



L'IMPACT DE *CITIZENS UNITED* DANS LA CAMPAGNE DE 2012

FRANÇOIS VERGNIOLLE DE CHANTAL

Université de Bourgogne

En Europe, il faut souvent un scandale précis pour que l'on parle du financement des campagnes électorales. Aux États-Unis en revanche, la question revient en permanence car le système en lui-même est l'objet d'un débat intense. Les sommes brassées lors des élections américaines sont sans comparaison avec celles pratiquées en Europe¹. En 2012, les campagnes organisées pour la présidentielle, les élections au Congrès et les scrutins locaux, ont atteint le chiffre record de 6 milliards de dollars, à comparer aux 4.5 milliards de 2008. Ce n'est là que la dernière illustration d'une tendance de fond : les coûts de campagne sont en constante augmentation depuis quarante ans². Non seulement le nombre de candidats est extrêmement important dans ce pays-continent où de nombreux postes sont occupés par des élus, par exemple pour la justice, mais la faiblesse historique des partis,

¹ Rappelons que les dépenses pour la présidentielle française de 2012 étaient plafonnées par la loi à 16 millions d'euros pour le 1^{er} tour et 21 millions pour le second tour. Pour les législatives, les partis pouvaient recevoir 33 millions d'euros pour mener campagne, puis jusqu'à 40 millions en fonction de leur nombre d'élus.

² En 1996, l'ensemble des sommes collectées pour la seule présidentielle atteignit 453 millions, 676 millions en 2000, 1 262 milliards en 2004, et plus de deux milliards en 2008. Quant aux élections au Congrès, leur coût a augmenté également d'environ 9% tous les deux ans depuis 1971 – pour la chambre basse – et de 12% pour le Sénat. En 2010, le coût moyen d'une campagne pour la Chambre des représentants dépassait 1,1 million de dollars et 8,1 millions dans le cas d'une campagne pour les sénatoriales. Les 78 candidats aux sièges les plus « ouverts » (*competitive*) de la chambre basse, ont même dépensé en moyenne plus de 1,75 millions de dollars ; au Sénat, la campagne du *Majority Leader*, Harry Reid, pour défendre son siège, lui a coûté 23 millions de dollars (sa concurrente, Sharron Angle, dépensa elle plus de 28 millions). Pour l'instant, la campagne sénatoriale la plus chère demeure celle qui opposa Hillary Clinton (démocrate) et Rick Lazio (républicain) en 2000. Ils dépensèrent à eux deux 69 millions de dollars.

incapables de sélectionner eux-mêmes l'ensemble des candidats, conduit chacun à organiser sa propre campagne en prévision du prochain scrutin. Par ailleurs, la régularité constitutionnelle de ces derniers permet aux candidats de planifier à l'avance, une option par définition plus difficile en régime parlementaire où la dissolution introduit une dose d'incertitude sur la date. Enfin, les moyens technologiques pour communiquer avec les électeurs sont de plus en plus chers. Si la presse et les militants ont historiquement été les moyens privilégiés de communication, le développement de la télévision après la seconde Guerre mondiale ainsi que le relatif affaiblissement des partis ont totalement changé la donne. Le recours systématique aux médias pour diffuser des « publicités négatives », les myriades de consultants politiques, les avalanches de sondages contribuent tous à la spirale vertigineuse des coûts électoraux. Les seules présidentielles de 2012 ont confirmé cette tendance : Mitt Romney a collecté 389 millions de dollars et Barack Obama 632 millions pour leurs campagnes³, sans compter les dépenses indépendantes.

Cette situation déconcertante pour un Européen l'est aussi pour les Américains. Les sondages indiquent régulièrement le cynisme de l'opinion vis-à-vis d'un processus électoral qui semble fonctionner par et pour les intérêts les mieux financés. Mais en dépit de cette méfiance latente, la régulation du financement des élections a dernièrement marqué le pas. En janvier 2010, la Cour suprême a rendu la décision *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310), qui a ouvert grand les vannes du financement privé des élections. Le financement public, qui existe, sous forme d'option, uniquement pour la présidentielle, est maintenant menacé d'obsolescence complète. Le choix de Barack Obama en 2008 de ne pas y avoir recours avait déjà politiquement fragilisé le système, mais la décision de la Cour est beaucoup plus corrosive en ce sens qu'elle affaiblit le cadre légal lui-même.

