



HAL
open science

Quelles sources de financement pour la régulation privée ?

Thomas Perroud

► To cite this version:

Thomas Perroud. Quelles sources de financement pour la régulation privée ?. Juliette Camy, Marie-Alice Chardeaux, Aude-Solveig Epstein, Marie Nioche). Le droit économique : levier de la transition écologique ?, Larcier, A paraître. <hal-03820087>

HAL Id: hal-03820087

<https://hal.science/hal-03820087v1>

Submitted on 18 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Quelles sources de financement pour la régulation privée ?¹

Thomas Perroud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (CERSA), Humboldt Fellow (Experienced Researcher) à l'Université Humboldt.

There is no vibrant democracy without a strong civil society. The proposals we are making here aim to find ways of financing a fund for democracy that would be independent from the State. Firstly, I try to reflect on the theoretical foundations of the empowerment of civil society, in order to enable it to play its role as a counter-power and thus open up a critical space around public expertise. In a second step, I try to elaborate concrete funding solutions.

1. La régulation privée est aujourd'hui un fait au niveau interne, comme global. Une part importante des normes est désormais constituée de standards privés. Mais ce n'est pas directement la façon dont je souhaite prendre ce sujet, qui est pourtant la plus directe, la plus évidente. Je m'intéresse ici à la façon dont les acteurs privés peuvent influencer les politiques publiques, par l'action contentieuse ou par le lobbying. Il faudrait pour cela dessiner une échelle du caractère privé ou public de la régulation. La définition de la régulation publique est simple : il s'agit des cas dans lesquels la réglementation d'une activité économique est confiée à une autorité publique. Le degré du caractère public peut être cependant nuancé en fonction du degré de capture de l'autorité publique. À l'autre bout de l'échelle, la régulation sera purement privée lorsqu'une personne privée est chargée de réglementer un secteur, sans délégation d'une autorité publique. En cas de délégation de ce pouvoir de réglementation par une autorité publique, le caractère purement privé sera dégradé. La standardisation privée internationale est un cas classique de régulation purement privée², qui peut être « publicisée » lorsque la puissance publique reprend ces standards dans des textes ayant force obligatoire³. Il faut mentionner à présent la forme intermédiaire que je souhaite étudier ici. Il s'agit du recours au juge civil, par les personnes privées. Le droit de la responsabilité civile est un exemple classique de co-construction d'une règle par une personne privée et une personne publique, en l'occurrence le juge. Lorsqu'une personne privée ou une association initie une action devant le juge civil, et qu'elle obtient la production de règles nouvelles, l'impact sur la société peut être aussi massif qu'une règle de droit produite par l'administration seule ou encore le législateur. Le droit de la responsabilité civile est un exemple de co-régulation, par

¹ J'ai conservé le caractère oral de la communication.

² Voy. R. BISMUTH, *La standardisation internationale privée - Aspects juridiques*, Larcier, Droit International, Bruxelles, 2014 ; T. PERROUD, « Standardisation internationale privée et Global Administrative Law », in R. BISMUTH, *La standardisation internationale privée - Aspects juridiques*, op. cit., chapitre 11.

³ M. DE BELLIS a dégagé deux techniques de reprise des standards privés par la puissance publique : « Dans les systèmes juridiques nationaux, les techniques bien connues sont celles de l'“incorporation” et de la “référence”. Dans le modèle de l'“incorporation”, les normes d'abord élaborées par des organisations privées sont ensuite copiées dans des dispositions spécifiques d'une loi et passent par le processus législatif. Dans le modèle de “référence”, il y a une référence à une norme privée qui n'est pas copiée dans une disposition spécifique. Comme je l'ai expliqué ailleurs, l'avantage de cette dernière technique réside dans l'adaptation constante au progrès technique qu'elle implique » (Traduction de : « *Within domestic legal systems, well known techniques are those of “incorporation” and “reference”. In the “incorporation” model, standards first elaborated by private organisations, are subsequently copied into specific provisions of a law and passed through the legislative process. In the “reference” model, there is a reference to a private standard that is not copied in a specific provision. As I explained elsewhere, the advantage of the latter technique lies in the constant adaptation to technical progress it entails.* »). Voy. M. DE BELLIS, “Private standards, EU law and access – The General Court's ruling in Public.Resource.Org”, *EU Law Live*, 10 septembre 2021, <https://eulawlive.com/op-ed-private-standards-eu-law-and-access-the-general-courts-ruling-in-public-resource-org-by-maurizia-de-bellis/#> ; M. DE BELLIS, ‘Public law and private regulators in the global legal space’, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n° 2, 2011, pp. 425–448).

laquelle une personne privée obtient la production d'une règle nouvelle par le juge. Lorsque l'action prend la forme d'une action de groupe, l'effet structurel sera évidemment d'autant plus important.

2. La régulation privée est aujourd'hui amenée à jouer un rôle de premier plan avec le retrait de l'État. Pour ne prendre qu'un exemple : la sanction du droit de l'environnement est aujourd'hui très faible d'après certains observateurs⁴ et explique la réflexion sur ce thème menée au niveau de l'Union européenne⁵. De même en droit européen de la concurrence⁶ ou, mais de façon plus anecdotique, des marchés financiers,⁷ le regain d'intérêt pour le *private enforcement* est la marque d'une tendance de fond à privilégier des modes de sanction du droit qui contournent l'administration. Dans un papier que j'avais rédigé sur la légalité néolibérale, j'avais essayé de mettre en évidence les multiples façons dont l'État prive aujourd'hui le droit de sanction, pour en réalité déréglementer sans le dire, sans en payer le prix politique⁸. En outre, la pression fiscale européenne ne joue pas en faveur d'un renforcement de l'administration et donc de l'effectivité du droit.

3. C'est donc de plus en plus sur les corps intermédiaires qu'il faut s'appuyer pour changer. L'action publique ne peut plus être envisagée de façon verticale, car l'État est capturé et paralysé par le manque de volonté et de moyen, l'action publique doit donc être réorganisée pour forcer les acteurs privés à agir.

4. Cette solution présente cependant une difficulté. Il faut une société civile active, capable de mobiliser les mêmes ressources que les entreprises auxquelles elles s'opposent et notamment pouvoir mobiliser des experts. La question est donc de trouver des financements pour pouvoir développer une capacité d'opposition de la société civile, de contre-expertise dans le cadre de l'élaboration des politiques publiques.

