

LORSQUE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES ENTREPRISES DÉDUITE DE LA LOI PRIME SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL À LA CONTRACEPTION DE LEURS EMPLOYÉES

*WHEN THE CORPORATIONS' RELIGIOUS
FREEDOM INFERRED FROM THE LAW HAS
PRIORITY OVER THE CONSTITUTIONAL
RIGHT TO CONTRACEPTIVES OF THEIR
FEMALE EMPLOYEES*

Note sous

Cour suprême des États-Unis, 30 juin 2014, *Secretary of Health and Human Services, et al. V. Hobby Lobby Stores, INC.* No. 13-354

Par Olivier PLUEN*

RÉSUMÉ

Dans son arrêt *Burwell v. Hobby Lobby Stores* du 30 juin 2014, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les entreprises dont le capital est détenu par une famille possédant de sincères convictions religieuses sont des « personnes » au sens de la Loi restauratrice de la liberté religieuse (RFRA) de 1993, et partagent potentiellement les mêmes croyances. En conséquence, la Cour considère que les mesures prises par le ministère de la santé en application de la Loi sur la protection des malades et l'accès aux soins (PPACA)

de 2010, qui imposent que ces entreprises fournissent à leurs employés une assurance santé couvrant quatre méthodes de contraception « inacceptables », violent le RFRA. Cette affaire jette notamment le trouble sur la capacité d'une loi ordinaire à faire obstacle au droit constitutionnel des employées à bénéficier de certains contraceptifs, en raison des croyances religieuses de l'entreprise qui les emploie.

MOTS-CLÉS

Premier amendement, Liberté religieuse, Entreprise à but lucratif, Personne, Assurance santé, Couverture santé collective, Atteinte substantielle, Intérêt impérial, Moyens les moins restrictifs.

* Maître de conférences à l'Université des Antilles et de la Guyane (Centre de recherche VIP & associé au CRPLC).

SUMMARY

In Burwell v. Hobby Lobby Stores, on June 30, 2014, the Supreme Court of United States held that closely held corporations controlled by religious family are “persons” for purposes of the Religious Freedom Restoration Act (RFRA) of 1993, and potentially have sincerely held religious beliefs. As a result, the Court judged that the HHS regulations, taken under the Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) of 2010, which imposed to these corporations to provide health insurance coverage for four methods of “objectionable” contraceptives, violated RFRA. This case creates notably confusion about the authority of an ordinary law to deny to female employees the constitutional right to certain contraceptives, because of corporations’ religious beliefs.

KEYWORDS

First Amendment, Religious freedom, Corporation, Person, Health insurance coverage, Group health plan, Contraceptive, Substantial burden, Compelling interest, Least restricting means.

« *L*a Cour suprême a accordé une victoire historique à la liberté religieuse en juin 2014 dans l'affaire « *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* », en décidant que les individus conservent cette liberté lorsqu'ils créent une entreprise familiale ». En dépit des apparences, ces mots ne correspondent pas au titre d'un article de presse, mais à ceux par lesquels s'ouvre la page consacrée à cette affaire sur le site Internet d'une des trois entreprises – *Hobby Lobby Stores, Conestoga Wood Specialities Corporation* et *Mardel* – à l'origine de la décision commentée de la Cour. Au vu du nombre d'entrées qui s'affichent en insérant les termes « *Hobby Lobby Stores* » et « *Supreme Court* » sur un moteur de recherche, il est possible de se rendre compte du séisme qu'ont pu provoquer, aux États-Unis, les deux arrêts rendus le 30 juin 2014, de leurs intitulés complets « *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.* » et « *Conestoga Wood Specialities Corporation v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services* ». Seule la première décision, et le nom de l'entreprise qui lui est associé, sont passés à la postérité. *Hobby Lobby Stores* est une chaîne de magasins détenue par la famille *Greens* et spécialisée dans la vente en détail d'articles de décoration, qui a vu le jour en 1972. La particularité de cette entreprise, qui compte désormais plus de six cents magasins répartis sur quarante-sept États fédérés, et qui, comme son site Internet le précise, « est incluse dans le classement des plus grandes sociétés américaines établi chaque année par

Forbes », est d'être une organisation à but lucratif dont l'objet social intègre une forte dimension religieuse. Ainsi, ce même site fait figurer deux objectifs de nature confessionnelle au rang des quatre buts que s'assigne la société. Il s'agit d'« honorer le Seigneur dans toutes ses activités, en gérant l'entreprise en conformité avec les principes bibliques » et d'« assurer à la famille un retour sur investissement, de partager avec (ses) employés les bienfaits du Seigneur, et d'investir dans (sa) communauté ». L'entreprise *Mardel*, également détenue par la famille *Greens*, et *Conestoga Wood Specialities Corporation*, possédée par la famille *Hahns*, partagent cette caractéristique.

