HAL
open science

How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: the institutionalization of the field in the United States from the immediate post-war period to the Reagan years

Thierry Kirat, Frédéric Marty

To cite this version:

Thierry Kirat, Frédéric Marty. How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: the institutionalization of the field in the United States from the immediate post-war period to the Reagan years. 2021. halshs-03124774

HAL Id: halshs-03124774

https://shs.hal.science/halshs-03124774v1

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.

HOW LAW AND ECONOMICS WAS MARKETED IN A HOSTILE WORLD: L'INSTITUTIONNALISATION DU CHAMP AUX ÉTATS-UNIS DE L'IMMÉDIAT APRÈS-GUERRE AUX ANNÉES REAGAN

Documents de travail GREDEG
GREDEG Working Papers Series

Thierry Kirat
Frédéric Marty

GREDEG WP No. 2019-14
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 reflèlent 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).*

How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: L'institutionnalisation du champ aux États-Unis de l'immédiat après-guerre aux années Reagan

Thierry Kirat

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

Frédéric Marty

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

GREDEG Working Paper No. 2019-14

Résumé

Cet article met en relief l'implication des fondations d'entreprises dans le développement de la *Law and Economics* aux Etats-Unis des lendemains de la Seconde Guerre Mondiale aux années Reagan. Il s'appuie notamment sur l'analyse de trajectoires individuelles ou collectives, qu'il s'agisse des programmes de recherche menés à l'université de Chicago par Aaron Director autour de l'antitrust, des programmes de formation des juges portés par Henry Manne ou encore des travaux académiques et du parcours administratif de Robert Bork. Il met l'accent sur le rôle de fondations d'entreprises pro-marché dans l'essor de la *Law and Economics* et sur son impact sur les manières de juger.

Mots Clés

Economie du droit, Antitrust, Originalisme, Conservatisme

Codes JEL

B21, B31, K21, N42

Abstract

This article highlights the involvement of business originated foundations in the development of the *law and economics* in the U.S. from the end of the Second World War to the Reagan Administration. It presents individual or collective trajectories, as the one of Aaron Director in Chicago with his programs on Antitrust, the Henry Manne's one, mainly through his training programs for federal judges, and the Robert Bork's one in both academic and administrative fields. It puts the emphasis on the substantive role played by pro-market business based foundations in the growth of Law and Economics as well as on its impact on federal judges' rulings.

Keywords

Law and Economics, Antitrust, Originalism, Conservatism

JEL Codes

B21, B31, K21, N42

La question que posait Henry Manne en 2006 : *How Law and Economics was marketed in a Hostile World*, est au cœur du présent article. Il s'intéresse aux conditions qui ont permis à un mouvement au départ limité à la seule Law School de l'Université de Chicago, donc aux marges de la pensée juridique et économique, s'est, en quatre décennies, transformé en un champ académique et professionnel bien assis, légitime et incontournable.

L'histoire du mouvement *Law and Economics* a été faite, dans la littérature francophone, au regard du mouvement des idées en tant que telles (Ferey, 2008), ou dans une orientation descriptive notamment quant à son développement en France (Harnay, 2015). L'intention de cet article est de mettre l'accent sur le processus d'institutionnalisation de la *Law and Economics* aux Etats-Unis en insistant sur le rôle joué par, d'une part les acteurs institutionnels, non académiques, que sont les fondations issues du monde des affaires et, d'autre part, les juristes exerçant des fonctions de juges dans des tribunaux fédéraux. Nous retracerons le processus d'institutionnalisation du champ, sans toutefois entrer dans le domaine de l'organisation des études supérieures et les relations avec l'Etat. Le contexte américain, avec ses universités privées, autonomes, sans régulation nationale des programmes et des diplômes, est en effet très différent du contexte français sur lequel Le Van Lemesle (1983, 2004) a réalisé ses travaux d'historienne. La sociologue Marion Fourcade (2009) a bien montré les différences et les spécificités des systèmes français, anglais et américain en matière d'enseignement et de recherche en économie. Par ailleurs, pour rester brièvement sur le registre de la sociologie des économistes, nous ne suivrons pas l'approche "cognitive" des économistes proposée par Lebaron (2010), qui met l'accent, suivant Bourdieu, sur le langage et les discours des économistes. Nous insisterons les contextes organisationnels et institutionnels par lesquels une profession académique se structure et construit sa légitimité en tant que dépositaire d'une expertise basée sur la science, sur les enjeux économiques et sociaux qui traversent la société.

L'objectif de cet article est de décrypter les conditions de l'émergence et du développement de la *Law and Economics* aux Etats-Unis, et de faire apparaître l'influence des acteurs engagés dans la défense du libéralisme et la critique de l'intervention publique dans la structuration et le développement du champ.

Il est aussi de mettre en lumière la construction d'une légitimation d'une orientation conservatrice dans le milieu des juges fédéraux. Autrement dit, au-delà de l'arène académique, des enjeux politiques se sont joués dans des enceintes aussi déterminantes pour la régulation que sont les tribunaux fédéraux. En amont, la *Law and Economics* a été un puissant vecteur de recomposition de l'enseignement dans les Law Schools, en particulier celles d'élite, et, pour beaucoup d'entre elles (Harvard Law School au premier chef), de reprise du pouvoir par des universitaires conservateurs dans des établissements jusqu' alors dominés par les idées progressistes[1].

Nous adoptons ici la définition de l'approche conservatrice en matière de décision de justice proposée par Ash, Chen et Naidu (2017). Celle-ci ne recouvre pas la défense de traditions ou la restauration de situations passées. Elle porte plutôt sur une reconnaissance des inégalités de bien-être comme récompenses légitimes des méritocraties de marché actuelles et futures. La défense du processus de marché et l'adoption du critère de l'efficience par la *Law and Economics* sont de nature à conforter un tel cadre théorique. Reste également à s'attacher à la question de la capacité pour une école de pensée ou encore une idéologie, sans que ce terme ne revête aucune dimension péjorative, d'influencer une décision de justice[2]. Celle-ci pourrait apparaître comme une application objective d'une règle claire à un cas d'espèce sans qu'à aucun moment une dimension discrétionnaire de la part du juge n'entre en jeu. La décision fait une large part à l'interprétation et peut également donner lieu à une application d'une règle ambiguë à un cas nouveau. Auquel cas, une *idéologie* joue, comme le notent Ash et al. (2017), le rôle d'une heuristique qui permet aux agents d'ordonner les éléments de leurs décisions et leurs valeurs (Falk et Tirole, 2016). Il convient également de noter, surtout dans le cas américain, que l'orientation politique (appréciée par exemple au travers de l'Administration qui a nommé le juge) n'est

[1] Par exemple, la Harvard Law School a été longtemps le foyer des *Critical Legal Studies*, sous la houlette du professeur de droit Duncan Kennedy, très marqué à gauche. La "reconquête" de cette Law School d'élite par des porteurs d'idées conservatrices, pro-marché est un objectif clairement visé par la fondation Olin au milieu des années 1980 (Teles, 2008, pp. 192-199). Huffman (2018) décrivant les efforts de la *Federalist Society* dans les facultés de droit américaines pour organiser des conférences de *conservative and libertarian speakers* met en exergue ce mouvement de mise en cause de l'hégémonie d'enseignants libéraux (au sens américain du terme).

[2] Se reporter à Kahan (2013) pour une discussion des canaux de la polarisation idéologique sur les décisions individuelles. L'influence des idéologies fonctionnerait moins comme une heuristique que comme un mode de traitement de l'information biaisé de la part de l'individu de façon à ce que sa décision soit conforme aux « valeurs » réputées du groupe auquel il appartient ou envers lequel il a le plus d'affinités.

pas une approximation fiable de l'*idéologie*. Le *Chief Justice* Earl Warren avait été nommé par le Président Eisenhower. Bien qu'ancien gouverneur de Californie et candidat républicain à la vice-présidence en 1948, sa nomination à la Cour Suprême en 1953 puis sa présidence jusqu'en 1969 marquèrent l'ère la plus progressiste de sa jurisprudence[3].

Le texte montrera que, derrière la neutralité scientifique de la théorie économique, des forces d'engagement idéologique ont été opérantes, et ont donné à la *Law and Economics* une coloration pro-marché et anti-étatique. Des acteurs non académiques ont participé par leurs soutiens financiers à l'institutionnalisation d'un champ avec des objectifs idéologiques : faire avancer la cause du marché, de la propriété privée et plaider pour un gouvernement limité, avec le soutien de fondations orientées vers la promotion des valeurs du libéralisme économique, telles le Volker Fund of Kansas City, la fondation Olin, le Liberty Fund….L'article analyse donc l'institutionnalisation de la *Law and Economics*, c'est-à-dire le processus par lequel une activité sociale devient organisée, régulée et autonome (Bourre, 2005). Plus précisément, l'institutionnalisation d'une discipline académique se déploie sur deux plans : d'une part, un plan cognitif, ou scientifique, sur lequel les concepts, méthodes, problématiques, la construction des objets, la formulation des questions de recherche, spécifiques à la discipline, se mettent en place ; d'autre part, un plan social, ou organisationnel, qui renvoie à la structuration de modes d'organisation de la recherche, de l'enseignement, mais aussi d'allocation des ressources, de systèmes de publications, qui d'ailleurs concourent à la légitimation de la discipline (Boure, 2005, notamment p. 2).