5. La présente contribution se déroule ainsi. Je tenterai d'exposer d'abord les raisons pour lesquelles une société civile vivace est importante dans une démocratie (§ 1). Ensuite, j'évoquerai des pistes de financement possibles (§ 2) : le précédent du fonds de financement des actions de groupe — qui n'a pas été mis en œuvre —, la condamnation de l'État pour financer le rôle de vigie de la société civile, utiliser le produit des sanctions administratives. Enfin, je terminerai par quelques considérations sur le rôle de l'université comme auxiliaire de la société civile.

⁴ M. ASTIER, « Manque de fonctionnaires et sanctions dérisoires affaiblissent le droit de l'environnement », *Reporterre*, 6 mars 2019, <https://reporterre.net/Manque-de-fonctionnaires-et-sanctions-derisoires-affaiblissent-le-droit-de-l-environnement>. V. aussi B. CINOTTI, J.-F. LANDEL, V. DELBOS, D. ATZENHOFFER, D. AGOQUET, « Une justice pour l'environnement », Rapport du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), Inspection générale de la justice (IGJ) (Disponible ici : <https://cgedd.documentation.developpement-durable.gouv.fr/notice?id=Affaires-0011377>).

⁵ Pacte vert pour l'Europe : La Commission propose de renforcer la protection de l'environnement par le droit pénal, Communiqué de presse, 15 décembre 2021.

⁶ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

⁷ Règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE (article 11-2).

⁸ T. PERROUD, « Une nouvelle illustration de la légalité néolibérale : le pouvoir de dérogation des préfets », *D.*, 2020, p. 2356 ; T. PERROUD, « Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain », in L. RAPP, S. HAMDOUNI, D. GUIGNARD (dir.), *Mélanges en l'honneur de Serge Regourd*, Institut universitaire Varenne, Paris, 2019, pp. 557-574.

§ 1 — Pourquoi renforcer la société civile ?

6. Plusieurs arguments plaident en faveur d'un renforcement de la société civile. D'une part, le principe d'égalité politique impose à l'État de mettre les intérêts faibles au même niveau que les intérêts forts dans la compétition politique (A). D'autre part, depuis les années soixante, l'État a changé de lui-même le rôle de la société civile en l'impliquant de plus en plus dans les politiques publiques, notamment dans le cadre des procédures de consultation. Renforcer la société civile implique dans ce cadre de développer notamment ses capacités de contre-expertise, permettant d'introduire davantage de contradictoire dans l'élaboration des politiques publiques (B) et ainsi permettre aux ONG de se constituer en vigies démocratiques (C).

A - Égalité politique et renforcement de la société civile

7. Pour reprendre le questionnement de Charles Girard : « La délibération démocratique aggrave-t-elle les effets politiques des inégalités sociales »⁹ ? Il montre en effet que la délibération publique met cruellement en évidence les inégalités des citoyens face aux ressources spécifiques qui donnent du poids dans la délibération (maîtrise du discours, éducation, information, autorité sociale). Les politiques publiques sont précisément des domaines « gravement inégalitaires », ce qui « empêche toute délibération véritablement démocratique »¹⁰. Comme l'a dit avec beaucoup d'esprit Elmer Eric Schattschneider en 1960 : « Le défaut du paradis pluraliste réside dans le fait que le chœur pluraliste chante avec un fort accent bourgeois »¹¹. Entre une entreprise pharmaceutique, les GAFAs, et le public, l'asymétrie est radicale. Faut-il pour autant, comme le proposent certains¹², renoncer à la délibération politique, au motif, réel, qu'elle risque de renforcer les inégalités ? Je ne le pense pas.

8. Le principe d'égalité politique impose au contraire de rechercher les moyens d'égaliser l'accès au processus d'élaboration des politiques publiques (autrement dit une égalité face à la représentation d'intérêts) et d'égaliser l'accès à la contestation des politiques publiques (autrement dit une égalité face au contentieux), un peu sur le modèle de l'aide juridictionnelle, qui permet d'égaliser le combat au moment du procès.

9. La situation de la société civile française est loin d'assurer cette égalité des acteurs sociaux pour peser sur le processus politique. Les ONG françaises sont notoirement sous-financées, ce qui ne leur permet pas de jouer sur un pied d'égalité avec les autres lobbies sociaux. La différence majeure, malgré tout, entre ces ONG et les lobbies, patronaux par exemple, tient au fait que ces associations représentent un public diffus qu'il est difficile de mobiliser (mais qui représente la majorité de la population). Alors que la majorité des Français soutient les politiques environnementales, comme le montre une étude de l'ADEME¹³, les associations de protection de l'environnement n'ont pas le même accès au processus politique que des

⁹ C. GIRARD, *Délibérer entre égaux*, Vrin, L'esprit des lois, Paris, 2019, p. 228.

¹⁰ *Ibid.*, p. 230 ; J. D. MCCARTHY et M. N. ZALD, 'Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory', *American Journal of Sociology*, vol. 82, n°6, 1977, pp. 1212-1241.

¹¹ E. E. SCHATTSCHNEIDER, *The Semi-Sovereign People: A Realist's View of Democracy in America*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1960.

¹² L. M. SANDERS, 'Against Deliberation', *Political Theory*, vol. 25, n° 3, 1997, pp. 347-376.

¹³ Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), *Baromètre « Les Français et l'environnement - Vague 6 »*, Enquête annuelle, 2019, <https://librairie.ademe.fr/air-et-bruit/1680-barometre-les-francais-et-l-environnement-vague-6.html>.

entreprises puissantes. Il s'agit d'une difficulté classique de l'action collective, qu'avait bien relevée Mancur Olson en 1965, dans *Logique de l'action collective*¹⁴ : la difficulté d'organiser des intérêts diffus. Les citoyens se mobilisent quand le préjudice qu'ils subissent du fait d'une action publique les touche directement (c'est ce que l'on appelle le syndrome NIMBY¹⁵). Le public est donc difficilement mobilisable.

10. En outre, les ONG qui choisissent souvent une voie contentieuse pour contester l'action publique ne jouent pas à armes égales avec les plus gros lobbies. C'est typiquement le cas en droit de l'environnement. De surcroît, pour les ONG qui représentent les publics les plus défavorisés, le problème du financement est encore plus aigu, évidemment.

