



INSTITUT DES
HAUTES ÉTUDES
SUR LA JUSTICE

■ www.ihej.org

LA COUR SUPRÊME AMÉRICAINE ET LE DISPOSITIF « OBAMACARE »

Frederick T. Davis

NOTES DE L'IHEJ

3 - novembre 2012

RÉSUMÉ

Le 28 juin 2012, la Cour suprême américaine a validé la majeure partie de la loi de réforme de l'assurance maladie, dite « Obamacare », adoptée par le Congrès en 2010. Si, à court terme, le débat s'est focalisé sur la question du vainqueur « politique » de cette décision, la portée de celle-ci va bien au-delà. Il est à craindre en effet que le raisonnement adopté par la Cour n'entrave sérieusement la capacité du Congrès à légiférer à l'avenir, tandis que le combat pour construire un vrai système de santé est loin d'être achevé. Pour mieux comprendre et apprécier la portée de cette décision, Frederick T. Davis propose de revenir sur les grandes lignes de la loi, mais aussi sur la structure institutionnelle de la Cour qui s'est prononcée. Des considérations qui permettent en retour quelques réflexions sur l'impact possible de cette décision quant à la capacité des États-Unis, à l'avenir, à promulguer des lois progressistes.

L'AUTEUR

Frederick T. Davis est avocat associé au sein du bureau parisien du cabinet Debevoise & Plimpton LLP, membre des barreaux de New York et de Paris. Il intervient principalement dans des procédures arbitrales et contentieuses au regard du droit américain. Depuis le début de sa carrière en tant que substitut du Procureur fédéral pour le district Sud de l'État de New York, il s'est consacré au droit pénal des affaires, particulièrement dans le cadre d'investigations menées par les autorités de régulation et d'affaires liées aux marchés financiers, y compris en dehors des États-Unis. Auteur de nombreux articles, membre de l'International Bar Association, il assure régulièrement des cours dans le cadre de séminaires du *New York Law Journal* ou pour le Practising Law Institute, l'American Bar Association et le Federal Bar Council.

POUR CITER CET ARTICLE

Frederick T. Davis, « La Cour suprême américaine et le dispositif "Obamacare" », *Notes de l'IHEJ*, Institut des hautes études sur la justice, n° 3, novembre 2012.

Les propos de l'auteur ne reflètent que ses positions personnelles.

Le 28 juin 2012, les Américains retenaient leur souffle : la Cour suprême des États-Unis allait se prononcer sur la constitutionnalité de l'intégralité de la loi de réforme de l'assurance maladie adoptée par le Congrès en 2010. Comme chaque jour où elle est en session, la Cour s'est réunie à 10 heures du matin pour débattre des différentes opinions de ses membres. À 10 heures 30, la presse du monde entier a relayé la principale information : « La Cour suprême valide la majeure partie de la loi sur le système de santé », pour reprendre les termes du *New York Times*. Les partisans de la réforme ont poussé un soupir de soulagement : ils étaient nombreux à craindre que la Cour ne censure la loi. Quant aux opposants, et notamment les procureurs des vingt-six États (sur cinquante) qui s'étaient battus pour que la loi soit déclarée inconstitutionnelle, ils étaient furieux.

À court terme, le débat se focalise sur la simple question du vainqueur, mais l'enjeu de cette décision est en réalité bien plus grand. D'ailleurs, la victoire est loin d'être complète. Ce n'est en effet qu'à la plus faible des majorités que la Cour a rejeté le défi constitutionnel. En outre, cette victoire ne repose que sur une seule base constitutionnelle, laquelle était pourtant absente d'une grande partie du débat autour de la loi. En conséquence, le raisonnement étroit de la Cour entravera sévèrement la capacité du Congrès à légiférer à l'avenir, et le combat pour construire un vrai système de santé est loin d'être achevé.

Ainsi, pour mieux comprendre et apprécier la portée de cette décision de la Cour suprême, il est utile de revenir sur les grandes lignes de la loi de réforme de l'assurance maladie, mais aussi sur la structure institutionnelle de la Cour qui s'est prononcée. Des considérations qui permettent en retour quelques réflexions sur l'impact possible de cette décision quant à la capacité des États-Unis, à l'avenir, à promulguer des lois progressistes.