La section 1 analyse le processus d'institutionnalisation de la *Law and Economics*, par lequel elle passe d'une discipline aux marges du paysage académique américain à un champ incontournable. Nous revenons sur la constitution de la *Law and Economics* à l'Université de Chicago, en remontant aux racines d'une incorporation de l'économie au sein de la Law School, bien avant l'arrivée de Richard Posner (1.1.). Nous soulignons alors le rôle majeur exercé par des fondations privées, notamment la fondation Olin, dans la propagation de la *Law and Economics* dans les Law Schools d'élite (1.2.). La section 2 s'intéresse à l'impact de la discipline sur la pratique de jugement des juges fédéraux, comme

[3] Ses successeurs, Warren Burger (1969-1986), William Rehnquist (1986-2005) et John Roberts (depuis 2005), seront également républicains, nommés respectivement par Richard Nixon, Ronald Reagan et George W. Bush.

cas important des conditions de la régulation juridique de l'économie. Cette section met l'accent sur deux acteurs majeurs de la conversion des juges au raisonnement économique promu par la *Law and Economics* : dans un premier temps, Henry Manne, qui fut un "entrepreneur organisationnel" de la conversion des professeurs de droit et, surtout, des juges fédéraux, au raisonnement économique (2.1.) et, dans un deuxième temps, Robert Bork, professeur de droit à Yale mais figure de proue de l'Ecole de Chicago, juge fédéral de premier plan, et auteur important de l'analyse de l'antitrust (2.2.). Nous concluons la section 2 par une évaluation de l'impact de l'adhésion des juges aux perspectives de la *Law and Economics* sur la pratique judiciaire, plus précisément dans les conflits opposant l'Etat (ou des agences fédérales) aux entreprises privées.

Section 1. Des marges à l'institutionnalisation

Comme l'interrogation d'Henry Manne, qui figure dans le titre de cet article, le souligne, la *Law and Economics* a été « marketée » dans un monde hostile, dominé par les idées progressistes, héritées du *New Deal*, favorables à l'intervention publique et à la régulation fédérale. Or, c'est précisément autour de la mise en cause de la *doxa* interventionniste que la diffusion de la *Law and Economics* s'est opérée. Après avoir donné un aperçu de la *Law and Economics* et des conditions de son émergence à la Law School de l'Université de Chicago (1.1.), nous montrons le rôle déterminant de fondations pro-marché dans la diffusion et l'institutionnalisation de la *Law and Economics* (1.2.)

1.1. D'un Chicago à l'autre, des années 1930 aux années 1970

Nous présentons ici le processus de construction institutionnelle de la Seconde Ecole de Chicago (i) avant de nous attacher à caractériser sa singularité en termes de prescriptions concurrentielles (ii).

i) La construction d'une école de pensée

La dénomination de *Law and Economics* est due à John R. Commons, économiste institutionnaliste qui en fit le titre d'un article publié dans le *Yale Law Journal* en 1925. Cependant, l'institutionnalisme de Commons, dont le projet était d'appréhender les effets du cadre juridique sur l'économie, va s'effacer

dès l'immédiat après deuxième guerre au profit de deux écoles qui lui seront diamétralement opposées aussi bien en termes de méthodes qu'en termes de valeurs. La première est l'Ecole de Chicago dont nous verrons plus loin qu'elle ne fut pas monolithique. La seconde est l'Ecole de Virginie, autrement dit l'Ecole du *Public Choice*. La *Law and Economics*, telle qu'elle va renaître à Chicago et la théorie des choix publics vont structurer dans les années 1970 une nouvelle approche de l'analyse économique des règles juridiques qui sera fondée sur le seul critère de l'efficience économique et qui va voir dans l'action publique non plus une condition nécessaire à la préservation du marché mais une menace pour celui-ci.

L'Université de Chicago a été le lieu de cristallisation de la nouvelle *Law and Economics*. Il n'est pas sans intérêt de retracer l'histoire des initiatives qui, dans les années 1930-1950, ont préparé le terrain à son émergence, qui d'ailleurs a en grande partie une dimension contingente[4]. Les témoignages des professeurs de Chicago (Kitch, 1983) mettent en lumière le rôle fondateur d'un économiste, Henry C. Simons, auteur d'un *Positive Program for Laissez Faire*, publié en 1934. *Assistant Professor* au département d'économie, il était le collègue de futurs économistes prestigieux, comme Jacob Viner ou Frank Knight. Simons s'intéressait à la théorie des prix, à l'économie industrielle, à la macroéconomie et à la monnaie. Milton Friedman et George Stigler furent ses étudiants. Mais Simons n'était pas bien considéré au sein du département d'économie : peu apprécié des étudiants, il publiait trop peu. Il a failli être licencié, mais l'amitié que lui portait Frank Knight, déjà très réputé, lui permit d'éviter une éviction de l'Université. Il obtint un demi-service à la Law School, où il fut le premier économiste en poste et enseigna la théorie des prix.

Les années d'après-guerre furent cruciales dans l'émergence de Chicago comme place centrale de Law and Economics. Le département d'économie était dominé par des économistes adeptes du *free market* (Franck Knight et Jacob Viner) qui admettaient néanmoins l'intervention publique comme nécessaire à la dispersion des pouvoirs économiques et politiques (Bougette et al., 2015 ; Marty et Kirat, 2018). La Law School vit la mise en place, en 1947, d'un programme destiné à analyser les effets économiques du

[4] Van Horn et Mirowski (2009) et Nik-Khah et Van Horn (2016) offrent une analyse très détaillée de la constitution de l'école de Chicago, au de-delà de la *Law and Economics* appliquées aux questions de concurrence.

droit antitrust. Dans le cadre du projet initié par Hayek[5], Simons put faire venir à la Law School un jeune économiste, recommandé par Lionel Robbins : Aaron Director. Ce dernier avait étudié à la London School of Economics et deviendra le co-fondateur et rédacteur en chef du *Journal of Law and Economics*[6]. Il fut recruté en 1946, un an après que Simons eût déposé un projet de création d'un Institut d'économie politique dont la vocation aurait été de constituer un lieu d'échanges entre les économistes libéraux sur les problèmes de politique économique et d'intervention publique. Si le projet n'a pas abouti, il permit, comme nous l'avons noté *supra*, de mettre en place les deux programmes qui constituèrent l'ossature de la Seconde Ecole de Chicago.

Ce programme, était lié à un financement du Volker Fund of Kansas City[7]. Ce projet, sous la codirection d'Edward Levi, juriste, et d'Aaron Director, économiste, s'étala sur près de dix années sous les noms de *Free Market Studies Program* et d'*Antitrust Project*. Il conduisit à un renversement complet de la perspective de l'Ecole de Chicago en matière d'antitrust (Van Horn et Mirowski, 2009).

À partir de 1957, Levi et Director rompirent radicalement avec les vues de Simons, décédé en 1948. En effet, les premiers économistes de Chicago comme Simons, mais aussi Knight ou Viner, n'étaient pas absolument hostiles à l'intervention publique, notamment en matière de concurrence. Ainsi, Simons estimait que les règles antitrust devaient prévenir la concentration du pouvoir économique quelles qu'en soient les conséquences en termes d'efficience (du fait des risques que la concentration du pouvoir économique fait peser sur la dispersion du pouvoir politique) et que, dans l'intérêt de la concurrence, l'Etat était légitime à limiter les parts de marché détenues par les firmes. Dans la tradition de Frank

[5] Pour un débat sur l'influence effective de Friedrich Hayek sur l'Ecole de Chicago le lecteur pourra se reporter à la réponse de Bruce Caldwell (2011) aux travaux de Mirovski et Van Horn (2009) et à Van Horn (2015).
[6] Aaron Director (1901-2004) est le beau-frère de Milton Friedman (1912-2006), qui épouse sa sœur Rose (1911-2009).
[7] L'objet du Volker Fund était l'étude des cadres juridiques et institutionnels d'un système d'économie basée sur la concurrence et le marché libre. Dans la continuité du soutien apporté à la diffusion de *La Route de la Servitude*, il désirait monter ce programme pour porter le glaive dans le monde académique américain. Hayek étant alors professeur à la London School of Economics, il était nécessaire de trouver un relai. Il proposa alors Simons, qu'il avait notamment rencontré à Paris lors du colloque Lippmann de 1938 (Marty et Kirat, 2018). Les travaux menés dans le cadre des projets Free market studies et Antitrust program entraient en résonnance avec celles de Friedrich Hayek qui, de passage aux Etats-Unis, visita régulièrement l'université de Chicago (Kitch, 1983) et celle développées dans le cadre de la Société du Mont Pèlerin sur laquelle nous reviendrons. Les deux programmes furent financés, à l'instar des conférences de la Société du Mont Pèlerin et des cycles de formation d'Henry Manne sur lesquelles nous reviendrons, par des financeurs privés issus de grandes entreprises opposées à la montée en puissance de l'administration fédérale depuis le *New Deal*.

Knight, Il mettait également l'accent sur des dimensions éthiques qui devait contrebalancer le critère de l'efficience (Van Horn et Emmett, 2014).

Cette position de la première école de Chicago sera déconstruite au seuil des années 1960 par la deuxième école de Chicago. Désormais, Director, puis son élève Bork, ou Posner vont soutenir que le processus concurrentiel s'autorégule, que les monopoles, à condition de n'être pas fondés sur une régulation publique, seront toujours contestés, et que le critère ultime pour évaluer les pratiques concurrentielles est le bien-être du consommateur (Bork, 1967). Sur la seule base de la prise en compte du critère de l'efficience, il apparaissait aux yeux de membres de la seconde école de Chicago qu'en l'application des règles de concurrence par les autorités antitrust se faisait alors non seulement au détriment des firmes mais aussi des consommateurs américains eux-mêmes. Ils ont donc promu une révolution dans les manières de juger les cas antitrusts, en direction d'une politique plus tolérante dès lors que le bien-être du consommateur n'était pas affecté. Par-delà l'affirmation d'une politique antitrust peu interventionniste, ils ont contesté la nécessité d'un *Big Government* par celle de réguler le *Big Business*, et ce d'autant plus aisément que la publication de la thèse de Warren Nutter en 1949 constitua le premier acte du programme de Director : l'industrie américaine n'apparaissait pas, chiffres à l'appui, sur la voie de la concentration (Van Horn et Emmett, 2014).