B - Face au nouveau rôle des entreprises dans les politiques publiques, développer la capacité de contre-expertise de la société civile

11. Dans le récent ouvrage intitulé *Le tournant délibératif de la démocratie*, dirigé par Loïc Blondiaux et Bernard Manin, ce dernier signe une contribution pour réhabiliter l'idée et montrer les bienfaits de la délibération contradictoire¹⁶. À partir d'une analogie entre le débat politique et le procès, il réhabilite le contradictoire. Il montre même que le contradictoire est à encourager, car il n'a rien d'évident. L'opinion dominante, le consensus, tendent à faire taire les oppositions¹⁷, ce qui est défavorable à la qualité de la décision publique, puisqu'elle ne peut plus refléter la variété des intérêts sociaux. La libre compétition, le marché des idées, popularisés depuis Holmes¹⁸ et les grands arrêts de la Cour suprême américaine des années soixante, tendent à disqualifier l'idée qu'il faudrait aider, soutenir le contradictoire. Pourtant, comme je l'ai dit plus haut, sur le modèle de l'aide juridictionnelle d'ailleurs, les idées minoritaires doivent être soutenues pour le bien même de la décision.

12. Si le contradictoire est essentiel, car les intérêts des groupes sociaux sont nécessairement divers, la difficulté est de faire apparaître la contradiction. Elle est présente dans le débat politique, mais elle est très difficile à faire apparaître dans le débat sur l'action administrative et particulièrement lorsque celle-ci porte sur une question scientifique. Pourquoi est-il difficile d'organiser un contradictoire ?

13. La place de la société civile dans les politiques publiques a considérablement évolué. Les entreprises sont centrales dans beaucoup de procédures. Les expertises fondant les autorisations de mise sur le marché dans le domaine du médicament, des produits phytosanitaires, sont toutes produites par les entreprises intéressées. De même, les projets de déclaration d'utilité publique, fondant les expropriations reposent sur des études d'impact produites par les entreprises bénéficiaires. Face à cela, deux réponses sont possibles : soit on développe la capacité de l'État à réaliser une expertise indépendante, soit on permet aux ONG de mener des contre-expertises, permettant à la puissance publique d'arbitrer entre les deux visions. Soit on place l'État en acteur, soit on le place en arbitre, sur le modèle du juge.

¹⁴ M. OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

¹⁵ « *Not In My Backyard* » (« Pas dans mon arrière-cour »).

¹⁶ B. MANIN, « Délibération politique et principe du contradictoire », in L. BLONDIAUX et B. MANIN (dir.), *Le tournant délibératif de la démocratie*, Presses de SciencesPo, Paris, 2021, pp. 177-133.

¹⁷ S. MOSCOVICI, M. ZAVALLONI, 'The group as a polarizer of attitudes', *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 12, n°2, 1969, pp. 125-135.

¹⁸ Voy. son opinion dans l'arrêt suivant : Cour suprême des États-Unis, *Abrams et al. c. United States*, n°250 U.S. 616, 10 novembre 1919.

Je privilégie fortement la seconde solution, qui a le mérite de présenter une forte équité procédurale en conservant la neutralité de l'État. L'État français aime à se présenter depuis toujours en défenseur de l'intérêt général. – et la fonction du droit administratif a été de conforter cette idée. Or, cette position ne peut être construite que s'il est tiers par rapport aux différents intérêts sociaux, et donc arbitre.

14. Dans les domaines scientifiques aussi il faut suivre le raisonnement de Philippe Roqueplo qui montre bien que le scientifique, lorsqu'il travaille pour l'État ou une entreprise perd sa position de neutralité et devient un avocat d'une thèse scientifique¹⁹, idée que reprend Marie-Angèle Hermitte²⁰. L'action publique dans les domaines scientifiques, telle qu'elle est organisée actuellement, entraîne une double perte de neutralité : de l'Administration et du scientifique. Il faut donc réorganiser du contradictoire, en permettant aux autres intérêts de la société de produire une expertise concurrente. Certes, le contradictoire est plus difficile à organiser, car il n'y a pas nécessairement d'opposants identifiés à une molécule. En revanche, on peut imaginer que le contradictoire apparaisse si la société civile s'aperçoit d'un dysfonctionnement. Ce qui a manqué à Irène Frachon dans l'affaire du Médiateur, c'est une procédure d'alerte et des fonds pour organiser une contre-expertise scientifique. Cette idée d'un tribunal de l'expertise qui mettrait face à face des avocats de thèses scientifiques opposées a été défendue par Philippe Roqueplo : « (...) Sous la tutelle des ministères dont ils dépendent, les organismes scientifiques [devraient] mettre en place (en leur propre sein et entre eux) des procédures d'expertise destinées non point à converger sur un consensus mais, au contraire, à ouvrir autant qu'il est possible l'espace de la critique scientifique des options envisageables : c'est cet espace qui contient l'expertise nécessaire à la décision. »²¹

De cette façon les ONG pourraient devenir des vigies démocratiques.

C — Les ONG peuvent ainsi devenir des vigies démocratiques

15. Le contentieux que j'analyserai, lancé par « les Amis de la terre »²² et d'autres ONG montre que la société civile joue un rôle clé dans l'exécution de la loi, dans des domaines où l'État manifeste clairement sa volonté de priver la loi d'effet, puisque ce contentieux porte bien sur l'inaction de l'État. L'État français est entré dans une posture d'opposition face à la société civile dans ces domaines. On trouve aussi des exemples de ce rôle dans la loi : la loi instaurant pour les entreprises multinationales un devoir de vigilance repose pour sa sanction sur la surveillance des ONG (article L. 225-102-4 du Code de commerce). Autrement dit, les ONG sont érigées en gendarmes.

16. Pour approfondir le rôle de vigie démocratique des ONG, la question de leur financement est donc essentielle. Le problème est de trouver des voies de financement qui ne passent pas par l'État, car celui-ci est très facilement capturé et n'est pas favorable à ces causes. Aux États-Unis, la vitalité de la société civile est assurée par des dons qui bénéficient d'un abattement fiscal. Cet outil existe aussi en France. La difficulté est qu'il a tendance à

¹⁹ P. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, « Première partie : De la science à l'expertise scientifique », INRA, 1997, pp. 11 à 22.

²⁰ M.-A. HERMITTE, « Il faut tuer le consensus », *Pratiques*, n°4, octobre 1998.