Hobby Lobby Stores et *Mardel*, avec les *Greens*, d'une part, et *Conestoga Wood Specialities Corporation*, avec les *Hahns*, d'autre part, avaient en l'espèce contesté en justice l'obligation faite aux organismes de plus de cinquante employés par la Loi sur la protection des malades et l'accès aux soins (PPACA) de 2010 – plus connue sous l'appellation d'« *Obamacare* » –, d'offrir à ceux-ci une assurance minimale en matière de santé. Cette couverture vise à permettre la prise en charge d'un certain nombre de soins, dont il est revenu au département américain de la santé (HHS) d'établir la liste au moyen d'un texte d'application. C'est ce que fit ce ministère avec l'énumération de vingt médicaments contraceptifs, parmi lesquels quatre – deux groupes de stérilets et de pilules du lendemain – pouvaient être associés à des méthodes abortives. Dans son arrêté, le département ministériel avait pris soin d'exclure du champ de ce texte les églises et les organismes à but non-lucratif pour lesquels des raisons religieuses justifiaient une telle exemption. Or, bien que n'entrant pas dans ces dernières catégories, les trois compagnies et leurs propriétaires estimèrent que l'application des prescriptions du HHS à des organismes à but lucratif défendant néanmoins des convictions religieuses devait être jugée contraire à la Loi restauratrice de la liberté religieuse (RFRA) de 1993 (1) et à la Clause de libre exercice consacré par le Premier amendement à la Constitution (2).

Un premier recours engagé par *Conestoga Wood Specialities Corporation* et les *Hahns* fut rejeté par une cour de circuit, jugement qui fut confirmé par la troisième *Circuit Court of Appeals* établie à Philadelphie. Un second recours initié par *Hobby Lobby Stores* et *Mardel*, ainsi que les *Greens*, fut également rejeté par une cour de circuit, mais le jugement rendu fut pour sa part renversé par la dixième *Circuit Court of Appeals* située à Denver, sur la base du RFRA précité. Les deux affaires ayant été portées devant la Cour suprême des

(1) *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, 107 Stat. 1488, 42 U. S. C. §2000bb et seq.

(2) « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de parole ou la liberté de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre* ».

États-Unis, par respectivement *Conestoga Wood Specialities Corporation* dans le premier cas et le ministère de la santé dans le second, la haute juridiction entendit traiter ces deux contentieux dans deux décisions partageant une même rédaction. En l'occurrence, la question de droit à laquelle les neuf juges prirent soin d'apporter une réponse fut la suivante : « *Nous devons décider dans ces affaires si la loi restauratrice de la liberté religieuse (RFRA)... permet au ministère de la santé des États-Unis d'exiger que trois entreprises au capital fermé prennent en charge une assurance-maladie couvrant des méthodes contraceptives qui violent les croyances religieuses sincères de leurs propriétaires* » (p. 1).

Rendus le 30 juin 2014, les deux arrêts répondirent par l'affirmative à cette interrogation, en arguant que la « *réglementation qui prévoit cette obligation viole le RFRA, lequel interdit au gouvernement de prendre toute mesure qui entrave sensiblement l'exercice de la religion, à moins qu'elle constitue la manière la moins restrictive de répondre à un intérêt public impérieux* » (pp. 1-2). Il serait difficile de prétendre qu'une telle solution était impensable au regard de la tendance dessinée depuis le début des années 1990 aux États-Unis, même s'il est possible de s'interroger sur sa portée. De manière concrète, ce qui devrait passer à la postérité comme l'arrêt « *Hobby Lobby Stores* » marque une application extensive de la liberté religieuse (I). Pour autant, elle soulève dans le même temps des interrogations au regard de sa constitutionnalité vis-à-vis du *Bill of Rights* (II).

