



HAL
open science

L'originalisme des juges fédéraux américains, ou l'établissement de fondements constitutionnels au libéralisme économique depuis les années 1970

Thierry Kirat, Frédéric Marty

► To cite this version:

Thierry Kirat, Frédéric Marty. L'originalisme des juges fédéraux américains, ou l'établissement de fondements constitutionnels au libéralisme économique depuis les années 1970. 2021. halshs-02991444

HAL Id: halshs-02991444

<https://shs.hal.science/halshs-02991444>

Preprint submitted on 28 Dec 2021

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

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

L'ORIGINALISME DES JUGES FÉDÉRAUX AMÉRICAINS OU L'ÉTABLISSEMENT DE FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS AU LIBÉRALISME ÉCONOMIQUE DEPUIS LES ANNÉES 1970

Documents de travail GREDEG
GREDEG Working Papers Series

THIERRY KIRAT
FRÉDÉRIC MARTY

GREDEG WP No. 2020-43

<https://ideas.repec.org/s/gre/wpaper.html>

Les opinions exprimées dans la série des **Documents de travail GREDEG** sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de l'institution. Les documents n'ont pas été soumis à un rapport formel et sont donc inclus dans cette série pour obtenir des commentaires et encourager la discussion. Les droits sur les documents appartiennent aux auteurs.

The views expressed in the GREDEG Working Paper Series are those of the author(s) and do not necessarily reflect those of the institution. The Working Papers have not undergone formal review and approval. Such papers are included in this series to elicit feedback and to encourage debate. Copyright belongs to the author(s).

L'originalisme des juges fédéraux américains ou l'établissement de fondements constitutionnels au libéralisme économique depuis les années 1970¹

Thierry Kirat

Université Paris-Dauphine, PSL Research University, CNRS UMR 7170, IRISSE, Paris, France

Frédéric Marty

Université Côte d'Azur, CNRS UMR 7321, GREDEG, Valbonne, France

GREDEG Working Paper No. 2020-43

Cette version : 26/11/2020

Résumé

L'originalisme qui s'est développé dans la jurisprudence américaine depuis les années 1970 vise à fonder les décisions des juridictions sur la recherche de l'intention du législateur à partir de l'histoire ou à partir de l'analyse textuelle du vocabulaire utilisé. Si l'originalisme vise à réduire la marge de discrétion du juge et donc à assurer la cohérence et la prévisibilité des décisions, il est souvent considéré comme porteur d'un biais conservateur. Cette contribution montre comment les différentes variantes d'originalisme ont effectivement conduit à donner un fondement constitutionnel à des politiques plus conservatrices depuis les années 1970. Elle vise également à distinguer les différentes approches originalistes (telles que portées par Robert Bork, Clarence Thomas ou Antonin Scalia) de l'approche propre à l'analyse économique du droit, telle que portée par Richard Posner.

Mots Clés : originalisme, antitrust, Ecole de Chicago

Abstract

The originalism that has been developing in American case law since the 1970s aims to base court rulings on the search for the legislator's intention from history or from a textual analysis from the vocabulary used. While originalism aims to reduce the judge's margin of discretion and thus ensure the consistency and predictability of rulings, it is often considered to convey a conservative bias. This contribution shows how the different variants of originalism have indeed led to the constitutional basis for more conservative policies since the 1970s. It also aims to distinguish between the diverse originalist approaches (as advocated by Robert Bork, Clarence Thomas, or Antonin Scalia) and the particular perspective of the economic analysis of law, as advocated by Richard Posner.

Keywords: originalism, Chicago School, Antitrust

JEL Codes: K10, K20, K30, L41, N42

¹ Les auteurs remercient Otto Pfersmann, Thibault Schrepel et Maya-Salomé Garnier pour leurs commentaires et suggestions sur une version précédente de ce texte.

Les juges doivent-ils être créateurs du droit, ou être la bouche de la loi (version française) ou de la Constitution (version américaine)? Cette question condense les deux doctrines, antagoniques, qui traversent le monde juridique et le monde politique aux Etats-Unis : depuis que la Cour suprême s'est érigée en garante de la Constitution fédérale par son arrêt *Marbury v. Madison* en 1803², la place des tribunaux fédéraux dans le système institutionnel américain n'a manqué de susciter d'intense débats et controverses, entre les tenants d'une conception vivante de la Constitution, animée par les juges fédéraux, consistant à adapter les règles, y compris constitutionnelles, aux réalités du temps, et les tenants du cantonnement du travail judiciaire à une interprétation littérale de la Constitution. Ces doctrines opposées, de la Constitution vivante d'un côté, de l'originalisme de l'autre, recourent une séparation entre libéralisme sociétal et conservatisme, et entre libéralisme économique fondé sur le retrait de l'Etat et libéralisme tempéré par la régulation fédérale, dans la lignée de l'Administrative State qui a été construit sous le *New Deal*. Elles ne recourent pas cependant des lignes de fracture entre partis : des juges républicains (Earl Warren) se sont avérés aussi, voire plus progressistes que des juges démocrates...

Cet article s'intéresse aux juges fédéraux (de cours d'appel fédérales ou de la Cour Suprême) qui revendiquent leur adhésion à originalisme ; à savoir Antonin Scalia (1936-2016), Clarence Thomas (juge à la Cour suprême depuis 1991), et Robert Bork (1927-2012). Nous nous attacherons particulièrement au droit économique, en étudiant les traductions de l'originalisme dans la sphère économique, en termes de places respectives du marché et de l'Etat fédéral, en termes également de droit de la concurrence. Nous soutiendrons que, pour les juges originalistes, le libéralisme économique et des pratiques décisionnelles pro-marché et limitant la réglementation fédérale sont concomitantes à un haut degré de conservatisme politique et sociétal.

L'originalisme a pris son essor dans les années 1970. Une série de publications influentes sera réalisée, en commençant par le premier article originaliste de Robert Bork en 1971 où il écrit: « I would insist at the outset that constitutional law, viewed as the set of rules a judge may properly derive from the [Constitution] and its history » (Bork, 1971, p.20) ; Un autre juge,

² *Marbury v Madison*, 5 US 137, 1803.

William Rehnquist publie un article critique de la doctrine de la living constitution en 1976 ; en 1977, le professeur de droit à Harvard Raoul Berger publie un article soutenant que les interprétations du 14^{ème} amendement par la Cour suprême sont contraires à l'intention originelle des Pères fondateurs. Enfin, l'Attorney General Edwin Meese fit un discours devant l'American Bar Association (ABA) soutenant que les juges devraient avoir pour devoir fondamental de contrer les tentatives de prendre de la distance avec les dispositions littérales de la Constitution et de s'émanciper de l'intention des Pères fondateurs (cités par Solum, 2011).

En effet, dans son discours devant l'ABA le 9 juillet 1985, Edwin Meese mit en exergue l'approche originaliste qui devait à son sens guider les juges :

« The intended role of the judiciary generally and the Supreme Court in particular was to serve as the "bulwarks of a limited constitution." The judges, the Founders believed, would not fail to regard the Constitution as "fundamental law" and would "regulate their decisions" by it. As the "faithful guardians of the Constitution," the judges were expected to resist any political effort to depart from the literal provisions of the Constitution. The text of the document and the original intention of those who framed it would be the judicial standard in giving effect to the Constitution³».

L'administration républicaine au travers de l'Attorney General mettait donc en avant l'originalisme historique comme voie à suivre pour clore l'Ere Warren dont il s'agissait en premier lieu de mettre en exergue l'incohérence des décisions⁴. Dans la défense de l'originalisme par le ministre de la justice de l'administration Reagan, figurait, au-delà de l'argument de la « sécurité juridique » liée à la cohérence des décisions, la neutralité des juges, définie en elle-même comme la fin de l'activisme progressiste :

“In my opinion a drift back toward the radical egalitarianism and expansive civil libertarianism of the Warren Court would once again be a threat to the notion of limited but energetic government. What then should be a constitutional jurisprudence actually be? It should be a Jurisprudence of Original Intention. By seeking to judge policies in light of principles, rather than remold principles in light of policies, the Court could

³ <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/07-09-1985.pdf>

⁴ Les termes utilisés pour décrire la pratique décisionnelle de la Cour Suprême (utterly unpredictable) font écho à ceux utilisés par Bork (1967, p.242) au sujet de la jurisprudence antitrust (“[t]he life of the antitrust law . . . [is] neither logic nor experience but bad economics and worse jurisprudence) mais également à ceux de Douglas Ginsburg (2010, p.217), lui-même juge à la cour d'appel du District de Columbia : « Forty years ago, the US Supreme Court simply did not know what it was doing in antitrust cases ».

avoid both the charge of incoherence and the charge of being either too conservative or liberal”.

Outre les juges et l’Administration Reagan, des professeurs de droit se revendiquent de l’originalisme (voir par exemple McGinnis et Rappaport, 2007, 2010, 2013). On s’intéresse ici aux principaux juges fédéraux originalistes, que furent Robert Bork et Antonin Scalia et qu’est actuellement Clarence Thomas. Nous ne traiterons pas de William Rehnquist, qui fut Juge en chef de la Cour suprême jusqu’en 1986, dans la mesure où il est moins prolix et moins politiquement engagé que ses collègues sur des sujets sensibles. Pour des raisons de place, mais aussi parce que leurs contributions théoriques à l’interprétation originaliste sont moins nombreuses et marquantes, nous n’évoquerons pas de façon détaillée les juges nommés par l’Administration Trump dans les dernières années (Neil Gorsuch, en 2017, Brett Kavanaugh, 2018 et Amy Coney Barrett en 2020). Notre parti pris est d’envisager la diffusion de l’originalisme dans les juridictions fédérales en insistant sur les prises de positions des juges considérées sur des problématiques sociales en premier lieu et économiques en second lieu.

Nous accordons une place importante à l’articulation entre l’originalisme et l’Ecole de Chicago laquelle s’avère, par certains égards, conflictuelle. En effet, si nombre de travaux originalistes furent produits en son sein et si elle présente un même biais conservateur dans les façons de juger, l’Ecole de Chicago, notamment au travers de l’analyse économique du droit, telle que développée par Richard Posner, autre juge de cour d’appel fédérale⁵, se caractérise par une influence au moins partielle du pragmatisme (Kirat, 2005) qui attribue au juge un rôle actif de *législateur interstitiel*, incompatible avec la neutralisation que sous-tend l’approche originaliste.

La section 1 décrit les fondements, les formes et les pratiques judiciaires de l’originalisme, en s’intéressant particulièrement à Antonin Scalia. La section 2 s’attache à l’interprétation originaliste de la clause de la Constitution qui donne au Congrès des pouvoirs de réglementation économique, via la *Commerce Clause*, en mettant Clarence Thomas en première ligne. La section 3 s’attache au droit antitrust, et la pratique judiciaire promue par Robert Bork, qui maria Ecole de Chicago et originalisme.

⁵ Richard Posner a été juge à la cour d’appel fédérale du 7ème circuit.

1. *Originalisme : fondements, formes, pratiques*

Il faut entendre par « originalisme » une théorie de l'interprétation de la Constitution, qui prend le contre-pied de la méthode d'interprétation pragmatiste, créative, qui avait marqué la Cour suprême sous la présidence du juge Warren entre 1953 et 1969, que l'on a qualifié de « période progressiste ». En effet, c'est sous la présidence Warren que la Cour suprême a mis un terme à la ségrégation raciale (*Brown v. Board of Education* en 1954⁶), renforcé des droits de la défense en matière pénale (*Miranda v. Arizona* en 1966⁷), mais aussi avait accompagné le développement de la régulation fédérale. La jurisprudence constitutionnelle progressiste reposait sur l'idée que la Constitution fédérale doit être interprétée de manière ouverte, en fonction des circonstances présentes et des nécessités du temps, suivant ainsi la théorie du juge Oliver W. Holmes. A contrepied de cette conception, les tenants de l'originalisme recommandaient une interprétation littérale de la Constitution, et de s'en tenir à son texte et, si besoin, aux intentions des Pères fondateurs, rédacteurs et « ratificateurs » de la Constitution de 1787. Cela donnait alors au juge fédéral un rôle beaucoup plus restreint, à l'encontre du juge-législateur de l'ère Warren envers lequel la critique originaliste fait le grief de manquer de base légale et de légitimité :

« the greatest defect of the Living Constitution-its total reliance on the subjective moral and philosophical preferences of nine unelected lawyers who serve on the Supreme Court-is its incompatibility with the rule of law, "the very principle that legitimizes judicial review of constitutionality." The Living Constitution, which evolves to mean whatever the Supreme Court thinks it ought to mean at any given time, is the rule of man, not the rule of law. » (Duncan, 2017, p. 17).

Le « gouvernement par le droit » plutôt que le « gouvernement par les hommes » est un principe fondamental auquel les originalistes sont attachés (Scalia, 1997 [2018]). Le second est stipendié par les originalistes comme étant le défaut majeur des tenants de la constitution vivante. Cependant, des auteurs originalistes, comme Balkin (2016), soulignent que la frontière entre les deux n'est pas clairement établie. Il estime que le droit constitutionnel comprend, outre des règles précises (par exemple celles qui régissent la nomination aux fonctions de juge), des

⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

principes et des standards, lesquels sont des concepts ouverts, flexibles, dont la signification et le contenu ne peuvent pas être fixés une fois pour toute. De plus, la Constitution est certes au sommet de la hiérarchie des normes, mais elle aussi, pour le peuple américain, « notre droit » (our law). Attentif à l'exigence démocratique dans le processus d'interprétation des principes et standards, Balkin soutient que les juges n'en sont pas les seuls opérateurs : l'opinion publique et les représentants du peuple en sont les acteurs les plus importants. Ainsi, la Cour Warren a pu être légitime dans son activisme progressiste dans le contexte des années 1960, marquées par une demande sociale de progrès social et de droits civiques pour les afro-américains. Dans les décennies suivantes, l'opinion publique devenant plus conservatrice, le recours à l'originalisme devient dès lors légitime. A propos de l'analyse de Balkin, Carrère estime que « l'originalisme ne peut se faire sans construction et (...) la constitution vivante implique toujours un retour au texte ». (Carrère, 2018, p. 265).