²¹ P. ROQUEPLO, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, « Première partie : De la science à l'expertise scientifique », *op. cit.*, p. 67.

²² Conseil d'État, 4 août 2021, Association Cap au nord c. ministère de la Transition écologique, n° 428409.

favoriser les préférences politiques des plus riches, comme l'a montré Julia Cagé²³. La *class action* est aussi un puissant moyen d'assurer des transferts de richesse pour activer les intérêts diffus. On pourrait m'objecter que les fonds de la *class action* vont surtout aux avocats et assez peu aux victimes, ce qui est indéniable sans être toutefois irrémédiable. Cependant, ce système fait des avocats des vigies. Ce sont les avocats qui, aux États-Unis, vont prendre la défense des intérêts diffus, là où ce serait davantage des ONG en France. Ces transferts de richesse permettent de constituer un champ d'opposition puissant. La philanthropie est un troisième moyen, mais qui souffre des mêmes problèmes que le don défiscalisé et qui n'est pas transparent.

§ 2 - Quelles pistes de financement ?

17. La première stratégie, la plus évidente, serait de financer directement la société civile par des subventions étatiques. C'est le modèle européen et français, qu'il faut à mon sens éviter (A). Il y a aussi une autre expérience peu concluante que l'on peut évoquer (B). C'est pourquoi je voudrais proposer la mise en place d'un fonds, pour financer les actions de lobbying et contentieuses des ONG. Je souhaiterais montrer ici les différentes stratégies disponibles pour abonder ce fonds, sachant que la question a été abordée par le rapporteur public Stéphane Hoyneck dans ses conclusions sur l'arrêt « Les amis de la terre »²⁴ (C). Ce n'est pas la seule stratégie possible. La seconde serait d'utiliser le produit des sanctions administratives pour l'alimenter (D). Enfin, on pourra envisager d'autres méthodes pour financer une recherche indépendante, sur le modèle de ce qui se passe dans d'autres pays (E) ou en renforçant les cliniques juridiques (F).

A - Le contre-modèle européen et français

18. L'Union européenne est un exemple intéressant, car la Commission subventionne activement la société civile²⁵. Les ONG sont les bénéficiaires majeurs de ces fonds²⁶. Les chiffres dont on dispose sont anciens, mais montrent qu'en 2009, la Commission a financé directement plus de 3000 organisations de la société civile, pour un montant de 1,4 milliard d'euros²⁷.

19. Mais ce faisant, l'Union européenne façonne aussi le débat et les voix qu'elle promeut. Ainsi, Christine Mahoney et Michael Beckstrand²⁸ ont montré que les fonds vont d'abord aux groupes qui promeuvent l'identité européenne, la démocratie, l'engagement civique et les échanges interculturels, de même qu'ils favorisent les groupes organisés au niveau européen. Elizabeth Bloodgood et Joannie Tremblay-Boire ont mis en évidence que ce financement public avait pour effet de « dépolitiser » ces organisations²⁹. D'un côté, le financement public

²³ J. CAGÉ, *Le prix de la démocratie*, Fayard, Paris, 2018.

²⁴ CE, *Pollution de l'air*, n° 428409, 10 juillet 2020.

²⁵ C. MAHONEY, « The Power of Institutions: State and Interest Group Activity in the European Union », *European Union Politics*, vol. 5, n°4, 2004, pp. 441-466.

²⁶ C. MAHONEY et M. J. BECKSTRAND, « Following the Money: European Union Funding of Civil Society Organizations », *J Common Mark Stud*, vol. 49, n°6, pp. 1339-1361.

²⁷ R. SANCHEZ SALGADO, « Rebalancing EU interest representation? », *J Common Mark Stud*, vol. 52, n°2, 2014, pp. 337-353.

²⁸ *Op. cit.*

²⁹ E. BLOODGOOD et J. TREMBLAY-BOIRE, « Does government funding depoliticize non-governmental organizations? Examining evidence from Europe », *European Political Science Review*, vol. 9, n°3, 2017, pp. 401-424.

ainsi octroyé contribue à la naissance et à la survie de certaines organisations, mais, de l'autre, il risque de les rendre plus dociles³⁰. Ce risque est important à prendre en compte, car si l'objectif est de favoriser une voix contradictoire, une voix d'opposition, le risque de conformisme que ce type de financement introduit est dirimant. C'est pourquoi il faut trouver un mode de financement indépendant de l'État.

20. La France est aussi un contre-exemple. Beaucoup d'acteurs de la société civile dépendent de financements étatiques, directement ou indirectement, ce qui ne semble pas sain pour développer une culture d'opposition réelle. L'Observatoire des libertés associatives déplore ainsi, avec la diminution des financements publics, une dépendance accrue des associations au pouvoir local ce qui diminue d'autant leur rôle de vigie démocratique :

« En dépit des fonctions civiques et démocratiques essentielles qu'elles remplissent, les associations se trouvent donc aujourd'hui précarisées. Ces contraintes financières réduisent les marges de manœuvres et limitent d'autant leur capacité à remplir le rôle d'interpellation démocratique que certaines associations ont vocation à jouer. Cette dimension n'est ni reconnue, ni encouragée par la puissance publique, quand elle n'est pas purement et simplement sanctionnée. Pour ne prendre que l'exemple des associations œuvrant dans le domaine du logement, le 20e rapport du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées (dit "rapport Carlotti") indiquait récemment : "Dans un contexte où les fonds publics sont rares, de plus en plus de gestionnaires considèrent que ceux-ci doivent être réservés à des structures ne critiquant pas l'action de l'État, voire du gouvernement. [...] Au lieu de la relation de partenariat entre associations et services de l'État, qui semblait prévaloir dans le cadre de subventions classiques, s'installe une relation de contrôle et de prestation. [...] Nous avons ainsi relevé plusieurs exemples de structures associatives dont l'action était interrompue ou mise en péril du fait de leurs prises de position 'militantes', en faveur du droit au logement."³¹ Dans la lignée de ce constat, ce rapport se concentre sur la restriction des libertés associatives au-delà de la seule sphère du logement. Certains cas notables dont la publicité a incité au lancement de l'Observatoire des libertés associatives, comme celui du Genepi, indiquent une sanction de l'activité critique avec des coupes de subventions. Dans ce contexte financier difficile, on peut imaginer l'impact de tels conflits. Pour un cas comme celui-ci, combien d'associations choisissent l'auto-censure et restreignent d'elles-mêmes l'usage de leurs libertés démocratiques afin d'éviter des sanctions ? La possibilité de telles sanctions et l'insuffisance de protections adéquates génèrent un climat général peu favorable au rôle d'aiguillon démocratique des associations. »³²

21. Le résultat en est une fragilisation, avec une dépendance toujours importante à l'égard des pouvoirs publics locaux ou nationaux. La précarité des associations compromet leur

³⁰ A. ALEMANNI, « Levelling the EU participatory playing field: A legal and policy analysis of the Commission's public consultations in light of the principle of political equality », *Eur Law J.*, 2020, vol. 26, n° 1-2, pp. 114-135.

