organisée.

(17) Les sanctions administratives peuvent être décidées par la commission bancaire et vont de l'avertissement au retrait d'agrément en passant par la démission d'office des dirigeants. Elles n'ont jamais été utilisées à ce jour.

(18) Cette « *lex mercatoria* » ou « *loi des marchands* » définissait un ensemble d'obligations auquel devaient satisfaire les membres des corporations et des guildes (Greif, Milgrom et Weingast, 1994).

Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

fessionnelles qui s'imposent spontanément aux membres de la corporation et font généralement l'objet d'une codification bien ultérieure. Cette codification intervient lorsque les coûts d'information nécessaires à l'autorégulation deviennent exorbitants du fait de la taille du système. L'exigence de minimisation des coûts œuvre alors en faveur d'une externalisation de la régulation vers le système judiciaire.

Dans le cas du blanchiment, ni les banques, ni le système financier n'ont été à l'initiative de comportements particulièrement vertueux pas plus qu'ils n'ont pris d'initiatives en faveur de la loi à laquelle, au contraire, ils se sont opposés initialement avec vigueur. Nous sommes donc confrontés à un cas particulier où une norme (19) de comportement est proposée par le décideur public aux acteurs du secteur sans que ce dernier n'assortisse sa démarche de sanctions réellement contraignantes. Il semble pourtant que cette démarche puisse être couronnée de succès et engendrer une modification perceptible des comportements des acteurs du secteur bancaire et financier. Après l'adoption de la loi de 1990 sur le blanchiment, les banques françaises se trouvaient face à un dilemme : collectivement, elles avaient intérêt à la « moralisation » du système (20) mais individuellement, elles avaient intérêt à perpétuer leurs pratiques anciennes puisque aucune sanction n'était prévue. Sommées d'adopter une norme qui s'apparente à un bien collectif, les banques étaient sujettes à l'action délétère du dilemme du prisonnier.

La peur de perdre leur réputation et une intervention, modeste, de l'État, peuvent être à l'origine d'une issue favorable. Il est possible d'adapter à notre cas d'espèce la proposition initialement avancée par Granovetter (1978) et reprise par Cooter (1995) démontrant l'existence de conditions permettant, dans certains cas, de sortir d'un dilemme du prisonnier. Dans ce type de modèle dit « de seuil », développé autour du cas des manifestations collectives comme les grèves, le coût d'entrée dans l'action collective diminue avec le nombre d'entrants tandis que chaque individu est caractérisé par un seuil de coût différent, à partir duquel il décide de participer à l'action collective. On observe alors une sorte de réaction en chaîne où l'augmentation du nombre de participants à l'action collective diminue le coût de l'adhésion et déclenche de nouveaux ralliements.

Dans le cas des banques, à chaque fois qu'une banque adopte la nouvelle norme, elle contribue à abaisser le coût d'adoption futur pour celles qui ne l'ont pas encore fait. En effet, moins nombreuses sont les

(19) On peut définir une norme (Cooter, 1995) comme un dispositif qui indique à chaque membre d'un groupe d'individus le comportement qu'ils doivent adopter dans certaines circonstances et assortit ses recommandations de la menace d'une sanction si elles ne sont pas observées.

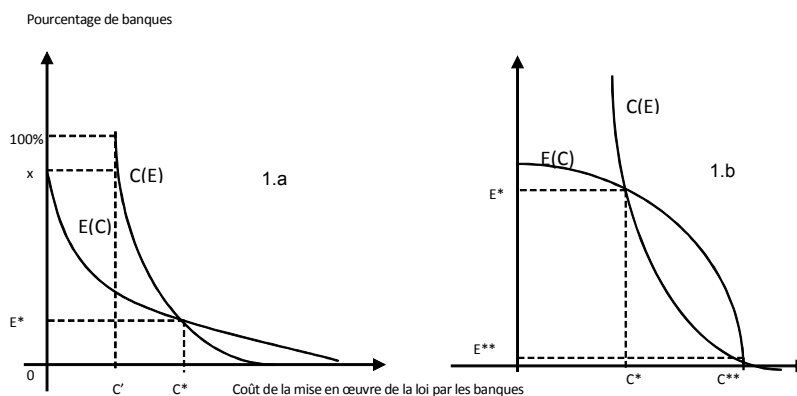
(20) Nous avons montré que le bénéfice retiré par les banques pour leur participation au blanchiment criminel (drogue, racket, crime organisé) était infime et ne constituait en rien une raison suffisante, pour les banques, de s'opposer au gouvernement. La résistance des banques portait sur le principe d'une levée, même partielle, du secret professionnel et reflétait leur crainte de voir leur obligations étendues vers le blanchiment lié à l'évasion fiscale ou à la corruption (Kopp, 2001).