Ronald Coase, arrivé plus tardivement, fut celui qui rejeta le plus violemment les positions de Simons, le dénonçant comme un interventionniste (Kitch, 1983). L'arrivée à Chicago de Ronald Coase d'abord dans le cadre du séminaire qui donnera lieu à sa publication de 1960 *The Problem of social cost*[8] puis en 1964 comme second économiste nommé professeur à l'école de droit après Aaron Director en 1947 marqua une inflexion significative dans la dynamique de l'Ecole de Chicago[9]. Un approfondissement

[8] Publié dans *le Journal of Law and Economics* en 1960, *The problem of social cost* soutient que la solution tutélaire classique aux externalités négatives élaborée par Arthur Cecil Pigou n'était pas opérante dans les situations, courantes, d'externalités réciproques : lorsque deux titulaires de droits de propriété, en en jouissant légitimement, se nuisent réciproquement, il appartient au juge de trancher si les coûts de transaction empêchent une négociation entre eux. Ce faisant, interprétant les jurisprudences anglaise et américaine en droit des nuisances, Coase suggérait que les juges ont, de fait, une sensibilité économique : ils tranchent les litiges en considération de l'efficience économique, qui consiste à attribuer les droits à la partie qui maximise la valeur de la production. Il préfigure en ce l'hypothèse d'efficience de la Common Law que Posner fera plus tard sienne.

[9] La place de Ronald Coase dans l'Ecole de Chicago est pour autant relativement ambiguë. Sa conception de la Law and Economics n'est guère comparable à celle de Richard Posner, notamment quant au rôle du juge. Dans son article de 1993 dans le *Journal of Economic Perspectives*, Posner utilise l'argument de l'Englishness: "I will

de celle-ci fut favorisé comme nous le verrons infra par la convergence avec l'Ecole de Virginie (Ecole du *Public Choice*) qui développera une théorie des défaillances de l'Etat et de la capture de la réglementation (Breit, 1987).

Ainsi, l'Ecole de Chicago, telle qu'elle s'imposa sous les influences de Coase et du *Public Choice*, rejette très clairement l'intervention publique au vu des coûts et des risques qu'elle peut engendrer. Ces deux programmes furent le creuset de la nouvelle Ecole de Chicago. Ils réunirent des économistes (tels George Stigler, Milton Friedman, Gary Becker…) et des juristes. Ils posèrent les bases d'une *Law and Economics* fondée sur l'évaluation et la construction de règles sur la base d'un seul critère : celui de l'efficience. Richard Posner incarnera dans les années soixante-dix et quatre-vingt cette école.

Sur ces bases, le mouvement *Law and Economics* fit réellement irruption dans le paysage académique américain au début des années 1970 notamment avec la publication en 1973 de l'ouvrage majeur de Posner : *Economic Analysis of Law*. Richard Posner a rejoint l'Université de Chicago à la fin des années soixante. New Yorkais issu d'une famille libérale (au sens américain)[10], après des études à Yale et à Harvard, il travailla comme *Clerk* du juge Brennan à la Cour suprême puis dans le cabinet du Solicitor General au Department of Justice, où il s'occupait des questions d'antitrust. En 1968, il rejoint la Stanford Law School où il rencontra Director qui, après sa retraite, avait rejoint la Hoover Institution[11] à Stanford en 1965, ainsi que George Stigler, alors professeur invité. D'après Teles, "Director… brought Posner into contact with his Chicago network" (Teles, 2008, p. 97). Posner fut recruté par la Law School

---

risk startling the reader by suggesting that the key to understanding Coase's methodological stance, and indeed his overall strengths and weaknesses, lies in his Englishness" (Posner, 1993, p.205). Ce qualificatif recouvre en fait une différence fondamentale d'approche entre la Seconde Ecole de Chicago telle qu'elle se constitua autour de Director et Levi, d'une part, et Ronald Coase, d'autre part. Elle tient à la place accordée à la théorie par rapport à l'empirisme. Elle nous conduit à adopter une démarche assez précautionneuse lorsqu'on aborde l'influence de l'Ecole de Chicago. Des contributions récentes illustrent cette tension. Pour Richard Langlois (2018): « The important Chicago revolution after World War II was not that of Bork, Posner, or Stigler. It was the revolution of Ronald Coase […]. Coase derided abstract price theory as 'blackboard economics'".

[10] Sa mère fut inquiétée en 1962 par le Comité de la Chambre des Représentants en charge des activités anti-américaines pour sa participation à des campagnes pour le désarmement nucléaire suspectées d'être inspirées par les communistes.

[11] La Hoover Institution de Stanford est un think-tank qui a joué un rôle important dans la structuration de ce champ académique et dont la logique d'action correspond au modèle décrit dans cet article. On peut par exemple lire, sur son site internet : « The principles of individual, economic, and political freedom; private enterprise; and representative government were fundamental to the vision of the Institution's founder. By collecting knowledge, generating ideas, and disseminating both, the Institution seeks to secure and safeguard peace, improve the human condition, and limit government intrusion into the lives of individuals. »

de Chicago un an après, en 1969. De son aveu (Posner, 2013), son libéralisme (toujours au sens américain) d'origine se mua dans ces années en conservatisme…qui le conduisit à soutenir Ronald Reagan et à être nommé en 1981, juge à la Cour d'appel fédérale du Septième Circuit, Cour qu'il ne quitta qu'en septembre 2017. Désormais, avec la présence de Coase et Posner, le champ des relations entre le droit et l'économie va rapidement dépasser le cadre de l'antitrust et de la régulation. Comme Becker avait appliqué la théorie microéconomique à la famille et à la criminalité, les nouveaux recrutés à Chicago vont suivre Becker en s'attachant à l'ensemble des matières juridiques.

L'ouvrage de Posner, régulièrement réédité depuis, a eu un impact important. Il a systématisé, avec cependant quelques reformulations, les analyses de précurseurs, notamment celles de Guido Calabresi[12]. Posner systématise le cadre d'analyse économique du droit. Il adopte une posture conséquentialiste, qui met l'accent sur les effets, définis en référence à un critère de *Wealth Maximization*, du droit et des décisions judiciaires[13].

ii) La *Law and Economics* chicagoéenne mise en perspective

Ainsi, quelques traits saillants de l'évolution de cette seconde *Law and Economics* peuvent être mis en évidence.

Amorcée initialement dans des Law Schools, la *Law and Economics* pénètrera, d'abord timidement, puis plus franchement, dans les départements d'économie. Dans les années 1990, la recherche en microéconomie, de la concurrence imparfaite à la théorie des jeux, s'appropriera les perspectives

[12] Professeur à Yale Law School, il fut le premier à analyser le droit de la responsabilité délictuelle (tort law) sous l'angle de l'allocation des coûts entre les parties à une activité créatrice de dommages et à questionner les conséquences sur la distribution des richesses. Dans son ouvrage de 1973, Posner, fidèle à l'approche de Chicago, exclura cette dimension de son analyse. La prise en compte des aspects distributifs constitue une des lignes majeures d'opposition entre la première et la seconde Law and Economics (Marty, 2014). Pour l'Ecole de Chicago, le rôle de l'analyse économique se limite à la question de l'efficience. La politique de redistribution doit être portée par d'autres instruments de politiques publiques (la fiscalité). Plus important encore, la distribution n'est pas réputée affecter l'efficacité productive. Le débat sur le critère du bien-être du consommateur est emblématique de ces tensions. Pour certains, il permet de prendre en considération une dimension redistributive (Hovenkamp, 2018). Pour d'autres, il permet de valider des pratiques portant préjudice à la concurrence sur la base d'une simple possibilité d'indemnisation (critère de compensation hypothétique) qui a d'autant moins de raisons de devenir effective que la concentration du pouvoir de marché réduit les incitations à reverser une partie des gains nets aux consommateurs (Rainelli, 2006).

[13] Notons que chez Richard Posner, le critère de la maximisation du bien-être est approximé par celui de la maximisation de la richesse (Kirat, 2005).

ouvertes en économie du droit. La création de l'American Law and Economics Association en 1991 joua un rôle important dans ce domaine. Dans le cours de son développement, *Law and Economics* a pu agréger des individus et des universités qui ne partageaient pas forcément le conservatisme et l'orientation pro-marché de Chicago[14]. Le mouvement a pu séduire des économistes avides de terrains originaux et de recherches empiriques, attirant vers eux des juristes désireux de développer une compréhension renouvelée du phénomène juridique. Les sujets fondamentaux et privilégiés, au long cours, concernent le droit des contrats, de la responsabilité, de la propriété, les nuisances, le règlement des litiges, le comportement du juge et des justiciables, le droit de la faillite ou encore la gouvernance des entreprises.

À partir des années 1990, le mouvement *Law and Economics* s'est développé dans les départements d'économie. Dans cette dynamique, les économistes ont normalisé le champ, en appliquant les méthodes usuelles : incorporation plus théorique des questions juridiques dans les développements récents de la microéconomie, élaboration de modèles formalisés, pratique d'estimations économétriques. La *Law and Economics* des économistes s'est alors partitionnée en deux sous-champs : les modèles formels et l'économie appliquée. Dans les Law Schools, les juristes-économistes ont poursuivi dans la voie de l'application littéraire de concepts économiques, cependant avec, parfois, le recrutement d'économistes appliqués dans ces écoles de droit. En dépit des différences de méthodes, littéraire pour les juristes, mathématiques pour les économistes, les lieux de rencontre entre les deux communautés académiques persistent : les colloques annuels de l'Association américaine de Law and Economics, les Olin working papers series[15], les revues, continuent de donner au champ une unité qui semble durable. En d'autres termes, les deux communautés académiques cohabitent et se reconnaissent mutuellement, malgré tout ce qui les sépare : les économistes du droit développent des modèles formels ou des modèles

[14] Cooter et Kraus (2014) relèvent à juste titre que la première conférence de l'association américaine de *Law and Economics* mit en avant quatre « fondateurs », Richard Posner, Ronald Coase, Henry Manne et Guido Calabresi, dont l'un, le dernier cité, est un progressiste.

[15] Comme nous le verrons infra la fondation Olin a joué un rôle essentiel dans l'instutionnalisation académique de la Law and Economics au travers de financements, notamment de bourses de recherche (*fellowships*)

économétriques qui sont de plus en plus éloignés des canons théoriques qui constituent l'armature du raisonnement des juristes-économistes.