I. LE SYSTÈME DE SANTÉ AUX ÉTATS-UNIS

Les États-Unis constituent une exception parmi les pays industrialisés en ce qu'ils n'ont pas de grande politique ou système de santé national. La plupart des actifs américains disposent d'une assurance maladie, mais celle-ci repose sur un étonnant assemblage de plans financés par les employeurs et de plans individuels, conclus avec des assureurs privés, sous le contrôle des autorités compétentes en matière d'assurances, lesquelles diffèrent selon les États (fédérés), conformément au pouvoir réglementaire qui lui aussi varie selon les États. Le dispositif « Medicare », adopté par le Congrès en 1965 pour permettre à tous les citoyens américains de plus de soixante-cinq ans de bénéficier d'une couverture maladie, est l'exception à la règle : toutes les personnes âgées bénéficient donc à présent d'une protection nationale, mais celle-ci reste limitée. Pour les personnes moins âgées en revanche, la couverture sociale obligatoire financée par l'État est encore très iné-

gale. En 1965, par exemple, le Congrès avait également adopté « Medicaid », une aide sous conditions de ressources, conçue pour offrir un accès aux soins aux plus démunis. Mais Medicaid est en grande partie géré et financé par les États fédérés (et non par le gouvernement fédéral), qui restent libres d'adhérer ou non à ses principales dispositions. De nombreux États ont choisi de n'appliquer qu'une partie ou une autre du dispositif, remettant en cause son efficacité à l'échelle nationale. En effet, si Medicaid procure bien l'aide nécessaire au plus grand nombre, il ne s'est pas attaqué au cœur du problème, à savoir l'établissement de standards nationaux de santé ou de soins. Ainsi, le gouvernement fédéral, qui comprend les forces armées et les membres du Congrès et est à ce titre l'un des principaux employeurs du pays, offre-t-il à ses employés des options de couverture maladie, dans le cadre de leur travail, qui ne sont pas accessibles à nombre de citoyens.

Pour bien comprendre le fonctionnement de l'assurance maladie aux États-Unis, il faut mesurer la confiance accordée systématiquement aux « marchés » à la fois de l'assurance et des prestations de santé, et la croyance selon laquelle le jeu de la concurrence entre les assureurs, médecins, hôpitaux et autres fournisseurs de services de santé favorise un large choix pour les utilisateurs, une amélioration de la qualité des soins, de même qu'une baisse de leurs coûts. Les services de santé représentent par ailleurs un secteur extrêmement lucratif aux États-Unis, impliquant d'importantes compagnies d'assurance, de puissantes associations de médecins, de grands hôpitaux et groupes hospitaliers (dont beaucoup sont privés, détenus par des entreprises offrant leurs services à une échelle nationale), et d'importants groupes pharmaceutiques, qui figurent parmi les plus grandes entreprises du pays.

Voilà plusieurs décennies déjà que des critiques de ce système se font jour, qui en soulignent trois carences principales. Tout d'abord, de nombreuses personnes ne sont pas couvertes et se trouvent démunies lorsqu'elles sont malades ou blessées. Selon une recherche effectuée par le Congrès durant ses délibérations sur la loi en question, 30 millions de citoyens américains au moins font partie de cette catégorie. Les raisons de cette absence de couverture sont variées : certains choisissent de ne pas engager une telle dépense, quand d'autres n'ont tout simplement pas les moyens de cotiser. Les petites entreprises tentent fréquemment de recruter sans fournir aucun avantage en termes de services de santé, dans le but de réduire le coût du travail par rapport aux plus grandes entreprises qui fournissent de tels avantages et supportent donc des coûts plus élevés. Cette masse de personnes non assurées entraîne d'énormes difficultés, tant individuellement que collectivement. Individuellement, de nombreuses personnes non assurées se retrouvent dans des situations désespérées lorsqu'une maladie ou un accident survient soudainement, car l'hospitalisation ou d'autres soins cruciaux peuvent être excessivement chers. Le coût des soins de santé est aujourd'hui devenu la principale cause de faillite personnelle aux États-Unis. Collectivement, le problème engendre des dysfonctionnements dans la distribution de prestations de santé et augmente finalement leur coût. D'un point de vue purement statistique, les personnes non assurées sont au moins autant susceptibles de connaître de sérieux problèmes de santé que les personnes assurées. Lorsqu'elles en sont victimes, elles se tournent le plus souvent vers les salles d'urgence des hôpitaux locaux, qui juridiquement et déontologiquement sont tenus de les prendre en charge et doi-