³¹ Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, 5 conditions nécessaires à la mise en œuvre du « logement d'abord » (dit Rapport Carlotti), nov. 2018, p. 37 (disponible ici : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000759.pdf>).

³² Observatoire des libertés associatives, Démocratie et associations : un contexte de contraintes structurelles. Disponible à cette adresse : <https://www.lacoalition.fr/Democratie-et-associations-un-contexte-de-contraintes-structurelles>.

possibilité de développer des capacités d'opposition dans l'élaboration des politiques publiques ou au contentieux.

22. Il existe aussi un Fonds pour le Développement de la Vie Associative, mais dont la gouvernance et le fonctionnement assurent à l'État une prépondérance³³. La situation particulièrement précaire des associations ne leur permet pas de jouer en France leur rôle de vigie démocratique. Les associations sont bien souvent un outil dont usent les politiques de façon clientéliste.

23. La proposition de décentrer le financement de l'État en mettant en place un fonds, administré notamment par la société civile et des chercheurs, me semble préférable. Or, justement, il y a un précédent.

B – Le fonds de financement des actions de groupe

24. La France a déjà essayé de s'engager dans cette voie. La réflexion a pris corps au moment des discussions sur l'introduction de l'action de groupe en France et notamment de l'action de groupe contre les discriminations. L'action de groupe est un levier puissant d'égalisation de l'accès au droit pour les intérêts diffus. Aux États-Unis, c'est le mode privilégié d'exécution du droit dans des domaines qui sont confiés en Europe et particulièrement en France à l'Administration — c'est la raison pour laquelle je propose plus loin de reverser le produit des sanctions administratives à la société civile. Là où la France recourt à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de la concurrence pour faire sanctionner certains abus, les États-Unis recourent majoritairement à l'action de groupe³⁴. Même si des régulateurs puissants existent aussi outre-Atlantique (Securities and Exchange Commission, Federal Trade Commission, etc.), c'est l'action en responsabilité devant le juge civil qui demeure la voie privilégiée. C'est un levier intéressant, mais qui requiert des avocats puissants et prêts à engager des sommes importantes. Ce modèle est efficace, mais il présente aussi de nombreux inconvénients : ces actions de groupe sont devenues souvent un mode de chantage pour les avocats, et les victimes ne retirent qu'un faible pourcentage du montant des dommages et intérêts³⁵. C'est la raison pour laquelle on a souhaité penser différemment ce type d'action en France et notamment en recourant à l'idée d'un fonds. Jacques Toubon, Défenseur des droits, expliquait ainsi dans le rapport parlementaire sur le projet de loi « égalité et citoyenneté »³⁶ :

³³ V. ainsi : « Les demandes sont instruites par l'État. L'instruction est ensuite présentée au comité du FDVA, composé de représentants de tous les ministères – le fonds est interministériel –, de personnalités qualifiées d'associations – choisies par Le Mouvement Associatif et par le ministère – et d'autres personnalités qualifiées issues notamment d'organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) ». (Source : <https://www.fonda.asso.fr/ressources/le-fonds-pour-le-developpement-de-la-vie-associative-role-missions-et-enjeux>).

³⁴ Sur la fonction régulatrice de l'action de groupe américaine, voy. notamment, dans le présent ouvrage, M. NIOCHE, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », p. XXX.

³⁵ J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 581, Paris, 2019. L'auteur consacre de substantiels développements aux actions de groupe américaines.

³⁶ R. HAMMADI (Rapporteur général), P. BIES, M.-A. CHAPDELAINE, V. CORRE, (Rapporteurs thématiques), *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, Assemblée nationale, 17 juin 2016, <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3851.pdf>.

« Pour ce qui est de l'action de groupe évoquée par le rapporteur général, nous considérons depuis le début qu'il ne faut pas filtrer les demandes des consommateurs, ni par les associations ni par les syndicats, mais ouvrir le plus largement possible l'action, en particulier dans le domaine des discriminations. Pour cela, des mesures de financement des frais de justice sont nécessaires et, de ce point de vue, le modèle québécois semble tout à fait approprié — c'est sur le bénéfice tiré des actions de groupe que l'on prélève une sorte de taxe servant à financer un fonds. »³⁷

25. Quel était le mode de financement de ce fonds ? Le fonds de financement des actions de groupe était alimenté par une fraction des sommes issues des indemnités prononcées dans le cadre des procédures juridictionnelles menées par un demandeur représentant un groupe de personnes. Plus précisément, l'article 217³⁸ du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté prévoyait que, lorsqu'une action de groupe était exercée devant une juridiction répressive, l'amende prononcée à l'encontre de l'auteur du dommage pouvait être majorée dans la limite de 20 %, cette majoration étant reversée au fonds. La disposition en question fut censurée par le Conseil constitutionnel, car le mécanisme avait été mal pensé : la majoration d'amende prévue pour abonder le fonds n'était disponible que dans le cas où la victime s'était constituée partie civile devant le juge pénal, et pas si elle avait choisi d'aller devant le juge civil³⁹ et le Conseil avait estimé que cela constituait une violation du principe d'égalité : « en faisant ainsi dépendre la sanction encourue du choix de la partie civile de porter son action devant le juge pénal plutôt que devant le juge civil, les dispositions contestées créent, entre les défendeurs, une différence de traitement injustifiée »⁴⁰.

26. Ce fonds a donc été abandonné, car le mode de financement n'a pas été jugé conforme à la constitution. À la lecture de la décision, il aurait suffi que le dispositif soit rendu applicable devant le juge civil pour que le texte soit constitutionnel. D'autres griefs pourraient cependant être adressés à ce système, comme le non-respect du principe de proportionnalité ou de nécessité des peines. La majoration de l'amende est donc une possibilité crédible en l'état actuel du droit constitutionnel. Quel autre moyen pourrait-on trouver pour financer ces actions ?