I. UNE APPLICATION EXTENSIVE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Ainsi que cela a été souligné en introduction, la Cour suprême a exercé son contrôle, non pas au regard de la Clause de libre exercice prévue par le Premier amendement à la Constitution, mais vis-à-vis du *RFRA* de 1993. Or en jugeant dans cette affaire qu'une atteinte avait été portée à la société *Hobby Lobby Stores*, non seulement la haute juridiction a fait application d'un texte législatif qui commande dans son intitulé même l'idée d'une primauté du droit à la liberté religieuse sur les lois fédérales (A), mais elle en a en outre explicitement reconnu le bénéfice à des personnes morales de droit privée à but lucratif (B).

A. La subordination des lois d'application générale à la liberté religieuse

En faisant application du *RFRA*, en dehors de toute considération relative à la nature des requérants qui sera envisagée dans le développement suivant, la Cour suprême n'a pas innové. Elle a fait application d'un texte qui avait été adopté par le Congrès puis signé par

le Président Clinton en 1993, afin de la contraindre à revenir sur une évolution de sa jurisprudence qui s'était traduite, quelques années plus tôt, par une restriction de la portée du droit à la liberté religieuse qu'elle lui avait elle-même reconnue.

Pour revenir aux origines du conflit, et comme l'explique Élisabeth Zoller dans ses *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, ni le texte du Premier amendement, ni ses travaux préparatoires *lato sensu*, ne permettent d'indiquer si cette disposition ouvre droit, pour des motifs religieux, à des exemptions à l'application des lois fédérales (3). C'est ainsi qu'entre la ratification des dix premiers amendements à la Constitution, en 1791, et une jurisprudence de 1963 que le *RFRA* s'était justement donné pour objet de rétablir, la liberté religieuse fut traitée de manière analogue à la liberté d'expression, c'est-à-dire comme devant voir l'exercice de la religion céder devant l'exigence de préservation de l'ordre public. Le professeur Zoller cite en ce sens un arrêt *Reynolds v. United States* de 1879 (4), à l'occasion duquel la Cour refusa de reconnaître dans la lettre du Premier amendement un motif d'exemption à l'application de la loi contre la polygamie de 1862, sur la base de laquelle un membre de l'église mormone avait été condamné.

Cette interprétation du Premier amendement fut cependant revue dans un sens libéral, tout à la fois sous la présidence progressiste du *Chief Justice* Warren et dans une période de lutte pour l'égalité des droits. Dans ce dernier contexte, un arrêt *N.A.A.C.P. v. Button* de 1963 (5) conduisit à subordonner le respect des Premier et Quatorzième amendements, par les lois d'États restreignant les libertés d'expression et d'association, à la justification d'un « *intérêt d'État impérieux* ». La nouvelle exigence fut étendue la même année à l'exercice de la liberté religieuse, avec l'arrêt *Sherbert v. Verner* (6). En l'espèce, un membre de l'église adventiste avait été licencié pour avoir refusé de travailler le samedi en raison de son appartenance confessionnelle, avant d'être exclu du bénéfice des allocations-chômage dans la mesure où sa perte d'emploi n'était pas involontaire. La cour s'appuya sur un raisonnement en trois temps – devenu le « *test Sherbert* » –, pour apprécier la constitutionnalité de la mesure prise au regard de la Clause de libre exercice. Lorsqu'une loi restreint la liberté religieuse (n° 1), celle-ci est regardée comme contraire au Premier amendement, si elle ne poursuit pas un « *intérêt d'État impérieux* » (n° 2) et si cet intérêt aurait pu être atteint par des « *moyens moins restrictifs* » à cette liberté (n° 3).

(3) É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Grands arrêts, 1^{re} éd., 2010, p. 685.

(4) *Reynolds v. United States*, 98 U. S. 145 (1879).

(5) *N.A.A.C.P. v. Button*, 371 U. S. 415 (1963).

(6) *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963).