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

banques à continuer de participer au blanchiment criminel, plus il est facile pour elles d'arguer auprès de leurs clients qu'il leur devient impossible de continuer à faire cavalier seul. Illustrons cela sur le graphique suivant en traçant la courbe $C(E)$ qui décrit le coût de la mise en œuvre de la loi par les banques en fonction du nombre d'établissements qui adoptent cette nouvelle attitude. Cette courbe est décroissante : plus les banques qui respectent la loi sont nombreuses, moins il est coûteux de la respecter, puisque renoncer au blanchiment devient une attitude dominante. De son côté, la courbe $E(C)$ décrit la répartition du pourcentage de banques prêtes à adopter la loi en fonction du coût de sa mise en œuvre.

En suivant le tracé de $E(C)$, on observe que le nombre de banques adoptant la nouvelle loi augmente tant que le coût de mise en œuvre est inférieur à leur disposition à payer pour changer leur comportement. Si les deux courbes sont convexes (graphique 1.a), la position de x sur l'axe des ordonnées indique qu'il n'existe plus d'établissement bancaire pour lequel le coût de mise en œuvre de la loi soit inférieur à sa disposition à payer pour se mettre aux normes, le pourcentage de banques qui adopte la norme ne peut dépasser en pourcentage x . Lorsque x % des banques appliquent la loi, le coût minimal de cette mise en œuvre ne descend jamais au dessous de C' . L'équilibre intervient pour un pourcentage d'établissements E^* lorsqu'il n'existe plus d'établissement dont la disposition à payer soit supérieure au coût correspondant C^* . Si le décideur public estime que ce niveau de moralisation du système bancaire est insuffisant, il peut intervenir pour accentuer le coût pour les banques de ne pas jouer le jeu de la normalisation et diminuer ainsi leur coût d'adaptation et forcer la marche vers un autre équilibre plus favorable.

Graphique 1
Les conditions de généralisation de la norme de bonne conduite



Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

La marche vers l'équilibre est plus complexe lorsque la courbe $E(C)$ est concave (graphique 1 .b), ce qui décrit une situation pourtant assez réaliste où le coût d'adaptation pour les banques décroît plus lentement lorsque peu de banques suivent le mouvement puis, plus rapidement, lorsque la norme se généralise (21). Le système bancaire se trouve alors dans une situation caractérisée par des équilibres multiples. La majorité des banques adoptent la norme tant que le coût de respecter la loi est inférieur à leur disposition à payer pour ce changement. Dès que la courbe $C(E)$ est située au dessus de $E(C)$, le nombre de banques respectant la loi cesse d'augmenter. Lorsque les courbes se coupent à nouveau en C^{**} , le coût du respect de la loi devient supérieur à la disposition à payer des banques, alors le nombre de banques respectant la loi tend vers zéro. Les deux équilibres sont instables. Tant que le système n'a pas trouvé son équilibre, le décideur public souhaite bien sûr voir converger le système vers l'équilibre optimal (C^*, E^*) mais doit être averti du risque de voir une amélioration locale conduire vers un équilibre sous optimal (C^{**}, E^{**}) .

Le décideur public peut influencer la localisation de l'équilibre. Il suffit qu'il manifeste une volonté renouvelée de voir la norme de « moralisation » respectée pour que le coût, en termes de réputation, du non-respect de la norme augmente. Inversement, le coût de mise en conformité diminue, le nombre de banques dont la disposition à payer est supérieure au coût augmente donc. Le décideur public peut ainsi conduire le système bancaire et financier vers un équilibre vertueux en jouant sur la menace de perte de réputation qui déplace le seuil de participation à l'action collective des différentes banques.