Tout comme *Buckley v. Valeo* en 1976, la décision est techniquement une interprétation de la liberté d'expression dans le cadre du 1^{er} amendement. En 1976, la Cour en avait déjà donné une lecture extensive : libertés de penser et de dépenser avaient été assimilées par la majorité de l'époque, supprimant

³ Chiffres tirés du site <OpenSecrets> : <http://www.opensecrets.org/pres12/index.php>. Si l'on ajoute les montants collectés par les partis, alors chaque candidat bénéficie d'un milliard de dollars, avec un léger avantage aux républicains.

ainsi toute limite aux dépenses et donnant une base légale au financement privé des élections. La majorité de 1976 – 7 contre 1 – avait validé l’essentiel de la loi de 1971 et de ses amendements de 1974. Ainsi, la création d’un financement public optionnel pour la présidentielle, les limites des contributions aux campagnes, la transparence des financements par le biais du contrôle d’une toute nouvelle *Federal Elections Commission*, furent toutes déclarées constitutionnelles. La Cour rejetait un seul point, fondamental : les limitations des dépenses. Au nom d’une interprétation large de la liberté d’expression protégée par le 1^{er} Amendement, n’importe quel citoyen, seul ou en association avec d’autres (autrement dit les syndicats, les lobbies, et les entreprises), devait pouvoir dépenser « indépendamment » autant qu’il le souhaitait pour défendre son point de vue lors d’une élection. En 2010, l’interprétation extensive du 1^{er} amendement fut réaffirmée. La Cour, par une majorité de 5 contre 4, déclara en effet que la loi de 2003 régulant le financement des élections, le *Bipartisan Campaign Reform Act*, ne pouvait pas limiter les dépenses indépendantes des entreprises, des associations et des syndicats dans les campagnes car tous ces groupes bénéficiaient, au même titre que les individus, d’une totale liberté d’expression⁴. Si le financement direct d’un candidat reste interdit (depuis le *Tillman Act* de 1907 pour les entreprises et le *Taft-Hartley Act* de 1947 pour les syndicats), les dépenses indépendantes sont illimitées pour tous les acteurs de la société. Plus précisément, les entreprises, les associations et les syndicats peuvent dépenser sans compter pour ce que la Cour désigne depuis 2003 comme ‘*electioneering communications*’ (« communication électorale »), concrètement, la communication médiatique mentionnant un candidat, le plus souvent appelant à sa victoire ou sa défaite (*express advocacy*). Les seules contraintes sont l’obligation de transparence publique auprès de la FEC et l’interdiction de toute coordination entre la campagne d’un candidat et les dépenses de groupes privés, ce qui justifie leur qualificatif d’ « indépendantes ». Ce sont maintenant ces dépenses qui constituent l’essentiel du débat sur le financement des campagnes aux États-Unis.

L’objet de ce texte est de faire le point sur l’état du financement privé des élections. Les observateurs ont multiplié les critiques à l’encontre de la

⁴ La Cour renversait donc sa décision de 2003, validant BCRA, *McConnell v. Federal Election Commission*. L’opinion majoritaire fut rédigée par le Juge Kennedy et il y eut deux opinions concourantes, celle du *Chief Justice* Roberts et celle de Clarence Thomas ; l’opinion dissidente fut rédigée par le Juge Stevens.

décision de 2010. Quelques jours plus tard, le président Obama a mis en cause dans son discours sur l'État de l'Union la possible manipulation des élections par les grandes entreprises. L'expression populaire serait détournée par le pouvoir de l'argent : les États-Unis deviendraient une ploutocratie. *'Money Is Not Speech! Corporations Are Not People!'* : les slogans des opposants sont sans ambiguïté. Si jusqu'à présent les grandes entreprises semblent réticentes à s'engager dans le jeu électoral et partisan, en revanche, tous les candidats, républicains comme démocrates, se sont rués vers ce nouvel Eldorado. L'initiative est venue des candidats eux-mêmes, désireux d'obtenir une autre source de financement, et ce en dépit de leurs déclarations. L'effet d'entraînement de la présidentielle étant mécaniquement plus fort que celui des *midterms*, 2012 a été le véritable « test » pour *Citizens United*.

Le détricotage de la loi de 1971

Les États-Unis ne se sont jamais dotés d'un système public, obligatoire et global de financement des élections fédérales. Les pratiques européennes seraient impensables aux États-Unis : le financement public obligatoire des campagnes électorales y serait annulé par la Cour suprême sur la base de la liberté d'expression. Jusqu'en 1971, la seule loi en vigueur était le *Federal Corrupt Practices Act* de 1910 ; renforcé en 1925, le texte restait extrêmement lacunaire. L'opacité la plus totale régnait. La loi de 1971 (*Federal Elections Campaign Act*, FECA), amendée en 1974, était en revanche beaucoup plus ambitieuse. Elle demeure le cadre légal actuel⁵. Elle mettait en place un financement public optionnel pour la seule élection présidentielle. Elle imposait une transparence des financements en créant une commission nationale, la FEC, chargée de vérifier les déclarations des candidats⁶. Elle

⁵ Adoptée sous l'impulsion des démocrates, dont le parti était fortement endetté à la suite de la présidentielle de 1968. Les républicains y étaient opposés, mais leur effondrement dans le sillage du *Watergate* permit de renforcer la loi de 1971. Le texte amendé fut adopté contre le veto de Gerald Ford.