1.1. Aux origines de l'originalisme

L'originalisme naît donc d'une réaction à l'activisme judiciaire des tribunaux qui a prévalu du milieu des années 1930 aux années 1960. Cet activisme visait à accompagner si ce n'est à susciter les évolutions sociétales par le droit⁸. Il s'agissait à la fois, pour reprendre les termes d'Oliver Holmes, de baser la décision du juge sur les nécessités perçues du temps⁹ mais aussi de faire de la jurisprudence un outil de transformation sociale (Kamp, 1995). Cette approche était née d'une opposition à un conservatisme judiciaire issu de l'influence de la *Classical Legal Thought*. La recherche par celle-ci d'une décision de justice fondée exclusivement sur un raisonnement déductif basé sur la cohérence interne de la *Common Law* se traduisait par une fermeture tant vis-à-vis de la demande sociale, des circonstances de l'espèce et des effets concrets de la décision.

La *Classical Legal Thought* telle que la défendait Langdell conduisait à un conservatisme jurisprudentiel certes proche de ce que sera l'originalisme (en termes d'interprétation stricte de la défense de la liberté contractuelle, de celle du droit de propriété, du 13^{ème} amendement de la

⁸ Pour Posner (2013, p.172), l'activisme de l'ère Warren fut une « left-leaning expansion of constitutional law ».

⁹ «The first requirement of a sound body of laws is that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong» (Holmes, 1881, p.41)

Constitution américaine) mais reposant sur une base différente : il s'agissait de déduire logiquement des décisions sur la base d'une cohérence interne attribuée à la *Common Law* et non de se baser sur une recherche historique des intentions du législateur ou sur une analyse textuelle. La *Classical Legal Thought* sous-tendit l'ère conservatrice dans la jurisprudence de la Cour Suprême dite ère *Lochner* du nom d'un arrêt de 1905 marqué par une célèbre opinion dissidente d'Oliver W. Holmes¹⁰. Cette ère conservatrice ne prendra fin que dans les années 1930 durant le second mandat de F.D. Roosevelt. L'ère activiste et progressiste de la Cour Suprême contre laquelle s'est élevé l'originalisme ne peut se comprendre que replacée dans cette dynamique historique. On peut souligner que, aux yeux de Scalia (1997), le droit public et le droit constitutionnel posent essentiellement des questions d'interprétation des lois (statutes) et de la Constitution qui sont spécifiques par rapport à la méthode de la common law qui consiste à appliquer la règle du précédent aux cas judiciaires actuels.

L'implication des réalistes juridiques, inspirés par le pragmatisme philosophique américain, est essentielle pour saisir les arguments qui furent ceux des économistes du droit et ceux des promoteurs de la *sociological jurisprudence*. Les considérer permet de répondre à une critique classique que formèrent les originalistes à l'encontre de l'activisme judiciaire de l'ère Warren. La doctrine de la « constitution vivante » n'était pas marquée par une approche discrétionnaire dépendante des préférences politiques des juges ou de *leur petit déjeuner* (Ginsburg, 2010). L'approche des réalistes était conséquentialiste. La décision devait se baser comme l'a montré Holmes dans *The Path of the Law* (Holmes, 1897) sur l'anticipation des effets concrets de la décision. Le juge ne doit pas plus être enfermé dans une déduction logique que suivre aveuglement des précédents historiques.

« La confusion qui me préoccupe, affecte des conceptions reconnues comme juridiques. Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit. Vous trouverez quelques auteurs qui affirmeront que c'est différent de la jurisprudence des cours du Massachusetts ou d'Angleterre, qu'il s'agit d'un système de raison, qui repose sur une déduction à partir de principes d'éthique ou d'axiomes ou de je ne sais encore qui peut coïncider ou non avec les décisions. Par contre, si nous nous plaçons du point de vue de notre ami, le méchant, nous allons découvrir qu'il n'attache aucune importance aux axiomes ou aux déductions mais qu'il veut savoir ce qu'en fait, les cours du

¹⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

Massachusetts ou d'Angleterre feront vraisemblablement. Je partage amplement son opinion. La « prédiction » de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit ». (Holmes, 1897)

Il s'agit en effet non seulement de s'intéresser aux effets concrets des décisions mais également de ne pas enfermer la règle de droit dans le contexte et dans la textualité qui fut la sienne lors de sa production :

« Il est révoltant de ne pas avoir de meilleure justification pour une règle de droit que le fait qu'elle a été posée à l'époque d'Henry IV. Ceci est d'autant plus révoltant si les fondements sur lesquels elle a été établie ont disparu depuis longtemps et que la règle ne subsiste que par imitation aveugle du passé ». (Holmes, 1897)

Pour le futur juge à la Cour Suprême (il était alors juge à la Cour Suprême de l'Etat du Massachusetts), les volontés de limiter la capacité du juge à interpréter la règle et à construire une décision sur la base de ses effets anticipés participaient d'une entreprise de nature non seulement juridique mais aussi et peut être surtout politique.

« Je pense que les juges eux-mêmes n'ont pas convenablement pris conscience de leur devoir de peser les considérations d'intérêt social. Ce devoir est inévitable et le résultat de l'aversion souvent proclamée des juges à prendre en compte des considérations de ce type est simplement de laisser le fondement même des jugements non formulé et souvent inconscient comme je l'ai dit. Quand on a commencé à parler de socialisme, les classes aisées de la communauté se sont beaucoup effrayées. Je soupçonne que cette peur ait influencé l'activité judiciaire à la fois ici et en Angleterre. Cependant il est certain que ce n'est pas un facteur conscient dans les décisions auxquelles je me réfère. Je pense que quelque chose de similaire a conduit les gens qui n'espèrent plus contrôler les assemblées législatives à se tourner vers les cours comme interprètes des constitutions et que, dans certaines cours, de nouveaux principes ont été découverts en dehors du corps de ces instruments, qui puissent être généralisés pour aboutir à l'acceptation des doctrines économiques qui ont prévalu il y a cinquante ans et à une interdiction générale de ce qu'un tribunal de juristes ne pense pas être correct ». (Holmes, 1897).

En d'autres termes, les positions prises à la fin du 19^{ème} siècle par Oliver Holmes peuvent éclairer les débats sur l'originalisme tel qu'il se développera à la fin du 20^{ème} siècle. Les controverses entre les réalistes américains et les défenseurs de la *Classical Legal Thought*

se retrouvent donc au moins en partie à fronts renversés avec les originalistes dans leurs critiques de l'activisme judiciaire progressiste de l'après-guerre.

Au regard de leur opposition à la doctrine de la « constitution vivante », les juges fédéraux originalistes comme Robert Bork (juge à la Cour d'appel fédérale pour le Circuit du District of Columbia), Antonin Scalia¹¹ et Clarence Thomas (juges à la Cour suprême) étaient plus proches de James Madison que d'Alexander Hamilton qui, parmi les Pères fondateurs, fut celui qui défendit le plus un « strong government », et réalisa, comme Secrétaire au Trésor, la création d'une Banque des Etats-Unis, de la dette publique, etc. Madison, quant à lui, avait une conception différente de la vocation de la Constitution et de l'organisation des pouvoirs (Boudon, 2012 ; Lacorne, 1991).

Pour Madison, la question constitutionnelle majeure, dans une république basée sur l'élection, était de protéger la minorité contre la « dictature » de la majorité. Comment réaliser cet équilibre entre la volonté politique de la majorité issue du vote et la préservation des intérêts économiques et sociaux de la minorité ? Madison voyait la solution dans la vertu publique des hommes d'Etat, plus précisément des représentants élus. Dans la filiation de Madison, Bork a développé cette perspective en la reformulant : entre les droits de la majorité et ceux de la minorité, le juge fédéral ne doit être prisonnier ni des uns ni des autres : il doit s'en tenir à une position neutre¹². Comment atteindre cette neutralité ? En se référant au texte de la Constitution,

¹¹ Le juge Scalia, réputé conservateur et originaliste, a siégé de 1986 à sa mort en 2016. Il avait été nommé par le Président Reagan. Il a signé en 2012 un ouvrage avec Bryan Garner un ouvrage titré *Reading Law* et constituant la meilleure synthèse de cette approche. Il a été remplacé par un juge lui aussi originaliste, Neil Gorsuch, qui a publié une tribune dans *The Time* dans laquelle il soutient que l'originalisme est « la meilleure approche de la Constitution » (Gorsuch, 2019). Seidleck (2018, p. 266) écrit à son propos : « Justice Gorsuch has expressed strong concern about the overreach of federal power—even though possible remedies would upend basic doctrines of modern administrative law ». Les auditions par la Commission des lois (Judiciary Committee) de Neil Gorsuch dans le cadre de sa nomination à la Cour Suprême entre le 20 et le 23 mars 2017 (hearings 115-208 ; serial No. J-115-6) offrent une discussion approfondie sur son adhésion au textualisme. Voir <https://www.congress.gov/115/chrsg/shrg/28638/CHRG-115shrg28638.htm>

¹² L'approche défendue par Bork se rattache en effet aux positions défendues par Madison dans *Le fédéraliste*, notamment dans sa note n°10 publiée en 1787. Pour éviter la tyrannie de la majorité, il faut favoriser l'expression des « factions » et jouer sur la formalisation des intérêts pour éviter de donner un rôle actif au décideur. Ce dernier doit être un arbitre neutre. Il ne s'agit pas à ce titre d'une conception telle que défendue par Hamilton, lequel préconisait un gouvernement interventionniste pour contrecarrer des intérêts privés trop puissants. Voir notamment Mongoin (2012).

aux intentions des Pères fondateurs, ou encore à la technique d'interprétation que les Pères fondateurs auraient pratiquée. Les autres originalistes (Thomas et Scalia) ne sont pas allés aussi loin que Bork, ils s'en sont tenus à des questions de droit constitutionnel. La neutralité n'était pas leur sujet, qui était : comment contrer l'hypertrophie de la régulation fédérale et les lois changeant les mœurs (avortement, mariage gay...) générée par les juges tenants de la « constitution vivante » et du volontarisme judiciaire.

Quelles sont alors les conséquences pour le travail judiciaire ? Dans la conception originaliste, le juge applique la loi mais la fait pas. Le juge ne peut pas se substituer au législateur, il ne doit pas prendre position sur les questions de société¹³. Relevons que l'un des pourfendeurs les résolus de cette approche originaliste n'est autre que Richard Posner pour lequel le juge de *Common Law* ne saurait abdiquer son rôle de législateur interstitiel. En épigraphe de l'un des chapitres de *Reflections on Judging* (2013), consacré à l'interprétation, il place cette citation de Leon Wieseltier (2012) « Originalism is just the search for a convenient past ». Anti-pragmatiste, le juge Gorsuch écrit :

« The fact is, a good originalist judge will not hesitate to preserve, protect, and defend the Constitution's original meaning, regardless of contemporary political consequences. » (Gorsuch, 2019).

Il convient à ce stade d'établir une distinction entre l'approche originaliste et l'approche défendue par l'Ecole de Chicago, notamment en matière d'analyse économique du droit. L'idée de neutraliser le juge ne fait pas sens dans un cadre posnérien où il est un créateur de jurisprudence dans une perspective finalisée par essence : i.e. la recherche de l'efficacité économique.

1.2. Les formes et pratiques de l'originalisme

¹³ L'approche défendue par Antonin Scalia reposait sur la constitution du Massachusetts de 1780 telle que forgée par John Adams : "In the government of the Commonwealth of Massachusetts, the legislative, executive, and judicial power shall be placed in separate departments, to the end that it might be a government of laws, and not of men". Il en dérive une exigence de limiter la marge d'interprétation du juge au nom de la séparation des pouvoirs. Le juge ne doit pas être amené à interpréter le statut en fonction de ses intérêts et préférences (Scalia, 1997, p.17).

L'originalisme naît donc dans les années 1980 contre l'interventionnisme étatique qui repose(ra)it sur une interprétation large des textes. L'esprit du texte ne doit pas primer sur sa lettre dans le cadre de l'interprétation qu'en fait le juge. L'arrêt de la Cour Suprême American Trucking Association de 1940 constitue l'opposé de l'approche défendue par les originalistes en ce qu'il indiquait que la cour pouvait s'écarter du *plain meaning* du texte dès lors que celui-ci conduirait à un résultat déraisonnable « plainly at variance with the policy of the legislation as a whole »¹⁴. Les positions à partir des années 1980 par Frank Easterbrook (1988) et Antonin Scalia (1997) sont donc de revenir au texte et de ne plus laisser au juge une trop forte marge de discrétion dans l'interprétation des intentions du législateur au nom même du principe de séparation des pouvoirs (Manning, 1997).

Il s'agit donc pour Antonin Scalia (1997, p.17) de prévenir le risque que le juge ne substitue au législateur.

« When you are told to decide, not on the basis of what the legislature said, but on the basis of what it meant, and are assured that there is no necessary connection between the two, your best shot at figuring out what the legislature meant is to ask yourself what a wise and intelligent person should have meant; and that will surely bring you to the conclusion that the law means what you think it ought mean”.

Solum (2011) analyse en détail les évolutions et les transformations de l'originalisme contemporain, en mettant en évidence les désaccords et lignes de fractures entre les différentes doctrines. Il y a néanmoins un cœur commun :

« Almost all originalists agree that the original meaning of the Constitution was fixed at the time each provision was framed and ratified. Most originalists agree that the original meaning of the Constitution should strongly constrain the content of constitutional doctrine. » (Solum, 2011, p. 41).

Plusieurs variantes, en partie successives, de l'originalisme peuvent ainsi être identifiées :

¹⁴ United States v. American Trucking Assns., Inc., 310 U.S. 534 (1940). La Cour Suprême indique dans cet arrêt que s'écarter du sens littéral du texte est alors justifié comme le montre un précédent de 1922 : *Ozawa v US*, 260 US 178, 194, 1922.

- (1) L'originalisme des intentions originales, qui considère que la signification de la Constitution est déterminée par les intentions de ses auteurs. Cette variante se subdivise en trois courants, l'un qui met en avant les intentions des Pères fondateurs (*framers*), et un autre qui s'attache plutôt aux intentions des ratificateurs de la Constitution, et enfin un courant qui conjugue les deux précédents.
- (2) L'originalisme du sens public originel (*original public meaning*), pour lequel le sens du texte est déterminé par le sens des mots et de phrases existants au moment où la Constitution a été écrite et ratifiée. Antonin Scalia fut, au début de sa carrière judiciaire, un adepte de la théorie du « original public meaning », avant d'élargir sa perspective et de développer une pratique plus originale de l'originalisme (Ramsey, 2017) (on y reviendra plus loin).
- (3) L'originalisme des méthodes originelles (*original methods originalism*), qui considère que le sens du texte est celui qui aurait été dérivé de la Constitution par les méthodes d'interprétation en vigueur au moment où les clauses constitutionnelles ont été écrites et ratifiées. Il importe de souligner que cette forme d'originalisme est exclusivement analysée par des professeurs de droit, à la différence des précédentes, n'a pas été appropriée par les juges fédéraux. Les principaux auteurs estiment à cet égard que :

« The Constitution's provisions were based on commonly accepted meanings and the interpretive rules of the time. Some of the provisions had clear meanings. Others may have seemed ambiguous, but the enactors would have believed that their future application would be based upon the interpretive rules accepted at the time. Thus, their assessment of the meaning and the desirability of the Constitution would depend on the interpretive rules that they thought would apply. » (McGinnis et Rappoport, 2007, p. 374).