Cette jurisprudence relativement favorable à l'exercice de la liberté religieuse fut toutefois modifiée à son tour par la Cour suprême, dans son arrêt *Employment Division, Department of Human resources v. Smith* de 1990 (7), rendu sous la présidence du *Chief Justice* Rehnquist. Le changement opéré ne doit pour autant pas être regardé comme un retour à l'état du droit antérieur à l'arrêt *Sherbert*, mais plutôt comme un ajustement de ce dernier en faveur des « *loi(s) valide(s)* et *neutre(s)*, *d'application générale* ». Pour celles-là, et uniquement pour celles-là, la Cour a cherché à mettre un terme à la pratique des « *accommodements raisonnables* », qui contraignait dans la pratique l'État fédéral et les États fédérés à reconnaître des exemptions pour motifs religieux, afin d'éviter qu'une présomption d'inconstitutionnalité ne pèse sur la loi. Toutefois, face à l'ampleur de la réprobation exprimée à l'encontre de l'arrêt *Smith*, le Congrès entendit revenir sur cette jurisprudence en réintroduisant, par voie législative, les exigences du « *test Sherbert* ». Appliqué au litige étudié, le *RFRA* de 1993 interdit ainsi au législateur : « *de faire peser un fardeau substantiel sur l'exercice par une personne de sa religion, même lorsque ce fardeau résulte d'une règle de portée générale* » (n° 1), dès lors qu'il ne démontre pas que ce fardeau « *répond à un impérieux motif d'intérêt gouvernemental* » (n° 2) et que la mesure retenue est « *la moins restrictive possible pour atteindre le but recherché* » (n° 3). Or, comme le note le juge Alito exprimant l'opinion de la Cour dans l'arrêt *Hobby Lobby*, ce texte a été ultérieurement modifié par le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) de 2000 (8), sur un point notable : celui de la définition de l'exercice par une personne de sa religion. En effet, alors qu'entre 1993 et 2000 cette notion se trouvait conçue à l'aune du Premier amendement, le législateur a opéré un découplage en l'envisageant désormais comme incluant : « *toutes les formes d'exercice de la religion, qu'elles soient ou non essentielles, ou centrales, au regard d'un système de croyances religieuses* ». Et le Congrès a exigé que cette notion : « *soit interprétée dans le sens d'une large protection de l'exercice de la religion, et ce au maximum des possibilités permises par la loi et la Constitution* ».

B. L'extension de la liberté religieuse aux entreprises à but lucratif

Cette dernière exigence du *RLUIPA* de 2000, venue modifier le *RFRA* de 1993, semble avoir influencé la Cour suprême jusque dans la définition des personnes susceptibles de bénéficier des garanties offertes par ce dernier texte. Pour revenir à l'introduction, les cours d'appel du troisième et du dixième circuit avaient adopté des positions contraires sur le sujet. Tandis que la première, allant dans le sens de l'argumentation du HHS, avait jugé qu'une organisation à but lucratif – en l'occurrence *Conestoga Wood Specialities Corporation* – ne pouvait pas « *exercer de religion* » au

sens du *RFRA*, la seconde avait à l'inverse estimé que de telles sociétés – ici *Hobby Lobby Stores* et *Mardel* – devaient être regardées comme des « *personnes* » au regard de ce texte. La Cour suprême, elle, tranche dans l'arrêt étudié en faveur de la position de la seconde cour d'appel, au terme d'une série d'arguments cherchant à démontrer tour à tour que la société commerciale constitue une « *personne* » au sens du *RFRA* et est susceptible d'« *exercer une religion* ». Revenant tout d'abord sur l'absence de définition du terme de « *personne* » dans le *RFRA*, la Cour suprême tranche rapidement le problème. Elle s'appuie pour cela sur le *Dictionary Act* de 1871, auquel les juridictions doivent se référer pour la signification des mots figurant dans les lois, « *sauf si le contexte le prévoit autrement* ». Considérant alors que le mot « *personne* » est défini dans ce texte comme intégrant : « *les sociétés, les entreprises, les associations, les partenariats et les sociétés par action, ainsi que les individus* », la Cour en déduit que les sociétés commerciales constituent bien des personnes au sens du *RFRA*, sachant que rien dans ce dernier ne suggère une volonté du législateur d'adopter une définition différente (p. 19) (9). La Cour s'intéresse ensuite à la question de la possibilité pour une telle entreprise d'exercer une religion, dans le cadre d'un raisonnement articulé autour de trois arguments. Le premier tient à la relativité de la distinction existant entre les organismes à but lucratif et les organismes à but non-lucratif. La Cour souligne le paradoxe à ce que le ministère de la santé reconnaisse l'application du *RFRA* à cette dernière catégorie, alors que le texte n'opère pas de distinction et que le droit des sociétés ne s'oppose pas à la faculté pour les premiers de poursuivre des activités non-lucratives (pp. 20-25). Le deuxième argument réside dans le fait que le *RFRA* n'a pas entendu « *codifier* » l'état du droit antérieur à l'arrêt *Smith* de 1990, et qu'il serait en conséquence erroné de partir du constat qu'aucun arrêt n'a, avant cette date, reconnu de droit au libre exercice de la religion en faveur des organisations à but lucratif, pour en déduire une règle de droit découlant du texte précité (pp. 25-28). Le dernier argument, portant sur la possibilité de certifier les croyances d'une telle structure, consiste à dire que, en l'espèce, sont concernées des entreprises dont le capital est contrôlé par un nombre restreint d'actionnaires (p. 29-31).