⁶ La FEC se compose de six membres nommés par le président pour six ans et confirmés par le Sénat. La commission est renouvelée par tiers tous les deux ans. La loi précise qu'il est interdit à plus de trois membres d'appartenir au même parti politique ; les décisions doivent se prendre avec une majorité de quatre personnes. Dans les faits, la FEC est extrêmement politisée et toute prise de décision est bloquée

plaçait aussi des limites à la fois aux contributions et aux dépenses des partis et des candidats. Mais deux ans plus tard la Cour suprême se prononça. Elle entérina l'exigence de transparence et les limites aux contributions, mais en revanche déclara inconstitutionnelle la limitation des dépenses (sauf pour les candidats à la présidentielle qui accepteraient le financement public). Les individus, les groupes, et même les candidats devaient pouvoir dépenser autant qu'ils le souhaitaient lors d'une élection, avec comme seule condition pour les groupes et les individus de ne pas se coordonner avec une campagne. La Cour restait cependant muette sur la façon de mettre en œuvre ce qu'elle considérait comme une forme de liberté d'expression. Les candidats cherchèrent immédiatement à profiter de l'affaiblissement de la loi. Si les contributions aux campagnes étaient limitées et contrôlées – ce que l'on désigne sous le vocable de *'hard money'* – l'ouverture potentielle des dépenses était une opportunité qu'aucun candidat ne voulait laisser échapper. La conséquence la plus directe de cette décision fut la lente augmentation du nombre de candidats millionnaires ou milliardaires n'hésitant pas à investir leur propre argent dans leur campagne. De Ross Perot pour les présidentielles de 1992 et de 1996 à Linda MacMahon pour les sénatoriales de 2012 en passant par John Corzine pour les sénatoriales de 2000, les exemples ne manquent pas de candidats richissimes qui tentent leur chance, parfois avec succès.

La présidentielle de 1976, qui fut l'épreuve du feu pour le nouveau système de financement, révéla un problème inattendu que les consultants politiques eurent tôt fait de percevoir comme l'opportunité qu'ils recherchaient. Durant ce cycle électoral, les candidats à la présidentielle centralisèrent la gestion des financements de leur campagne afin de respecter les limites des contributions imposées par la nouvelle loi. Ce faisant, les partis locaux et nationaux furent largement exclus de toute participation significative aux campagnes des candidats. Obligés de s'en tenir aux montants « coordonnées » avec les campagnes des candidats – la *'hard money'* – les partis furent marginalisés. La campagne de 1976 fut donc une des plus sobres – ou « ternes » – de l'histoire politique contemporaine. Les élus au Congrès réagirent alors en assouplissant la loi FECA pour la présidentielle de 1980. Ce fut le second coup de canif à la réforme de 1974. Le Congrès décida en 1979 de faciliter le développement des « activités » des partis au

par l'opposition entre trois républicains et trois démocrates. La FEC est donc paralysée dès qu'un enjeu important se présente.

niveau local, fédéré et fédéral. Ce *'party-building'* était flou dans sa définition : pousser à l'inscription et à la participation des électeurs en étaient les caractéristiques les plus évidentes, mais jusqu'en 2002 ni la loi ni la FEC n'avaient jamais donné une liste limitative de ce qui constitue du *'party-building'*, laissant ainsi une marge appréciable d'interprétation aux consultants politiques. Ces activités furent exemptées par la loi de 1979 de toutes limites en termes de contributions et de dépenses et ce ne fut qu'en 1988 que la loi obligea les partis à déclarer ces sommes à la FEC.

Dès 1980, les candidats tirèrent avantage de cette nouvelle disposition. Ils purent collecter (et dépenser) des fonds sans limites en préservant la fiction légale qu'il s'agissait de *'party-building'* et non du financement de leur campagne. Les campagnes devinrent aussi perméables à l'argent privé qu'avant la réforme de 1971-74. Les années quatre-vingt et surtout quatre-vingt-dix virent un développement extrêmement rapide de la *'soft money'* – financement non-régulé passant essentiellement par les partis locaux – qui devint la cible privilégiée des réformateurs. En 2002, sous le coup du scandale de l'effondrement d'Enron, un géant de l'énergie qui finançait aussi généreusement les deux partis, le Congrès adopta une loi afin de juguler le flot de financement local non-régulé. Le *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) interdisait ainsi aux partis locaux et nationaux de collecter et de dépenser de la *'soft money'* afin d'en faire bénéficier des candidats aux élections fédérales. Cette disposition fut validée par la Cour suprême dans *McConnell v. FEC* en 2003⁷.