Les doctrines originalistes ne sont pas de pures questions théoriques ; elles relèvent d'enjeux pratiques d'interprétation de la Constitution dans des cas judiciaires fédéraux, qui mettent toujours en question la légalité de décisions ou d'actes émanant des pouvoirs fédéraux. Au regard du repoussoir que représentent pour les juges originalistes aussi bien l'activisme législatif et le développement de l'« administrative State » légué par le New Deal (Seidleck, 2018, p. 265) que la jurisprudence volontariste et créative de l'ère Warren à la Cour suprême,

les juges originalistes prétendent adopter la seule méthode apte à assurer la neutralité des tribunaux face à des questions sociétales (telles la constitutionnalité de l'avortement ou de la possession d'armes à feu) et économiques (avec la réglementation fédérale des activités et des échanges). Le principe même de l'originalisme (l'originalisme des intentions initiales ou l'originalisme historique) est particulièrement bien présenté par Douglas Ginsburg (2010, p.227) comme relevant d'une réaction à la *living constitution* de l'ère Warren :

« Thus originalist scholarship provided a framework for resolving an open question and replaced the freewheeling approach of the 'living constitution' with a finite set of historical materials from which the outcome was derived ».

La réglementation économique fédérale sera évoquée plus loin. Nous nous en tenons ici à deux arrêts à dimension clairement originaliste qui figurent au Panthéon des décisions conservatrices de la Cour suprême et qui concernent la possession d'armes à feu : Lopez¹⁵ et Heller¹⁶.

Dans la décision U.S. v. Lopez rendue en 1995, la Cour suprême avait été saisie d'un recours posant la question de la constitutionnalité du *Gun Free School Zones Act* de 1990 qui rendait illégale la possession d'armes à feu à dans les écoles ou à proximité. Or, cette loi fédérale avait été prise sur le fondement de la Commerce clause, qui autorise le Congrès à légiférer. La Cour suprême a considéré que cette affaire ne portait pas sur une activité économique, et a donc déclaré la loi nulle. Symboliquement, la décision Lopez est importante :

« The Lopez case marked the first time since the 1930s that the Court struck down a federal law as exceeding Congress's commerce power » (Seidleck, 2018, p. 265).

En 2008, dans la décision District of Columbia v. Heller, la majorité des juges, emmenés par Scalia, affirma une position clairement originaliste sur le droit de posséder des armes à feu sur la base du 2nd amendement (Solum, 2011, p. 21-22) :

« In interpreting this text, we are guided by the principle that '[t]he Constitution was written to be understood by the voters; its words and phrases were used in their normal and ordinary as distinguished from technical meaning. »

¹⁵ US v Lopez, 514 US 549 (1995).

¹⁶ District of Columbia v Heller, 554 US 570 (2008)

Dans la décision la majorité se livre à une analyse lexicale, pour comparer les mots d'aujourd'hui avec ceux de la fin du 18^{ème} siècle : « to bear », « arm », « keep », « keep arm », etc., en consultant des dictionnaires ! La méthode d'analyse textuelle vise à trouver dans le sens public originel de la Constitution et du 2nd amendement les bases de la décision sur la constitutionnalité d'une loi visant à restreindre les conditions de possession d'armes à feu. La majorité, sur la base de la proposition de Scalia, décida que

« Putting all of these textual elements together, we find that they guarantee the individual right to possess and carry weapons in case of confrontation. »

Cet arrêt fit l'objet d'opinions dissidentes des juges progressistes Stephen Breyer (nommé par Clinton) et Paul Stevens (nommé par Ford), Ruth Ginsburg et David Souter. Le *dissent* rédigé par Paul Stevens est d'autant plus intéressant qu'il permet d'illustrer les limites de l'originalisme tel que défendu par Antonin Scalia (qui rédigea l'arrêt au nom des cinq juges de la majorité). Pour lui, le droit garanti par le Second Amendement à la Constitution ne concerne pas la détention d'armes à titre d'autodéfense mais était lié au mode même de fonctionnement des unités des milices levées par chaque Etat lors de la Révolution américaine. L'analyse textualiste pratiquée par Scalia n'a pas de pertinence en ce qu'elle omet de prendre en considération le contexte historique et les intentions du législateur que, justement Scalia rejette explicitement. Le *dissent* de Stevens réunit dans sa conclusion à la fois l'argument de la recherche d'un passé opportun tel que repris par Posner et l'argument de l'entrave au pouvoir politique par un conservatisme judiciaire que mettait en avant Oliver Holmes en 1897.

« The Court would have us believe that over 200 years ago, the Framers made a choice to limit the tools available to elected officials wishing to regulate civilian uses of weapons, and to authorize this Court to use the common-law process of case-by-case judicial lawmaking to define the contours of acceptable gun control policy. Absent compelling evidence that is nowhere to be found in the Court's opinion, I could not possibly conclude that the Framers made such a choice" (Stevens, *dissent*, District of Columbia v. Heller, 2008).

Pfersmann (2019) souligne que la neutralité revendiquée par l'originalisme pose problème : le texte originel de la Constitution contenant de l'indétermination et des dispositions vagues, elle donne la possibilité d'interprétations futures avec une bonne dose de discrétion (par le législateur, le juge, ou l'exécutif). Ainsi, le texte originel ne garantit pas la neutralité ou l'impartialité que les originalistes estiment être la vertu de leur interprétation de la constitution :

« If originalist or textualist approaches do indeed purport to provide a perfectly neutral and determined reading of the Constitution, they are indeed absurd and hopelessly implausible. Indeterminacy and vagueness are obviously built into the original text and leave therefore a high amount of discretion to future concretizing acts. It follows by necessity that decisions implying such discretionary competence will not and cannot be neutral with respect to the choices left over to legislators, judges or the executive. » (Pfersmann, 2019, p. 3203)

Ce qui sépare les théories opposées de la “living constitution” et de l’originalisme réside dans leurs positions sur les questions extra-légales, plus précisément sur les dimensions politiques des décisions de la Cour suprême. Selon Pfersmann (2019), les normes constitutionnelles, en tant que normes juridiques, véhiculent un aspect conservateur. Se référer textuellement la Constitution tend à conduire, en quelque sorte mécaniquement, à des décisions conservatrices. Dans ces conditions, le progressisme, tel que la Cour Warren l’a mis en œuvre, ne peut que consister à contourner les normes constitutionnelles sur la base du sentiment de ce qui est juste dans les temps présents, et à essayer de faire en sorte que les décisions deviennent de précédents.

1.3. Antonin Scalia, un originaliste original

Le juge Scalia est connu dans les milieux financiers pour avoir mené la majorité de la Cour suprême (*Republic of Argentina v. NML Capital*, 2014) pour rejeter la demande de la République d’Argentine de revenir sur la décision de la Cour de district de New York qui avait donné raison au fonds vautour NML Capital, afin d’obtenir le paiement à leur valeur faciale des obligations du Trésor argentin achetées avec une forte décote lorsque l’Argentine s’est déclarée en cessation de paiement en 2001 (Pratter et al., 2015).

Mais il fait partie des juges conservateurs de la Cour suprême et tenants de l’originalisme¹⁷. Il pratiqua d’abord la logique du *public meaning*, en s’attachant au sens des mots pour une

¹⁷ On peut lui donner crédit de son opinion dissidente dans l’arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* en 2004, il affirma que la due process clause interdit au Gouvernement de pratiquer la rétention administrative (à Guantanamo) de citoyens américains, quand bien même ils auraient les auteurs d’actes d’ennemis des Etats-Unis. Le juge Thomas n’eut pas autant de scrupules. Auteur lui aussi d’un dissent, il s’indigna contre la décision prise de relâcher Hamdi (qui sera expulsé en Arabie Saoudite) qui revenait, pour lui, à exiger une notification préalable aux actions de bombardement secrètes contre les bases terroristes au Moyen-Orient (voir *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)).

personne raisonnable visant au moment de la promulgation de la Constitution. Au cours de sa carrière judiciaire, Scalia a développé une méthode originaliste originale, qui est allée au-delà des textes (Ramsey, 2017). La méthode, reposant donc sur des aspects « extra-textuels » - qui illustre le fait que pour Scalia le texte ne suffit pas – consiste à définir des éléments structurels fondamentaux en arrière-plan des textes pour guider leur interprétations ; elle consiste également à interroger les sources de droit anglais que la Constitution recèle, puis, enfin, à trouver des interprétations dans la pratique, post-ratification, de la Constitution, c'est-à-dire dans les positions affirmées par le premier Congrès fédéral et la première administration exécutive. Scalia pensait que l'originalisme n'est pas « sans défaut » et que c'est le « lesser evil » comparativement à la doctrine de la constitution vivante (Duncan, 2016). Il utilise une métaphore, celle de deux bibliothécaires : celui qui parle trop bas (l'originalisme) et celui qui parle trop fort (la doctrine de la Constitution vivante) (Duncan, 2016).

La méthode structurale de Scalia doit lui permettre de répondre à un besoin d'interprétation de la Constitution lorsque le texte est ambigu ou n'a pas en première approche de relation directe avec le cas judiciaire en jeu. Telle que définie dans Scalia et Garner (2012, p.xxvii), la méthode de l'originalisme textuel repose sur la démarche suivante :

« to look for meaning in the governing text, ascribe to that text the meaning that is borne from its inception, and reject judicial speculation about both the drafters' extratextually derived purposes and the desirability of the fair reading's anticipated consequences ».

Ainsi, Scalia rejetait explicitement la recherche de l'intention des rédacteurs de la Constitution et, au-delà, du législateur. La raison principale tient dans sa conviction, partagée par les autres juges originalistes, que le système constitutionnel et la démocratie américains passent par un gouvernement du droit, pas des hommes. Rechercher des intentions des Pères fondateurs ou du législateur conduit nécessairement à penser à ce sont des personnes qui font le système de gouvernement, plutôt que les normes juridiques (Scalia, 1997). En ce, la méthode défendue par Scalia s'écarte – dans le principe du moins – d'une démarche « intentionnaliste » qui procède de l'analyse historique des intentions du législateur, à partir, par exemple, des

débats parlementaires¹⁸. L'existence d'une marge de discrétion dans les faits historiques convoqués (notamment du fait qu'un texte législatif résulte nécessairement d'arbitrages négociés en commission) ouvre la voie à des sélections opportunistes, que Posner (2013) critique également¹⁹.

Ainsi, selon les termes mêmes de Gove (2020, p.274) : « framed as a response to strong purposivism, textualism offered a powerful, and seemingly coherent vision : no longer should judges pore through legislative history or rely on assumptions about legislative intent and expectations”.

C'est essentiellement sur des questions posées au fédéralisme que Scalia a développé sa méthode. Ainsi, dans l'arrêt *Printz*²⁰ (1997) il interroge la règle constitutionnelle selon laquelle le Congrès n'a pas le pouvoir de contraindre un fonctionnaire d'un Etat de veiller à l'exécution des lois fédérales. La Constitution étant muette sur ce point, Scalia estime qu'il faut résoudre ce point de droit en référence aux relations structurelles qui existaient entre le Gouvernement fédéral et les Etats à l'époque des Pères fondateurs. Il en déduit que la structure de ces relations était fondée sur un fédéralisme séparant clairement les pouvoirs fédéraux et des Etats. Par conséquent, autoriser le Congrès à avoir du pouvoir sur les fonctionnaires des Etats reviendrait à ébranler la structure des pouvoirs construite aux premiers temps de la République (Ramsey, 2017, pp. 1949-1950).

La référence aux sources anglaises de la Constitution a été notamment utilisée par Scalia dans la décision *Heller*. Dans la discussion sur la constitutionnalité d'une loi du District of Columbia réglementant la possession d'armes à feu, Scalia trouve dans le droit anglais une connexion directe entre le droit de posséder une arme à feu et l'autodéfense. Plus précisément,

¹⁸ “Nothing but the text reflects the full legislature’s purpose. Nothing” (Scalia et Manning, 2012, p.1612).

¹⁹ L'approche historique a fait l'objet d'une vive critique de la part du juge Kennedy dans l'arrêt *Exxon* de 2005 (*Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc.*, 545 U.S. 546 (2005)) au travers d'une citation de Wald (1983) : « legislative history is itself often murky, ambiguous, and contradictory. Judicial investigation of legislative history has a tendency to become, to borrow Judge Leventhal’s memorable phrase, an exercise in “looking over a crowd and picking out your friends.””

²⁰ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997)

il affirme avoir trouvé cette connexion dans les commentaires de l'English Bill of Rights par Blackstone²¹ (Ramsey, 2017, p. 1953).

Les positions de Scalia furent vivement critiquées par Richard Posner. Non seulement ce dernier revendique une filiation réaliste (qui le conduisit d'ailleurs également à s'opposer à Ronald Coase (voir Posner, 1993) mais ne saurait accepter, dans la logique même de l'analyse économique du droit, de dénier au juge un rôle actif dans la production d'une règle orientée vers l'anticipation de ses effets. L'originalisme de Scalia revient à séparer l'interprétation de la règle de ses dimensions empiriques. Pour Posner (2013, p.179), la démarche originaliste revient à une recherche de fuite par rapport aux faits empiriques. Loin de porter une neutralité, comme l'espérait l'Attorney General Meese en 1985, le *textual originalism* revient, selon Posner, à une « celebration of judicial passivity » et à un « rhetorical mask of political conservatism ».

Les critiques les plus vives de Posner ne portent pas sur l'originalisme historique (basé sur la recherche des intentions) tel qu'il fut développé par Robert Bork (1966) et que nous présenterons dans notre troisième section. Elles se concentrent sur l'originalisme textuel de Scalia²². Pour lui les définitions sont intrinsèquement a-contextuelles et le sens des mots et des phrases ne peut être correctement interprété qu'en regard du contexte historique dans lequel la loi a été promulguée.