C — Condamner l'État pour financer la société civile

27. Le Conseil d'État a ouvert une possibilité qui me semble prometteuse pour abonder un fonds. L'objet de ce fonds serait de financer les actions contentieuses et de lobbying des groupes représentant les intérêts diffus. L'environnement est évidemment le domaine le plus

³⁷ *Ibid.* p. 72.

³⁸ Gouvernement français, Projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté, Art. 217-I : « I. – Il est institué un fonds de participation au financement de l'action de groupe, chargé d'apporter une aide financière dans le cadre d'une action de groupe exercée en justice et doté de la personnalité morale. Lorsque l'action de groupe mentionnée à l'article 60 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle est exercée devant une juridiction répressive, la peine d'amende prononcée, à l'exception d'une amende forfaitaire, peut faire l'objet d'une majoration, dans la limite de 20 % du montant prévue par la loi, perçue lors du recouvrement. Cette majoration, prononcée dans les conditions prévues à l'article 707-6 du code de procédure pénale, est destinée à alimenter le fonds prévu au premier alinéa du présent I. Les règles d'organisation et de fonctionnement du fonds et les conditions d'octroi de l'aide financière sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

³⁹ Cons. const., décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017.

⁴⁰ Cons. const., décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, § 133.

évident, mais la lutte contre les discriminations pourrait aussi bénéficier grandement de ce mécanisme.

28. Quel est cet arrêt ? Il s'agit de l'arrêt d'assemblée *Les amis de la terre*, du 10 juillet 2020⁴¹, porté par un collectif d'associations, dont Les amis de la terre, mais aussi France Nature Environnement et Greenpeace. Cette affaire portait sur le refus du gouvernement français de prendre les actes nécessaires afin de mettre notre droit de l'environnement en conformité avec le droit de l'Union européenne et notamment d'adopter des plans relatifs à la qualité de l'air. L'intérêt de cet arrêt tient à la solution retenue pour forcer l'État à agir. La difficulté dans le domaine est grande : quel est l'intérêt de faire condamner l'État si l'astreinte finit par alimenter le Trésor public ? Il y a une difficulté ici et le rapporteur public a émis des idées pour la surmonter.

29. Le considérant de principe est celui-ci :

« En vertu du premier alinéa de l'article L. 911-8 de ce code, la juridiction a la faculté de décider, afin d'éviter un enrichissement indu, qu'une fraction de l'astreinte liquidée ne sera pas versée au requérant, le second alinéa prévoyant que cette fraction est alors affectée au budget de l'État. Toutefois, l'astreinte ayant pour finalité de contraindre la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public à exécuter les obligations qui lui ont été assignées par une décision de justice, ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer lorsque l'État est débiteur de l'astreinte en cause. Dans ce dernier cas, lorsque cela apparaît nécessaire à l'exécution effective de la décision juridictionnelle, la juridiction peut, même d'office, après avoir recueilli sur ce point les observations des parties ainsi que de la ou des personnes morales concernées, décider d'affecter cette fraction à une personne morale de droit public disposant d'une autonomie suffisante à l'égard de l'État et dont les missions sont en rapport avec l'objet du litige ou à une personne morale de droit privé, à but non lucratif, menant, conformément à ses statuts, des actions d'intérêt général également en lien avec cet objet. »

30. La question au cœur de l'arrêt est donc : qui peut bénéficier financièrement de l'inaction coupable de l'État ? L'astreinte est un moyen efficace pour forcer une personne récalcitrante à agir, mais, dans le cas de l'État, ce moyen peut perdre toute efficacité, on l'a dit. Ce considérant prévoit donc la possibilité d'affecter le montant de l'astreinte à une personne morale de droit public, disposant d'une autonomie suffisante à l'égard de l'État, ou à une personne morale de droit privé, à but non lucratif, menant des actions d'intérêt général en lien avec cet objet. Stéphane Hoynck, dans ses conclusions, présente ainsi le problème : « L'équation est simple : dans certains cas de figure, l'inaction répétée de l'État implique pour que l'astreinte joue son rôle de pression, qu'elle puisse être d'un montant élevé. Mais si l'astreinte devait être liquidée, en cas d'inexécution, à qui doit-elle être versée ? Si son montant est élevé, le juge peut avoir des réticences à la liquider au profit du requérant. » En effet, dans l'affaire étudiée ici, il s'agit d'un montant de 10 millions d'euros par semestre.

31. Est-il si choquant qu'une partie s'enrichisse en raison de l'inaction de l'État ? On pourrait soutenir qu'elle joue un rôle de procureur privé et que cet enrichissement donne à la société civile un intérêt à l'application du droit par l'État. On pourrait voir la chose comme

⁴¹ Voy. arrêt préc..

un moyen sûr d'assurer l'exécution du droit. L'idée du fonds semble cependant plus satisfaisante, car elle permet de sanctionner l'État tout en évitant l'enrichissement d'une partie dont rien ne dit qu'elle agira ensuite dans l'intérêt général. Stéphane Hoynck examine d'ailleurs ces solutions. Il imagine l'affectation de l'astreinte à différents fonds, et même à l'ADEME au motif suivant : « Cet établissement public industriel et commercial exerce, aux termes de l'article L. 131-3 du code de l'environnement, des actions dans plusieurs domaines, dont le premier est la prévention et la lutte contre la pollution de l'air ». Mais comme il le dit, rien n'empêche l'État, au moment de la discussion du budget de l'ADEME de retrancher le montant de l'astreinte et donc d'annuler l'effet dissuasif.