vent leur dispenser au minimum les premiers soins d'urgence – dont le coût est ensuite généralement supporté par les personnes assurées sous la forme de soins plus chers et de primes d'assurance plus élevées. De plus, la lourdeur et le coût du traitement augmentent du fait que les personnes non assurées reportent souvent la consultation d'un médecin en cas de symptômes précoces, préférant attendre que le problème devienne suffisamment grave pour justifier des soins d'urgence.

Un deuxième problème est le parcours d'obstacles toujours plus complexe que représentent la recherche de soins adéquats, le remboursement effectif par les compagnies d'assurance et le coût administratif de toutes ces démarches. Étant donné que l'assurance provient de sociétés privées, les assureurs sont évidemment encouragés à limiter les paiements, notamment les paiements importants. En outre, un individu peut suivre des traitements séparés – souvent couverts par des assureurs différents – pour différents types de problèmes de santé. Dès lors, quiconque est atteint d'une grave maladie peut passer des heures à remplir des séries de formulaires en triple exemplaire et se retrouver engagé dans des négociations difficiles avec les compagnies d'assurance pour obtenir un remboursement. Durant la campagne présidentielle de 2008, le président Obama avait ainsi évoqué le souvenir de sa mère, qui lutta contre un cancer durant les derniers mois de sa vie, tout en bataillant avec les compagnies d'assurance pour obtenir le remboursement de son traitement.

Enfin, les soins de santé aux États-Unis sont extraordinairement chers. Aux complexités administratives s'ajoute l'absence de politique nationale et d'établissement de priorités. Résultat : plus de 17 % du produit intérieur brut du pays sont consacrés aux soins de santé – bien plus que dans n'importe quelle autre nation avancée. À moins d'une réforme fondamentale, ce chiffre devrait encore augmenter, de façon très significative, avec le vieillissement de la population.

Il en résulte tout simplement que le système de soins de santé, pris dans son ensemble, ne fonctionne pas aussi bien que dans d'autres pays. Les Américains considèrent souvent – et les opposants de la réforme de l'assurance maladie aiment à le répéter – qu'ils disposent des « meilleurs services médicaux au monde ». Ce qui est en partie vrai pour les personnes les plus aisées qui peuvent choisir de payer pour bénéficier des meilleurs soins existants, mais qui est fortement démenti par l'ensemble des indicateurs de santé tels que la longévité, la mortalité infantile, et même les statistiques sur les évolutions de long terme telles que la taille moyenne. Ces indicateurs montrent que le niveau de santé outre-Atlantique décline régulièrement par rapport à d'autres pays, et que les États-Unis se retrouvent moins bien classés, non seulement que les nations européennes ayant une longue tradition de l'État providence, mais également que plusieurs pays émergents en Asie. C'est dans ce contexte que l'idée d'une réforme de l'assurance maladie s'est développée.

II. LES PROPOSITIONS DE RÉFORME

Malheureusement, la mise en œuvre de la réforme de l'assurance maladie a dû attendre de très nombreuses années. Dès le « New Deal » sous le président Franklin Roosevelt, les réformateurs sociaux ont considéré la couverture maladie comme une priorité – sans toutefois parvenir à obtenir une majorité au Congrès pour adopter une réforme digne de ce nom. Après la Seconde Guerre mondiale, le président Truman et, bien plus tard, le président Nixon (un républicain) travaillèrent

à leur tour à des projets de réforme, sans aucun résultat. Plus récemment, à la suite de son élection en 1992, le président Clinton avait fait de la réforme des soins de santé une priorité de sa politique, mais il dut renoncer face à la levée de boucliers des compagnies d'assurance et des autres opposants, qui avait conduit à l'enlisement des débats au Congrès.