Le biais conservateur que dénonce Posner tient au fait que le textualisme conduit à empêcher la loi de s'adapter à des faits nouveaux. Or, les textes législatifs sont pour Posner marqués par une double ambiguïté, interne tenant à l'interprétation du texte lui-même et externe tenant à celle de son contexte²³. Le juge doit obligatoirement s'attacher à raisonner sur la base de faits réels. Il doit produire le droit en acceptant de fonder sa décision sur des données empiriques et non sur le texte lui-même :

« If we can't figure what the aim [of the legislation] is, we'll have no alternative but to assume the role of pro tem legislators and impose some reasonable meaning on

²¹ Voir ses *Commentaries on the Laws of England* (1769)

²² Reprenant le juge Franck Easterbrook (1998), Posner (2013, p.179) considère que « the choice among meanings [of words of statutes] must have a footing more solid than a dictionary - which is a museum of words, an historical catalog rather than a means to decode the work of legislatures ».

²³ Voir notamment Levi (1948). Edward Levi fut avec Aaron Director le directeur du Free Markets Study Project qui fut à l'origine de la Seconde Ecole de Chicago.

statute. That's what the court have done for antitrust laws and no one seems to complaint. That's the realist interpretation" (Posner, 2013, p.235).

2. L'interprétation originaliste de la Commerce Clause : réduire la régulation fédérale par une nouvelle jurisprudence constitutionnelle

La « commerce clause » est une disposition importante de la Constitution des Etats-Unis, dont la section 8 de l'article I attribue au Congrès le pouvoir de réglementer le commerce extérieur, entre les Etats de l'Union, et avec les tribus indiennes²⁴. Cette disposition est fondamentale en ce qu'elle attribue au Congrès un pouvoir de réglementation économique, qui n'a manqué d'être étendu au cours du temps, plus particulièrement pendant le New Deal. Mais cette disposition a également été interprétée de manière extensive par les tribunaux fédéraux, ce qui a permis d'étendre le pouvoir du Congrès à des situations dans lesquelles les échanges sont réalisés au sein des Etats. Nous analyserons cette extension, dénommée « Dormant Commerce Clause » dans un premier temps (2.1), avant de présenter les critiques majeures formulées par le juge à la Cour suprême qui s'est spécialisé dans ce domaine, Clarence Thomas (2.2.). Nous mettrons ensuite l'accent sur la question pratique de l'originalisme : édifier une nouvelle jurisprudence tout en ne créant pas le chaos dans le système juridique (2.3.).

2.1.L'extension jurisprudentielle des pouvoirs fédéraux : « Dormant Commerce Clause » et effets substantiels

La portée de la commerce clause a été étendue dès 1824, par une décision de la Cour suprême *Gibbons v. Ogden*²⁵, qui interprété le commerce entre Etats comme comportant deux types de commerce susceptibles d'être réglementés par le Congrès, donc un pouvoir fédéral : en premier lieu, les situations dans lesquelles les flux commerciaux traversent les frontières des Etats et, en second lieu, les activités locales qui affectent le commerce entre les Etats ou l'intérêt

²⁴ Le Sherman Antitrust Act de 1890, dans ses section 1 et 2, reprend les notions de commerce entre les Etats et avec l'étranger, mais ne fait plus aucune mention du commerce avec les tribus indiennes.

²⁵ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824)

national. Ce deuxième cas, qui porte l’empreinte du juge Marshall, fut une innovation majeure dans l’interprétation de la commerce clause, donc dans l’ampleur du pouvoir réglementaire dévolu au niveau fédéral, aux dépens des Etats. Cette interprétation est appelée le « Dormant Commerce Clause ». Elle consiste à déterminer si une activité localisée dans un Etat, qui ne traduit pas par des flux commerciaux entre Etats, peut être réglementée par le Congrès, dès lorsqu’elle induit des ‘effets substantiels’ sur le commerce inter-Etats.

La Cour suprême précisera, plus d’un siècle après, cette Dormant Commerce Clause : dans la décision rendue en 1937 *NLRB v. Jones & Laughin*²⁶ elle précisera l’analyse en termes d’‘effets substantiels’ sur le commerce entre Etats. La décision considère que si des activités commerciales peuvent avoir une dimension strictement locale lorsque considérées séparément, dès lors qu’en réalité elles ont une relation étroite et substantielle avec le commerce inter-Etats, et que leur contrôle est essentiel pour protéger le commerce de freins ou d’obstructions, alors il revient au Congrès fédérale d’exercer ce contrôle.

Dans une décision de la Cour suprême rendue en 1942 *Wickard v. Filburn*²⁷, le test des ‘effets substantiels’ est réalisé en termes agrégés. En l’espèce, un agriculteur avait dépassé les quotas de production fixés, pendant le New Deal, par l’Agricultural Adjustment Act²⁸, et conservé une part de la récolte aux fins d’autoconsommation. Dans sa décision, la Cour suprême a considéré que la décision individuelle de l’agriculteur était triviale, mais que si tous se comportaient de la même manière, les effets globaux seraient préjudiciables au commerce entre Etats : le risque de baisse des prix agricoles induits par un excès d’offre, et même la réservation d’une partie de la production pour l’autoconsommation avaient pour effet de porter atteinte au commerce entre les Etats.

Pour parachever ce bref panorama de la construction jurisprudentielle de la commerce clause ayant étendu le pouvoir réglementaire fédéral, il convient de mentionner l’extension du ‘test d’effets substantiels’ à laquelle la cour suprême a procédé en créant le ‘test de rationalité’.

²⁶ *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)

²⁷ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942)

²⁸ Cette loi fédérale promulguée en 1933, qui régit les prix et la production agricoles, est en quelque sorte le pendant agricole du National Industrial Recovery Act, lui aussi promulgué cette même année.

Dans la décision *Heart of Atlanta Motel v. U.S.* rendue en 1964²⁹, la Cour a considéré que la réglementation fédérale était valide dès lors le Congrès disposait d'une 'base rationnelle' pour estimer qu'une action peut avoir un 'effet substantiel' sur le commerce entre les Etats. Dans ce cas d'espèce, un voyageur afro-américain, qui traversait les frontières des Etats, était confronté à la ségrégation raciale dans les hôtels et motels. Dans cette décision, la Cour suprême a estimé qu'une telle ségrégation à l'encontre de tels voyageurs est 'rationnellement liée' au commerce entre Etats, et peut donc être régulée par le Congrès. Un raisonnement du même type a été mené en 2005 dans la décision *Gonzalez v. Raich*³⁰ à propos de la culture de la marijuana à des fins thérapeutiques dans un Etat.

Il importe de souligner que si, de l'arrêt *Gibbons* (1824) à *Raich* (2005) la tendance jurisprudentielle a été en faveur de l'interventionnisme réglementaire du Congrès, cette tendance n'a pas été linéaire. En effet, après *Gibbons*, la Cour suprême a rendu un grand nombre de décisions en faveur des Etats, notamment entre 1895 avec l'arrêt *U.S. v. Knight*³¹ et 1918 avec l'arrêt *Hammer v. Dagenhart*³², durant la période d'hégémonie de la *Classical Legal Thought*. La décision *Knight* a été rendue avec une interprétation du Sherman Act : elle a stipulé que le Congrès n'a pas le pouvoir, au titre de la *Commerce clause*, de réguler un trust en position de monopole dans l'industrie sucrière : à la fois la *Commerce clause* et le Sherman Act concernent exclusivement le commerce, et ne sont pas applicables à la fabrication de biens. Cette position sera confirmée par *Hammer* en 1918. Elle est réhabilitée par les juges tenants de l'originalisme (on y reviendra plus bas). La question de l'expression textuelle est ici centrale : le terme de *trade* porte-t-il sur les transactions commerciales ou sur la production de biens et de services ? Se pose en filigrane dans les deux arrêts la question de la capacité de l'Etat d'œuvrer à la correction de phénomènes de concurrence déloyale et plus généralement de porter des politiques de défense de l'ordre concurrentiel et de rééquilibrage des relations de marché.

²⁹ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964)

³⁰ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005)

³¹ *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895)

³² *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918)

2.2. Une contre-offensive contre le ‘test des effets substantiels’ et l’extension des pouvoirs fédéraux : l’interprétation originaliste de la Commerce Clause par Clarence Thomas

Le principal protagoniste d’une interprétation originaliste de la Commerce Clause est le juge Clarence Thomas. Seul afro-américain à la Cour suprême, issu d’un milieu populaire assez pauvre, militant des droits civiques (proche des Black Panthers) dans sa jeunesse, il est devenu un des plus conservateurs de la Cour suprême. On ne peut omettre la contribution du juge Antonin Scalia (1936-2016), qui a eu souvent des positions moins tranchées que Thomas.

Pour Thomas et Scalia, réputés les plus conservateurs des juges à la Cour suprême, le texte de la constitution ne donne pas des pouvoirs énormes au Congrès, et ne contient en rien le ‘test d’impact substantiel’ pas plus que la ‘Dormant Commerce Clause’ : dans une opinion dissidente dans *Camps Newfound/Owatonna v. Town of Harrison*³³, Thomas écrit que cette clause « dormante » « n’a pas de base dans le texte de la Constitution, n’a aucun sens (makes little sense), et est “virtually unworkable” (cité par McGoldrick, 2019, p. 3.). Quant au ‘test d’effets substantiels’, Thomas lui renie toute légitimité, considérant que

« The commerce clause does not state that Congress may regulate matters that substantially affect commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes » (cité par McGoldrick, 2019, p. 24).

Ce à quoi Thomas est résolument hostile, c’est la tendance jurisprudentielle du New Deal qui a abouti à conférer au Congrès à peu près tous les pouvoirs de police sur la nation.

Dans sa critique de la Dormant Clause et du test d’impacts substantiels, Thomas semble accorder un plus grand poids au 10^{ème} amendement à la Constitution qu’à la Commerce Clause. En effet, le 10^{ème} amendement privilégie les pouvoirs des Etats, dont il dit qu’ils sont « souverains » et disposent de pouvoirs réservés, dès lors que ces pouvoirs ne sont pas délégués au fédéral. A cet égard, Scalia est en désaccord : il estime que l’on peut trouver dans les écrits de Madison et Hamilton dans *Le Fédéraliste*, que ces pères fondateurs considéraient utile d’édifier une compétence fédérale pour la réglementation du commerce, ne serait-ce que pour

³³ *Camps Newfound/Owatonna, Inc. v. Town of Harrison, Me.*, 520 U.S. 564, 610 (1997)

assurer l'uniformité des règles sur tout le territoire, absolument cruciale pour développer le marché intérieur. (McGoldrick, 2019, p. 23).

Les juges à la Cour suprême et les autres juges fédéraux n'étant pas ne sont pas élus, ils ne devraient pas pratiquer une politique judiciaire qui revient à se substituer au législateur, donc aux représentants élus du peuple. McGoldrick estime que « Justice Thomas believes that Congress, not the Court, should be in charge of protecting interstate commerce » (McGoldrick, 2019, p. 51).

« To be fair, Justice Thomas does not hate Congress' commerce power as much as he hates the Dormant Commerce Clause. His call is a moderate one—that the Court “temper our Commerce Clause jurisprudence,” not a “wholesale abandonment” of recent decisions, even though he claimed his analysis revealed “that our substantial effects test is far removed from both the Constitution and from our early case law » (McGoldrick, 2019, p.54)

De la même façon, Douglas H. Ginsburg (2010, p.230) se livre à une critique basée sur l'originalisme des intentions de l'interprétation large qui avait été faite par la Cour Suprême de la *commerce clause* depuis l'arrêt Jones & Laughlin Steel de 1937. Pour ce dernier le raisonnement de la Cour reposait sur une analyse historique anachronique laquelle ne sera définitivement renversée – sur la base d'une analyse historique – qu'avec Alden v Maine en 1999³⁴.

2.3. Le problème pratique des originalistes : le changement de jurisprudence

Un des problèmes majeurs des juges originalistes est celui des revirements jurisprudentiels : la doctrine originaliste devrait conduire à revenir sur la jurisprudence, donc les précédents, dès lors qu'ils ne sont pas compatibles avec cette doctrine. Le juge Thomas, face à ce problème pratique, se résout à admettre que tant que la jurisprudence n'a pas changée, les règles constitutionnelles héritées du passé continuent à s'appliquer : “

Until this Court replaces its existing Commerce Clause jurisprudence with a standard more consistent with the original understanding, we will continue to see Congress

³⁴ Alden v Maine, 527 U.S. 706, 1999

appropriating state police powers under the guise of regulating commerce.” (opinion concourante dans *United States v. Morrison*³⁵).

De plus, l’originalisme, notamment sans sa variante « public opinion meaning » devrait conduire à adopter comme guide de l’interprétation la signification des mots utilisés par les rédacteurs de la Constitution. Par exemple, la Commerce Clause utilise le lexique du « trade », du « commerce », et n’utilise pas les mots « manufacturing », « production », « industry », ou « agriculture ». Clarence Thomas considérait en effet dans une opinion concourante dans la décision *Lopez* que :

« when Federalists and Anti-Federalists discussed the Commerce Clause during the ratification period, they often used trade (in its selling/bartering sense) and commerce interchangeably.... The term ‘commerce’ was used in contradistinction to productive activities such as manufacturing and agriculture. » (cité par Barnett, 2001, p. 102).

La conséquence immédiate d’une interprétation originaliste de la Commerce Clause est de faire tomber sous le sceau de l’inconstitutionnalité toute la réglementation fédérale de l’industrie et de l’agriculture. Nelson et Pushaw (1999) contestent cette interprétation étroite et proposent, dans une orientation originaliste, s’attachant à « original meaning, intent, and understanding », soutiennent que « trade and commerce » incluait toute activité profitable (gainful activity). A l’inverse, Barnett (2001) argumente en faveur d’une interprétation restrictive du champ d’application de la Commerce Clause à partir d’une analyse originaliste du lexique utilisé dans différentes sources : la Constitution, les dictionnaires contemporains, la Convention constitutionnelle, les écrits publiés dans *Le Fédéraliste*, les conventions de ratification de la Constitution.

Or, d’un point de vue pratique, les juges originalistes, premier lieu Clarence Thomas, sont conscients de l’impossibilité de promouvoir une jurisprudence purement originaliste de la Commerce Clause, qui introduirait une révolution majeure de la jurisprudence constitutionnelle et comporterait un risque d’introduire du chaos dans l’économie et la société américaines (Seidleck, 2018). Le juge Thomas ne milite pas en faveur d’un ‘abandon en gros’ des précédents (ibid.)