Pour ces derniers, Kwak (2018) estime que leur *Law and economics* "relied heavily and sometimes naively on the competitive market model and tended to generate insights with conservative policy implications" (Kwak, 2018, p. 46). Au fond, l'économie dont il est question n'est rien d'autre que les grandes lignes du modèle d'équilibre de concurrence pure et parfaite : des marchés concurrentiels génèrent des résultats socialement optimaux, les ressources rares sont allouées à leur usage le plus productif, les signaux de prix sont fondamentaux pour l'allocation des ressources, etc. (Kwak, 2018, pp. 41-42). Or, c'est justement parce que le raisonnement économique est simple qu'il emporte la conviction des acteurs de la régulation et des hommes politiques. Il conduit à des politiques et décisions réelles, même si par ailleurs la qualité scientifique fait défaut[16]. Des modèles théoriques complexes, comme les modèles de concurrence imparfaite basés sur des modèles de jeux (Giocoli, 2015, Bougette et al., 2015) sont pratiquement inutilisables par des juges ou des décideurs publics… Au fond, en reprenant une grille de lecture de Hayek (1949), les juristes-économistes de Chicago agissent comme des "intellectuels" plus que comme des "experts" : dans la grille hayékienne, les premiers ont pour mission de transformer des idées générales sur le type d'organisation sociale souhaitable (le socialisme ou le libéralisme de marché) en croyances largement répandues, sans pour autant être compétents sur les mécanismes et les institutions concrets, laissés aux "experts" (Hayek, 1949, notamment p. 374).

Pour finir, il importe de signaler qu'une orientation spécifique de la *Law and Economics* a pu être amorcée à Yale, à tel point que Mercuro et Medema (1997) évoquent, à côté de l'école de Chicago, une école du New Haven. Outre Guido Calabresi déjà cité, qui mit sur le devant de la scène le contenu

[16] Voir, par exemple, l'analyse (très) critique de la méthode de Posner par Ian Ayres et John J. Donohue III (1987) : son critère d'efficience peut justifier n'importe quelle règle (p. 804), son "économisme" favorise nécessairement une "plateforme conservatrice" (p. 812). De la même manière, Mitchell Polinsky, dans une recension de la première édition de *Economic Analysis of Law*, signalait que le modèle de Posner ne fonctionne qu'avec une série d'hypothèses restrictives, et que cet auteur n'insistait pas suffisamment dessus, d'où le danger que "des lecteurs pas pleinement avertis de ces limites pourraient accepter ses conclusions telles qu'elles voire extrapoler son analyse pour tirer des conclusions qu'en réalité rien ne permet de tirer" (Polinsky, 1974, p. 1680 – notre trad.).

économique de la *tort law*, et ses dimensions plus distributives qu'allocatives, le constitutionnaliste Bruce Ackerman prit au sérieux la *Law and Economics* de Chicago, mais pour la confronter aux enjeux de la culture juridique américaine. Rejetant ce qu'il appela des "strong lawyers-economists" (Chicago), il se qualifiait lui-même de "weak lawyers-economist" et soutenait que si une sensibilité pour une lecture économique du droit devait émerger, ce serait à partir du monde des juristes eux-mêmes. En résumé, Bruce Ackerman (1986) suggéra une formule intéressante : « ne dites à Chicago d'appeler au téléphone, c'est nous, les juristes, qui vous appellerons » (notre trad.). À Yale, une spécialiste de droit public, Susan Rose-Ackerman (1988), a également pris la *Law and Economics* au sérieux et en a testé l'application au droit administratif et aux politiques publiques ; elle mit en évidence une tension fondamentale entre le calcul coûts-avantages promu par la *Law and Economics*, la justice distributive et la démocratie.

Ainsi, la *Law and Economics* a été à l'origine un mouvement académique qui s'est développé aux marges des Law Schools, mais aussi des départements d'économie. Si son foyer initial était l'Université de Chicago, dont la puissance et la réputation ont été des forces opérantes de la diffusion du mouvement dans le paysage académique américain, les idées portées par le mouvement ne se sont diffusées toutes seules. Des opérateurs, puissants et influents, que sont des fondations d'entreprises à orientation pro-marché et antiétatique ont largement contribué à son expansion dans les Law Schools, notamment celles d'élite[17].

1.2. L'effet structurant de fondations conservatrices dans l'institutionnalisation de Law and Economics

Le contexte américain est fondamental, tant les liens entre les fondations privées, établies par de grands capitaines d'industrie (Carnegie, Rockefeller, Ford) au passage du 19ème au 20ème siècle et la science sont importants (Tournès, 2007, 2010 ; Dosso, 2010). Marquées par un universalisme philanthropique, ces fondations ont été analysées par Tournès comme "la réponse donnée par les industriels américains à la contradiction entre la nécessité…. de réguler les inégalités sociales nées de l'industrialisation, et

[17] Pour une controverse sur l'influence de l'Ecole de Chicago et sur son éventuel biais conservateur voir Pitofsky (2008) et Wright (2009).

leur réticence à faire endosser cette régulation par une puissance publique supposée liberticide" (Tournès, 2007, p. 177). L'engagement de ces fondations était fondé, au début du 20ème siècle, sur trois objectifs majeurs : promouvoir un modèle de société fondé sur la libre entreprise, favoriser la paix internationale – notamment à l'issue de la première guerre mondiale – et promouvoir la démocratie, sur le modèle américain (Tournès, 2010, p. 9). Outre ces fondations à dimension internationale et cherchant à gagner les élites européennes à la cause de la libre entreprise, d'autres ont eu une orientation strictement domestique. C'est le cas de la fondation Olin qui joua un rôle déterminant dans le développement de la *Law and Economics* dans les universités américaines. Avant d'aller sur en détail sur cette fondation et ses actions, il n'est pas inutile de signaler que son intervention dans la promotion des idées pro-marché n'est pas un cas isolé. Elle s'inscrit en effet dans une série d'actions, entamées par le Volker Fund déjà évoqué et d'autres fondations ou *think-tanks* dès la sortie de la deuxième mondiale, tendant à promouvoir le retour au marché et à une concurrence libre, après la montée en puissance et la consolidation de l'interventionnisme étatique entre le *New Deal* et l'économie de guerre.

En la matière, les *think tanks* pionniers furent la *Foundation for Economic Education* et l'*American Enterprise Institute* qui visaient, pour la première le grand public et pour la seconde les sphères du pouvoir politique (Kwak, 2018, p. 44). Ces deux pionnières furent suivies, dans les années 1970, de l'entrée en scène d'autres acteurs, comme la *Heritage Foundation* (essentiellement financée par les héritiers de la banque Mellon), le *Cato Institute*, et le *Manhattan Institute*. Certaines fortunes privées, comme les frères Koch, ont engagé beaucoup d'argent pour soutenir les candidats républicains aux élections à tous les échelons institutionnels (Mayer, 2016). Ces fondations et *think tanks* conservateurs visaient le même objectif, mais leurs stratégies différaient entre elles. Dans la même mouvance que les frères Koch, la fondation Olin a privilégié l'action en direction des futures élites[18]. Nous considérons tout d'abord cette dernière (i) avant de nous attacher à l'action d'autres fondations dont les positionnements étaient moins polarisés sur cette cible (ii).

[18] Les frères Koch auraient été séduits par les idées de Von Mises et de Hayek. Voir le New York Time : https://www.nytimes.com/2016/01/24/books/review/dark-money-by-jane-mayer.html

i) Le cas de la fondation Olin

D'orientation conservatrice[19], la fondation Olin a fortement soutenu financièrement le développement de *Law and Economics*, surtout en direction des Law Schools d'élite, dans l'objectif d'organiser les conditions d'une influence idéologique sur les juristes qui accéderont à des positions de pouvoir intellectuel et au sein d'instances de régulation (prioritairement les cours fédérales, à côté des agences fédérales comme la SEC ou la FTC). La fondation créée en 1953 par John M. Olin, était initialement tournée vers le soutien à des universités, en premier lieu Cornell dont il fut membre du *board of trustees* de 1954 à 1966 (Teles, 2008, p. 183). Cependant, lorsque des étudiants afro-américains armés y occupèrent en avril 1969, un bâtiment de l'Université (le Willard Straight Hall) pour changer les enseignements, coup de force devant lequel les administrateurs de l'Université se plièrent, Olin suspecta ces derniers ne pas partager les valeurs qu'il entendait promouvoir. Cornell ne représente que le 22ème bénéficiaire de financements de la Fondation (tableau 1). C'est dans les années 1970 que la fondation orienta son action en direction de la promotion des idées conservatrices[20].

Parallèlement, le retrait d'Henry Ford II du conseil d'administration de la fondation Ford, amena Olin à douter de la pertinence de fondations philanthropiques bureaucratisées. Il prit alors un double parti : garder le contrôle de sa fondation lui conservant un caractère familial, et centrer son soutien sur des individus plutôt que des institutions (Teles, 2008, p. 183). Un compte-rendu d'une réunion du *board of trustees* du 5 juillet 1979 indique clairement que "What is needed… is to identify institutions and individuals with leadership qualities who are willing to establish centers for the study of free market economics, including centers promoting interdisciplinary approaches" (cité par Teles, 2008, p. 184). Inquiet sur l'avenir du système capitaliste de libre entreprise, Olin se mit en quête d'hommes partageant ses valeurs de liberté du marché. Selon Teles (2008), c'est dans le milieu des années 1980 que la décision fut prise, au sein du *board of trustees*, d'orienter prioritairement les soutiens de la fondation vers les

[19] John M. Olin était un chef d'entreprise qui opérait dans la chimie et les armements. Il a créé la fondation en 1953. Elle fut dissoute en 2005. Une journaliste du New York Observer, Lizzy Ratner, écrivait, à cette occasion : « Olin has created one of the most far-reaching-and, its critics say, ideological-public-policy machines in recent history. ». Olin Foundation, Right-Wing Tank, Snuffing Itself, *The New York Ob*server, 5 September 2005.
[20] https://www.philanthropyroundtable.org/almanac/people/hall-of-fame/detail/john-olin

Law Schools d'élite, au premier chef desquelles se trouvait Harvard au sein de laquelle un professeur de droit réputé et chef de file des *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy aurait créé une controverse interne en invitant ses étudiants à "saboter" les firmes de l'intérieur (Mayer, 2016, p. 108).