Cet argument de la taille de l'entreprise, ou plutôt du caractère fermé de son capital, est essentiel puisque, bien qu'énoncé en dernier, c'est de lui que paraît découlant rétrospectivement toute la démonstration de

(7) *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith et al.*, 494 U. S. 872 (1990).

(8) *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 114 Stat. 803, 42 U. S. C. §2000cc et seq.

(9) V., pour approfondir cet aspect, E. J. Barnet, *Hobby Lobby and the Dictionary Act*, The Yale Law Journal, 15 June 2015.

la Cour sur l'application du *RFRA*. La haute juridiction en résumait d'ailleurs l'économie dès le début : « *Comme nous allons le démontrer, le Congrès a cherché à protéger les personnes comme les Hahns et les Greens, en ayant recours à la fiction juridique bien connue de « personne » : le Congrès a inclus les sociétés dans la catégorie de « personnes » à laquelle le RFRA fait référence. Mais il ne faut pas oublier que le but même de cette fiction juridique...est de protéger les individus* ». Et la Cour de poursuivre : « *Lorsqu'on étend le champ d'application de ces droits, qu'ils soient de source constitutionnelle ou fédérale, aux sociétés, le but est simplement de protéger les droits de l'individu...étendre la protection du libre exercice de la religion à des sociétés comme Hobby Lobby, Conestoga et Mardel, permet de protéger la liberté religieuse des personnes qui possèdent et contrôlent ces sociétés* » (p. 18).

II. UNE APPLICATION CONTRA CONSTITUTIONNEM DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ?

La démonstration de la Cour paraît dans un premier temps se tenir. Pourtant, en reconnaissant le bénéfice du *RFRA* de 1993 à des entreprises à but lucratif, la Cour semble avoir éludé, malgré le caractère fermé du capital des intéressées, les droits constitutionnels de l'ensemble des acteurs qui entretiennent des liens avec celles-ci (A). En outre, le *RFRA* restant une loi ordinaire, il est possible de s'interroger sur la solidité de l'assise qu'il procure à l'arrêt *Hobby Lobby* (B).

A. La subordination des arrêts de la Cour suprême à un impératif de conciliation

La Cour suprême ayant reconnu le bénéfice du *RFRA* aux entreprises requérantes, celle-ci a logiquement été amenée à faire ensuite application des trois phases du test rétabli par ce texte. Selon la haute juridiction, le *PPACA* de 2010 sur la base duquel a été pris le règlement du HHS fait, premièrement, peser un « *fardeau substantiel* » sur la capacité des propriétaires à mener leurs affaires en accord avec leurs croyances religieuses. D'une part, elle souligne que ces familles nourrissent la conviction sincère que la vie commence dès la conception et que, parce qu'il est indirectement « *lié à la destruction d'un embryon* », le fait de devoir fournir la couverture prévue par la réglementation du ministère de la santé suffit à voir dans cette obligation un acte « *inacceptable* ». D'autre part, la Cour note qu'à défaut pour les trois entreprises de se soumettre à cette obligation, il en résulterait pour elles des conséquences économiques sévères sur le plan financier. Les pénalités annuelles s'élèveraient à respectivement 475 millions de dollars pour *Hobby Lobby Stores*, 33 millions de dollars pour *Conestoga Wood Specialities Corporation* et 15 millions de dollars pour *Mardel* (p.