³⁵ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 627, 2000

Le compromis pratique entre respect des précédents et changement originaliste de la jurisprudence a suscité plusieurs tentatives de rationalisation doctrinale. McGinnis et Rappaport (2007, 2010) ont proposé une base originaliste qui repose sur le principe, cher aux Pères fondateurs, d'une super majorité, qu'ils conjuguent avec une logique économique : si un précédent non originaliste est super majoritaire³⁶ une Cour originaliste est légitime à le respecter, d'autant plus que le coût social de son changement sera trop important. Si un précédent non originaliste n'a pas une telle propriété, la voie est ouverte pour qu'une Cour originaliste le reconsidère et lui substitue une interprétation conforme aux canons de l'originalisme. Seidleck (2018), en reprenant les propositions de McGinnis et Rappaport, propose des bases doctrinales d'une jurisprudence originaliste visant à restreindre le champ du pouvoir réglementaire du Congrès dans le cadre de la Commerce Clause. Il propose d'abandonner le 'test d'effets substantiels' (dans la mesure où il considère l'arrêt Wickard comme non super-majoritaire) et de le remplacer par la caractérisation des intentions des producteurs et des vendeurs : s'engager dans des échanges intra ou inter-Etats. Seidleck avance un autre argument, relatif à la *Necessary and Proper Clause* de la Constitution, qui organise les pouvoirs fédéraux et des Etats. Il avance que cette clause peut être reconsidérée comme signifiant que le Congrès devrait largement s'effacer au profit des Etats en matière de réglementation économique. Une perspective similaire se retrouve dans les conceptions de ce que devrait être une politique de l'antitrust, que Robert Bork a défendu d'un point de vue théorique et a surtout mis en pratique dans la pratique décisionnelle des juridictions fédérales.

3. Robert Bork : originalisme et antitrust

Robert Bork (1927-2012) est une figure marquante de l'Ecole de Chicago en matière d'antitrust. Ses écrits ont exercé une grande influence sur la pratique de l'antitrust par les cours

³⁶ Au sens où si une règle serait digne de recueillir une immense majorité en sa faveur du moment où elle pourrait faire l'objet d'un vote pour devenir un amendement à la Constitution. A notre sens, c'est là un exercice de droit constitutionnel purement hypothétique.

fédérales américaines³⁷. Disparu il y a près de dix ans, ses positions continuent à alimenter critiques et controverses, comme le montrent par exemple les écrits de Lina Khan (2017) à propos des grandes entreprises de l'Internet et des enjeux de régulation associés. Considérer spécifiquement le cas de Robert Bork présente de nombreux intérêts. Premièrement, il permet de relier la question de l'intervention de l'Etat dans l'économie et du champ d'application du Sherman Act, que nous avons abordé dans notre deuxième section, à celle des conditions de la mise en œuvre du droit Antitrust. Ensuite, il permet de mettre en perspective les rapports l'Ecole de Chicago, dont il est indubitablement l'une des figures de proue, avec l'originalisme, dans son acception historique. Fonder une politique Antitrust sur les intentions du législateur de 1890 peut néanmoins paraître contradictoire avec l'analyse au cas par cas sur la base de l'évaluation net des pratiques considérées sur le bien-être du consommateur, comme le préconise par exemple Posner.

Nous verrons cependant que les recommandations de l'Ecole de Chicago ont convergé vers une approche considérant certaines pratiques de marché comme compatibles *per se* avec les règles de concurrence. Ce faisant l'approche de Chicago s'écarta progressivement de l'approche initialement défendue par Posner (qui relevait de l'analyse économique du droit) pour se rapprocher des préconisations de la *classical legal thought*. A cette fin cette troisième section se structure en trois sous-sections. La première reprend des éléments biographiques pour saisir l'importance de parcours académique et politique de Robert Bork. La deuxième sous-section relie son originalisme à la dynamique interne de l'Ecole de Chicago. La troisième sous-section s'attache enfin à son influence sur les manières de juger telle que celle-ci apparaît dans des évaluations économétriques (Ash et al., 2020) mais également dans la production d'articles par les juges originalistes eux-mêmes.

3.1. La nomination contrariée de Bork à la Cour suprême

La carrière professionnelle de Bork est intéressante à décrypter, tant pour les fonctions qu'il a exercées que pour celles qu'il n'a pas exercées (celle de juge à la cour suprême). Après l'obtention de son B.A. et de son doctorat en droit (J.D.) à Chicago, où il rencontra Aaron Director qui fut son professeur, il exerça la profession d'avocat puis enseigna à la Law School

³⁷ Sa carrière académique à Yale s'étala de 1962 à 1981.

de Yale avant de rejoindre le Department of Justice en tant que numéro 3 du ministère, comme avocat général (Solicitor General) en 1973. Il restera dans ses fonctions jusqu'en 1977. Proche du parti Républicain, il fut nommé juge à la Cour d'appel fédérale pour le District de Columbia en 1982, par le Président Reagan. Il restera juge fédéral jusqu'en 1988. En 1987, le président Reagan lui proposa de le nommer à la Cour suprême, en remplacement d'un juge partant à la retraite. Mais le Congrès lui barra la route. Les raisons en tenaient non seulement à son passé administratif et au contexte politique mais aussi à ses positions mêmes sur l'antitrust. En effet, après que la Commission des affaires de Justice, dirigée par Joe Biden, futur Vice-Président des Etats-Unis (2009-2017), a émis un vote négatif, le Sénat rejeta cette nomination, avec 58 votes contre et 42 votes pour, achevant ainsi le rejet le plus net jamais accompli par cette institution s'agissant de juges à la Cour suprême. Il faut noter que le rejet de la nomination de Robert Bork a été obtenu par les seuls votes des sénateurs Démocrates mais également de sénateurs Républicains. La première raison tenait à sa participation au début des années 1970 aux manœuvres du Président Nixon pour échapper aux conséquences de l'affaire du Watergate³⁸.

Le second facteur de la non-validation de sa nomination à la Cour suprême tenait aussi au positionnement même de Robert Bork. Son conservatisme a été l'un des points d'achoppements comme le montrent les auditions de la Commission à la Justice du Sénat américain (US Senate, 1987, p.5468). Les débats à propos de sa nomination dans la société civile ont également été vifs. Ses positions sur des questions de société majeures (l'égalité entre blancs et afro-

³⁸ Robert Bork avait alors rejoint le Department of Justice comme Solicitor General, comme « numéro trois » du ministère. En pleine tourmente du Watergate, un procureur spécial, Archibald Cox, avait été chargé de mener une enquête sur les écoutes, commanditées par Nixon, des bureaux du parti démocrate dans l'immeuble du Watergate. Cox avait émis un subpoena à l'encontre du Président Nixon, exigeant qu'il lui transmette les bandes magnétiques contenant les enregistrements en question. Non seulement le Président ne s'est pas exécuté mais il a cherché à mettre un terme à la mission de Cox. Seul l'Attorney General (procureur général) avait pouvoir de congédier Fox. Or, l'Attorney General alors en fonction, Eliot Richardson, refusa et démissionna. Son "numéro deux", William Ruckelshaus, Deputy Attorney General, fit de même. C'est alors Bork, numéro trois dans la hiérarchie administrative, en capacité de démissionner le procureur spécial Fox, qui accomplit ce "massacre du samedi soir". Il lui fut reproché de s'être exécuté en contrepartie d'une promesse que lui aurait faite Nixon de le nommer à la Cour Suprême. Cette affaire fut l'une des bases du refus du Congrès de valider le choix du Président Reagan (US Senate, 1987, p.6255). Il est vrai que sa nomination arrivait à un moment pour le moins malvenu : l'affaire Iran-Contra venait d'éclater et le Congrès était particulièrement attentif aux nominations que pouvait faire Reagan dans un pareil contexte : Judge Bork's action raises serious questions about the extent to which he, as a justice on the nation's highest court, would require the federal government to adhere to constitutional and other legal limitations. This point is particularly crucial in light of the recent Iran-Contra scandal" (US Senate, 1987, p.5469).

américains, le droit à l'avortement) furent vifs. Le sénateur Ted Kennedy déclara lors la session du Sénat :

“Robert Bork's America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens' doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists would be censored at the whim of government, and the doors of the federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens for whom the judiciary is often the only protector of the individual rights that are the heart of our democracy”³⁹.

La National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) prit officiellement position contre la nomination de Bork, de même de l'acteur Gregory Peck. Attristé par ce rejet, Reagan se résigna et procéda à la nomination d'un juriste moins connu mais tout aussi conservateur et « originaliste » que Bork⁴⁰.

La nomination de Robert Bork fut également contestée de façon véhémement par le comité aux affaires judiciaires du Sénat sur base de ces travaux académiques sur l'Antitrust. Sa nomination était présentée comme susceptible de faire courir des risques majeurs sur l'effectivité de la politique antitrust américaine (US Senate, 1987, p.6257). Le Sénat le présente, à partir de la contribution de Robert Pitofsky, alors doyen du centre de droit de Georgetown, comme

« an activist of the right in the antitrust field, ready and willing to substitute his views for legislative history and precedent in order to achieve his ideological goals ».

La contestation se fit donc également sur des bases académiques. Le comité considérant que sa nomination entérinerait une vue restrictive selon laquelle l'efficacité était le seul but du

³⁹ <https://constitutioncenter.org/blog/on-this-day-senate-rejects-robert-bork-for-the-supreme-court>. Consulté le 30/01/2018.

⁴⁰ Reagan, suite au veto du Sénat, a déclaré que la personne qu'il nommera à la place de Bork « will share Judge Bork's belief in judicial restraint – that a judge is bound by the Constitution to interpret laws, not make them » (New York Times, 24 octobre 1987). Après avoir proposé un juge fédéral, Douglas Ginsburg, ce dernier se retira après que la presse eut relayé son addiction pour la marijuana. Finalement, c'est Anthony Kennedy, un « mainstream conservative », qui fut nommé. <https://constitutioncenter.org/blog/on-this-day-senate-rejects-robert-bork-for-the-supreme-court>. Consulté le 30/01/2018. Le mot « Bork » est passé dans la langue courante sous la forme d'un verbe (« to bork »), qui signifie : barrer, par un vaste mouvement de contestation, l'accès à une position de responsabilité de quelqu'un. Voir à ce titre, la définition du Merriam Webster Dictionary : « to attack or defeat (a nominee or candidate for public office) unfairly through an organized campaign of harsh public criticism or vilification ».

Sherman Act, soulignant que ses vues étaient incohérentes avec la pratique décisionnelle de la Cour Suprême en matière d'Antitrust (US Senate, 1987, p.6258) et lui reprochant des prises de positions pour le moins véhémentes quant aux décisions passées de la Cour en matière d'Antitrust (US Senate, 1987, p.6261).

3.2. Un antitrust version Ecole de Chicago

Alors que les restrictions verticales étaient considérées *per se* comme illégales par les cours, Bork y voyait des formes d'organisation économiquement efficaces, invitant les autorités antitrust à les considérer au cas par cas, en prenant garde à en estimer les effets positifs sur les consommateurs⁴¹. Réinterprétant le texte obscur du Sherman Act, il y voyait une orientation nette, à ses yeux, en faveur du bien-être du consommateur⁴². La position de Bork était particulièrement critique vis-à-vis de la pratique de régulation de la concurrence du passé, celle des progressistes de l'*Ere Warren* de la Cour Suprême, qui pensaient qu'il était de bonne politique de sauvegarder des entreprises de taille petite et moyenne, contre les grandes entreprises.

Bork incarne donc la première génération de l'originalisme : l'originalisme historique dans lequel il s'agit de retrouver l'intention des législateurs. Nous avons vu *supra* que Richard Posner est bien plus indulgent vis-à-vis de cette approche que vis-à-vis de l'originalisme textuel défendu par Antonin Scalia. Cependant Posner (2013, p.185) témoigne également d'une certaine méfiance quant à l'approche historique. Non seulement les juges ne lui apparaissent pas comme des historiens compétents mais il craint de surcroît des pratiques de « law office history » (Posner, 2013, p.188). En d'autres termes, les défenseurs baseraient leurs stratégies sur la recherche d'arguments historiques opportuns même isolés de leurs contextes⁴³. Le

⁴¹ Pour Bork (1978), une restriction verticale n'a pas d'effets sur les consommateurs sur le marché aval. Ce n'est pas une question d'efficacité mais simplement de répartition du surplus. Cette dimension distributionnelle rejette la question hors du champ de l'antitrust.

⁴² L'hypothèse selon laquelle l'efficacité était dès l'origine la seule finalité de l'Antitrust américain et celle selon laquelle l'application des règles antitrust avait été détournée de leurs finalités pour protéger des firmes inefficaces avaient été formulées par Robert Bork bien avant la publication de son Antitrust Paradox. La première hypothèse avait été posée en 1966 dans le *Journal of Law and Economics* dans le cadre de son article sur la *Legislative Intent* et la seconde en 1965 dans un article cosigné avec Ward Bowman dans la *Columbia Law Review*.

⁴³ Cependant, l'histoire n'est pas un cas isolé, l'opportunisme des cabinets en matière de recours à l'économie dans les contentieux concurrentiels pourrait être également relevé : les parties peuvent rechercher dans les différents

développement d'un raisonnement fondé sur une historiographie tendancieuse est dénoncé par Posner, notamment dans le cadre de l'arrêt Heller de 2008 (il cite également l'interprétation qui a été faite en 1954 du 14^{ème} amendement dans l'arrêt *Brown v Board of Education*⁴⁴). L'originalisme historique s'expose à un risque de sélection arbitraire de faits opportuns permettant d'étayer un point de vue politique en omettant de mentionner tout élément allant dans un sens différent de la thèse défendue⁴⁵.

Le cas du Sherman Act ramené par Robert Bork à une *consumer welfare prescription*⁴⁶ sur la base d'une analyse historique des intentions du législateur est intéressant à considérer selon cette question. En effet, suivant la même démarche, Khan (2017), Lande (2013) ou encore Lande et Zerbe (2020) arrivent à un résultat diamétralement opposé. Lina Khan (2017, p.740), tout d'abord, considère que le Sherman Act était une loi "for diversity and access to markets; it was against high concentration and abuses of power". Il ne s'agissait pas dans cette perspective de viser un résultat donné (l'efficience allocative) mais à protéger le processus de concurrence lui-même et à préserver les libertés de marché⁴⁷. Dans cette perspective, le Sherman Act n'a pas qu'une portée économique mais également politique : la défense de la concurrence est une défense de l'ordre démocratique lui-même⁴⁸. L'interprétation à laquelle se livre Lina Khan revient alors aux mêmes conclusions que celles présentées par Robert Lande. L'intention du législateur ne tenait pas à l'efficacité mais à la prévention des transferts indus de bien-être entre agents économiques au détriment de ceux dépourvus de pouvoir de marché. Il serait, dans le

modèles d'économie industrielle une explication pro-concurrentielle à telle ou telle stratégie (Deschamps et Marty, 2008).