À cet égard, le nombre de centres ou de *Working Papers Series* en *Law and Economics* soutenus par la fondation Olin, qui par conséquent portent son nom, est tout à fait éloquent de l'engagement de la fondation dans la promotion du courant : il existe un John M. Olin Center à la Harvard Law School, un John M. Olin Center for Law, Economics, and Public Policy à Yale, des Working papers series à Chicago (série devenue Coase-Sandor en 2011), à University of Virginia, à Berkeley, à Stanford…

Parmi les universités les plus soutenues au titre de la mise en place de *Law and Economics* Centers, figurent donc des établissements d'excellence (Harvard, Chicago, Yale, Stanford) ainsi que des universités alors encore de moindre renom (Rochester, George Mason) mais qui comme nous le verrons *infra* occupent une place particulière dans la diffusion de la Law and Economics. En effet, le soutien de ces dernières était en réalité accordé à un individu répondant aux critères du *board of trustees* de la fondation : capable de leadership, pro-libre entreprise, et porteur d'un projet interdisciplinaire : Henry Manne, sur lequel nous reviendrons.

Tout au long de son parcours d'entrepreneur de la propagation de la *Law and Economics*, Henry Manne a pu lever des fonds auprès d'entreprises en montrant que l'antitrust pouvait évoluer en faveur des entreprises (Teles, 2008, p. 108). En effet, Van Horn et Mirowski (2009) insistent sur une évolution vers un *pro-trust antitrust* favorisée par la diffusion de *Law and Economics*. De façon, significative, les prescriptions de l'Ecole de Chicago conduisent à ne plus considérer la taille des firmes comme un problème concurrentiel en soi, à réfuter le caractère anticoncurrentiel *per se* de nombreuses pratiques de marché. Si la pratique décisionnelle n'alla jamais vers des validations *per se* de certaines pratiques jadis interdites comme des pratiques restrictives verticales en matière de prix, comme le préconisèrent en leur temps Bork (1982) et même Posner (1981), la règle de raison appliquée conduit à des résultats somme toute proches : la charge de la preuve pèse sur le plaignant et son standard est particulièrement élevé (Bougette et al., 2015).

Bénéficiaire	Montant (en USD)
Harvard University	26 016 819
University of Chicago	21 216 891
Washington University	20 767 686
Yale University	17 282 509
University of Rochester	9 725 230
Stanford University	8 944 835
Heritage Foundation, The	8 620 835
American Enterprise Institute for Public Policy Research	7 507 124
George Mason University	6 890 824
Manhattan Institute for Policy Research, Inc.	5 699 500
Harvard Law School	5 545 345
Hoover Institution on War, Revolution and Peace	5 190 660
Federalist Society for Law and Public Policy Studies	4 790 000
New York University	4 323 105
University of Virginia	4 199 066
Columbia University	4 064 000
National Bureau of Economic Research, Inc.	3 876 400
Intercollegiate Studies Institute, Inc.	3 502 600
Hudson Institute, Inc.	3 034 840
Georgetown University	2 759 082
Princeton University	2 744 759
Cornell University	2 642 725
Foundation for Cultural Review, Inc.	2 618 000
Washington Legal Foundation	2 585 000
California, University of, Los Angeles (UCLA)	2 478 761
Boston University (Boston)	2 464 321
Association of Graduates of the United States Military Academy	2 437 500
Academy Research and Development Institute	2 328 704
National Association of Scholars, Inc.	2 285 000
David Horowitz Freedom Center	2 285 000

Tableau 1 – 30 premiers bénéficiaires de financements de la Fondation Olin, 1985-2005

(source : http://rightweb.irc-online.org/profile/John_M_Olin_Foundation/)

Ainsi, la "Law and economics was attractive to corporations who recognized that the growth of federal regulation was not a fad" (Teles, 2008, p. 116). À Miami, Henry Manne obtient d'une fondation conservatrice, le Liberty Fund, le financement de conférences au sein du Law & Economics Center (LEC) qu'il avait créé précédemment, où sont intervenus, entre autres, Coase, Becker, Alchian, Demsetz… Entre 1975 et 1985, cette fondation rendit possible une série de conférences sur des thèmes tels l'évolution du droit, son enseignement, les dommages contractuels..., dont Cooter et Kraus (2014) fournissent la liste.

À partir de 1985, ce fut la fondation Olin qui prit le relai de ces financements. Elle subventionna dans le même temps des universités pour mettre en place des programmes de formation à la *Law and Economics* et des cycles de séminaire. Ces financements estimés à plus de 15 millions de dollars entre 1985 et 2000 par Cooter et Kraus (2014) s'étendirent à toutes les universités majeures des Etats Unis[21]. Ces financements ne prirent fin qu'en 2005, conformément à la volonté d'Olin qui, avant sa mort en 1982, avait voulu que la fondation s'éteigne en une génération, après avoir épuisé toutes ses ressources, afin de prévenir le risque d'une évolution dans un sens de moins en conforme à la vocation qu'il lui avait assignée[22].

ii) L'engagement d'autres fondations

Comme précisé plus haut, l'intervention de la fondation Olin dans la promotion de la *Law and Economics* n'est pas un cas isolé dans la contre-offensive des idées libérales de libre entreprise et de libre marché, contre les idées interventionnistes et le *Big Government*. Outre le Volker Fund déjà cité, la Foundation for Economic Education (FEE) et l'American Enterprise Association (AEA) [23]

[21] En 1985: Emory, Harvard, Chicago, Miami. En 1986: George Mason, Pennsylvanie et Yale. En 1987: Stanford, Berkeley et Virginie. En 1989 : Columbia, Duke, Georgetown et Toronto au Canada. En 1991 : Fordham. En 1992 : Cornell. En 2000 : Michigan University.
[22] https://www.philanthropyroundtable.org/almanac/people/hall-of-fame/detail/john-olin
[23] Qui sera ultérieurement renommée l'American Enterprise Institute.

s'engagèrent dans un soutien actif à la Société du Mont-Pèlerin[24] (Phillips-Fein, 2009) : « a small community of business leaders who had been ardent opponents of the New Deal during the 1930s continued their political work in the 1940s, the 1950s, and beyond » (Phillips-Fein, 2009a, p. 281). Cette « petite communauté » composée d'hommes d'affaires retraités et de représentants de petites comme de grandes entreprises s'est engagée dans la promotion des idées de Friedrich Hayek, tout comme celles de Ludwig von Mises, aux Etats-Unis (*ibid*.).

Selon Phillips-Fein (2009a), l'engagement des fondations et *think-tanks* comme la FEE et l'AEA n'était pas, initialement, orienté vers les milieux académiques, mais plutôt vers les journalistes, les hommes politiques, voire le grand public. Le soutien donné à la Société du Mont Pèlerin marqua une inflexion dans leur engagement, promue par un ancien dirigeant de la firme DuPont Chemical[25], Jasper Crane, qui soutint la première réunion américaine de la Société à Princeton en 1958, en tant que trustee de la FEE (Phillips-Fein, 2009a, p. 282). Crane appréciait beaucoup les idées de Hayek, et nourrissait le projet qu'il rédige une version américaine, plus grand public, de *La route de la servitude*. Les relations entre les fondations et le monde des affaires d'un côté, les intellectuels de l'autre, ne furent pas naturellement harmonieuses. Les premiers furent méfiants sur la réalité de l'engagement pro-marché de certains académiques proches de Hayek : Knight et Lippman furent suspectés de sympathie pour les idées socialistes ; il en fut de même comme nous l'avons vu *supra* pour Henry Simons (Phillips-Fein, 2009a, p. 287). De son côté, Hayek craignait que les interférences du monde des affaires nuisent à la qualité scientifique des réunions de la Société et à l'indépendance des intellectuels.

Même si ces relations ne furent pas sans connaître de tensions, Hayek écrira quand même, dans *The Constitution of Liberty*, que : « The leadership of individuals or groups <u>who can back their beliefs financially</u> is particularly essential in the field of cultural amenities, in the fine arts, <u>in education and</u>

[24] Lors de sa création, la Société du Mont Pèlerin fut enregistrée comme association sans but lucratif en Illinois, et ses bureaux étaient localisés, officiellement, dans la Law School de d'université de Chicago. (Van Horn and Mirowski, 2009, p. 159).

[25] Phillips-Fein (2009, p. 283-284), souligne que la firme du Pont de Nemours avait été un des centres d'opposition au *New Deal*. Elle fut à l'origine de l'American Liberty League, dont un document destiné au public indiquait que le *New Deal* représentait "une tentative d'établir en Amérique un gouvernement totalitaire, qui considère qu'une sphère de la vie individuelle ou d'affaire n'est à l'abri de l'autorité gouvernementale et qui soumet le bien-être des individus à celui du gouvernement".

research, in the preservation of natural beauty and historic treasures, and, above all, in the propagation of new ideas in politics, morals, and religion » (Hayek, 1960, p. 125, nous soulignons). Soulignant, dans le même texte, la place des hommes dont les moyens et l'énergie sont importants dont les idées, minoritaires, peuvent contrer les idées majoritaires, Hayek rend implicitement hommage, dans les termes de Phillips-Fein (2009a, p. 297), aux "iconoclastes riches" donnant leur soutien financier pour transformer les idées minoritaires (en faveur du libéralisme) en idées majoritaires.

Il importe à cet égard de souligner l'ampleur des réseaux de financeurs individuels de la réunion de la Société du Mont Pèlerin aux Etats-Unis, à Princeton. Par exemple, cette réunion obtint un financement de Grede Foundries, via son président, William Grede[26], membre de la John Birch Society ; de la petite fondation conservatrice Relm Foundation, et du financier new-yorkais Jeremiah Milbank, qui soutiendra la candidature à la Présidence des Etats-Unis du très conservateur Barry Goldwater[27] en 1964 (Phillips-Fein, 2009a, p. 292).

En définitive, le soutien accordé par des fondations et *think-tanks* du monde des entreprises s'inscrit dans le contexte d'une convergence entre le positionnement des juristes et des économistes libéraux d'une part, que des entreprises et des fondations luttant contre les idées progressistes et l'intervention de l'Etat dominantes dans les années cinquante d'autre part. Plus précisément, des inflexions majeures se produisent des deux côtés : théorique et dans la stratégie des fondations. Au niveau théorique, la rupture entre les positions de Knight et celles de Director est emblématique (Van Horn et Emmett, 2014).