Mais les contributions furent orientées ailleurs. Si le flot de *'soft money'* s'assécha, les contributeurs se tournèrent à la place vers des associations indépendantes, dont les noms sont issus de leur statut légal : les groupes *'527'* et les *'501(c)'* tirent en effet leur appellation du paragraphe du code fiscal leur correspondant. Ils ont dès 2004 largement comblé, puis dépassé, les montants de *'soft money'*. Les montants de ces dépenses indépendantes – parfois « pour » un candidat, mais le plus souvent « contre » – sont assez imprévisibles. Ils atteignirent 440 millions de dollars pour la présidentielle

⁷ Cette décision validait aussi la disposition de BCRA qui interdisait toute « communication électorale » (concrètement, les publicités négatives à la télévision) par des groupes (entreprises, syndicats, associations) mentionnant explicitement un candidat (*express advocacy*) dans les 30 jours avant une élection primaire et les 60 jours avant l'élection générale. Cette disposition, reconnue constitutionnelle en 2003, fut pourtant annulée en 2010 par *Citizens United*.

de 2004 mais 245 millions pour celle 2008 et 600 millions en 2012⁸ ; au Congrès, la hausse fut plus régulière : les dépenses indépendantes, qui se montaient à 54 millions en 2006, doublèrent d'un coup en 2008, pour atteindre 120 millions, et à nouveau en 2010 avec un total sans précédents de 270 millions. En 2012, les dépenses indépendantes pour les élections du Congrès atteignirent la somme record de 680 millions de dollars⁹. C'est cette évolution que la Cour suprême a entérinée, en renversant partiellement sa jurisprudence de 2003. En 2007 avec *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc*, puis à nouveau en 2010 avec *Citizens United v. FEC*, la Cour a démantelé les dispositions du BCRA visant à limiter l'impact des dépenses indépendantes en argumentant que les groupes, tout comme les individus, bénéficiaient des protections du 1^{er} Amendement et pouvaient donc dépenser autant d'argent qu'ils le désiraient afin de s'exprimer pourvu, encore une fois, qu'ils ne se coordonnent pas avec la campagne d'un candidat.

Dans les faits, il existe donc aujourd'hui un double système de financement pour les élections. L'argent versé directement aux candidats et aux partis est sujet aux limites de contribution et doit être rendu public. En revanche, l'argent dépensé « indépendamment » – sans coordination avec un parti et/ou un candidat – n'est pas limité, et, dans certains cas, n'a même pas à être rendu public. Dans la pratique, n'importe quelle personne désireuse de participer financièrement à une élection peut donc trouver un moyen de le faire, et même parfois le faire anonymement.

Les options privées de financement pour la présidentielle

Selon les termes de la loi et conformément à son interprétation depuis quarante ans, les candidats à la présidentielle ont donc une série d'options pour financer l'effort électoral grâce à l'argent privé :

⁸ En 2004, ce furent les démocrates qui bénéficièrent très largement des financements indépendants (près des 4/5^e du total). George Soros mena la charge en donnant plus de 24 millions de dollars à des '527' opposés à Bush. Au total, une cinquantaine d'individus, tous milliardaires, donnèrent chacun plus d'un million de dollars à des groupes indépendants en 2004.

⁹ Chiffre tiré du site <OpenSecrets.org> : <http://www.opensecrets.org/outsidespending/index.php>