Le système continental est attrayant car il n'exige pas une intervention complexe de la part de l'État qui n'a besoin que de très peu d'information pour jouer son rôle. Le risque de voir s'empiler des règles de responsabilité de plus en plus complexes et des contre-mesures destinées à pallier leurs effets pervers, typique du système anglo-saxon, est absent. En revanche, le système est assez laxiste puisqu'il ne prévoit pas de réelles sanctions pour les établissements qui ne se plieraient pas aux souhaits exprimés par le décideur public. Ce dispositif est également assez facilement manipulable car le maniement de la menace de ruiner la réputation d'un établissement bancaire est très politique. L'ouverture d'une procédure judiciaire et son suivi donnent lieu à toute une série d'opportunités de ruiner la réputation d'un établissement qui peuvent être facilement orientées par le politique. Enfin, ce mode de régulation se prive de l'exemplarité de l'application de la loi et contribue à entretenir une certaine opacité sur le fonctionnement des établissements bancaires

(21) Sur le graphique 1.b au point d'abscisse C^* une petite diminution du coût de respecter la loi engendre une faible augmentation du nombre de banques vertueuses ; le nombre de banques honnêtes est donc très inélastique au coût de respecter la loi. Au point correspondant à C^{**} , une petite diminution du coût de respecter la loi engendre un fort mouvement d'adoption de la loi ; le nombre de banques honnêtes est donc très élastique au coût de respecter la loi.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

qui peut être nuisible au respect de la loi, en général, et à la réputation globale du système.

En conclusion, l'opposition entre le système anglo-saxon centré sur la responsabilité pénale des banques et le modèle continental de régulation fondé sur l'adhésion à une norme de comportement est assez stimulante. Elle permet notamment de mieux comprendre pourquoi les États-Unis connaissent un nombre assez important de procédures judiciaires où la responsabilité pénale des banques est mise en cause (comme par exemple le cas retentissant des poursuites contre la *Bank of New York*) alors qu'en France, il n'y a jamais de procédures ouvertes directement contre les établissements financiers, en matière de blanchiment, mais seulement, et très rarement, contre leurs dirigeants (comme, par exemple, Claude Bébear dans l'affaire Axa-Paneurolife). Le système américain table, pour moraliser son système bancaire et financier, sur le traitement judiciaire du blanchiment et l'effet dissuasif que devraient avoir les peines prononcées. Le système français parie sur l'auto-disciplinarisation des établissements et considère que les coûts du traitement judiciaire seraient supérieurs aux bénéfices exprimés en termes de dissuasion.

*
* *

L'examen de l'efficacité de la politique criminelle de lutte contre le blanchiment constitue une occasion de s'intéresser à un cas particulier d'articulation entre, d'une part, le choix des règles de droit et, d'autre part, les modalités d'attribution (au public ou au privé) de la tâche de mise en œuvre de la loi. Il ressort de l'étude de la situation des pays de droit anglo-saxon qu'en l'absence d'une forme très particulière de responsabilité (proportionnelle à l'effort de surveillance), on ne peut pas conclure à l'efficacité de la délégation au privé de la mission de surveillance des personnels. Il convient donc de n'envisager qu'avec les plus grandes précautions la possibilité de transposer en droit français l'utilisation extensive de la responsabilité pénale des entreprises quand on sait l'hérésie que représente l'idée de proportionnalité entre l'effort de surveillance et la sanction. De son côté de l'Atlantique, le système continental de délégation de surveillance au privé repose sur l'espoir d'une adoption progressive de la nouvelle norme. Cet espoir est, certes, fondé mais le problème de la mobilisation du personnel autour de cet objectif lorsque son revenu n'est pas indexé sur la réputation de la banque reste entier.

Ainsi, la capacité du privé à exploiter son avantage informationnel justifie qu'on lui délègue la charge de la fonction de surveillance reste largement hypothétique. Le besoin d'une intervention directe du régulateur public dans le domaine de la surveillance sort renforcé de ce bref examen des systèmes en présence. Notre constat, d'inspiration plutôt théorique, recoupe l'observation des difficultés concrètes de la lutte

Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

contre le blanchiment. On note en effet que l'un comme l'autre, les deux modèles se heurtent à des difficultés communes. Aux États-Unis comme en France, la stratégie préventive repose sur l'hypothèse que les banques peuvent identifier les clients indésirables et les faire fuir. Or, il est plus que probable que les criminels sauront vite dissimuler leur raison sociale à leurs partenaires du système bancaire. C'est pourquoi la « déclaration de suspicion » fera bientôt figure d'antiquité dans la panoplie de la lutte contre le blanchiment. L'autorité publique devra alors recourir à des réglementations nouvelles et mettre en œuvre un dispositif *ad hoc*. D'ailleurs, la multiplication des réglementations directes (déclarations de transfert, interdiction de paiement en cash au-dessus d'un certain montant, etc.) constitue le prélude à cette tendance probablement inéluctable à la re-régulation. Par ailleurs, lorsque le droit progresse dans les pays de la zone GAFI, d'autres États peuvent saisir l'opportunité ainsi créée de se constituer en place *off shore* dont la résorption constitue un thème brûlant qui souligne les limites des politiques criminelles purement nationales. Ici encore, la délégation de surveillance ne remplacera pas une intervention internationale directe destinée à interdire (ce qui constitue une forme de réglementation) l'activité principale des paradis fiscaux : la possibilité de mener des transactions sous le couvert de l'anonymat. Enfin, la lutte contre le blanchiment exige, comme dans la majorité des cas de délinquance économique et financière, une forte coopération internationale des agences répressives. Cette dernière bute encore sur la disparité des lois et des procédures dans les différents pays concernés. L'extension du nombre de pays souscrivant aux règles promues par le GAFI constitue, certes, une avancée positive, mais ne doit pas cacher les difficultés souvent insurmontables de coordination des enquêtes, y compris au sein de l'Union européenne. Ici encore, le décideur public devra intervenir et consacrer des ressources au bon déroulement des enquêtes transnationales. Finalement, la mise en place d'un dispositif efficace de lutte contre la criminalité financière en général et le blanchiment en particulier exigera de mettre en œuvre des formes originales de coordination entre les moyens publics et privés. Nul doute que ce thème mobilisera les économistes du droit.

Regards français et européens en hommage à Yves CHAPUT

Bibliographie

ALLINGHAM M.G. et SANDMO (1972) « Income Tax Evasion : A Theoretical Analysis » *Journal of Public Economics* 1, 323-338.

ARLEN J. (1994) « The Potential Perverse Effects of Corporate Criminal Liability » *Journal of Legal Studies*, vol XXIII, 830-860.

ARLEN J. et KRAAKMAN R.(1997) « Controlling Corporate Misconduct:A Comparative Analysis of Alternative Corporate Incentive Regimes », *New York University Law Review*, 72 : 687-779.

CAULKINS J. ; REUTER P. (1998) « What Price Data Tells Us About Drugs Markets », Rand Corporation, Center for Drug policy, working paper n°000

COOTER R. (1995) « *The Theory of Market Modernization of Law* » Working paper n° 95-3, Berkeley, University of California.

COWELL F.A. (1990) « Tax Sheltering and the Cost of Evasion » *Oxford Economic Papers* 42, 221-243.

CRAMER H. et GAHVARI F. (1994) « Tax Evasion, Concealment and the Optimal Linear income Tax » *Scandinavian Journal of Economics*, 96, 219-239.

GANS J. (2000) « *Incentive Contracts, Optimal Penalties and Enforcement* » Melbourne Business School, Australia, Mimeograph.

GAROUPA N. (2001) « Corporate Criminal Law and Organization Incentives : a Managerial Perspective » *Managerial And Decision Economics*, 21 : 243-252.

GRANOVETTER M. (1978), "Threshold Models of Collective Behavior", *American Journal of Sociology*, 83(6) - may, 1420-1443.

GREIF A., MILGROM P. et WEINGAST B.R. (1994), « Coordination, Commitment, and Enforcement : The Case of the Merchant Guild », *Journal of Political Economy*, 745-776.

KAPLOW L. (1990) Optimal Taxation with Costly Enforcement and Evasion » *Journal of Public Economics* 43, 221-236.

KOPP P. (2001) « *Les délinquances économiques et financières transnationales* » IHESI Études et Recherches, Paris.



Bruno DEFFAINS et Pierre KOPP

KOPP P. (1995), Politiques publiques- La répression du trafic de drogue est-elle efficace ?" *Economie Appliquée*, tome XLIX, n° 2, 107-133.

POLINSK A.M. Y .et SHAVELL S, 2000 « The Economic Theory of Public Enforcement of Law» *Journal of Economic Literature*, vol XXXVIII, n°1, pp 45-77.

SLEMROD J. et YTZHAKI S. (1987) « The Optimal Size of a Tax Collection Agency » *Scandinavian Journal of Economics* 89, 183-192.

USHER D. (1986) « Tax Evasion and the Marginal Cost of Public Funds » *Economic Enquiry* 24, 563-586.

YANIV G. (1999) « Tax Evasion, Risky Laundering, and Optimal Deterrence policy », *International Tax and Public Finance*, 6, 27-38.

