

I – COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS : L'emblématique réforme de l'assurance maladie passe le cap de la constitutionnalité mais ouvre un horizon d'incertitude

Par un arrêt particulièrement attendu et souvent présenté comme historique, la Cour suprême des États-Unis a admis le 28 juin 2012 la constitutionnalité de la réforme de l'assurance maladie. Mais au-delà du sauvetage de cette réforme emblématique du président Obama (souvent qualifiée d'« Obamacare »), cette décision – par ses conséquences à moyen et long termes – suscite de nombreuses questions et incertitudes.

Lire le texte intégral sur le site de la [Revue des Droits de l'Homme](#)

« Les auteurs de la Constitution américaine ont créé un gouvernement fédéral aux pouvoirs limités, et ont confié à la Cour suprême la mission de faire respecter ces limites. C'est ce que la Cour fait aujourd'hui. Ce faisant, la Cour n'exprime aucune opinion sur la sagesse de la loi sur l'assurance-maladie. Aux termes de la Constitution, ce jugement n'appartient qu'au Peuple. » C'est par ces mots se conclut l'opinion du Chief Justice John Roberts dans l'affaire [National federation of independent business v. Sebelius](#), et, avec eux, un nouvel épisode de la grande tradition judiciaire et constitutionnelle américaine. A bien des égards, la décision rendue le 28 juin 2012 est une surprise. Par son résultat, elle déjoue les pronostics assez sombres qui avaient été formulés à l'issue des débats oraux devant la Cour, où le sort de la disposition centrale de loi, l'obligation d'assurance, semblait mal engagé (pour un rappel des enjeux de ce contentieux majeur, lire [ADL du 26 mars 2012](#)). **Par son raisonnement, la Cour suprême prend à contrepied aussi bien les partisans de la loi que ses adversaires (I) et ouvre une période de spéculation sur les limites constitutionnelles du pouvoir fédéral (II).** Dans ce contexte, la surprise est également venue du [Chief Justice John Roberts](#) qui, par son vote décisif, s'est fait le sauveur de l'« [Affordable Care Act](#) » alors que personne, ou presque, ne l'attendait dans ce rôle.

I – Un sauvetage ambigu et payé au prix fort

Le paradoxe de la solution retenue par la Cour est qu'elle donne raison aux opposants à la loi sur une question de principe essentielle, mais les prive de la victoire politique et symbolique qu'aurait constitué la censure de la loi. Dans un premier temps, elle consacre une lecture extrêmement restrictive de la « *clause de commerce* », c'est-à-dire du principal vecteur de compétence législative du pouvoir fédéral depuis 1937 (A). Mais, dans un second temps – et entre autres apports de l'arrêt (C) –, elle sauve la réforme emblématique du président Obama, en estimant que la réforme s'analyse, en réalité, comme la création d'un impôt nouveau. A ce titre, la législation contestée se rattache à la compétence fiscale du Congrès américain (B).

A- La consécration d'une lecture restrictive de la « *clause de commerce* »

Dans ce qui aurait pu être le coup fatal porté à la loi, l'opinion majoritaire commence par faire droit au principal argument des opposants au « [Patient Protection and Affordable Care Act](#) ».

Selon ce raisonnement, le pouvoir de régler le commerce entre les États reconnu au Congrès par [l'article I de la Constitution](#) présuppose l'existence d'une « *activité commerciale* » destinée à être régulée. Or, la notion d'« *activité* » ne peut s'appliquer, selon la Cour, à une simple abstention – en l'espèce, l'abstention de souscrire une assurance maladie. En d'autres termes, l'opinion majoritaire estime que la clause de commerce ne permet pas de contraindre un individu à s'engager dans une activité commerciale, par exemple en l'obligeant à acheter un produit, au seul motif que son abstention d'agir avait des effets sur l'activité économique et le commerce entre les États. **La « *clause de commerce* » permet d'agir sur ce que font les individus, mais non sur ce qu'ils s'abstiennent de faire.**