- Les contributions individuelles, qui, en 2012, étaient limitées à 2 400 dollars par personne et par élection¹⁰. La très grande majorité de ces contributions ne dépassent pas les 200 dollars. La collecte de fonds se fait essentiellement par Internet ou par le biais d'individus plus actifs que d'autres, les *'bundlers'*¹¹. Chaque citoyen peut aussi donner jusqu'à 25 000 dollars aux partis nationaux (*National Party Committee*) et 10 000 dollars aux partis locaux (*State Party Committee*), ainsi que 5 000 dollars à un *Political Action Committee* (PAC). Enfin, chaque citoyen peut donner autant qu'il le désire à un groupe *'527'* ou à un *Super-PAC*, autrement dit, dépenser « indépendamment ».
- Les PAC (*Political Actions Committees*) : selon la loi de 1971 et ses amendements de 1974, ce sont les interfaces légales que doivent créer les groupes (entreprises, syndicats, lobbies, associations) désireux de s'impliquer dans la campagne d'un candidat. La loi oblige ces PAC dits « affiliés » (*connected*) à financer au moins cinq candidats différents. Le plafond, qui n'est pas indexé sur l'inflation, est de 5 000 dollars par candidat et par élection. Les financements sont déclarés auprès de la FEC¹². Après une augmentation spectaculaire pendant les années quatre-vingt, le nombre de PAC a stagné. Au niveau fédéral, il y a actuellement 4 600 PAC inscrits auprès de la FEC. Il existe aussi des PAC qui sont dits « non affiliés » (*non-connected*) qui, depuis les années quatre-vingt-dix, prennent le nom de *Leadership PAC*. Ils sont créés avec la bénédiction des élus pour financer indirectement

¹⁰ Chaque élection primaire et l'élection générale sont comptées séparément. Le montant étant indexé sur l'inflation, il change lors de chaque cycle électoral.

¹¹ Le terme est courant et fait référence à ces personnes qui rassemblent des contributions individuelles au sein d'une organisation, d'une communauté, d'un quartier etc. Les campagnes donnent généralement des titres honorifiques à ces individus méritants. La pratique, qui remonte aux années soixante-dix, a connu une visibilité nouvelle avec sa structuration au sein des campagnes de Bush en 2000 et en 2004.

¹² Même si les déclarations peuvent être manipulées ou maquillées. La loi permet en effet de faire des déclarations tous les mois ou tous les trimestres. Dans ce dernier cas, l'argent est utilisé bien avant sa publication, ce qui peut être fort utile. Enfin, les noms des individus donateurs peuvent être dissimulés derrière des appellations légales mais anonymes qui ne sont que des sociétés-écran.

les efforts électoraux de candidats (par exemple en payant certains déplacements, des bureaux, des consultants, des sondages). Ils constituent donc une réserve supplémentaire et, le plus souvent, servent aussi à tisser un réseau d'obligés. Ces *Leadership PAC* sont eux aussi inscrits auprès de la FEC et soumis à obligation de transparence ; leurs dépenses tout comme les contributions qu'ils reçoivent sont limitées. Tous ces PAC peuvent contribuer en toute liberté à des dépenses « indépendantes » : ils peuvent donner sans limites à des *Super-PAC* ou à des '527'.

- Les dépenses individuelles des candidats. Selon la décision *Buckley*, elles ne sont possibles que si le candidat refuse le financement public (et s'il a l'argent nécessaire !) Il n'est bien entendu pas envisageable qu'un candidat dépense de l'argent « indépendamment » : cela tomberait directement sous le coup de la loi.
- Les partis politiques sont aussi des partenaires des candidats, mais moins par leurs montants investis directement dans les campagnes que par leur action globale (encadrement, information, mobilisation). Les deux *National Party Committees*, les quatre comités au sein du Congrès (chacun des deux partis dans les deux chambres)¹³, et les partis locaux sont obligés, depuis 2002, de collecter uniquement de l'argent pour un candidat sous une supervision stricte de la FEC. Ils ne peuvent plus pratiquer que des dépenses « coordonnées » avec une campagne ; elles sont donc « déclarées » (*hard money*). Les activités de '*party-building*' que la loi définit, notamment la participation électorale ('*Get-Out-The-Vote*', GOTV), sont maintenant encadrées ; les partis ne peuvent plus recycler ces sommes dans les campagnes fédérales des candidats. Dépourvus des avantages de la '*soft money*', les partis se sont néanmoins vus ouvrir le vaste champ des dépenses

¹³ Les six structures nationales des partis sont efficaces dans la collecte de '*hard money*'. En 2004, première présidentielle « post-BCRA », elles levèrent toutes les six 616 millions ; en 2008, 695 millions. En juillet 2012, elles en étaient déjà à presque 800 millions de dollars. Chiffres tirés du site du *Campaign Finance Institute* <cfinst.org> : <http://cfinst.org/federal/parties.aspx#books>.

indépendantes bien avant 2010 : dès 1996, la Cour suprême avait autorisé les partis locaux et nationaux à pratiquer des « dépenses indépendantes » – non coordonnées avec celles d'un candidat – sans, déjà, imposer de limites¹⁴.

- Les dépenses « indépendantes » sont celles de groupes pratiquant la publicité politique sur un sujet particulier (*issue advocacy*) sans se coordonner avec un candidat ou un parti et sans appeler directement à l'élection ou à la défaite d'un candidat. C'est la catégorie des dépenses qui explose depuis le début des années 2000 et dont *Citizen United* permet encore le développement en ouvrant des possibilités supplémentaires. Ces dépenses indépendantes sont donc maintenant la principale préoccupation des réformateurs.