32). Arrivée à la deuxième étape du test, la Cour a toutefois décidé de ne pas s'attarder sur celle-ci, se contentant de la simple présomption d'un « *intérêt motif d'intérêt gouvernemental* » (pp. 39-40). En revanche, elle s'arrête sur la dernière phase, en requérant que la mesure prise soit « *la moins restrictive possible pour atteindre le but recherché* ». De l'avis de la Cour, cette exigence n'est pas remplie en l'espèce dans la mesure où le gouvernement disposait d'alternatives. Comme elle l'explique alors, « *la façon la plus simple* » de lever ce dernier obstacle serait que le gouvernement supporte lui-même le coût de la fourniture des quatre contraceptifs litigieux (pp. 40-41).

La solution adoptée ne convainc pourtant pas complètement, dans la mesure où elle élude l'impératif de conciliation qui s'impose à la Cour suprême dans l'exercice de sa fonction de contrôle. Le libre exercice de sa religion par une société commerciale, envisagée à l'aune de celui de détenteurs de son capital, suppose principalement d'être concilié avec les droits et libertés des autres acteurs de l'entreprise. L'argumentation de la Cour suprême souffre d'ailleurs sur ce point d'une contradiction, puisque, après avoir souligné que le Congrès avait entendu fournir une protection à des personnes telles que les *Hahns* et les *Greens*, le juge Alito poursuit en indiquant qu'un « *corpus juridique précise les droits et obligations des personnes (incluant les actionnaires, les dirigeants sociaux et les employés) qui sont liés d'une manière ou d'une autre à une société* » (p. 18). L'entreprise doit ainsi être conçue par rapport à l'ensemble des individus qui la composent, au risque d'ouvrir une brèche dans la démonstration de la Cour. Dans un commentaire de l'arrêt étudié, Marie-Anne Frison-Roche analyse elle aussi la situation en ce sens. Ainsi qu'elle l'explique : « *Si l'on prend la définition subjective de l'entreprise, comme personne commerçante, le commerçant individuel tout d'abord, puis un groupe qui se rassemble..., alors on peut admettre que ce groupe de personnes ait des convictions* ». Cependant, cette définition supposerait en toute logique que : « *l'employé qui avait vocation à bénéficier du contrat d'assurance, du fait de la volonté du législateur extérieur à l'entreprise, (soit) partie à ce contrat. Mais il ne l'est pas* » (10). Si l'entreprise ne remplit pas les conditions requises pour prétendre à cette qualification de « *personne* », au sens de la définition subjective évoquée, alors cela signifie qu'elle ne devrait pas pouvoir bénéficier des droits que lui reconnaît la Cour.

La question de la conciliation se pose en toute hypothèse à l'égard du droit à l'avortement reconnu aux employées d'une entreprise, et plus largement vis-à-vis de l'égalité homme/femme. Dans son opinion dissidente soutenue par les juges Breyer, Kagan et

(10) M.-A. Frison-Roche, *La Cour suprême des États-Unis rend l'arrêt du 30 juin 2014 Hobby Lobby*, mafr.fr, 26 août 2014.

Sotomayor, le juge Ginsburg a soulevé cette interrogation, rappelant à l'appui l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern pa. V. Casey* de 1992 (11), à l'occasion duquel la Cour avait jugé que : « *La capacité des femmes à participer dans une situation d'égalité à la vie économique et sociale de la Nation a été facilitée par leur capacité à contrôler leur vie reproductive* » (p. 2). La haute juridiction semble avoir eu cette jurisprudence à l'esprit au moment de l'examen du critère de l'intérêt social impérieux, notant même, en se référant à l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 (12), que : « *Dans nos affaires, les femmes (et les hommes) ont un droit constitutionnel à obtenir des contraceptifs* » (p. 39). Cependant, dans l'arrêt étudié, elle a relativisé l'intérêt poursuivi sur cette base, en constatant que le PPADA n'entend pas le bénéfice de la couverture santé qu'il prévoit aux employées qui relèvent des régimes exclus ou qui travaillent pour des structures de moins de cinquante personnes. Comme l'a toutefois écrit Jordan L. Payne dans un récent article publié dans la *National Law Review* (13), l'arrêt *Hobby Lobby* soulève un problème de compatibilité au regard du titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, qui prohibe les discriminations fondées sur le sexe, et du *Pregnancy Discrimination Act* de 1978, qui applique cet interdiction à la grossesse. Comme l'étudiante l'écrit dans la suite de son article, la position de la Cour suprême a rapidement suscité des réactions visant à réaffirmer l'obligation faite aux employeurs de respecter les textes de 1964 et 1978. La Commission sur l'Égalité des chances face à l'emploi (EEOC) a pour sa part élaboré un nouveau guide d'information, au mois de juillet 2014, concernant les discriminations en raison de la grossesse sur le lieu de travail (14). Les parlementaires démocrates au Sénat ont quant à eux déposé une proposition de loi sur le sujet, au mois de septembre suivant. Intitulé « *The protect Women's Health from Corporate Interference Act of 2014* », ce texte vise à empêcher les entreprises à but lucratif créant ou soutenant un régime collectif d'assurance santé d'opposer à leurs employés leurs croyances religieuses pour faire obstacle au bénéfice par ceux-ci des services prévus par la loi (15).