32. L'État n'ayant pas agi finalement, le Conseil a été amené à prononcer une astreinte de 10 millions d'euros⁴² pour la période allant de janvier à juillet 2021 et à la ventiler ainsi :

« 100 000 euros à l'association « Les amis de la terre » (association de protection de l'Homme et de l'environnement, qui a initialement saisi le Conseil d'État) ; 3,3 millions d'euros à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (Ademe) (activités d'orientation, d'animation de la recherche, d'information et d'incitation dans le domaine environnemental et notamment la prévention et la lutte contre la pollution de l'air) ; 2,5 millions d'euros au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Cerema) (conseil, assistance, études, contrôle, innovation, expertise, recherche notamment dans le domaine de la qualité de l'air extérieur) ; 2 millions d'euros à l'Agence nationale de sécurité sanitaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses) (activités liées à la sécurité sanitaire humaine, notamment dans le domaine de l'environnement et des risques liés à la qualité de l'air) ; 1 million d'euros à l'Institut national de l'environnement industriel et des risques (Ineris) (prévention des risques que les activités économiques font peser sur la santé des personnes, ainsi que sur l'environnement, parmi lesquels les risques liés à la qualité de l'air) ; 350 000 euros à l'association Air Paris ; 350 000 euros à l'association Atmo Auvergne Rhône-Alpes ; 200 000 euros à l'association Atmo Occitanie ; 200 000 euros à l'association Atmo Sud (associations agréées appartenant au réseau Atmo France [fédération des associations de surveillance de la qualité de l'air] remplissant des missions de surveillance de l'air et de l'atmosphère ainsi que d'aide à l'évaluation des actions de lutte contre la pollution de l'air dans les régions encore concernées par les dépassements en cause) ».

33. Au total, il s'agit de 1200.000 euros qui sont récupérés par les associations. Le Conseil d'État justifie le fait de ne pas liquider l'astreinte entièrement au profit de l'association « Les amis de la terre » de la manière suivante : « Compte tenu du montant de cette astreinte et afin d'éviter un enrichissement indu, il convient en l'espèce de n'allouer à l'association Les amis de la terre France, seule requérante à l'instance initiale ayant conduit à la décision du 12 juillet 2017, qu'une fraction de la somme de 10 millions d'euros à liquider (...) ». Ce montant est le montant proposé par le rapporteur public Stéphane Hoynck. Le juge ne retient au final que les acteurs privés ayant soit initié le contentieux, ce qui est le cas de l'association « Les amis de la terre », et les associations de surveillance de la qualité de l'air. Il a en outre fait attention à ne pas créer d'effet d'aubaine en rétribuant l'ensemble des ONG impliquées. La gêne du rapporteur ainsi que du Conseil d'État est perceptible sur ce point.

⁴² CE, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 428409, 12 juillet 2021.

34. La solution du fonds pour la démocratie me semble plus satisfaisante. C'est en effet l'ensemble des citoyens qui pâtissent de l'inaction de l'État. Le préjudice est général et diffus. Il serait donc logique que cet argent serve une activité d'intérêt général tel qu'un fond pourrait le faire, sans léser les requérants dont le préjudice pourrait de toute façon être compensé. L'activité de ce fonds pourrait être, comme on l'a dit, de financer le contentieux dans ces domaines, pour l'exécution du droit et des activités de lobbying des intérêts diffus, mais de façon indépendante de l'État.

Mais je pense aussi à d'autres sources de financement, et notamment au produit des sanctions administratives.

D — Utiliser le produit des sanctions administratives

35. L'Administration peut-elle produire une source de financement qui permettrait d'abonder un fonds ? Un article récent du New York Times rapporte un fait intéressant : la Federal Trade Commission (FTC) a signé une transaction avec Facebook, Google et Equifax qui avaient violé les lois protégeant les données des consommateurs⁴³. La FTC a imposé que l'ensemble des amendes serve à alimenter un fonds pour les victimes. Autrement dit, les sanctions n'alimentent pas le Trésor public, comme c'est le cas en France, mais un fonds d'indemnisation. Ne pourrait-on pas imaginer que ce fonds, en plus d'indemniser les victimes, finance des actions contentieuses ou d'aide à des communautés défavorisées ? On trouve des exemples de cela. Par exemple, l'Autorité de concurrence sud-africaine a forcé des entreprises de construction coupables de violation du droit de la concurrence de mettre en place un fonds dont l'objet n'est pas seulement l'indemnisation des victimes, mais aussi le financement d'actions des ONG et des communautés⁴⁴. L'amende correspond au financement de véritables politiques publiques à destination de publics vulnérables.

36. Pourquoi le produit des sanctions administratives devrait-il aller au Trésor public ? Le non-respect du droit par des entreprises crée essentiellement des préjudices privés. Ces préjudices privés sont cependant parfois trop diffus pour être reversés aux victimes, qui peuvent même ne pas savoir qu'elles le sont. Verser cet argent à un fonds pourrait donc permettre de donner une utilité sociale, démocratique, à ces amendes.

37. Il me semble qu'il y aura une autre piste : lier société civile et recherche publique. La force des grandes entreprises, comme de nombreux livres l'ont révélé, tient à la fabrique du doute, à l'achat des scientifiques⁴⁵. Il me semble qu'il faudrait essayer de consolider une capacité de contre-expertise et pour cela l'université et la recherche en général sont une ressource clé.

⁴³ C. WARZEL, « *We Need a New Government Agency to Fight Facebook. The feds are no match (for now)* », *The New York Times*, The Privacy Project, 23 juillet 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/23/opinion/google-ftc-facebook-fines.html>.

⁴⁴ South African Forum of Civil Engineering Contractors (SAFCEC), « *Government releases press statement on industry settlement agreement* », 15 février 2017, <https://www.safcec.org.za/news/331076/Government-releases-press-statement-on-industry-settlement-agreement.htm>.

⁴⁵ V. par ex. le jugement pénal dans l'affaire du Médiateur qui documente bien l'achat de la recherche scientifique par le laboratoire Servier : A. DANIS-FATOME, F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *L'affaire Médiateur, 2010-2020 : dix ans après*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2021 ; T. PERROUD, *Comment capture-t-on un régulateur ? Retour sur l'affaire du Médiateur*, Blog Chemins Publics, 15 juillet 2021.

E — Financer une recherche indépendante

38. La capacité de contre-expertise de la société civile ne devrait pas être un moyen d'instrumentaliser la recherche, qui l'est déjà suffisamment par les grandes entreprises⁴⁶. Le passage par l'université devrait constituer un moyen d'établir une expertise indépendante sur un problème social. Les *class actions* américaines importantes aboutissent d'ailleurs souvent à la création d'un comité scientifique financé par un fonds créé par l'industriel poursuivi. En cas d'alerte sur un produit, le fonds pourrait financer des recherches indépendantes pour fixer la société sur les effets de la substance.