Jusqu'à présent les dépenses indépendantes ont été essentiellement le fait de groupes dits '527'¹⁵, exemptés de l'impôt fédéral sur le revenu, dont la fonction principale est uniquement de défendre des « valeurs » sans lien avec un candidat. Depuis leur première percée sur la scène électorale – des millionnaires texans, des frères du nom de Wyly qui, en 2000, avaient dépensé 2,5 millions de dollars pour soutenir G.W. Bush – les '527' se sont métastasés sous diverses formes, à l'échelle nationale et locale, de sorte que les circuits officiels de contrôle du financement des campagnes des candidats – la FEC, les PAC, et la 'hard money' – semblent dépassés, voire ringardisés. Les seules obligations de ces groupes sont de se déclarer auprès de l'IRS et de rendre publics leurs donateurs en publiant des rapports réguliers. « L'indépendance » des dépenses est maintenant le maître-mot.

¹⁴ *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission*, 518 U.S. 604. La majorité fut de 7 contre 2.

¹⁵ D'autres groupes, les '501(c)', peuvent aussi être à l'origine de « dépenses indépendantes ». Il s'agit du statut fiscal des associations à but non lucratif (*non-profit*) qui, selon la loi, sont exemptées de l'impôt fédéral sur le revenu. Le code fiscal énumère 28 associations de ce genre : le plus souvent caritatives, elles peuvent aussi promouvoir la science (!), la religion, les arts (!), ou toute autre activité à visée éducative. Elles peuvent dépenser lors des campagnes si elles maintiennent la fiction légale qu'elles se contentent « d'informer » les électeurs ou de promouvoir le « bien-être social » (*social welfare*). Elles ont aussi comme avantage décisif de ne pas avoir à déclarer leurs donateurs. Ainsi, si une association '501(c)' donne à un *Super-PAC*, ce dernier ne donnera à la FEC que le nom de l'association. Toute recherche plus précise sur le nom des donateurs est impossible.

Tous les acteurs politiques sont à la recherche de montages légaux permettant de capter cette source inespérée – et illimitée – de financements.

Citizen United a rappelé les principes de *Buckley* en invalidant une disposition du BCRA qui empêchait les groupes indépendants de lancer des campagnes médiatiques mentionnant explicitement un candidat dans les 30 jours avant une élection primaire et les 60 jours avant l'élection générale. L'idée étant à nouveau que toute limitation des dépenses est contraire à la liberté d'expression telle qu'interprétée par la Cour. Sur le fond, *Citizens United* est en fait une simple répétition d'une jurisprudence remontant en 1976. Sa visibilité tient sans doute plus à son origine – la plus haute juridiction du pays – qu'à son contenu. À tout prendre, il est même remarquable de constater que la majorité est moins importante en 2010 qu'en 1976. C'est en fait une décision d'une Cour fédérale d'appel qui est ici déterminante, et qui justifie *a posteriori* l'offensive conservatrice depuis les années 1980 sur ce niveau du système judiciaire. *Speechnow.org v. Federal Election Commission*, six mois après *Citizens United* (juillet 2010), a franchi une étape fondamentale en expliquant que dorénavant les contributions aux groupes indépendants ne pouvaient plus être limitées. *Citizens United* s'inscrivait dans la jurisprudence *Buckley* en interdisant toute limite aux dépenses, mais sans se prononcer sur les contributions. *Speechnow* a rempli ce vide en expliquant que les contributions finançant des dépenses indépendantes étaient illimitées. Le circuit des financements indépendants est donc dorénavant complet – les contributions et les dépenses sont illimitées. Il ne manquait plus que de créer un canal pour profiter de cette aubaine : ce sont les '*Super-PAC*', qui sont la principale innovation du cycle de 2012. Ces *Super-PAC* sont la réalisation de tout ce que les candidats désirent : un puits sans fond qui peut recevoir un nombre illimité de contributions et dépenser sans compter. Certes, la loi impose des limites, mais elles sont largement formelles. Les *Super-PAC* doivent s'inscrire auprès de la FEC et déclarer leurs financements ; surtout, ils ne peuvent travailler en coordination avec une campagne. Mais toutes ces dispositions sont aisées à contourner, de sorte que dans les faits les candidats sont maintenant dotés d'une machine légale à brasser de l'argent pour leur campagne.

La présidentielle de 2012 : une élection aux enchères ?