La question se pose également au regard de l'exercice de sa religion par un employé sur son lieu de travail. Trente ans après que la Cour suprême se soit prononcée pour la dernière fois sur un litige dans ce domaine,

(11) *Planned Parenthood of Southeastern pa. V. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

(12) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

(13) J. L. Payne, *Exemption & Court-Sanctioned Discriminations: The Post-Hobby Lobby Tension Between the religious Freedom Restoration Act (RFRA) & Federal Anti-Discrimination Laws*, *The National Review*, 31 March 2015.

(14) EEOC, *Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues*, N° 915.003, July 2014.

(15) Congress, *The protect Women's Health from Corporate Interference Act of 2014*, S.2578 – 113th Congress (2013-2014), September 2014.

celle-ci pourrait se trouver contrainte de lever une partie de l'ambiguïté créée par l'arrêt *Hobby Lobby Stores*. La Cour est en effet appelée à se prononcer d'ici le mois de juin 2015, sur les contours de l'obligation, faite aux employeurs par le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, d'accorder des « *accommodements raisonnables* » à des employés ou candidats à un emploi pour l'exercice de leur religion. L'affaire « *Abercrombie & Fitch* » (16), engagée sur le plan contentieux par l'EEOC et désormais soutenue par seize organisations religieuses, trouve son origine dans le refus d'une entreprise de recruter une femme de confession musulmane du fait du port par celle-ci du voile islamique. Or, au-delà des spéculations susceptibles d'être faites sur le dénouement de cette affaire, quelle pourrait être justement la position de la Cour suprême dans le cas où un tel litige naîtrait dans une entreprise du type de *Hobby Lobby Stores* ?

B. L'extension de la liberté religieuse par le biais d'une loi ordinaire

À lire l'opinion de la Cour suprême, un tel risque d'opposition entre la liberté reconnue aux entreprises dans l'arrêt *Hobby Lobby* et les droits et libertés constitutionnels des acteurs qui la composent, ne devrait pas se réaliser en raison du caractère circonscrit de la solution choisie. De façon générale, selon le juge Alito : « *notre décision dans ces affaires porte uniquement sur l'obligation d'offrir l'accès à la contraception. (Elle) ne doit pas être comprise comme jugeant que l'obligation de fournir une assurance doit nécessairement être écartée si elle est en conflit avec les croyances religieuses de l'employeur* » (p. 46). De manière plus précise, les conséquences sur l'accès à la contraception seraient *a priori* elles-mêmes limitées. La solution adoptée par la Cour suprême porterait uniquement – cela a déjà été indiqué – sur les entreprises ayant un capital fermé et dont les détenteurs nourrissent des croyances religieuses sincères. Répondant à la « *crainte que certaines pratiques de discrimination raciale à l'embauche soient déguisées en pratiques religieuses* », elle affirme ensuite que la « *présente décision ne constitue en aucun cas un tel bouclier* », suggérant éventuellement une intervention du législateur puisque : « *Le gouvernement a un intérêt impérieux à garantir l'égalité des chances dans le milieu du travail sans distinction raciale* » (p. 46). L'arrêt préconise enfin une intervention de l'État fédéral, alternative à celle des entreprises concernées, justifiant très paradoxalement : « *un système public d'assurance sociale, présenté quelques mois plus tôt par certains groupes conservateurs comme le premier pas vers le « socialisme »* » (17).