Barack Obama avait pour sa part fait de la réforme du système de santé un des plus importants éléments de sa campagne en 2008, si ce n'est le plus important. À la suite de son élection, il pouvait compter sur une majorité politique à la fois au Sénat et à la Chambre des représentants. Après des débats difficiles et prolongés en 2009 et 2010, sa proposition a finalement été acceptée par les deux Chambres du Congrès à la plus faible majorité possible.

Bien que la loi de réforme de l'assurance maladie soit assez complexe dans son ensemble (totalisant plus de 900 pages), le débat législatif s'est focalisé sur deux principales questions. Tout d'abord, acceptant un compromis pour satisfaire les compagnies d'assurance et les opposants politiques qui qualifiaient la gestion du système de santé par le gouvernement de « socialiste », le législateur n'a pas adopté une structure dite de « payeur unique », par laquelle le gouvernement national serait directement responsable de l'assurance et des soins de santé de ses citoyens. Il a, au contraire, organisé la création d'une série de « marchés » dans lesquels les compagnies d'assurance offriraient des forfaits de soins de santé concurrentiels. Les compagnies d'assurance intégrant de tels marchés seront ainsi soumises à une série de nouvelles et importantes restrictions : elles ne seront plus autorisées notamment à refuser des candidats en raison d'une « pathologie antérieure », ni à exclure les adhérents qui seraient en moins bonne santé (et dont la prise en charge serait donc plus onéreuse). Le but de ces restrictions, à l'évidence, est de rendre l'accès aux assurances universel, mais elles devraient en outre faciliter considérablement la mobilité professionnelle. Aujourd'hui, un nombre surprenant d'actifs qui souhaiteraient changer de travail n'osent pas franchir le pas par crainte de perdre leur couverture maladie.

Le second enjeu important de cette loi – qui est finalement devenu un point essentiel pour la Cour suprême – était la question du « mandat individuel ». Un système d'assurance reposant sur le jeu concurrentiel du marché butte sur un obstacle inhérent : le « resquilleur ». Plus précisément, un certain nombre d'individus – les jeunes en particulier, mais aussi les personnes relativement pauvres – peuvent décider de ne plus supporter le coût d'une assurance dont elles n'ont pas besoin dans l'immédiat. Le problème de cette possibilité offerte aux individus de résilier leur assurance est qu'inévitablement, sauf exceptions rares, ils finiront par avoir un jour besoin de soins, souvent dans une situation soudaine et critique. Cela engendre les mêmes charges – et dysfonctionnements – pour le système de soins de santé que les nombreuses personnes aujourd'hui non assurées. La conséquence inévitable en est l'augmentation des taux de cotisation pour ceux qui possèdent une assurance. Autrement dit, un système d'assurance global ne fonctionne que si chaque personne – jeune ou âgée, malade ou en bonne santé – y participe. C'est un groupe de *think-tanks* très conservateurs qui proposèrent les premiers une solution, inscrite en 2006 dans

une loi de l'État du Massachusetts sous l'impulsion du gouverneur de l'époque, Mitt Romney. Cette solution consiste à exiger que tous les citoyens conservent au moins une couverture d'assurance minimale : c'est ce que l'on a appelé le « mandat individuel ». Sous le nouveau régime instauré par la loi, le défaut de « mandat individuel » sera sanctionné par une peine financière. En effet, tout individu qui ne souscrirait pas à une couverture maladie de base est susceptible d'être puni par une amende, d'un montant comparable à la prime d'assurance de base, qui sera prélevée avec l'impôt sur le revenu. Après de longues négociations entre des intérêts concurrents au sein du Congrès, c'est l'adoption de ce « mandat individuel » qui a permis à la loi d'être approuvée *in extremis* en 2010.

III. LA COUR SUPRÊME ET SON EXAMEN DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA RÉFORME DES SOINS DE SANTÉ

Avant d'analyser l'examen par la Cour suprême de cette législation particulière, il convient de rappeler brièvement le rôle, ainsi que le fonctionnement de cette dernière.