39. Par exemple, dans le contentieux Monsanto sur le Roundup, le juge du District Nord de l'État de Californie⁴⁷ a pris une décision ratifiant la transaction entre les parties aux termes de laquelle sont établis un *Research Funding Program* et un *Science Panel*. Le fonds est abondé par la société Monsanto pour financer les recherches sur la maladie liée à l'utilisation du Roundup et affectant les victimes (la décision précise que le montant sera entre 25 et 75 millions de dollars). Le *Science Panel* est central, car c'est lui qui est chargé d'établir le lien de causalité entre la substance et les troubles physiques des victimes. Le juge explique ceci : « Un jugement délibéré après une analyse rigoureuse, impartiale et ayant bénéficié du temps nécessaire sera un gage d'équité — en ne faisant pas dépendre les solutions individuelles du hasard du tirage au sort du jury — et d'efficacité — en épargnant aux victimes, à Monsanto et au système judiciaire du temps et de l'argent. Le Panel Scientifique aura la tâche de déterminer si, en se fondant sur les données scientifiques existantes, il est “plus probable qu'improbable” (le standard du lien de causalité en responsabilité civile de ce type) que “l'exposition aux produits contenant du Roundup (...) peut-être la cause chez les humains de l'apparition d'un lymphome non hodgkinien” ». Voici pour la mission du panel. Maintenant sa composition : « Le comité scientifique sera composé de cinq personnes ayant une expertise dans les disciplines médicales et scientifiques pertinentes, notamment l'épidémiologie, la biostatistique, la toxicologie, l'hématologie et/ou l'oncologie. Afin de préserver l'indépendance du comité, celui-ci ne comprendra aucune personne ayant été retenue comme expert dans notre affaire ou qui a communiqué avec un expert dans notre affaire concernant l'objet du litige. Les membres du comité scientifique seront sélectionnés après l'accord des parties ou, en l'absence d'accord, par une entité tierce choisie par les parties. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une entité tierce pour sélectionner les membres du comité, chacune des parties peut choisir deux membres du comité scientifique, le cinquième membre étant choisi par les autres membres du comité scientifique ».

40. Cette affaire est une pure affaire privée de responsabilité civile. Mais elle montre qu'il est tout à fait possible de positionner la recherche indépendante en position de tiers par rapport aux différents acteurs de la société civile, et qu'il est même nécessaire, pour promouvoir une forme d'équité politique, de développer une capacité d'expertise indépendante.

41. Ne pourrait-on pas aussi imaginer des droits de tirage de la société civile sur l'Agence nationale de la recherche pour financer des projets de recherche dont la société civile estime qu'ils sont importants ? L'université pourrait ainsi être positionnée comme auxiliaire de la société civile. L'université pourrait jouer ce rôle auxiliaire par le biais de la recherche, pour

⁴⁶ NOVETHIC, « Malgré la polémique, Total va s'installer au centre de la vie étudiante de Polytechnique », 26 juin 2020, <https://www.novethic.fr/actualite/gouvernance-dentreprise/entreprises-controversees/isr-rse/malgre-la-polemique-total-va-bel-et-bien-s-installer-sur-le-campus-de-polytechnique-148716.html>.

⁴⁷ Cour de district (Californie), *Ramirez, et al. c. Monsanto Co.*, n° 3:19 – cv – 02224, 6 juillet 2020.

développer la capacité de contre-expertise de la société civile et, en outre, par le biais des cliniques juridiques que ce fonds démocratique pourrait aussi financer.

F — Financer des cliniques juridiques

42. Les cliniques juridiques sont un autre moyen d'associer l'université à la défense des intérêts diffus et des intérêts vulnérables. Les cliniques sont très développées dans les facultés de droit américaines, avec des postes dédiés. À l'Université de Yale, la clinique de droit pénal⁴⁸ est financée par de la philanthropie⁴⁹. La clinique en droit de l'environnement⁵⁰ est financée par la faculté de droit. C'est la clinique de droit de l'immigration de Yale qui a permis de faire suspendre le « décret antimusulman » de Donald Trump⁵¹. Alberto Alemanno a aussi créé une clinique entre HEC et NYU pour permettre un lobbying au service des intérêts diffus. Ces cliniques ont pris racine aussi en France.

43. Elles pourraient être bien davantage développées dans les domaines de la santé, de l'environnement, par un financement public spécifique ou par le fonds que j'ai évoqué. Elles s'inscrivent en outre clairement dans la vocation de formation des universités. Ce fonds pour la démocratie serait un outil puissant d'accès à la justice, d'exécution des politiques publiques et d'égalisation de l'accès à l'action publique.

44. En conclusion, on voit qu'il est nécessaire de développer un service public du contradictoire, encapacitant les organisations de la société civile pour leur permettre de participer intelligemment aux politiques publiques qui les touchent.

⁴⁸ *Criminal Justice Advocacy Clinic* de Yale. Voy. la présentation disponible ici : <https://law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/criminal-justice-advocacy-clinic>.

⁴⁹ « *The fund is made possible thanks to a generous gift from Yale College alumni Jennifer Millstone '00 and David Millstone '99, which is part of their larger commitment to Yale University* » (traduction : Ce fonds est rendu possible grâce à un don généreux de Jennifer Millstone de la promotion 2000 et David Millstone de la promotion 1999, deux anciens élèves de Yale College, qui incarne leur engagement plus large envers l'université de Yale), in École de droit de Yale, « *Yale Law School Announces The Millstone Fund for Criminal Justice Reform* », 21 septembre 2020, <https://law.yale.edu/yls-today/news/yale-law-school-announces-millstone-fund-criminal-justice-reform>.

⁵⁰ *Environmental Protection Clinic*. Voy la présentation ici : <https://law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/environmental-protection-clinic>.

⁵¹ L'executive order (EO) du Président Donald Trump est intitulé « *Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States* ». Invoquant la menace terroriste que représentent certains ressortissants étrangers, l'EO « suspendait l'entrée » aux États-Unis des ressortissants de sept pays – Irak, Iran, Libye, Somalie, Soudan, Syrie et Yémen – tout en prévoyant des exceptions limitées pour les membres d'une « religion minoritaire » de ces sept pays. L'EO a été immédiatement identifié comme « l'interdiction des musulmans » (*Muslim Ban*) promise par le président Trump. Les tribunaux ont suspendu cette décision : Cour de district (New York), *Darweesh et al. c. Trump et al.*, n°17-CV-480 (CBA). Voy. également l'explication du rôle de la clinique ici : <https://law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/worker-and-immigrant-rights-advocacy-clinic/darweesh-et-al-v-trump-et-al>.