(16) *US Supreme Court hears Abercrombie & Fitch religious discrimination case*, *The Guardian*, 25 February 2015.

(17) J. Morri, *Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif*, *La Revue des droits de l'homme*, 10 septembre 2014, p. 6.

Cette position nuancée de la Cour suprême paraît s'expliquer par la nature juridique du texte auquel celle-ci a fait appel. Ainsi que l'écrit Johann Morri dans son commentaire de l'arrêt : « *L'affaire Burwell v. Hobby Lobby ne porte pas sur l'interprétation du 1^{er} amendement à la Constitution, mais sur l'interprétation de la loi RFRA* ». Et le chercheur de s'inspirer de l'adage : « Ce qu'une loi fait, une autre loi peut le défaire », avant d'ajouter : « *Le législateur fédéral est donc libre d'intervenir s'il estime que cette interprétation est erronée* » (18). Sans doute est-il vrai que le RFRA de 1993 constitue un texte singulier, dans la mesure où, voté à l'unanimité à la Chambre des représentants et à une écrasante majorité – 97 voix contre 3 – au Sénat, il est le résultat d'un quasi-consensus. Pourtant, le dépôt en septembre 2014 de la proposition de loi précitée, soutenue par quarante-cinq sénateurs démocrates et un sénateur républicain représentatifs de vingt-neuf États fédérés, démontre que cette « union parlementaire » n'est plus. Or la fragilité « politique » qui entoure désormais le RFRA, s'est trouvée précédée par une fragilité « juridique » de ce dernier. En effet, quatre ans après son adoption, la Cour suprême avait jugé ce texte inconstitutionnel pour avoir, comme l'explique le Élisabeth Zoller : « *cherché à contourner une interprétation par la Cour de la Clause de libre exercice qu'elle est seule habilitée à donner en vertu du pouvoir « de dire ce qu'est le droit » qu'elle a reçu de la*

(18) *Ibid.*, p. 6.

(19) É. Zoller, *Les grands arrêts..., op. cit.*, p. 691.

(20) *City of Boerne v. Flores*, 521 U. S. 507 (1997).

(21) AP, *Supreme Court orders new look at Notre Dame Birth control case*, The Associated Press/South Bend Tribune, 10 march, 2015.

Constitution quand celle-ci lui a conféré le pouvoir judiciaire » (19). L'arrêt « *City of Boerne v. Flores* » de 1997 (20), dont il est ici question, valait toutefois à l'égard des seuls États fédérés sur lesquels avait porté en l'espèce l'arrêt *Smith* de 1990, de sorte que les conditions du RFRA n'ont pas cessé de s'appliquer aux lois fédérales depuis l'adoption de ce texte, ainsi que l'a encore rappelé la Cour dans l'arrêt étudié. Pourtant, en retraçant dans ce dernier l'historique de sa jurisprudence et du RFRA de 1993, la haute juridiction a consacré tout un paragraphe à cette déclaration d'inconstitutionnalité (p. 6). Aussi, dès lors que, encore une fois, une minorité croissante paraît émerger au sein du Congrès contre une interprétation extensive de la liberté religieuse prévue par ce texte, et que cette dernière interprétation repose elle-même sur une très courte majorité de cinq juges contre quatre, la question est susceptible de se poser de l'avenir tout à la fois de l'arrêt *Hobby Lobby Stores* et de la rédaction actuelle du RFRA.

Dans l'immédiat et pour conclure, une actualité suppose d'être relatée en lien direct avec la décision étudiée. La Cour suprême a récemment ordonné à la septième *Circuit Court of Appeals* de Chicago de rejuger un litige qui a pour origine le compromis opéré à son niveau par l'Université Notre Dame pour l'application du PPACA, et qui consiste à concilier son appartenance à la catégorie des organisations religieuses opposées au contrôle des naissances, avec le souci de garantir un accès gratuit aux contraceptifs contestés (21). Or le jugement de cette cour d'appel pourrait impacter plusieurs dizaines d'organisations confessionnelles qui sont aujourd'hui dans une situation analogue, au risque d'empêcher à moyen terme toute démarche volontaire permettant une application consensuelle de l'*« Obamacare »*. ■