La campagne de 2012, comme toutes celles qui l'ont précédée, a été le lieu de toutes les inventions pour les consultants politiques, toujours à l'affût de la

moindre faille légale pour accroître le montant d'argent privé – sur lequel ils sont rémunérés. Le financement public n'a été envisagé par aucun candidat. L'argent privé a dominé entièrement le cycle électoral de 2012, sous la forme des dépenses indépendantes et plus précisément des *Super-PAC* qui semblent tout avoir pour effacer les '527'. Outre leur extraordinaire capacité de financement, les *Super-PAC* sont dans les faits dirigés par des proches du candidat, d'anciens collègues, voire des membres de la famille. Le principal *Super-PAC* qui a soutenu la campagne d'Obama – mais sans officiellement se coordonner avec elle – *Priorities USA Action*, était pourtant entièrement dirigé par d'anciens collaborateurs du président. Il en alla de même chez les républicains : *Restore Our Future* fut fondé en 2010 là aussi par d'anciens collaborateurs de Mitt Romney. Par ailleurs, et à la différence des '527', les *Super-PAC* peuvent expressément appeler à voter pour ou contre un candidat et ce jusqu'au jour du scrutin. Dans les faits, leur action consiste donc à multiplier les publicités négatives avec des conséquences claires sur le ton de la campagne, où les attaques semblent bien plus nombreuses que les propositions¹⁶.

Si le succès des *Super-PAC* est incontestable, tout comme les autres structures visant à canaliser les dépenses indépendantes¹⁷, il est frappant de constater que les donateurs ne sont pas forcément ceux que l'on craignait, de grandes entreprises cherchant à s'assurer des bénéfices indus. En fait, les grandes entreprises ne se sont pas ruées pour profiter du droit que leur a reconnu la Cour suprême de dépenser « indépendamment ». En dépit des sollicitations des campagnes, les entreprises ne veulent pas, pour l'instant, risquer de s'aliéner une partie de l'opinion publique. Pour elles, il existe en effet un risque à être associé à un candidat en particulier. Si l'accord peut aisément se faire sur un point du programme d'un candidat, les prises de position des politiques sont par définition multiples – et changeantes – ce qui peut s'avérer gênant pour les intérêts privés. Un soutien à un candidat favorable au libre-échange mais par ailleurs opposé aux droits des homosexuels pourrait poser des difficultés à un sponsor trop généreux, qui se trouverait par exemple menacé de boycott. De leur côté, les candidats

¹⁶ Plus des ¾ des publicités payées par les *Super-PACs* sont négatives.

¹⁷ Selon le décompte de <OpenSecrets> les *Super-PAC* auraient dépensé jusqu'à présent 419 millions de dollars en faveur d'un candidat. Chiffre disponible sur <http://www.opensecrets.org/pres12/superpacs.php>. *Priorities USA Action* a dépensé 48 millions de dollars et *Restore Our Future* 99 millions. Quant aux '527', ils auraient dépensé 274 millions de dollars : <http://www.opensecrets.org/527s/index.php>

eux-mêmes ne tiennent pas à être associés à un seul intérêt économique ou social. Il va de soi qu'un candidat cherche à diversifier au maximum ses soutiens afin de se ménager une autonomie de décision. Au total, les anticipations des uns comme des autres les incitent à une relative prudence. En revanche, les petites entreprises non cotées en bourse et des millionnaires (comme les frères Koch, déjà au cœur du *Tea Party* en 2010), qui n'ont pas à se soucier de leur image, versent effectivement volontiers à des groupes indépendants.

Le principal danger est là : la création d'un réseau de contributeurs individuels qui se ménageraient un accès aux futurs élus en contribuant généreusement aux dépenses indépendantes. Pour le cycle de 2012, seuls 47 donateurs avaient contribué, en août, à 57% du montant dépensé par les *Super PAC*. La seule protection contre les dérives, comme le dit la Cour suprême dans toutes ses décisions, est la transparence. Mais le cycle de 2012 montre bien que divulgation et transparence sont deux choses tout à fait différentes. Les '501(c)' deviennent des véhicules privilégiés du financement privé indépendant car la loi n'impose pas, dans leur cas, la publication du nom des donateurs. En 2010, ces groupes avaient pu à eux seuls dépenser plus de 300 millions de dollars. En 2012, ils n'opèrent plus seuls mais en combinaison avec des *Super-PAC*, ce qui permet de combiner les deux avantages de l'anonymat des donateurs et du caractère illimité des dépenses. Les groupes indépendants sont donc organisés comme des poupées russes et, en dépit de la multiplicité des dons, on peut facilement imaginer que le nombre de donateurs soit en fait assez réduit. Or, comme le reconnaissait la Cour dans *Buckley*, ce simple soupçon peut avoir des effets extrêmement délétères pour la démocratie.