L'existence et les pouvoirs de la Cour suprême résultent de la Constitution des États-Unis, laquelle a été adoptée en 1789, et dont on peut considérer qu'elle a fondé les États-Unis d'Amérique. Elle organise le pouvoir judiciaire fédéral qui, en vertu de la Constitution, est l'une des trois branches du gouvernement, les deux autres étant l'exécutif (comprenant le président et les nombreux ministères qui sont sous ses ordres) et le pouvoir législatif, constitué par le Sénat et la Chambre des représentants. Il n'existe pas d'équivalent aux États-Unis du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État, en parallèle avec la Cour de cassation, ou plutôt, la Cour suprême est l'autorité unique et finale statuant sur toutes les questions relatives à la Constitution. Bien que cet organe soit très puissant, il est composé de neuf juges seulement, qui siègent à vie. Les décisions rendues sont identifiées par leur auteur, tandis que les autres juges de la Cour écrivent fréquemment des avis dissidents lorsqu'ils désapprouvent la solution retenue par la majorité ou encore dans le but d'exprimer leur propre raisonnement. En conséquence, les neuf juges font l'objet de nombreux débats et sont plutôt bien connus du public. Nombre d'articles – et même des ouvrages – sont régulièrement publiés sur leurs philosophies et leurs doctrines respectives.

Jusqu'à une période relativement récente, une tradition d'impartialité prévalait à la Cour suprême : les juges devaient faire abstraction de leurs convictions et, une fois désignés, considérer chaque cas de manière objective, indépendamment de leurs opinions politiques. Par exemple, l'arrêt historique *Roe v. Wade*, qui a conféré une protection constitutionnelle au droit des femmes de décider d'avoir recours ou non à l'avortement, a été écrit par le juge Harry Blackmun, nommé par le président Nixon, alors que la principale contestation fut écrite par le juge Byron White, nommé par le président Kennedy. Récemment, une telle impartialité est devenue bien moins évidente. Les arrêts *Bush v. Gore* (refusant un nouveau décompte des voix lors de l'élection présidentielle de 2000, lequel aurait peut-être invalidé l'accession de George W. Bush à la présidence) et *Citizens United* (autorisant les entreprises à financer les campagnes politiques de manière quasiment illimitée) furent rendus en conformité avec les « lignes du parti », puisque les cinq juges nommés par des présidents républicains ont voté en faveur de la position défendue par le parti républicain et en accord avec les intérêts de ce parti, tandis que les juges nommés par des démocrates se sont placés en oppo-

sition. Cela explique certainement que la confiance du public dans la Cour est à un niveau historiquement bas : de récents sondages indiquent qu'une majorité d'Américains sont aujourd'hui persuadés que les membres de la Cour prennent les décisions importantes en fonction de leur impact politique et non uniquement par rapport à l'analyse de leur constitutionnalité.

Dans le cadre de l'analyse de la décision de la Cour sur la loi de réforme de l'assurance maladie, il est important de souligner que la question posée à la Cour n'était pas de savoir si « l'État » en général est habilité à réglementer le secteur de la santé ou l'assurance maladie, mais plutôt de déterminer si le gouvernement fédéral bénéficie de ce pouvoir. La Constitution des États-Unis organise en effet très précisément la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États. Lorsque les treize États originaux ont créé l'Union fédérale en 1789, ils ont jalousement gardé leurs propres prérogatives et ont convenu que la Constitution n'accorderait que des pouvoirs limités et précisément définis au gouvernement fédéral.

Le texte du dixième amendement de la Constitution dispose que tout pouvoir qui n'est pas spécifiquement délégué au gouvernement fédéral est réservé aux États. Il en résulte que chaque loi fédérale doit impérativement être fondée sur une compétence attribuée spécifiquement au gouvernement fédéral par la Constitution, à défaut de quoi la loi serait invalidée par les tribunaux fédéraux.

La Constitution énumère ainsi un certain nombre de cas particuliers dans lesquels le pouvoir de légiférer et de faire respecter la loi relève du gouvernement fédéral, secteurs dans lesquels, au XVIII^e siècle, on considérait qu'un effort national était nécessaire. Parmi ceux-ci, par exemple, se trouvent les pouvoirs de déployer et d'entretenir les forces armées, d'adopter et de faire appliquer des lois sur la faillite, de créer et gérer une monnaie nationale, de diriger un bureau de poste et de gérer les lois sur le copyright. La Constitution autorise également le Congrès à adopter des lois de fiscalité nationale. La plus large et la moins précise des prérogatives ayant été accordées au gouvernement fédéral est prévue par la « clause de commerce », laquelle autorise le Congrès à adopter des lois relatives aux « échanges commerciaux avec les nations étrangères et entre les divers États ».