[26] Ancien dirigeant d'une fonderie indépendante dans le Wisconsin, ancien membre de la Federal reserve Bank de Chicago, ancien président de la National Association of manufacturers, et réputé très à droite sur l'échiquier politique. Il est décédé en 1989. http://www.nytimes.com/1989/06/07/obituaries/william-j-grede-is-dead-at-92-joined-in-founding-birch-society.html

[27] Il est d'ailleurs à noter que la candidature de Barry Goldwater fut en grande partie portée par Clarence Manion (1896-1979), ancien doyen de l'Ecole de Droit de l'Université Notre Dame, démocrate conservateur, dont l'opposition au *New Deal* et aux candidats potentiels républicains modérés (Nelson Rockefeller et… Richard Nixon), faisait de lui un pivot du *conservative backlash* (Perlstein, 2009). Il convient de noter que le *conservative backlash* se traduit par des préconisations politiques diamétralement opposées au néolibéralisme tel qu'il se forgea dans les années trente autour de Walter Lippmann ou de Henry C. Simons. Le néolibéralisme admet une intervention *nécessaire* de l'Etat pour défendre le processus de marché *y compris* contre lui-même. A l'inverse, le *conservative backlash* tire ses fondements théoriques du libertarianisme. La concentration du pouvoir économique n'est plus un problème en soi. Il s'agit de protéger coûte que coûte la liberté de marché contre les interventions publiques (voir également Marty et Kirat, 2018). L'accent n'est plus mis sur les défaillances de marché mais sur celles de l'Etat. L'inspiration des mouvements n'est plus à rechercher dans *La Cité Libre* de Walter Lippmann mais plus certainement chez Ayn Rand (Phillips-Fein, 2009b).

Le premier ne sépare pas les dimensions politiques et économiques. Le second voit dans les premières un risque pour le système de marché. Toutes les dimensions reliées à l'efficacité productive, à la répartition ou même à l'éducation doivent être préservées des interventions de l'Etat et donc être isolées de la discussion politique. Comme le notent Van Horn et Emmett (2014, p.1452) « Director suggested that he did not trust government or the populace to make collective decisions on politic matters unless he had to do so". Il est particulièrement significatif qu'à ce même moment les efforts des fondations d'entreprises se sont réorientés vers le soutien aux programmes académiques ou à la formation des élites juridiques et administratives.

Un des exemples les plus caractéristiques de ces évolutions peut être General Electric. Dans une première phase, sous l'impulsion de son vice-président, Lemuel Boulware, la firme s'engagea dans des programmes de formations en économie au profit de ses propres employés afin de faire pièce aux idées « interventionnistes ». Près de 200 000 salariés bénéficièrent de ces formations durant leurs heures de travail. Dans le même temps, des séries de conférences et de rencontres étaient organisées, usine par usine, avec Ronald Reagan qui entamait là sa reconversion (Phillips-Fein, 2006). Pour l'élection de 1964, le comité de financement de la campagne de Barry Goldwater était dirigé par un cadre dirigeant récemment retraité de General Electric. Comme le note Phillips-Fein (2006, p.14), la structuration des entreprises qui participèrent à la campagne survécut à l'échec de celle-ci… et conduisit donc à une réorientation des efforts des financeurs privés, des électeurs potentiels vers les décideurs publics.

Section 2. Transformer les manières de juger et contrer la régulation publique : Henry Manne et Robert Bork

Nous nous attachons dans cette section à l'influence de deux universitaires qui ont joué un rôle important dans la diffusion de la *Law and Economics* : Henry Manne qui nous avons cité *supra* lorsque nous nous avons abordé les financements de la fondation Olin et Robert Bork.

Le premier fut "entrepreneur organisationnel" (Teles, 2008) notamment à l'origine de la nouvelle Law School d'une université moins prestigieuse que celle de Chicago : George Mason University. Son

parcours est d'autant plus intéressant qu'il donna une impulsion majeure au mouvement en termes d'influence sur les juges et eut une dimension académique discrète mais significative en confortant la connexion avec l'école du *Public Choice*. Le second acteur est Robert Bork. Formé à Chicago, il devint une des figures de proue de la pratique et de la théorisation des conceptions chicagoénnes de l'antitrust, qu'il mettait en œuvre en tant que juge fédéral. La présente section se propose donc de mettre en évidence deux forces, incarnées respectivement par Manne et Bork, qui ont agi sur les transformations des manières de juger, dans un sens "pro-business". La voie suivie par Manne a consisté à promouvoir les conceptions de la *Law and Economics* auprès des juges (2.1.) ; celle de Bork a consisté à mettre en œuvre et à théoriser une version chicagoénne de l'antitrust (2.2). Les indices d'une transformation des manières de juger sont ensuite présentés (2.3)[28].

2.1 Influencer les professeurs de droit, puis les juges : les programmes libertariens d'Henry Manne

Un des *apôtres*[29] de la *Law and Economics*, est Henry G. Manne. Bien moins connu que Richard Posner, Manne a eu une influence de grande ampleur sur les conceptions économiques des juges. Cette influence s'est davantage incarnée par ses initiatives institutionnelles que dans de ses contributions académiques, qui sont cependant des plus caractéristiques. Manne a marqué de son empreinte le champ de la *Law and Economics* au travers de ses capacités de « network entrepreneur » (Rubin, 1999).

Juriste de formation et de pratique, formé à Chicago, Henry Manne était spécialiste de droit des sociétés. Il a établi une théorie de l'information selon laquelle les délits d'initiés ne devaient pas pris pour autre chose qu'une utilisation légitime de l'information financière par ses détenteurs. Dans une perspective d'économie de tradition autrichienne, le rôle de l'information et de sa distribution entre les agents

[28] Nous préférons mettre l'accent sur Manne et Bork plutôt que Posner non seulement parce que la littérature sur ce dernier est non seulement abondante mais aussi de grande qualité et que les parcours de Robert Bork et de Henry Manne sont moins connus. Sur Richard Posner, nous renvoyons le lecteur à deux excellents ouvrages en français : Sophie Harnay et Alain Marciano (2005), *Posner. L'analyse économique du droit* pour une perspective d'histoire des faits et Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau (2008), *Analyse économique du droit*, pour une transplantation des principaux apports en *droit continental*.

[29] Les qualificatifs utilisés par Richard Epstein (2015, p.129) sont des plus significatifs : « It would be a mistake to think of him only as an academic thinker. He was much more than that. He was an entrepreneur, an evangelist, a builder of programs, a cheerleader, a heckler, and, as he himself always knew, something as a hustler".

économiques est crucial. Il a ainsi plaidé en faveur d'une dépénalisation des délits d'initiés (Manne, 1966). Pour Perino (2018), Manne considérait que « the SEC was embarked on a quixotic mission that would actually harm the operation of the capital markets ». Il convenait pour lui de revenir à la situation du début du vingtième siècle dans laquelle les dirigeants de sociétés pouvaient utiliser leur information privée dès lors qu'ils ne diffusaient pas d'informations trompeuses au public. Son raisonnement reposait à la fois sur des bases chicagoéennes et sur des bases virginiennes. Sur le versant chicagoéen, l'interdiction d'utiliser de telles informations était vue comme de nature à dissuader les investissements dans leur acquisition et s'avère donc préjudiciable en termes d'efficience (Easterbrook et Fischel, 1991). Sur le versant virginien, l'interdiction était interprétée comme la manifestation de la capture de la réglementation par d'autres parties prenantes qui souffraient d'un désavantage informationnel (Haddock et Macey, 1987).

En matière d'influences, Manne reconnaît explicitement que, parmi les théories économiques, la théorie des droits de propriété, élaborée par Arman Alchian a eu sur lui l'influence la plus structurante, à la fois sur lui-même et d'autres professeurs de droit : « … the large number of law professors who have been introduced to economics came to it fundamentally with Alchian's approach to property rights » (Kitch, 1983, p. 228). L'apport de Manne ne s'arrête pas au seul domaine financier. Ses efforts de diffusion de la Law and Economics portèrent leurs fruits dans de nombreux domaines au travers des formations qu'il mit en place et de son action d'entrepreneur organisationnel dans diverses universités notamment George Mason (Huffman, 2018).

Son action lui a permis d'exercer uneinfluence, organisée, structurée, sur les juges fédéraux[30]. En effet, pendant une vingtaine d'années, il dirigea un programme intitulé "Economics Institute for the Federal Judges" dont il fut l'initiateur. Ce programme s'est maintenu en dépit de la mobilité professionnelle de Manne[31] ; en effet au fil de ses changements de position académique, il le transporta avec lui d'université

[30] Les développements qui suivent sur Henry G. Manne viennent pour l'essentiel de la description très détaillée qu'en offre l'article de Henry N. Butler (1999). Il convient de noter qu'il avait également mis en place dès 1970 un *Law and Economics Summer Camp* pour les professeurs de droit (Huffman, 2018).

[31] Ce programme existe toujours au sein du Law and Economics Center de l'université George Mason dans le cadre de l'Antonin Scalia Law School (Huffman, 2018)

en université. Manne lança le programme alors qu'il était professeur à l'Université de Rochester, où il créa un Law and Economics Center (LEC). Dans un hommage à Manne après son décès en 2015, Richard Epstein rappelle qu'il a trouvé à Rochester « a strong university with conservative economic values » où il eut la possibilité de mettre en œuvre son idée « de créer une law school entièrement nouvelle, dédiée à l'étude des principes de la Law and Economics » (Epstein, 2015, p.129).

Par la suite recruté par l'Université de Miami puis celle d'Emory, il « transporta » avec lui à la fois le LEC et le programme. Avant de lancer le programme Economics Institute for Federal Judges, Manne avait pris une initiative qui le préfigurait : des cours d'économie pour les professeurs de droit, cela à Rochester où il enseigna avant de rejoindre l'université de Miami en 1974. Là encore, il transporta avec lui, de Rochester à Miami, son programme de formation des professeurs de droit à l'économie. Butler (1999, p. 354) rapporte qu'on parlait alors de "Pareto in the Pines", puis de "Pareto in the Palms".