« Les individus, pour des raisons qui leur appartiennent, s'abstiennent de faire des choses qui seraient bonnes pour eux ou pour la société. Cette carence à agir – jointe à celle d'autres individus – peut aisément avoir un effet substantiel sur le commerce entre les États. Si l'on suivait la logique du gouvernement, cela autoriserait le Congrès à utiliser son pouvoir de régulation du commerce pour obliger les citoyens à agir comme le gouvernement souhaiterait qu'ils le fassent. » La Cour réfute une telle logique en la jugeant contraire à la volonté des constituants. Ce faisant, elle rejette l'idée de calquer son approche sur celle de la théorie économique, selon laquelle il n'existe pas de différence significative *a priori* entre l'impact d'une action ou d'une abstention.

Elle écarte également la thèse du gouvernement et de l'opinion dissidente de la juge Ginsburg, selon laquelle la notion d'activité sur un marché ne doit pas s'apprécier à un instant donné du temps, mais sur la durée d'une vie ou d'un cycle économique. Selon cette thèse, il existe une différence fondamentale entre le marché des brocolis ou les

voitures, d'une part, et le marché de la santé. En effet, on peut passer une vie entière sans acheter de voiture ou consommer des brocolis, mais on sera nécessairement, à un moment ou un autre de son existence, amené à consommer des soins et à recourir à des services de santé. Dans cette mesure, toute personne peut être considérée comme « *active* » sur ce marché d'un type particulier. La Cour estime, au contraire, que cette spécificité n'est qu'apparente, et que le marché de la santé ne diffère pas significativement de celui de l'alimentation, des transports ou de l'énergie. **Qu'ainsi, si un tel raisonnement était retenu, il ferait de la « *clause de commerce* » une clause de compétence générale permettant de réguler la vie des individus « *de leur berceau jusqu'à leur tombe* ».**

Enfin, la Cour rejette également la théorie selon laquelle l'obligation de souscrire une assurance maladie pouvait se justifier en tant que composante d'un mécanisme plus général visant à une régulation d'ensemble de l'activité économique dans un secteur donné. Cette théorie de l'accessoire s'inspirait d'un raisonnement développé dans l'affaire [Gonzales v. Raich \(2005\)](#). Dans cette affaire, la Cour avait considéré qu'en combinant la « *clause de commerce* » et une autre disposition de l'article I de la Constitution (« *the necessary and proper clause* », qui donne au Congrès le pouvoir de faire les lois « *nécessaires et appropriées* » – pour mettre en œuvre les pouvoirs explicitement énumérés dans la Constitution), la régulation de la simple possession de cannabis était possible, dès lors qu'elle s'inscrivait dans un schéma global visant principalement à réguler le commerce de ce produit à l'échelle fédérale. La Cour estime – en substance, car son raisonnement est assez elliptique – que les circonstances ne sont pas transposables, dans la mesure où, en l'espèce, l'obligation d'assurance n'est pas l'accessoire du dispositif, mais le cœur de celui-ci.

Ainsi, la Cour considère (par 5 voix contre 4, c'est-à-dire celles du Chief Justice et [des juges Scalia, Thomas, Alito et Kennedy](#)) que **l'obligation d'assurance excède les compétences directement ou indirectement reconnues au Congrès dans le cadre de la « *clause de commerce* »**. On aurait donc pu croire qu'après une telle prise de position, le sort de la loi sur l'assurance maladie, ou tout du moins de sa principale disposition, était scellé.

Il n'en a rien été, et c'est d'ailleurs ce retournement de situation qui a suscité la surprise de la plupart des commentateurs – et le dépit des opposants à la loi. En effet, si la Cour refuse de valider l'obligation d'assurance sur le fondement de la clause de commerce, elle estime que cette obligation est néanmoins valide dans la mesure où elle s'appuie sur une autre compétence – cette fois incontestable –, le pouvoir de lever des impôts et taxes.

B- La requalification de l'obligation d'assurance en exercice légitime de la compétence fiscale détenue par le Congrès

Une compétence peut en cacher une autre. Si le gouvernement avait consacré l'essentiel de ses efforts à défendre la constitutionnalité de la loi sur le terrain de la « *clause de commerce* », il avait aussi soutenu, à titre subsidiaire, que l'obligation d'assurance pouvait, compte tenu de ses modalités, être assimilée à une banale taxe imposée sur les individus s'abstenant de souscrire une assurance maladie.