Depuis toujours, la portée de la « clause de commerce » est l'objet de débats à la Cour suprême. Dans les premières années de la République, la Cour a validé la législation conçue pour encourager et réglementer les initiatives nationales en matière économique, telles que la construction de routes et l'amélioration des ports. Durant la présidence de Franklin Roosevelt, après le vote par le Congrès d'une loi importante visant à réglementer des pans entiers de l'économie nationale, la Cour suprême avait initialement censuré une grande partie de cette législation, adoptée pour lutter contre la Grande Dépression, au motif que celle-ci dépassait les pouvoirs attribués au Congrès par la « clause de commerce ». Cette jurisprudence fut ensuite abandonnée au profit d'une interprétation bien plus large, qui a permis l'adoption de lois progressistes dans des domaines qui ne relèvent pas initialement des échanges économiques entre États au sens traditionnel du terme. En 1965 notamment, la Cour a validé l'historique *Civil Rights Act*, qui interdisait la discrimination raciale dans des lieux tels que les hôtels et les restaurants, jugeant que l'activité de tels établissements pouvait avoir un impact sur le commerce entre États. Ces dernières années toutefois, la Cour suprême – actuellement composée d'une

majorité de juges nommés par des présidents républicains – a redéfini les limites des pouvoirs accordés au Congrès par la « clause de commerce », considérant, par exemple, que le Congrès ne dispose pas du pouvoir d'interdire les armes à feu à proximité des écoles, puisqu'il n'existe pas de lien spécifique ou évident entre une telle activité et le « commerce entre États ».

Pendant toute la durée du débat sur loi de réforme de l'assurance maladie, en 2009 et 2010, pratiquement aucun doute n'a été exprimé – même par les opposants au projet – sur le fait qu'il s'agissait d'une application classique du pouvoir du Congrès à légiférer en vertu de la « clause de commerce ». Cela semblait en effet évident : comme souligné précédemment, les soins de santé constituent un immense marché, plus de 17 % de l'économie nationale. De plus, ils représentent nécessairement un enjeu national, puisque tant les prestataires de soins de santé (les entreprises qui fournissent de tels services) que les bénéficiaires (les individus assurés qui se déplacent souvent d'État en État) ne sont pas cantonnés dans les frontières d'un seul État.

Pourtant, du jour où la loi a été signée par le président Obama, les procureurs de plusieurs États – le nombre de ceux qui se sont joints à l'action a finalement été porté à vingt-six – ont engagé des poursuites afin d'obtenir l'annulation de cette loi. À mesure que ces procédures se développaient, l'attention s'est portée de plus en plus sur le « mandat individuel », et en particulier sur la question de savoir si le Congrès (et donc le gouvernement fédéral) disposait du pouvoir de contraindre les citoyens individuels à souscrire une assurance maladie individuelle, au risque d'être sanctionnés par une pénalité financière. Les opposants à la loi soutiennent que, par sa nature, la « clause de commerce » régleme seulement l'activité économique. Or, la décision des citoyens de ne pas souscrire une assurance serait une forme d'inactivité et ne rentre donc pas, font-ils valoir, dans le champ d'application de la clause.

La plupart des partisans de la législation estiment que cet argument est totalement incohérent au regard de l'interprétation large et du recours extensif à la « clause de commerce » qui ont prévalu pendant deux siècles. Ils ont par conséquent été déconcertés par les questions hostiles posées par plusieurs juges constitutionnels conservateurs durant le débat oral sur ce dispositif en mars 2012. Plus précisément, certains juges demandaient jusqu'où le Congrès pourrait aller dans le contrôle de la vie des citoyens dès lors qu'il peut imposer aux individus de souscrire une assurance, même s'ils ne le souhaitent pas. De manière théâtrale, l'un des juges a demandé si le Congrès était habilité à ordonner aux citoyens de manger des brocolis et à imposer une amende à ceux qui refuseraient de le faire, du moment qu'il aura proclamé que les brocolis sont bons pour la santé.