⁴⁴ *Brown v Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁴⁵ Ginsburg (2010, p.236) rejette cette vue "cynique" selon laquelle "the search for the original public meaning of the Constitution does not constraint judges; it merely provides a new set of materials from which they may pick and choose as they used to scavenge through legislative history, in order to reach personally preferred conclusion". Il convient de relever qu'Antonin Scalia lui-même a défendu cette position réticente par rapport à l'approche historique: « In any major piece of legislation, the legislative history is extensive, and there is something for everybody »

⁴⁶ *Reiter v Sonotone Corp*, 442 US 330 (1979). La Cour Suprême cite ici directement Bork (1978, p.66).

⁴⁷ "If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity". Sénateur John Sherman, (1890) 21 CONG. REC., p. 2457.

La même interprétation se retrouve dans la position dissidente du juge William Douglas dans l'arrêt *Columbia Steel* de 1948: "the fortunes of the people will not be dependent on the whim or caprice, the political prejudice, the emotional stability of a few self-appointed men". *United States v. Columbia Steel* 334 U.S. 495, 1948.

⁴⁸ Pour le Sénateur George Hoar, les monopoles sont "a menace to republican institutions themselves", (1890) 21 CONG. REC., p.3146.

cadre de cette interprétation historique, une « bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws » (Pitofsky, 1979, p.1051). L'analyse des intentions du législateur peut donc conduire à des résultats diamétralement opposés à ceux qu'avait dégagés Robert Bork⁴⁹.

L'approche de Lande (2013) conduit aux mêmes conclusions que celles de Khan (2017) mais est d'autant plus intéressante à considérer qu'elle applique au Sherman Act lui-même les méthodes originalistes. Le Sherman Act y est tout d'abord analysé sous l'angle de l'histoire législative – pour saisir l'intention du législateur⁵⁰ – et ensuite sous celui du *plain meaning* défendu par Antonin Scalia, en d'autres termes celui de l'originalisme textualiste⁵¹. L'analyse des termes utilisés dans l'élaboration parlementaire du texte confirme bien plus l'interprétation de Lande (1982) selon laquelle le Sherman Act visait plus à sanctionner les transferts de bien-être qui n'auraient pas pu avoir lieu en l'absence de l'exercice d'un pouvoir de marché que la promotion de l'efficacité allocative⁵². Comme nous l'avons vu *supra*, Antonin Scalia n'a pas appliqué sa méthode au domaine de l'Antitrust⁵³. Il s'agit donc de mettre en œuvre en matière concurrentielle l'analyse textuelle défendue par Scalia sur la base de l'utilisation de dictionnaires les plus contemporains possibles⁵⁴ et des décisions afférentes les moins éloignées dans le temps des textes qu'il s'agit d'analyser.

⁴⁹ Voir notamment First et Waller (2013) sur les limites d'une interprétation sur la seule base de l'efficacité. Le terme même de bien-être du consommateur n'était pas connu en 1890 (voir notamment Orbach (2013, p.2272)) mais l'identification entre la protection de la concurrence et celle de la recherche de l'efficacité allocative est également contestable (voir Orbach, 2013, p.2271).

⁵⁰ Cette approche est parfois qualifiée dans la littérature originaliste, d'approche intentionnaliste (en anglais *purposivit*)

⁵¹ Comme le note Robert Lande (2013, p. 2354) cet exercice n'avait pas été précédemment réalisé : “To my knowledge neither Justice Scalia nor anyone else has ever undertaken a textualist analysis of the antitrust statutes to determine whether the goal of these statutes is to enhance efficiency, to prevent firms with market power from using market power to steal from consumers, to enhance consumer choice, or to accomplish some other purpose”.

⁵² “Do terms like “stealing,” “robbery,” “extortion,” and “stolen wealth” sound like synonyms for allocative inefficiency? Or is it more likely that Congress in effect awarded the property right to what we today call “consumers’ surplus” to consumers?” (Lande, 2013, p. 2358).

⁵³ Il n'en pas moins exercé une influence importante sur ce dernier. Lande (2013, p. 2362) relève qu'il a rédigé trois arrêts, trois opinions concourantes et trois opinions dissidentes. Il a notamment rédigé l'arrêt *Trinko* de 2004 qui avait signifié le rejet de la théorie des facilités essentielles et la primauté du droit de la régulation sectorielle sur le droit de la concurrence. *Verizon Communications Inc. v Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 (2004). Notons que ce fut le dernier cas que Robert Bork eut à plaider devant la Cour Suprême en 2003.

⁵⁴ Pour Scalia et Garner (2012, p.78) “Words must be given the meaning they had when the text was adopted.

Le lien à l'efficacité est ici des plus problématiques en effet ce qui était alors reproché aux trusts n'était pas leur inefficacité. Un consensus existait alors sur les intérêts économiques de la concentration (Kirat et Marty, 2020). Ainsi Lande (2013, p.2372) conclut pour la Section 1 du Sherman Act que

« “Restraint of trade” was not directed at business arrangements that are inefficient. Rather, a “restraint of trade” usually means a practice that restricts output and therefore raises prices. When on-price competition is important, it means a practice that distorts some non-price aspect of consumer choice. This plain reading of the term “restraint of trade” has been reinforced by an analysis of both some of the earliest antitrust cases and also contemporary legal treatises”.

Le développement de l'analyse textualiste pour la Section 2 du Sherman Act conduit à des résultats convergents. La notion d'*extorsion* ne peut selon Lande être rattachée au vocabulaire de l'efficacité et doit être reliée à celui du transfert de bien-être indu. Pour étayer son raisonnement, Lande (2013, p.2375) se base sur une loi de l'Assemblée Générale de l'Etat de Georgie en 1861⁵⁵ et sur un précédent de *Common Law* anglaise⁵⁶ lui permettant de tracer une continuité jurisprudentielle dans l'acceptation du terme⁵⁷.

Dans Lande et Zerbe (2020) cette analyse textualiste est développée plus en avant en reprenant la méthode définie par Scalia et Garner (2012). La démarche se décompose en sept étapes. Une première tient à la recherche des définitions des mots dans des dictionnaires contemporains. La deuxième consiste en l'analyse de la notion de monopolisation dans la

⁵⁵ Act of Dec. 20, 1861, Pub. L. No. 62, § 2, 1861 Ga. Laws 66, 67

⁵⁶ *Darcy v. Allein (The Case of Monopolies)*, 1601, 77 Eng. Rep, 1260

⁵⁷ Robert Lande (2013, p.2378) va même au travers de l'analyse du terme *monopolization* dans un sens textualiste conclure à l'idée d'une sanction du monopole en lui-même et non celle d'un comportement donné, adhérant ainsi à la notion de *no-fault monopoly*. Une telle position est bien évidemment contradictoire avec celle que défendit Antonin Scalia dans l'arrêt de la Cour Suprême *Trinko*, rendu en 2004 : « The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct”. Lande et Zerbe (2020) considèrent qu'Antonin Scalia n'a pas, dans sa rédaction de l'arrêt *Trinko*, développé une analyse textualiste du Sherman Act mais au contraire repris une interprétation particulière de l'arrêt *Grinnell* de 1966 considérant que sa Section 2 sanctionnait l'acquisition d'une position de monopole par d'autres moyens que ceux relevant des mérites ou des hasards historiques. Or, pour Lande et Zerbe (2020) non seulement la Section 2 vise – dans une logique textualiste – toute acquisition d'une position de monopole quels que soient les moyens qui ont été employés pour y parvenir mais en outre l'interprétation qui avait été faite de *Grinnell* par une partie de la doctrine à la fin des années 1960 n'invalide pas une approche sanctionnant le monopole per se, dans le cadre d'une approche de *type no-fault monopoly*. C'était notamment le cas dans *Turner* (1969) et *Areeda et Turner* (1978).

Common Law britannique d'avant 1890. La troisième porte sur les cas traités par la Cour Suprême et par les tribunaux fédéraux dans la décennie qui a immédiatement suivi la promulgation du Sherman Act. La quatrième porte sur une analyse historique de la période (pour saisir le *plain meaning* des notions, comme le fit Scalia dans l'arrêt *Heller*⁵⁸). La cinquième étape tient en une analyse des termes non pas littérale mais *fair and reasonable*⁵⁹. La sixième étape est celle où entre en jeu l'*absurdity doctrine* : il s'agit de vérifier si l'analyse textuelle ne conduit pas à un résultat absurde (Meese, 2014). La septième et dernière étape est de ne considérer que les exceptions qui sont inscrites explicitement dans le statut.

Au terme de cette analyse Lande et Zerby (2020) arrivent à une conclusion selon laquelle l'*attempt to monopolize* constitutive de la violation de la Section 2 correspondait au fait d'acquérir une position de monopole quel que soit le moyen (par les mérites ou au travers de pratiques « anticoncurrentielles »).

Les limites de l'originalisme de l'intention, particulièrement appliqué au Sherman Act sont illustrées par Orbach (2013). Non seulement ce dernier rejette l'interprétation borkienne⁶⁰ mais il souligne en outre que la recherche d'une intention claire est vaine dans la promulgation d'une loi qui met en jeu une pluralité d'acteurs aux stratégies complexes et un processus parlementaire multi-phases. Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'historique de la promulgation du Sherman Act mais il convient d'insister à la fois sur le caractère stratégique de la proposition de loi du Sénateur Républicain de l'Ohio et sur sa marginalisation rapide dans le processus d'élaboration de la loi mené par la Commission des lois du Sénat américain. Barak Orbach (2013, p. 2259) s'écarte donc de l'hypothèse de Bork (1966, p. 14) selon laquelle, “[the] views of Senator Sherman ... [were] crucial to an understanding of the intent underlying the law that bears his name.”

⁵⁸ “[...] the only mode in which that will is spoken is in the act itself: and we must gather their intention from the language there used; comparing it, when any ambiguity exists, with the laws upon the same subject, and looking, if necessary, to the public history of the times in which it was passed” (Scalia et Garner, 2012, p.29 citant le Chief Justice Taney dans l'arrêt de la Cour Suprême *Aldridge v. Williams*, 44 U.S. 9 (1845)).

⁵⁹ Scalia reprend ici la position de Felix Frankfurter dans *Utah Junk Co. v Porter*, 328 US 39, 1946 : « *literaness may strangle meaning* ». La même approche se retrouve dans l'opinion dissidente de Kavanaugh dans *Bostock*.

⁶⁰ “The legislative history of the Sherman Act has been studied thoroughly during the past century. There is broad agreement today, if not consensus, that the record does not support the historical claims that led to the adoption of the consumer welfare standard” (Orbach, 2013, p.2256).

Barak Orbach ajoute que:

“any “intelligent reader of the Congressional Record” ought to be aware of the discrepancy between the title of the Sherman Act and its history” (Orbach, 2013, p. 2261).

Les limites posées par Posner au recours à l’histoire, notamment en termes d’une recherche opportuniste d’arguments sur la base d’analyses partielles et partiales, apparaissent comme particulièrement importantes dans le champ des lois antitrust⁶¹.

Au-delà même de cette réduction du Sherman Act à la seule dimension de l’efficience et au critère du bien-être du consommateur, il convient de relever que l’ambiguïté du concept est fort peu de mise chez Robert Bork. Il recouvre chez lui le surplus total, c’est-à-dire à la fois celui du consommateur et celui du producteur (Hovenkamp, 2018). Plus radicalement encore, des gains d’efficience peuvent justifier une pratique de marché même si un monopole doit en résulter. En effet, dans la mesure où les seules barrières à l’entrée infranchissables sont les barrières liées à la régulation publique, la pression concurrentielle peut continuer à s’exercer même dans une configuration de marché monopolistique. Pour lui, les stratégies de marché oligopolistiques n’existent sans doute pas ailleurs que dans les traités d’économie. Des stratégies de marché qui ne permettraient pas d’accroître le bien-être global n’auraient aucune raison d’être mises en œuvre. La politique antitrust n’a pas à se préoccuper d’autres choses que des cartels ou des fusions qui pourraient conduire à l’apparition d’une structure de marché de monopole.

Tout comme Posner, qui était passé en quelques années d’une défense de la règle de raison en matière de prix de revente imposé (Resale Price Maintenance), quand ils étaient sanctionnés per se (Posner, 1973), à la proposition d’une autorisation per se après le revirement de jurisprudence de la Cour Suprême en 1977 (Posner, 1981), la position de l’ensemble de l’Ecole

⁶¹ Lande et Zerby (2020) illustrent ce point au travers d’une analyse des débats parlementaires au sein du Judiciary Committee du Sénat durant la discussion du Sherman Act. Les Sénateurs Kenna, Edmunds et Hoar (21 Congress Rec. 3151-3152) y défendaient des positions contradictoires quant à l’exigence de la démonstration d’une pratique « anticoncurrentielle » pour caractériser une violation de la Section 2 du Sherman Act. Pour le Sénateur Edmunds notamment “to monopolize is defined as to engross or to obtain a monopoly position by any means”. En d’autres termes, cette conception peut soutenir celle du *no-fault monopoly* alors que celle du Sénateur Hoar peut être cohérente avec celle défendue par Scalia dans l’arrêt Verizon en 2004. Nous retrouvons ici les limites de l’originalisme des intentions.

de Chicago a évolué vers une hypothèse de conformité a priori des stratégies des opérateurs dominants aux règles de concurrence, conduisant à rejeter la preuve sur les plaignants et en en élevant significativement le standard. L'influence originaliste conduit alors potentiellement à un virage sinon conservateur du moins extrêmement favorable aux défendeurs, c'est-à-dire aux entreprises contre lesquelles le DoJ a formulé des griefs (Newman, 2019).