C'est ce raisonnement, finalement assez simple, qui est retenu par la Cour pour estimer que la principale disposition de la loi est conforme à la Constitution. Après une analyse détaillée du mécanisme prévu par loi, la Cour estime qu'il vise moins à obliger effectivement les individus à souscrire une assurance qu'à mettre à leur charge, dans le cas où ils refuseraient de souscrire cette assurance, **un impôt d'un type original**. La Cour relève notamment que le seul mécanisme de contrainte sanctionnant la méconnaissance de l'obligation d'assurance est le paiement de cette somme, qui sera affectée au Trésor public et recouvrée comme un impôt. Or, même si cette somme est formellement qualifiée de « *pénalité* » par la loi, son montant est en réalité relativement limité, dans la mesure où la loi a prévu qu'il ne peut être supérieur au montant de l'assurance qui aurait dû être souscrite et que, dans les faits, il sera le plus souvent très inférieur à ce montant. Par ailleurs, le fait générateur de l'obligation de verser la somme est purement objectif, et ne comprend pas l'élément intentionnel (« *cipher* ») qui est le plus souvent requis pour retenir la qualification de « *pénalité* ». Ainsi, la Cour juge que cette somme n'est pas une véritable pénalité ayant pour effet de contraindre à l'achat d'une assurance santé, mais **un procédé classique de fiscalité incitative, qui vise à favoriser un comportement plutôt qu'un autre en faisant d'une attitude particulière le fait générateur d'une imposition**. Par suite, la disposition en cause peut être rattachée à la compétence fiscale du Congrès.

C- Les autres aspects de la décision

En marge de la problématique centrale de la loi, qui était celle de la constitutionnalité de l'obligation de souscrire une assurance santé, la décision de la Cour prend parti sur différentes questions, d'importance inégale.

La première est d'ordre purement procédural. En préambule de sa décision, la Cour estime que l'« *Anti-Injunction act* », qui fait en principe obstacle à la contestation d'une imposition tant qu'elle n'a pas été acquittée, ne rendait pas irrecevable les conclusions de la requête relatives à l'obligation d'assurance. Elle estime en effet que le Congrès n'a pas entendu rendre ces dispositions applicables à la somme prévue en cas de non-respect de l'obligation d'assurance, dans la mesure où il a qualifié cette somme de « *pénalité* ». Le raisonnement peut paraître surprenant,

dans la mesure où, comme on vient de le voir, la Cour, dans la suite de la décision, a précisément écarté la qualification de pénalité et retenu celle d'imposition pour apprécier la compétence du législateur. Le Chief justice Roberts s'explique cependant sur cette apparente contradiction, en indiquant que la qualification d'imposition au regard de l'« *Anti-Injunction Act* », qui relève de l'interprétation de la loi, obéit à une logique purement formelle (où seul compte « l'étiquette » donnée par le Congrès à la contribution en litige). A l'inverse, pour l'examen de la question du rattachement à une compétence constitutionnellement détenue par le Congrès, c'est une approche substantielle qui doit prévaloir (seule importe la qualification juridique réelle de la somme perçue).

La deuxième question est beaucoup plus substantielle, et touche à une autre disposition de la loi, distincte de l'obligation d'assurance. Il s'agissait, pour la Cour, de **dire si l'Etat fédéral pouvait contraindre les Etats de l'Union à prendre part à l'extension du dispositif Medicaid prévue par l'Affordable Care Act**. Créé en 1965, en même temps que le programme Medicare, Medicaid est un programme financé conjointement au niveau fédéral et au niveau des Etats, qui permet aux personnes à bas revenus ou atteintes de certains handicaps d'accéder à une forme d'assurance maladie, sous conditions de ressources (Medicare, pour sa part, est un programme d'assurance maladie pour les personnes âgées, purement fédéral, qui s'adresse aux personnes âgées de plus de 65 ans).