Au milieu des années 1980, la George Mason University souhaitait développer sa Law School, qui végétait. La présidence de l'université prit contact indirectement dans un premier temps (via Gordon Tullock[32]) avec Manne, qui avait une excellente réputation académique. La négociation entre Manne et la présidence de George Mason University fut fructueuse. Le Président de l'université et le Doyen de la Law School lui donnèrent carte blanche pour établir la première école de droit directement dédiée à la *Law and Economics*. En 1986, Manne arriva à la George Mason University en tant que Doyen de la Law School. Manne recruta, avec le bénéfice du *fellowship* de la fondation Olin, des titulaires de PhD en économie et des juristes engagés dans cette orientation[33]. Comme le relève Huffman (2018) : « Henry Manne undertook to structure the entire curriculum around economic analysis of law. Existing faculty were expected to have or develop an understanding of economic analysis, new faculty were recruited on the basis of their economics credentials ».

[32] Co-fondateur de l'école du *Public Choice*, professeur à la George Mason University. Voir Teles (2008, p. 208).
[33] " […] taking his program with him in hand from Miami to Emory to George Mason University, where it blossomed under his leadership and made the George Mason University Law School program into one of the most distinctive and distinguished in the nation, where it still serves as a much-needed corrective to the dominant progressive ethos of most American law schools" (Epstein, 2015, p.130)

Au-delà de la restructuration du cursus juridique à la George Mason University, les activités de Manne portèrent sur des formations destinées à des juristes académiques et praticiens. Les économistes participant régulièrement aux sessions de formation des juges organisées par Manne étaient essentiellement des théoriciens des droits de propriété. Butler (1999) donne, en annexe de son article sur "The Manne programs in economics for federal judges", le programme complet de la session qui s'est tenue en 1991. Armen Alchian assurait l'essentiel des leçons : "Competition, Demand, Exchange" ; "Price and Markets, Information Costs" ; "Capital Values, Future Yields, Interest" ; "Production" ; "Pricing and Unemployment" ; Butler assurait le cours sur "The Modern Corporation" (avec, comme matériaux pédagogiques, des articles d'Alchian et de Fama et Jensen) ; Charles Goetz[34] assurait les cours "Price takers, Price Searchers", "Competitive and Monopoly Makers" et "'Law and Economics" ; Paul Samuelson ("caution de gauche") assurait un cours de "Stochastic Processes" et "Economics of Comparative Advantage". Ashenfelter[35] assurait un cours de "Statistical Inference". Selon Kwak (2018), ces programmes "enseignaient aux participants suffisamment d'économie pour prendre conscience et reproduire des arguments simples contre l'intervention publique or la régulation – mais pas suffisamment pour reconnaître leurs limites" (Kwak, 2018, p. 50 – notre trad.).

D'après Butler, 40% des juges fédéraux américains ont suivi au moins une session de l'Economics Institute for Federal Judges (soit une formation de quinze jours), ce qui représente environ 400 personnes, dont une immense majorité de juges de cours d'appel de circuit et de District. Parmi l'ensemble des juges ayant suivi le programme de Manne, plusieurs méritent une attention particulière. En premier lieu, le juge Thomas P. Griesa, de la Cour de District du Sud de New York (New York Southern District Court), décédé fin 2017, qui rendit des arrêts en faveur des fonds vautours contre la république d'Argentine en 2011. En outre, le juge Douglas H. Ginsburg figure parmi les auditeurs du programme. Chief Judge of the D.C. Circuit, Douglas Ginsburg avait déjà, dans le passé, suivi une

[34] Lui-même ancien auditeur des Liberty Funds Conferences, du Law and Economics Center et ancien élève de Coase, Buchanan et Tullock en Virginie. Il deviendra le premier économiste recruté par la Law School de l'University of Virginia en 1975 et fera œuvre marquante dans le domaine du droit des contrats (Mahoney, 2003).
[35] Orley Clark Ashenfelter est économiste du travail, Professeur à Princeton et co-fondateur, avec Richard Posner, de *l'American Law and Economics Review* en 1998. Il en fut rédacteur en chef qu'en 2005.

session de formation à l'économie pour les professeurs de droit, alors qu'il était professeur de droit à Harvard. Il en va de même avec Ralph K. Winter, Jr., juge à la Cour d'appel pour le 2ème circuit et ancien professeur de droit à Yale. Autrement dit, deux professeurs de deux des Law Schools d'élite avaient suivi les programmes de formation à l'économie libérale-libertarienne de Manne, et allaient réitérer comme juges fédéraux.

Par ailleurs, deux juges à la Cour suprême des Etats-Unis ont suivi le programme développé par Henry Manne: Ruth Bader Ginsburg et Clarence Thomas. Si la première est connue pour son engagement féministe et ses idées progressistes, le second est d'un profil plus proche des idées conservatrices. Afro-américain, il a connu une progression sociale considérable, tout en adoptant très jeune des idées individualistes et une pensée constitutionnaliste originaliste. Très conservateur, il était proche de l'aile droite du parti Républicain.

S'il est difficile de mesurer l'impact réel de ces formations sur les décisions des juges[36], à tout le moins comme le note James Huffman (2018) : « there can be little doubt that it expanded the intellectual horizons of the many judges with no prior exposure to formal economics ».

2.2. Robert Bork : de l'antitrust à l'originalisme

Très inspiré par la théorie économique autrichienne, Manne, tout comme les académiques de Chicago, étaient plus ou moins proches d'idées libertariennes : sacralisant la liberté économique, la propriété privée et le laissez-faire, ils entretenaient une défiance marquée vis-à-vis de l'intervention publique. Ces orientations antiétatiques allaient pénétrer dans la sphère judiciaire et se prolonger sur la théorie constitutionnelle. Le cas de Robert H. Bork (1927-2012) est à cet égard un condensé de ces orientations. Il est particulièrement intéressant en ce qu'en plus d'être un praticien du droit, il avait un projet théorique et une capacité à situer la régulation juridique, telle qu'il la concevait, dans le champ politique et constitutionnel.

[36] Pour une position allant dans le sens d'une influence des séminaires de formation des juges sur leurs pratiques décisionnelles, voir Kendal et Sorkin (2001).

Robert Bork 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 fédérales américaines[37]. Alors que les restrictions verticales étaient considérées *per se* comme illégales par les cours, Bork y voyait des formes d'organisation efficientes économiquement, invitant les autorités antitrust à les considérer au cas par cas, en prenant garde à en estimer les effets positifs sur les consommateurs[38]. Réinterprétant le texte obscur du Sherman Act, il y voyait une orientation nette, à ses yeux, en faveur du bien-être du consommateur[39]. 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.

Au-delà même de cette réduction du Sherman Act à la seule dimension de l'efficience et du 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[40]. 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

[37] Sa carrière académique à Yale s'étala de 1962 à 1981.
[38] 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.
[39] 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 Bowan dans la *Columbia Law Review*.
[40] Pour Stigler (1968) une barrière à l'entrée ne peut correspondre qu'à un coût que devrait supporter un nouvel entrant mais qui n'a pas eu à être pris en charge dans le passé par l'opérateur en place.

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.

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 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, 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 (démocrates et républicains réunis) et 42 votes pour, achevant ainsi le rejet le plus net jamais accompli par cette institution s'agissant de juges à la Cour Suprême.

Les raisons en tenaient non seulement à son passé administratif et au contexte politique mais aussi à ses positions mêmes sur l'antitrust.

Le premier facteur du rejet de sa nomination tenait aux fonctions administratives de premier plan qu'il avait occupé dans les années soixante-dix. Robert Bork fut connu du grand public aux Etats-Unis pour les évènements qui ont marqué son passage au *Department of Justice* comme *Solicitor General*, 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 a cherché à mettre un terme à la mission de Cox. Seul l'*Attorney General* (procureur général) avait pourvoir 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[41].

Le deuxième facteur expliquant la non validation de sa nomination à la Cour suprême, de fait relié au premier, 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-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" [42]. 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

[41] "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)

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

rejet, Reagan se résigna et procéda à la nomination d'un juriste moins connu mais tout aussi conservateur et « originaliste » que Bork[43].

La nomination de Robert Bork fut enfin contestée de façon véhémente par le comité aux affaires judicaires 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 Sherman Act, soulignant que ses vues étaient incohérentes avec la pratique décisionnelle de la Cour Suprême en matière d'Antitrust (p.6258) et lui reprochant des prises de positions pour le moins véhémentes quant aux décisions passées de la Cour en matière d'Antitrust (p.6261).

Le premier point soulevé par le Comité du Sénat nous conduit à l'« originalisme » de Bork. Il faut entendre par là 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, que l'on 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, 1954), libéralisé l'avortement (Roe v. Wade, 1973), 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

[43] Reagan, suite au véto 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). 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 également la définition du Merriam Webster Dictionary. To bork est défini comme : « to attack or defeat (a nominee or candidate for public office) unfairly through an organized campaign of harsh public criticism or vilification ».

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. En d'autres termes, les originalistes comme Bork, Franck Easterbrook ou le juge à la Cour suprême Antonin Scalia[44] 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 particulière 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 neutre. Comment achever cette neutralité ? En se référant au texte de la Constitution, aux intentions des Pères fondateurs, ou encore à la technique d'interprétation que les Pères fondateurs auraient pratiqué.

Quelles sont alors les conséquences de l'originalisme 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 société. Relevons que l'un des pourfendeurs les résolus de cette approche 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),

[44] 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.

consacré à l'interprétation, il place cette citation de Leon Wieseltier (2012) « Originalism is just the search for a convenient past ».