3.3. L'influence de l'originalisme sur la pratique judiciaire en matière d'antitrust

Le juge Douglas H. Ginsburg son assistant Taylor M. Owings (2014) ont analysé l'influence des idées de Bork sur la pratique du droit antitrust, formalisées dans son ouvrage *The Antitrust Paradox*, publié en 1978 puis, en version augmentée, en 1993. Bork a déployé une intense critique d'une pratique activiste de l'antitrust et de son orientation vers la sauvegarde moins du processus concurrentiel que des concurrents, notamment des petites entreprises. Dans la visée de Bork se trouvait également l'idée que l'antitrust est fondée sur une défiance vis-à-vis de la concentration du pouvoir économique, à l'instar de la défiance pour la concentration du pouvoir politique, qui a été un argument central des discussions parlementaires qui allaient aboutir au Sherman Act de 1890. Comme précisé *supra*, pour Bork, l'alpha et l'omega du droit antitrust est le bien-être du consommateur. Dans sa conception, typique de l'école de Chicago, des pratiques verticales restrictives ne sont pas condamnables en soi. Elles peuvent contribuer au bien-être du consommateur. Tout est alors affaire d'examen au cas par cas des pratiques verticales, et non d'interdiction *per se*. Ainsi, Bork résumait dans ces termes l'évolution de la pratique de l'antitrust par les tribunaux fédéraux :

"antitrust has moved a long way in the direction urged by this book... Today, antitrust has been downsized. It is merely law, not a farrago of leftist political and sociological propositions" (Bork, 1993, pp. ix, x).

Les tribunaux se sont donc convertis aux thèses de Bork malgré sa non-nomination à la Cour Suprême. Cela a changé de manière drastique la position des entreprises incriminées par les autorités antitrust. Ginsburg et Owings exposent quelques données statistiques significatives, sur les décisions de la Cour suprême. Entre 1967 et 1976, seules 36% les entreprises avaient gain de cause contre les agences fédérales, en particulier la Federal Trade Commission ; ce taux monte à 45% entre 1977 et 1986, à 50% entre 1987 et 1996, puis, à l'acmé de la réception des idées de Bork par la Cour suprême, à 100% entre 1997 et 2006 (Ginsburg et Owings, 2014, p. 602). Ils complètent ces données en intégrant la position de l'avocat général

des États-Unis (Solicitor General) dans les affaires en antitrust devant la Cour suprême : avant la révolution borkienne, le Solicitor General prenait position essentiellement en faveur de l'agence fédérale ; à partir de 1997, il prend désormais position en faveur des entreprises dans plus de 90% des cas (Ginsburg et Owings, 2014, p. 603).

Le biais pro-business découlant de l'influence de l'école de Chicago n'est pas une légende. En effet, comme l'écrit Hovenkamp (2018, p.18), de la fin des années soixante-dix aux années quatre-vingt-dix, "The Supreme Court deviated rightward from a path in which the government won nearly all its antitrust cases and private plaintiffs won many, to one that was far more favorable to defendants". Un exemple frappant de l'influence des travaux de Bork peut être trouvé dès 1980 dans une décision de la Federal Trade Commission refusant de poursuivre du Pont de Nemours dans une affaire de prix d'éviction. Pour la FTC

« [The] essence of the competitive process is to induce firms to become more efficient and to pass the benefits of the efficiency along to consumers. That process would be ill-served by using antitrust to block hard, aggressive competition that is solidly based on efficiencies and growth opportunities, even if monopoly is a possible result⁶²».

Il est également à noter qu'il apparaît que statistiquement, en matière d'Antitrust, les juges utilisant le langage et les outils de la *Law and Economics* ont un moindre risque de voir leurs décisions faire l'objet d'un appel (Baye and Wright, 2011). Dans un système dans lequel, l'absence de recours, et donc l'absence de risque d'annulation d'une décision, est un élément essentiel de la carrière d'un juge, cette différence peut avoir quelque importance.

L'application d'une approche originaliste en matière d'antitrust peut donc soutenir l'hypothèse générale d'un biais conservateur attaché à cette approche⁶³.

Conclusion

Construit en opposition à la notion de « Constitution vivante » portée par la Cour Suprême durant l'ère Warren, l'originalisme vise à garantir la cohérence des décisions et porte

⁶² EI du Pont de Nemours & Co. 96 FTC653, 1980.

⁶³ Pour Buchanan et Dorf (2020) le textualisme appliqué à la Statutory Law et l'originalisme constitutionnel reviendraient à « a rhetorical smokescreen for extremely Conservative results ».

indubitablement un projet conservateur en ce qu'il vise à maintenir l'action de l'Etat dans un cadre minimaliste car défini sur la base des intentions qui prévalaient au moment de l'édiction des textes. Comme l'indique Douglas Ginsburg:

« To be sure, the Court has a long way to go before it can be said to have restored the Constitution to its originally understood meaning, but even now its approach to constitutional interpretation seems ever less susceptible to the charge that the opinions of the Justices reflect not their best thinking but rather how well their breakfasts agreed with them” (Ginsburg, 2010, p. 235).

Comme nous l'avons montré, les originalistes ont utilisé deux vecteurs pour faire refluer la réglementation économique fédérale : la Commerce Clause et l'Antitrust, après des décennies de jurisprudence progressiste fondée sur l'idée que la Constitution est un texte ouvert, dont l'interprétation doit être faite en fonction du contexte du moment. Les originalistes dénoncent cette idée au nom de l'illégitimité (ces juges non élus imposent leurs conceptions morales à la collectivité) et de la non-conformité à l'Etat de droit (ces juges empiètent sur le pouvoir législatif)

Or, on peut mettre en abyme ces critiques avec celle que le juge Oliver W. Holmes avait adressé, dans son avis dissident célèbre dans la décision *Lochner v. New York* (1905), à la majorité des juges à la Cour suprême qui, sous le prétexte d'un raisonnement judiciaire strictement logique et formaliste, mobilisent en réalité des préférences, des valeurs, des visions du monde qui ne sont pas affichées comme telles. Ainsi, le juge Holmes écrivait:

“The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Hebert Spencer's social statics ... a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez-faire” (*dissent* de Holmes reproduit dans Fisher et al., 1993, p. 26).

Or, les juges majoritaires contre lesquels Holmes s'élevaient prétendaient, tout comme les originalistes, recourir à une règle de décision impartiale. En tirant le fil du dissent de Holmes, nous pourrions considérer que l'originalisme, sous couvert de la neutralité qui découlerait de l'interprétation de la lettre de la Constitution, est fondé sur des préférences politiques et morales conjuguant libéralisme économique et conservatisme social. L'originalisme ne serait pas exempt d'un activisme judiciaire orienté vers l'objectif de faire refluer l'interventionnisme économique fédéral.

Si l'on admet, avec Pfersmann que « les textes constitutionnels possèdent (...) une signification, aussi vague et indéterminée soit-elle » (Pfersmann, 2013, p. 357), il est possible de considérer que l'originalisme, plutôt que de découvrir le sens originel, en opère en réalité une construction, dans le dessein de poursuivre une finalité contemporaine dans la manière de juger.

Il convient de noter, pour finir, que Robert Bork mis à part, l'originalisme offrant un argumentaire libéral sur le plan économique, il propose une interprétation non posnérienne des relations entre le droit et l'économie. Posner a toujours affirmé son pragmatisme, au sens de l'épistémologie de la connaissance juridique mise en œuvre par l'école du *Legal Realism* dans l'entre-deux guerres, sous l'influence direct de Dewey. Alors que l'analyse économique du droit posnérienne s'attache aux conséquences économiques du droit, définies en termes de maximisation des richesses, l'originalisme s'adosse à une théorie de l'interprétation de la Constitution absolument déconnectée de l'analyse des effets économiques. Toutefois, on ne manquer d'observer que ces deux perspectives concourent, l'une et l'autre, à la promotion du libéralisme économique et à la critique de l'intervention publique.

Pour autant, le débat initié aux Etats-Unis par l'arrêt *Bostock* de la Cour Suprême (*Bostock v Clayton County*, 140 S. Ct. 1731, 2020), met en perspective le biais conservateur de l'originalisme en regard des différentes acceptations qui sont les siennes. En effet, l'absence de prise en considération des effets des décisions dans l'interprétation des textes peut conduire certains juges à trancher des cas dans des sens s'écartant de leurs préférences politiques (Grove, 2020).

Cet arrêt qui traite d'un problème de discrimination lié aux inclinaisons sexuelles d'un employé met en jeu l'interprétation du titre VII du Civil Rights Act de 1964. Il porte sur des questions sociétales et non économiques. Pour autant, il présente un double intérêt pour nos propos conclusifs. Premièrement, l'analyse textualiste a été unanimement appliquée par les juges de la Cour Suprême tout en conduisant à une décision qui n'a pas été unanime. Deux juges, Brett Kavanaugh et Samuel Alito s'opposèrent à la majorité et publièrent des opinions dissidentes. Ces divergences illustrent les différenciations entre les originalismes que nous mises en exergue dans notre développement. Deuxièmement, la décision majoritaire qui a reposé sur une analyse étroitement textualiste est « progressiste » au point de vue sociétal. C'est

sur le paradoxe d'un textualisme pouvant ne pas se caractériser par un biais conservateur que nous concluons.

Bostock a illustré l'opposition entre un *textualisme formaliste* et un *textualisme flexible* (Grove, 2020). Le premier s'en tient au texte même de la loi en s'attachant principalement au contexte sémantique⁶⁴ et tend à « downplaying policy concerns or the practical (even monumental) consequences of the case » (Grove, 2020, p.267). Le second intègre non seulement le contexte politique et sociétal dans lequel le texte a été promulgué mais aussi les conséquences actuelles de la décision qui résultera de l'interprétation. Cependant, l'approche défendue par les deux juges originalistes dissidents, considère que le textualisme formaliste de leurs collègues revient au littéralisme dénoncé par Antonin Scalia (qui est donc revendiqué par les deux groupes) et qu'il convient de revenir à « the ordinary meaning (or the 'everyday meaning' or the 'commonsense' reading) of the relevant statutory text⁶⁵ ». Il faut donc revenir au contexte social et culturel du moment où le texte a été promulgué et l'interpréter en regard de ce qui était le sens commun à ce moment-là. Comme le souligne le juge Alito dans son opinion dissidente, il s'agit de considérer le texte non seulement en regard de sa signification dans son contexte culturel et non pas seulement sémantique et de prendre en considération les conséquences de l'interprétation strictement « textualiste » de l'amendement : « What the Court has done today—interpreting discrimination because of “sex” to encompass discrimination because of sexual orientation or gender identity—is virtually certain to have far-reaching consequences ».

Le textualisme formaliste peut donc être le vecteur d'une interprétation qui n'est pas systématiquement biaisée en faveur du conservatisme. Cela est le produit paradoxal de sa rigidité qui le rend moins sensible aux préférences politiques⁶⁶. Cette approche de défense de

⁶⁴ En ce il ne s'agit pas de littéralisme (voir en ce sens l'arrêt *Bostock* rédigé par N. Gorsuch « You can call the statute's but-for causation test what you will—expansive, legalistic, the dissents even dismiss it as wooden or literal. But it is the law ». Il s'agit de l'approche du plein contexte au sens de Scalia pour lequel : « fundamental principle of statutory construction (and, indeed, of the language itself) that the meaning of a word cannot be determined in isolation, but must be drawn from the context in which it is used » (*Deal v US*, 508 US 129, 1993).

⁶⁵ Opinion dissidente du juge Brett Kavanaugh.

⁶⁶ Bien que le juge Samuel Alito soutienne la position inverse dans son opinion dissidente (à laquelle s'est joint le juge Clarence Thomas : «The Court attempts to pass off its decision as the inevitable product of the textualist school of statutory interpretation championed by our late colleague Justice Scalia, but no one should be fooled. The Court's opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory

positions progressistes sur la base d'une lecture textualiste de l'Antitrust est d'ailleurs celle de Lande et Zerbe (2020). En l'espèce, ce qui est contesté, c'est l'interprétation que firent du Sherman Act, Easterbrook (1966) mais également Scalia dans sa rédaction de l'arrêt *Trinko* de 2004. Comme nous l'avons vu dans le cadre de leur analyse le terme de monopolisation doit être conçu comme le fait d'acquérir un monopole que cela soit ou non sur la base de pratiques anticoncurrentielles. Accepter cette lecture sur une base d'un textualisme formaliste reviendrait à renouer à un concept de *no-fault monopoly* dans la ligne du courant néo-brandeisien (Khan, 2017) en parfaite opposition avec celle de l'École de Chicago (Bork, 1966). Pour autant Lande et Zerbe (2020) montrent que cette interprétation repose bien plus sur une analyse textuelle formaliste que sur l'analyse de la pratique décisionnelle de la Cour Suprême en matière d'antitrust dans la première décennie qui a suivi sa promulgation (Letwin, 1959) ou celle des tribunaux fédéraux de rangs inférieurs. Dans tous les cas coexistent des décisions dans lesquelles l'hypothèse du *no-fault* peut être retenue et d'autres où une stratégie anticoncurrentielle semble nécessaire. Cela fait bien écho à l'*incipit* de Richard Posner (2013) : *Originalism is just the search for a convenient past*, bien que l'originalisme formaliste de la majorité de la Cour Suprême dans *Bostock* ait conduit à un résultat suprenant.

Références

Phillip E. Areeda and Donald F. Turner, 1978, *Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Little, Brown & Company

Elliott Ash, Daniel L. Chen and Suresh Naidu, 2020, Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice, working paper, <https://elliottash.com/wp-content/uploads/2020/04/ash-chen-naidu-2020-04-17.pdf>

of statutory interpretation that Justice Scalia excoriated—the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society”.

Randy E. Barnett, 2001, The Original Meaning of the Commerce Clause, *University of Chicago Law Review*, vol. 68, 101-147: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/509>

Baye Michael R and Wright Joshua D, 2011. Is Antitrust too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals, *Journal of Law and Economics*, 54(1), 1-24.

Boudon, Julien, 2012. La séparation des pouvoirs aux Etats-Unis, *Pouvoirs*, 2012/4 (n° 143), pp. 113-122.

Robert H. Bork, 1966, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *The Journal of Law & Economics*, 9, October, pp. 7-48.

Robert H. Bork, 1967, The Goals of Antitrust Policy, *American Economic Review*, 57, pp.242 et s.

Robert H. Bork, 1971, « Neutral principles and some First amendment problems », *Indiana Law Journal*, Vol. 47, N°1, 1-35: Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>

Robert H. Bork, 1978, *The Antitrust Paradox*, New York: Free Press (2^{ème} édition augmentée : 1993)

Robert H. Bork and Ward S. Bowman, 1965. The Crisis in Antitrust, *Columbia Law Review*, 65

Neil H. Buchanan and Michael C. Dorf, (2020), “A Tale of Two Formalisms: How Law and Economics Mirrors Originalism and Textualism”, *Cornell Law Review*, vol. 106, à paraître.