L'Affordable Care Act prévoyait que les Etats qui refuseraient de participer à l'extension du dispositif Medicaid – consistant, pour l'essentiel, à élever le seuil maximal de ressources (le seuil serait porté à 133 % du seuil de pauvreté) pour bénéficier du programme – pourraient être privés de tout financement fédéral dans le cadre du programme Medicaid existant. La Cour considère que la menace qui pèserait ainsi sur les Etats est d'une telle ampleur qu'elle ne leur laisse, en réalité, d'autre choix que celui d'accepter l'extension du programme. La Cour relève notamment que, pour certains Etats, cela reviendrait à une amputation de 10 % du budget total, toutes dépenses confondues. Elle estime, à une très large majorité (7 contre 2 – la minorité étant constituée [des juges Ginsburg et Sotomayor](#)), que **si l'Etat fédéral peut en général subordonner le bénéfice de mécanismes de financement à l'acceptation de certaines conditions par les Etats, il lui appartient de laisser aux Etats une réelle marge d'appréciation pour accepter ou refuser le mécanisme de coopération**. Elle juge que ce n'est pas le cas en l'espèce, la menace financière (« *economic dragooning* ») étant d'une telle ampleur que les Etats ne pouvaient, en réalité, que se plier aux désirs de l'Etat fédéral.

II – Le début d'une période d'incertitude

Certains arrêts de la Cour suprême sont entrés dans l'histoire parce que leurs conséquences de principe, leur portée pour l'avenir apparaissaient de façon évidente et immédiate : la fin de la ségrégation raciale dans les établissements scolaires ([Brown v. Board of Education of Topeka](#), 1954), la légalisation de l'avortement ([Roe v. Wade](#), 1973), etc. Dans d'autres cas, le raisonnement de principe était moins clair, voire franchement nébuleux, mais la portée concrète de la solution était sans ambiguïté : c'était le cas dans l'affaire [Bush v. Gore \(2000\)](#), qui décida le sort de l'élection présidentielle de l'année 2000. La décision qui vient d'être rendue dans l'affaire [National Federation of Independent Business v. Sebelius](#) appartient à une autre catégorie de décisions : celles qui font des perdants et des gagnants dans tous les camps, et dont la portée exacte ne pourra s'apprécier complètement que dans la durée. La même incertitude se retrouve aussi bien pour apprécier la portée de principe de la décision (A) que sa signification pour les équilibres internes à la Cour (B).

A- Quel avenir pour les pouvoirs de régulation économique de l'Etat fédéral

La signification politique à court terme de l'arrêt est évidente. **La réforme de l'assurance santé pourra aller à son terme ou, tout du moins, son sort ne se jouera pas sur le terrain juridique** (une partie des Républicains ont clairement annoncé que la réforme serait abrogée en cas de victoire aux élections de 2012). Mais toute la question est de savoir si les effets à long terme du raisonnement suivi par la Cour – l'interprétation restrictive de la « *clause de commerce* » et, par suite, des pouvoirs d'intervention économique de l'Etat fédéral – n'excèdent pas ceux de ce gain à court terme.

A certains égards, la décision de la Cour est l'aboutissement du combat doctrinal, et quasiment culturel, mené par les conservateurs américains depuis près de trente ans sur un certain nombre de thèmes majeurs, au nombre desquels figurait l'interprétation extensive de la « *clause de commerce* ». Les tenants et aboutissants de cette lutte d'influence ont été notamment décrits par le journaliste et essayiste Jeffrey Toobin dans [son ouvrage « The Nine »](#), qui constitue une remarque synthétique de l'évolution de la Cour dans les années 1990-2000. Dans cet ouvrage, le journaliste montrait notamment comment le camp conservateur avait décidé, dans les années 1980, de réinvestir le terrain juridique afin d'y promouvoir un « *agenda* » jurisprudentiel basé sur le libéralisme économique (limitation du rôle de l'Etat) et la défense des valeurs traditionnelles (limitation ou remise en cause du droit à l'avortement, affaiblissement ou disparition de la discrimination positive, etc.). Il soulignait aussi le décalage qui s'est progressivement créé entre le personnel des facultés de droit, qui est resté largement acquis aux idéaux progressistes, et une Cour suprême qui, par le jeu des nominations, s'est trouvée progressivement dominée par des éléments conservateurs.