IV. LA DÉCISION

Le 28 juin 2012, la Cour suprême a donc pris sa décision. Quatre des juges constitutionnels, tous nommés par des démocrates, ont voté pour soutenir la législation en vertu de la « clause de commerce », en signalant également que la loi pouvait relever du pouvoir de lever des impôts que la

Constitution accorde au gouvernement fédéral. Quatre autres juges, nommés par les républicains, ont rédigé, dans des termes très forts, un avis commun affirmant que le Congrès ne disposait d'aucune prérogative quelle qu'elle soit pour imposer une obligation individuelle, que ce soit sur le fondement de la « clause de commerce » ou du pouvoir de lever des impôts. Selon leur analyse, l'intégralité de la loi de réforme de l'assurance maladie devait être abrogée, puisque son application dépend du « mandat individuel ».

Le vote décisif est alors venu du président de la Cour suprême, John Roberts, un conservateur qui a travaillé à la Maison-Blanche pendant la présidence de Ronald Reagan. La première et la plus longue partie de son jugement conclut que la « clause de commerce » n'autorise pas le Congrès à forcer les individus à souscrire une assurance santé. Après avoir étudié l'histoire de la Constitution à la fin du XVIII^e siècle et s'être concentré sur l'intention des « pères fondateurs » qui l'ont rédigée, il en a déduit que les rédacteurs n'ont tout simplement pas envisagé de donner au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer la vie des citoyens, mais ont au contraire réservé de tels pouvoirs aux États. Selon les termes du président de la Cour suprême, un pays dans lequel le gouvernement peut contraindre ses citoyens à se procurer une assurance maladie « n'est pas le pays que les pères fondateurs de notre Constitution ont imaginé ». Cependant, dans une seconde partie de son jugement, le juge Roberts considère que l'obligation individuelle, adossée à la possibilité de sanction financière relevant des autorités fiscales, relève d'un pouvoir spécialement accordé au Congrès par la Constitution, à savoir celui de fixer les impôts nationaux. Si la justification de la validité de cette loi par la compétence du gouvernement fédéral en matière fiscale a été soutenue par les défenseurs de la loi, cette conclusion a également créé la surprise. En effet, la majeure partie du débat concernant la législation portait sur le champ apparemment large de la « clause de commerce », laquelle sert traditionnellement de fondement aux lois passées par le Congrès dans le domaine social. Pour des raisons politiques évidentes, les défenseurs de la loi de réforme de l'assurance maladie s'étaient refusés à qualifier l'obligation de souscrire une assurance de « taxe ». La justification par le « pouvoir fiscal » ne semblait donc pas le fondement le plus approprié ou logique pour affirmer la constitutionnalité de cette loi. Néanmoins, c'est bien sur ce fondement imprévu et de portée limitée que le « mandat individuel » – c'est-à-dire le cœur du dispositif – a survécu.

V. QUE FAUT-IL RETENIR DE CETTE DÉCISION ?

La première conséquence en est, évidemment, que la réforme de l'assurance maladie a été entérinée. En vertu de ses dispositions, elle sera mise en œuvre en plusieurs étapes au cours de la prochaine année, et prendra pleinement effet en 2014. À moins que l'application de la loi n'échoue, quelque 30 millions de citoyens auront ainsi une couverture maladie, dont ils ne bénéficient pas actuellement, et accès aux autres avantages prévus par la loi lorsque celle-ci entrera en vigueur.