Thibault Carrère, 2018, “Jack M. Balkin, Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la Constitution des origines et de la constitution vivante, Paris, Dalloz 2016”, *Jus Politicum*, n° 19, 261-269.

Marc Deschamps et Frédéric Marty, 2008, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, 2008, pp. 2541-2569.

Richard F. Duncan, 2016, Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. The Living Constitution, *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*. 200.
<http://digitalcommons.unl.edu/lawfacpub/200>

Frank H. Easterbrook, 1988, The Role of Original Intent in Statutory Construction, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11, pp.59 et s.

Frank H. Easterbrook, 1994, Text, History, and Structure in Statutory Interpretation, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 17, pp.61-70.

Harry First and Spencer Weber Waller, 2013, Antitrust's Democracy Deficit, *Fordham Law Review*, 81, p.2543 et s.

William W. Fisher, Morton J Horwitz, Thomas A. Reed, 1993, *American Legal Realism*, Oxford University Press.

Douglas H. Ginsburg, 2010, Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making, *Harvard Journal on Law and Public Policy*, 33(1), pp.217-238.

Douglas H. Ginsburg and Taylor M. Owings, 2014, Since Bork, *Journal of Law, Economics & Policy*, 10 (3), 599-614.

Neil Gorsuch, 2019, Why Originalism Is the Best Approach to the Constitution, *The Time*, September 6, 2019: <https://time.com/5670400/justice-neil-gorsuch-why-originalism-is-the-best-approach-to-the-constitution/>

Oliver W. Holmes, 1881, *The Common Law*, Boston: Little, Brown & Co.

Oliver W. Holmes, 1897, The Path of the Law, *Harvard Law Review*, 10, pp.457-478, traduit par Françoise Michaut, *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit*, 2, <https://www.cliothemis.com/Traduction-La-passe-etrote-du>

Herbert Hovenkamp, 2018. Whatever *Did* Happen to Antitrust Movement? *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper* 18-7, February.

Thierry Kirat, 2005, « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique », *Document de travail IDHE*, ENS de Cachan

Thierry Kirat and Frédéric Marty, 2020, The Late Emerging Consensus Among American Economists on Antitrust Laws in the Second New Deal (1935-1941) (Revised Version), *Cahiers Scientifiques du CIRANO*, 2020s-46.

Lina M. Khan, 2017, Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, N° 126, 712-805.

Denis Lacorne, , 1991. *L'invention de la république. Le modèle américain*, Paris, Hachette; coll. Pluriel.

Robert H. Lande, 1982, Wealth Transfers As the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, *Hasting Law Journal*, vol. 34, pp.65 et s.

Robert H. Lande, 2013, A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, *Fordham Law Review*, 81, pp.2349-2403.

Robert H. Lande and Richard O. Zerbe, (2020), The Sherman Act is a No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration, *American University Law Review*, vol. 70, *forthcoming*

William Letwin, 1959, The First Decade of the Sherman Act: Judicial Interpretation, *Yale Law Journal*, vol. 68, pp. 900 et s.

Edward H. Levi, 1948, An Introduction to Legal Reasoning, *University of Chicago Law Review*, 15(3), pp. 501-574.

John O. McGinnis & Michael Rappaport, 2010, Originalism and Precedent, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34 No 1, 121-127.

John O. McGinnis & Michael Rappaport, 2007, Original Interpretive Principles as the Core of Originalism, *Constitutional Commentary*, vol.24, 371-382.

<https://scholarship.law.umn.edu/concomm/540>

John O. McGinnis & Michael Rappaport, 2013, *Originalism and the Good Constitution*, Harvard University Press.

James M. McGoldrick Jr., 2019, Why Does Justice Thomas Hate the Commerce Clause? *Pepperdine University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, Paper Number 2019/9.

Tara L. Grove, 2020, Which Textualism?, *Harvard Law Review*, vol. 134, pp.265-307.

John F. Manning, 1997, Textualism as a Nondelegation Doctrine, *Columbia Law Review*, vol. 97, pp. 673 et s.

Alan J. Meese, 2014, Justice Scalia and Sherman Act Textualism, *Notre Dame Law Review*, 92(5), pp. 2013-2052.

David Mongoin, 2012, Le Fédéraliste Revisité, *Jus Politicum*, n°8.

<http://juspoliticum.com/article/Le-Federaliste-revisite-539.html>

John Newman, 2019, Reactionary Antitrust, *Concurrences*, 4-2019, pp.66-72

Barak Orbach, 2013, How Antitrust Lost its Goal, *Fordham Law Review*, 81(5), 2253-2277.

Robert Pitofsky, The Political Content of Antitrust, *University of Pennsylvania Law Review*, 127, pp. 1051 et s.

Grant S. Nelson and Robert J. Pushaw, Jr., *Rethinking the Commerce Clause: Applying First Principles to Uphold Federal Commercial Regulations but Preserve State Control over Social Issues*, 85 Iowa L Rev 1 (1999).

Otto Pfersmann, 2013, « De l'impossibilité de changement de sens de la constitution », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet : L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, coll. Etudes, Mélanges, Travaux, 353-374.

Otto Pfersmann, 2019, Comparative Hermeneutics of Constitutional Revision Clauses and the Question of Structural Closure of Legal Systems, *Cardozo Law Review*, vol. 40, 3191-3016.

Richard A Posner, 1973. *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers

Richard A Posner, 1981. The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se Legality, *University of Chicago Law Review*, 48(6).

Richard A Posner, 1993, Ronald Coase and Methodology, *Journal of Economic Perspectives*, 7(4), pp.195-210.

Richard A Posner, 2013. *Reflections on Judging*, Harvard University Press.

Jonathan Pratter, Christelle Chalas, et Horatia Muir Watt. 2015. Conflits de juridictions, *Revue critique de droit international privé*, 3(3), pp. 632-655.

Michael D. Ramsey, 2017, Beyond the Text: Justice Scalia's Originalism in Practice, *Notre Dame Law Review*, Vol. 5 No. 92, 1945-1975.

Antonin Scalia, 1997, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press [new edition 2018].

Antonin Scalia, 1997, Common law courts in a civil law system: the role of the United States federal courts in interpreting the Constitution and laws. in: *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press [new edition 2018].

Antonin Scalia and Bryan A. Garner, 2012. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Publishing.

Antonin Scalia and John F. Manning, 2012, A Dialogue on Statutory Constitutional Interpretation, *George Washington Law Review*, vol. 80, pp. 1610 et s.

William James Seidleck, 2018, Originalism and the general concurrence. How originalism can accommodate entrenched precedents while reining in commerce clause doctrine, *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, Vol. 3 Aug. 2018 No. 2, 263-304.

Lawrence B. Solum, 2011, What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory, Georgetown University Law Center.

<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1353>

Donald Turner, 1969, The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policy, *Harvard Law Review*, vol. 82, pp.1207 et s.

Patricia M. Wald, 1983, Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term, *Iowa Law Review*, vol. 68, pp.195 et s.

DOCUMENTS DE TRAVAIL GREDEG PARUS EN 2020
GREDEG Working Papers Released in 2020

- 2020-01** SAMIRA DEMARIA & SANDRA RIGOT
Taking on Board the Long-term Horizon in Financial and Accounting Literature
- 2020-02** GÉRARD MONDELLO, ELENA SINELNIKOVA & PAVEL TRUNIN
Macro and Micro Implications of the Introduction of Central Bank Digital Currencies: An Overview
- 2020-03** GÉRARD MONDELLO & NISSAF BEN AYED
Agency Theory and Bank Governance: A Study of the Effectiveness of CEO's Remuneration for Risk Taking
- 2020-04** NICOLAS BRISSET
Capital et idéologie : une critique
- 2020-05** GIUSEPPE ATTANASI, ALESSANDRO BUCCIOL, SIMONA CICOGNANI & NATALIA MONTINARI
Public The Italian North-South Divide in Perceived Dishonesty: A Matter of Trust?
- 2020-06** GIUSEPPE ATTANASI, KENE BOUN MY, ANDREA GUIDO & MATHIEU LEFEBVRE
Controlling Monopoly Power in a Double-Auction Market Experiment
- 2020-07** VERA BARINOVA, SYLVIE ROCHHIA & STEPAN ZEMTSOV
How to Attract Highly Skilled Migrants into The Russian Regions
- 2020-08** GUILHEM LECOUTEUX
Welfare Economics in Large Worlds: Welfare and Public Policies in an Uncertain Environment
- 2020-09** RAPHAËL CHIAPPINI, SAMIRA DEMARIA, BENJAMIN MONTMARTIN & SOPHIE POMMET
Can Direct Innovation Subsidies Relax SMEs' Credit Constraints?
- 2020-10** GIUSEPPE ATTANASI, SAMUELE CENTORRINO & ELENA MANZONI
Zero-Intelligence vs. Human Agents: An Experimental Analysis of the Efficiency of Double Auctions and Over-the-Counter Markets of Varying Sizes
- 2020-11** JEAN-LUC GAFFARD
Entrepreneuriat et créativité : du détournement à la création de valeur
- 2020-12** MICHAËL ASSOUS, MURIEL DAL PONT LEGRAND & SONIA MANSERI
Samuelson's Neoclassical Synthesis in the Context of Growth Economics, 1956-1967
- 2020-13** FRÉDÉRIC MARTY
Is the Consumer Welfare Obsolete? A European Union Competition Law Perspective
- 2020-14** CHARLES AYOUBI, SANDRA BARBOSU, MICHELE PEZZONI & FABIANA VISENTIN
What Matters in Funding: The Value of Research Coherence and Alignment in Evaluators' Decisions
- 2020-15** GIUSEPPE ATTANASI, CLAIRE RIMBAUD & MARIE-CLAIRE VILLEVAL
Guilt Aversion in (New) Games: the Role of Vulnerability
- 2020-16** FRÉDÉRIC MARTY
L'approche plus économique en matière d'application des règles de concurrence
- 2020-17** MICHAËL ASSOUS, OLIVIER BRUNO, VINCENT CARRET & MURIEL DAL PONT LEGRAND
Expectations and Full Employment: Hansen, Samuelson and Lange
- 2020-18** GÉRARD MONDELLO
Strict Liability vs Negligence: Is Economic Efficiency a Relevant Comparison Criterion?
- 2020-19** GÉRARD MONDELLO
Construction de systèmes de croyances et éthique médicale: les controverses autour du Covid-19

- 2020-20 GIUSEPPE ATTANASI, MICHELA CHESSA, SARA GIL GALLEN & PATRICK LLERENA
A Survey on Experimental Elicitation of Creativity in Economics
- 2020-21 MATTIA GUERINI, PATRICK MUSSO & LIONEL NESTA
Estimation of Threshold Distributions for Market Participation
- 2020-22 RODOLPHE DOS SANTOS FERREIRA
When Muth's Entrepreneurs Meet Schrödinger's Cat
- 2020-23 ADEL BEN YOUSSEF & ADELINA ZEQUIRI
Hospitality Industry 4.0 and Climate Change
- 2020-24 OLIVIER BRUNO & MELCHISEDEK JOSLEM NGAMBOU DJATCHE
Monetary and Prudential Policy Coordination: impact on Bank's Risk-Taking
- 2020-25 ADEL BEN YOUSSEF, MOUNIR DAHMANI & LUDOVIC RAGNI
Technologies de l'information et de la communication, compétences numériques et performances académiques des étudiants
- 2020-26 AURÉLIEN GOUTSMEDT, MATTHIEU RENAULT & FRANCESCO SERGI
European Economics and the Early Years of the "International Seminar on Macroeconomics"
- 2020-27 MATTHIEU RENAULT
Theory to the Rescue of Large-scale Models: Edmond Malinvaud's Alternative View on the Search for Microfoundations
- 2020-28 MARTA BALLATORE, LISE ARENA & AGNÈS FESTRÉ
The Use of Experimental Methods by IS Scholars: An Illustrated Typology
- 2020-29 AGNÈS FESTRÉ & STEIN ØSTBYE
Michael Polanyi on Creativity in Science
- 2020-30 ROMAIN PLASSARD
Making a Breach: The Incorporation of Agent-Based Models into the Bank of England's Toolkit
- 2020-31 NICOLAS BRISSET
Qu'est-ce qu'un contexte ? Quentin Skinner et l'histoire des idées
- 2020-32 NICOLAS BRISSET & BENOÎT WALRAEVENS
Thomas Piketty, le capitalisme et la société juste
- 2020-33 RICCARDO CAMBONI, ALBERTO CORSINI, RAFFAELE MINIACI & PAOLA VALBONESI
Mapping Fuel Poverty Risk at the Municipal Level: A Small-Scale Analysis of Italian Energy Performance Certificate, Census and Survey Data
- 2020-34 GIUSEPPE ATTANASI, MICHELA CHESSA, CARLO CIUCANI & SARA GIL GALLEN
Children's GrI-Creativity: Effects of Limited Resources in Creative Drawing
- 2020-35 GÉRARD MONDELLO
Building Belief Systems and Medical Ethics: The Covid-19 Controversies
- 2020-36 FLAVIO CALVINO, DANIELE GIACHINI & MATTIA GUERINI
The Age Distribution of Business Firms
- 2020-37 JEAN-SÉBASTIEN LENFANT
Great Expectations. Hicks on expectations from Theory of Wages (1932) to Value and Capital (1939) (long version)
- 2020-38 PATRICE BOUGETTE & CHRISTOPHE CHARLIER
Subsidies and Countervailing Measures in the EU Biofuel Industry: A Welfare Analysis
- 2020-39 SYLVIE RIVOT
Information and Expectations in Policy-Making: Friedman's Changing Approaches to Macroeconomic Dynamics
- 2020-40 MELCHISEDEK JOSLEM NGAMBOU DJATCHE
Monetary Policy, Prudential Policy, and Bank's Risk-Taking: A Literature Review
- 2020-41 JEAN-LUC GAFFARD
De la crise sanitaire à la crise économique ou la double exigence
- 2020-42 SOTHEARATH SEANG & DOMINIQUE TORRE
Which Kind of Blockchain Application for Local Complementary Currencies ?

2020-43

THIERRY KIRAT & FRÉDÉRIC MARTY

L'originalisme des juges fédéraux américains ou l'établissement de fondements constitutionnels au libéralisme économique depuis les années 1970