La décision [National Federation of Independent Business v. Sebelius](#) marque un nouveau recul du pouvoir d'intervention économique constitutionnellement reconnu à l'état fédéral depuis la fin du New Deal, et qui a commencé à s'éroder dans les années 1990. **La Cour réduit une nouvelle fois le périmètre de la notion d'« activité » susceptible d'être régulée dans le cadre de la « clause de commerce ».** L'opinion dissidente de la juge Ginsburg évalue ce recul comme particulièrement grave. Elle qualifie l'opinion de John Roberts d'« incroyablement rétrograde » (« *stunningly retrogressive* »), et estime qu'elle constitue un retour à l'état de la jurisprudence qui prévalait avant 1937, c'est-à-dire avant que la Cour ne mette un genou à terre dans l'épreuve de force qui l'avait opposée au président Roosevelt au sujet de la légalité des principales mesures du « *New deal* ». L'idée est qu'il existe un risque que la Cour délaisse progressivement le critère de « *l'impact substantiel* », qui admettait de réguler très largement toute forme d'activité du moment qu'elle avait un impact important sur l'économie à l'échelle inter-Etatique, pour revenir à des typologies subtiles, voir byzantines, sur le type de comportement constituant – ou pas – une « activité » susceptible d'être régulée.

D'autres voix relativisent la portée de ce recul, tout en admettant son caractère problématique. Ainsi, Laurence Tribe, professeur à Harvard et constitutionnaliste renommé, a indiqué [dans un article publié sur le *Scotus Blog*](#) qu'il est relativement rare que le Congrès impose des obligations d'agir à des individus dans but de régulation économiques (« *Congress rarely mandates behavior on an individual level to accomplish regulatory goals* ») et que le code fédéral n'est pas semé d'obligations individuelles d'achat ou d'action qui n'attendraient que d'être « *ramassées par des charognards du contentieux* » (« *the federal code is not littered with other individual mandates for litigious scavengers to pick apart* »).

A ce stade, la seule chose que l'on peut affirmer avec certitude est qu'il y a bien **un recul du pouvoir de régulation économique fédéral**, que ce recul s'inscrit dans une tendance longue d'une vingtaine d'année – avec une pause momentanée dans l'affaire [Gonzales v. Raich \(2005\)](#), où la Cour avait retenu une conception extensive du pouvoir de régulation en matière de possession et de commerce du cannabis.

B- Quels équilibres au sein de la « Cour Roberts » ?

Les « *kremlinologues* » de la Cour suprême – par cette formule, nous entendons les commentateurs qui se focalisent sur l'analyse des préférences individuelles des juges et des rapports de force au sein de la Cour – ne tarissent pas de commentaires et de spéculations sur le rôle joué dans cette affaire par le Chief Justice Roberts. A l'image de l'hebdomadaire *Time*, qui avait consacré il y a quelques semaines [sa couverture au Juge Kennedy](#) – qui détient généralement le vote pivot au sein de la Cour –, avant de [placer le Chief Justice Roberts sur la couverture de son numéro spécial consacré à l'arrêt de la Cour](#), bien peu auraient parié, il y a quelques semaines, que le salut de la loi viendrait de John Roberts. Jusqu'à présent, ce dernier s'était plutôt illustré par des positions conservatrices d'un très grand classicisme. Dans la lignée intellectuelle de son prédécesseur, William Rehnquist (dont il fut le « *law clerk* » en 1980), et à l'issue d'un parcours au sein de l'establishment républicain, il joignait le plus souvent son vote aux trois autres conservateurs de la Cour – les juges Alito, Scalia et Thomas –, laissant à d'autres, et principalement au juge Kennedy, le soin de jouer les pivots entre les deux blocs de la cour.

La position prise par John Roberts dans cette affaire a donné lieu à diverses interprétations.