L'autre difficulté à anticiper est la hausse des dépenses indépendantes. En 2012, les dépenses indépendantes pour la seule présidentielle plus de 600 millions (à comparer aux 55 millions de dépenses indépendantes en 2000) et les *Super PAC* avaient participé à hauteur de 263 millions. Pour des échéances à venir, il est envisageable que la hausse soit telle qu'elle finisse par submerger les dépenses des candidats et des partis pendant les campagnes. Ce n'est pour l'instant qu'une perspective encore lointaine, mais elle est techniquement possible dans la mesure où les contributions pour les campagnes individuelles et les partis sont réglementées, au moins partiellement, alors que ce n'est pas le cas pour les dépenses indépendantes. Certains groupes privés – des entreprises aux associations en passant par les

syndicats et les lobbies – se trouveraient ainsi en position d'exercer un pouvoir d'influence non négligeable sans pour autant être tenus responsables de leurs actes en l'absence de toute sanction électorale à leur endroit. Par ailleurs, la durée de vie des groupes indépendants est courte, généralement limitée à une seule campagne ; ils peuvent changer de nom extrêmement facilement et les candidats ne vont pas risquer des procès qui pourraient s'avérer coûteux en temps, en argent, et surtout en image. Difficile, dans ces conditions de sanctionner les abus. On se souvient ainsi de l'impunité de *Swift Boat Veterans for Truth* en 2004 contre John Kerry. L'efficacité de leur attaque n'a jamais entraîné la moindre action au pénal. À terme, on pourrait aussi envisager un problème stratégique pour les candidats, celui du contrôle de leur message et de leur image. La confusion qui en résulterait pour les électeurs serait une difficulté supplémentaire pour les campagnes. Ce dernier point est peut-être porteur de changement : si les candidats cessent en effet de voir leur intérêt dans l'activisme des organisations indépendantes, il y a peut-être là possibilité de réforme. Mais jusqu'à présent il ne semble pas envisageable que le système évolue à court terme sauf à considérer une transparence accrue.

Les dépenses indépendantes sont devenues le principal problème du financement des campagnes américaines. Non seulement par leur montant et leur omniprésence, mais aussi par l'opacité relative avec laquelle elles fonctionnent. La perméabilité des campagnes à l'argent privé est plus que jamais un enjeu : en dépit des lois de 1971, 1974 et 2003, les États-Unis sont encore dans l'incapacité d'en juguler le flot. Dès que les réformateurs colmatent une brèche, une autre apparaît. Le rôle de la Cour suprême est ici fondamental : il y a fort à parier qu'une majorité différente pourrait contribuer à reconstruire un cadre légal qui est aujourd'hui à peine moins lacunaire que ses précédents hérités de l'Ère progressiste.

Certes, la hausse du coût des élections est inévitable dans la mesure où une bonne organisation et une communication efficace nécessitent beaucoup d'argent. Mais ce principe de réalité crée un dilemme : une collecte effrénée de fonds privés risque en effet de subvertir le principe électoral lui-même car la distribution inégale de l'argent met à mal l'égalité démocratique proclamée tout en suscitant dans l'électorat la crainte que les élus ne se transforment en relais de leurs soutiens financiers plutôt qu'en porte-parole de leurs électeurs. Le cynisme, l'absence de confiance, voire une certaine apathie ne sont pas des risques à prendre à la légère quand l'opinion

publique réalise à quel point le débat démocratique devient dépendant de contributeurs aisés et anonymes. La Cour déclarait dans *Buckley* que l'apparence de corruption était aussi nocive que la corruption elle-même pour la préservation de la vitalité démocratique. La situation actuelle ne fait que confirmer cette intuition de bon sens.

Bibliographie indicative

CORRADO, Anthony & SORAUF, Frank [Editors]. *Campaign Finance Reform : A Source Book*. Washington DC: Brookings Institution, 1997.

KALLEN, Thomas P. *Campaign Finance : Background, Regulation and Reform*. New York: Nova Science, 2009.

MAGLEBY, David B. & CORRADO, Anthony [Editors]. *Financing the 2008 Election : Assessing Reform*. Washington DC: Brookings Press, 2011.

Money, Politics, and the Constitution : Beyond Citizens United. The Brennan Center for Justice, 2011.

SMITH, Melissa M., WILLIAMS, Glenda C. ; POWELL, Larry & COPELAND, Gary A. *Campaign Finance Reform : The Political Shell Game*. Lanham, Lexington Books, 2010.