Toutefois, la loi sur l'assurance maladie demeure une question politique extrêmement sensible. La Chambre des représentants – dominée par le parti républicain depuis les élections de novembre 2010 – a, à plusieurs reprises, proposé une loi sur les soins de santé visant à abroger la loi de 2010 : une abrogation

qui ne bénéficie pas pour l'heure du soutien du Sénat et se heurterait pour l'instant au veto du président Obama. Par ailleurs et en dépit du passage d'une législation pratiquement identique lorsqu'il était gouverneur du Massachusetts, le candidat Mitt Romney a déclaré que s'il était élu président, il ferait tout ce qui est en son pouvoir pour empêcher la mise en œuvre de cette loi. Si les républicains conservent le contrôle de la Chambre des représentants et prennent celui du Sénat, alors la loi pourrait effectivement être abrogée ou, tout du moins, vidée de sa substance. Le fait que le juge Roberts ait justifié l'intervention du gouvernement fédéral sur la base de son pouvoir fiscal n'a fait qu'alimenter le débat politique, les opposants à la législation affirmant désormais qu'il s'agit d'une « taxe » impopulaire, plutôt que d'une réforme sociale nécessaire.

Mais la conséquence la plus importante de cette décision (et la plus alarmante pour les progressistes) tient sans doute au raisonnement adopté par la Cour suprême. De nombreuses spéculations ont circulé sur les raisons pour lesquelles le juge Roberts aurait accordé son vote décisif en faveur de la loi, ce pour quoi il a d'ailleurs été fustigé dans les cercles conservateurs. Une hypothèse est qu'il avait initialement l'intention de voter comme les quatre autres juges conservateurs pour l'annulation de la loi, mais a finalement conclu qu'un tel résultat pourrait être vu comme une décision totalement politique et donc ternir encore davantage la réputation de la Cour¹. En effet, l'argumentaire sur l'inadéquation de la « clause de commerce » en tant que fondement du pouvoir du Congrès est bien écrit et présente une certaine autorité, tandis que le secours qu'il apporte ensuite à la loi par le biais du pouvoir fiscal est court, peu enthousiasmant et fait figure de nouveauté.

Dans tous les cas, il est clair que l'opinion du juge Roberts atténue grandement la portée de la « clause de commerce » – il est rejoint sur ce point et même surpassé par ses quatre confrères conservateurs – et fixe des limites strictes au champ d'intervention du Congrès. Le principe selon lequel la « clause de commerce » ne permettrait pas de fonder le pouvoir du gouvernement fédéral de définir des orientations communes pour la réglementation d'un marché qui absorbe un sixième de l'économie nationale et affecte les vies de pratiquement tous les citoyens, constitue un danger évident. La Cour risque en effet d'invalider presque toute législation à venir visant à réformer ou réglementer l'activité économique. La constitutionnalité de la loi ayant été affirmée seulement sur la base du droit à lever des impôts, ses chances de survie pourraient s'en trouver amoindries d'autant. En réalité, peu de dispositions de la réforme peuvent être décrites comme relevant de la compétence du Congrès en matière fiscale. Car au moment de sa rédaction, le Congrès a logiquement considéré la « clause de commerce » comme la prérogative qui lui permettait de proposer des politiques publiques adaptées aux problèmes du XXI^e siècle. La conception de la majorité actuelle de la Cour suprême, selon laquelle ce pouvoir est strictement limité par les standards et besoins que les pères de la Constitution avaient envisagés au XVIII^e siècle, n'est pas de bon augure pour des réformes à venir, dont les États-Unis auraient certainement besoin.

1- Pour une discussion des délibérations des juges, et le raisonnement du juge Roberts, par un observateur fréquent de la Cour, voir Jeffrey Toobin, *The Oath*, 18 septembre 2012, p. 446 et sq.

Dans ce contexte, la victoire électorale du président Obama est double. Avec la défaite de Mitt Romney, la menace d'une annulation ou d'un affaiblissement de la législation relative au système de santé disparaît pour le moment. Ses modifications entreront donc en vigueur en 2014 comme prévu. Mais il faut espérer que la Cour suprême ne prenne pas une orientation plus conservatrice au cours des quatre années à venir. En effet, parmi les neuf juges de la Cour suprême, les plus âgés -- donc les plus susceptibles de partir à la retraite -- sont en général ceux qui soutiennent le pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer sur l'économie nationale, et qui avaient voté en faveur de la validité de la loi en vertu de la « clause de commerce ». Si ceux-ci venaient à être remplacés par des juges qui partagent le point de vue du « bloc Roberts » sur les limitations qui devraient être imposées par la Cour suprême au pouvoir législatif fédéral, la loi d'Obama risquerait de devenir une loi « orpheline ».