Beaucoup de commentaires saluent sa prise de position comme un chef d'œuvre de diplomatie judiciaire et d'équilibrisme institutionnel (dans son numéro spécial déjà cité du 16 juillet 2012, le magazine *Time* compare successivement sa décision à la Neuvième symphonie de Beethoven et au jugement du Roi Salomon...). En évitant un choc majeur avec le pouvoir exécutif et une crise politique majeure dans un pays déjà très divisé, tout en donnant des gages idéologiques aux conservateurs, John Roberts aurait réussi à tirer la Cour d'un mauvais pas sans renoncer à ses convictions. L'exercice n'est pas sans rappeler celui accompli par un autre Chief justice : dans l'affaire [Marbury v. Madison \(1803\)](#), John Marshall avait aussi fait d'« *une pierre deux coups* » en évitant l'affrontement avec le Président Jefferson – dont il avait été l'adversaire politique déterminé –, en utilisant une solution juridique originale et en consacrant l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

Faut-il voir là le signe d'une évolution intellectuelle et politique durable, annonciatrice d'une « *Cour Roberts* » au sein de laquelle le Chief justice s'affranchirait de ses origines partisans pour jouer un rôle d'arbitre ? Paradoxalement, c'est la frange la plus conservatrice des conservateurs qui semble accréditer cette thèse, en dénonçant sa prise de position comme une « *trahison* ». Même en faisant abstraction des prises de position folkloriques dont l'aile droite des Républicains et le Tea Party sont coutumiers – on a même vu apparaître des sigles appelant à « *l'impeachment* » du Chief justice, comme au bon vieux temps de la guerre froide et de la campagne menée par la John Birch Society pour obtenir le départ d'Earl Warren ! –, le dépit paraît profond. Une figure de la droite républicaine, le professeur de droit constitutionnel John Yoo (enseignant à Berkeley, ancien conseiller juridique de l'administration Bush Junior), par exemple, [a mis en cause le « vetting »](#) (le processus de sélection et de nomination des juges) de John Roberts, et a indiqué qu'il avait plutôt chaussé les bottes de Charles Evans Hughes (qui capitula dans l'affrontement avec Roosevelt en 1937) que de John Marshall. Il faut comprendre que **la droite américaine vit depuis des années dans la hantise des « erreurs de casting »**, car à de nombreuses

reprises, des juges nommés par les Républicains ont fini par adopter des positions modérées voire progressistes (comme Sandra Day O'Connor, David Souter, dans la période récente, ou Harry Blackmun, qui rédigea l'opinion de la Cour dans l'affaire *Roe v. Wade*, qui légalisait l'avortement).

Une partie des commentateurs « *progressistes* » estiment au contraire qu'au-delà du résultat immédiat – la sauvegarde d'une réforme historique de l'assurance maladie –, **John Roberts s'est placé en position de force pour faire avancer un agenda conservateur dont il reste un fervent partisan**. L'hypothèse du calcul politique à long terme est notamment avancée par Jeffrey Toobin qui note dans [le New Yorker des 9 et 16 juillet](#) qu'en prenant le parti des progressistes, Roberts s'est prémuni par avance contre des accusations de parti pris idéologique. Selon lui, ce capital pourrait lui être précieux l'année prochaine si la Cour remet en cause la discrimination positive pour l'accès à l'université, revient sur les acquis du *Voting Rights Act* de 1965, ou confirme la constitutionnalité de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. La constitutionnaliste Pamela Karlan, professeur de droit à Stanford [note de son côté](#) que la cour Roberts s'est dotée, sur d'importantes questions de principe, d'un arsenal jurisprudentiel et doctrinal à visée conservatrice (« *The Supreme Court has given Americans who care about economic and social justice a reason to worry this Fourth of July. The court's guns have been loaded; it only remains to be seen whether it fires them* ») dont l'utilisation pourrait faire d'importants dégâts dans la législation sociale et économique.

Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2012, [National federation of independent business v. Sebelius](#), 567 U. S. ____ (2012), Docket File N° 11-398.

Pour citer ce document :

Johann Morri, « [L'emblématique réforme de l'assurance maladie passe le cap de la constitutionnalité mais ouvre un horizon d'incertitude](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 15 juillet 2012.