2.3. Des pratiques de juger transformées

Dans ses *Reflections on Judging*, Richard Posner (2013, p.339) insiste sur l'affaiblissement de l'influence des travaux académiques des professeurs de droit sur les décisions des juges « with the exception of economic analysis of law ». Nous présentons ici les deux canaux par lesquels cette influence est passée : à savoir les entreprises de conseil et les carrières administratives (i), la formation des juges en général et celle des juges confrontés à des dossiers concurrentiels en particulier (ii).

i) Du conseil aux politiques publiques

Les expériences de Robert Bork ou de Richard Posner témoignent de l'imbrication possible entre carrières administratives et judiciaires et carrières académiques. Un autre canal de transmission des résultats de la recherche académique vers les politiques ou la décision publique peut être abordé au travers d'une autre réalisation organisationnelle, qui n'a pas été analysée ici mais qui mériterait de plus amples investigations : celle de la création par Richard Posner en 1977, d'un cabinet d'avocats entièrement orienté vers la mise en pratique de la *Law and Economics* : Lexecon. Cette Law Firm, rachetée par Compass depuis, est devenue globale. Elle compte 400 collaborateurs environ, et est implantée dans de nombreux pays. Revenir sur ses premières années peut nous permettre de résumer en quelques lignes les liens décrits dans cet article. La société associait Richard Posner à un de ses plus importants coauteurs, William Landes, à Andrew Rosenfeld, alors un de leurs étudiants et aujourd'hui encore professeur à l'école de droit de Chicago, et à William Baxter, professeur de droit et ancien collègue de Richard Posner à Stanford.

Il s'agissait du même William Baxter qui fut nommé à la tête de la Division Antitrust du *Department of Justice* en 1981 par le Président Reagan (Posner, 2013). Dans l'hommage qui lui rendit dans le cadre d'un colloque en sa mémoire à Stanford, Posner (1999) dit de lui « He was the first head of the antitrust

division to turn his back firmly on the pieties and schibboleths of antitrust policy ». Outre la consécration de l'efficacité comme seul critère légitime de l'Antitrust, ses deux années à la tête de la Division Antitrust furent marquées par l'abandon des poursuites contre IBM, le démantèlement d'AT&T et la publication des nouvelles directives relatives aux fusions et acquisitions qui en 1982 inaugurèrent la possibilité d'une défense sur la base de l'efficience. Comme l'indiquait Posner, sa direction « [..] proved to be a turning point in the U.S. antitrust policy, and along with the breaking of the air controllers' strike, was one of the defining moment of the Reagan Administration ».

ii) L'influence sur les décisions des juges

Au-delà des approches qualitatives, deux contributions empiriquement fondées permettent de prendre la mesure de l'influence de la *Law and Economics* sur les manières de juger : celle d'Ash, Chen et Naidu (2017) et celle du juge Ginsburg (2014). Nous avons noté *supra* que la mesure de l'impact effectif des formations en *law and economics* est difficile à appréhender (Huffman, 2018). Ces deux études permettent de fournir quelques indices.

Ash, Chen et Naidu (2017) construisent une estimation des effets de la participation des juges fédéraux au programme "Economics Institute for Federal Judges" organisé par Manne. Ils montrent que les juges de cours d'appel fédérales qui usent du langage de la *Law and Economics* ou ont participé à une formation en économie pour les juges prennent des décisions plus conservatrices que les autres juges. L'intérêt du travail d'Ash et al. (2017) tient à sa dimension quantitative. L'influence de la *Law and Economics* est mesurée au travers de deux attributs. Le premier est la participation des juges des tribunaux étudiés à des formations aux outils et raisonnements de la *Law and Economics* financées par des fondations d'entreprise. Le second tient à une analyse textuelle des décisions elles-mêmes pour mettre en exergue le vocabulaire propre à cette discipline. Leurs données recouvrent plus quelques 1,12 million de décisions rendues par les cours fédérales entre 1891 et 2013. Pour chacune d'entre elles, le panel des trois juges est connu ainsi que le président les ayant nommés. Les résultats obtenus montrent que les juges ayant suivi les programmes proposés par Manne et ceux qui utilisent le plus souvent un

langage marqué par la *Law and Economics* dans leurs décisions ont une propension plus forte à trancher contre le gouvernement dans des contentieux autour de la régulation. De la même façon dans les procédures criminelles ces mêmes juges prennent des décisions plus sévères que la moyenne en mettant en exergue le caractère dissuasif de la sanction.

La deuxième contribution est signée par le juge Douglas H. Ginsburg, déjà mentionné, et de son assistant Taylor M. Owings (2014). Elle est centrée sur 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. 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 leftlist 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[45]. 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 result[46]". 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.

Conclusion

En guise de conclusion, ce texte a mis l'accent sur l'arrière-plan de l'analyse microéconomique appliquée au droit, arrière-plan pouvant être porteurs de visées idéologiques, de financements accordés de manière orientée par des fondations conservatrices (en premier chef la fondation Olin) et d'entrepreneurs organisationnels qui, comme Henry Manne, ont cherché à instiller des arguments

[45] Pour reprendre Van Horn (2009), l'Ecole de Chicago donna naissance à un *pro-trust antitrust.*
[46] EI du Pont de Nemours & Co. 96 FTC653, 1980.

économiques pro-marché dans l'esprit de juges fédéraux[47]. La *Law and Economics* a ainsi été un champ dans lequel des enjeux de pouvoir se sont joués, à la fois au sein des Law Schools et sur la scène de la régulation économique et sociale. Au sein des Law Schools, la volonté de réduire la pensée critique et progressiste incarnée par les *Critical Legal Studies* constitue l'acmé de l'offensive conservatrice dont *Law and Economics* a l'un des principaux vecteurs (Teles, 2008, Mixon, 2012). La promotion de *Law and Economics* par des fondations pro-marché dans les années 1970 et 1980 s'est d'abord fondée sur la conviction des financeurs de la puissance des idées, conviction d'ailleurs partagée par Hayek qui avait insisté sur l'importance des *wealthy business iconoclasts*. A l'évidence, la conversion des futures élites formées dans les Law Schools majeures était une entreprise de long terme ; nous avons vu qu'elle a été largement couronnée de succès notamment dans les tribunaux fédéraux.

Kwak (2018) insiste sur l'importance des idées, en l'occurrence du paradigme (basique) de la concurrence parfaite, dans le raisonnement des juges influencés par *Law and Economics*. Même si ce paradigme élémentaire a été largement amendé par les développements de l'analyse économique dans d'autres départements que les Law Schools, il revêt chez les juristes-économistes que nous avons évoqués "les charmes de la vieille dame" (Giocoli, 2015). A cet égard, le constat fait Giocoli (2015) pour l'antitrust peut être étendu aux autres objets de *Law and Economics* : en antitrust, le modèle de Chicago, basé sur la vieille théorie des prix, a été largement dépassé scientifiquement en économie industrielle. Toutefois, il demeure un élément central de la pratique décisionnelle des juges, en particulier parce qu'il porte une heuristique simple à manier (Bougette et al., 2015).

Pour conclure, deux réflexions peuvent être amorcées.

Tout d'abord, la question de l'influence des économistes sur l'action publique a certes été largement abordée en sociologie (Lebaron, 2010 ; Fourcade, 2009 ; Fourcade et al., 2015 ; Hirschman & Pop

[47] Qui, en retour, exercent des activités d'enseignement souvent après le terme de leur mandat comme juge. Par exemple, Robert Bork et Thomas Ginsburg sont devenus en 2008 professeurs à la George Mason University School en Law, fondée et dirigée par Henry Manne. La Law School a d'ailleurs été rebaptisés « Antonin Scalia School of Law » en hommage au juge conservateur de la Cour suprême, décédé en 2016. La journaliste Jane Mayer, dans son livre intitulé "Dark Money" (2016), indique que à partir de 1985, furent recrutés comme *clerks* à la Cour suprême au rythme d'un moins un par an, des diplômés en droit ayant suivi un programme en Law and Economics.

Berman, 2014), en histoire (Le van Lemesle, 2004) en économie (Giocoli, 2015 ; Ash et al., 2017) ; l'analyse proposée par Hirschman et Popp Berman (2014) nous semble faire écho avec plusieurs dimensions de l'institutionnalisation de *Law and Economics*. En effet, Hirschman et Pop Berman soutiennent que, même si l'influence des économistes sur l'action publique dépend à la fois de circonstances locales et des structures sociales, cette influence peut passer par trois canaux : d'abord l'autorité professionnelle, qui est déterminante sur la légitimité des discours des économistes auprès des décideurs publics ; ensuite la position institutionnelle occupée par les économistes au sein de l'appareil d'Etat ; enfin, l'infrastructure cognitive, qui détermine les conditions de la diffusion du raisonnement économique d'où l'importance des *second hand dealers of ideas* au sens de Hayek (1949). Dans notre cas, le soutien de la fondation Olin a d'abord visé la diffusion du raisonnement économique, puis la structuration de programmes d'enseignement et de recherche au sein des Law Schools, dont l'attractivité a certainement été renforcée par les carrières professionnelles brillantes des juristes-économiques de Chicago, comme juges fédéraux ou comme académiques.

Ensuite, la question des modalités de l'enseignement de droit et du renouveau appelé par la perspective *Law and Economics* mérite d'être posée. Faute de place, nous n'en évoquerons qu'un aspect. La méthode "classique" d'enseignement a été promue par le doyen de Harvard Law School, C.Langdell (1826-1906) qui proposa de renoncer à la méthode antérieure d'apprentissage de l'art de plaider et d'enseigner la jurisprudence via l'étude de cas (*case method*). La mission que s'était donnée Langdell était en effet de corriger le "chaos" du système juridique américain, via la construction de règles et de principes logiques à partir de la jurisprudence des tribunaux (Van Der Mensbrugghe, 2016). Cette méthode, qualifiée de "formaliste" par ses critiques, a subi les coups de boutoir des juristes du courant réaliste qui pensaient que le juriste ne pouvait plus être un "moine" mais devait prendre le statut d'ingénieur social, attentif aux effets économiques et sociaux des décisions (Llewellyn, 1935). En outre, les réalistes étaient préoccupés par la recherche de moyens de réduire la "discrétion judiciaire".

Ces deux éléments, la sensibilité pour les conséquences et la réduction de la discrétion judiciaire, sont centraux dans la *Law and Economics*[48]. Elle y a adjoint son cadrage théorique issu de la théorie des prix. Or, la diffusion de la *Law and Economics* dans les programmes universitaires peut s'expliquer par ce cadrage, et donc les garanties de professionnalisation qu'elle apporte, en regard du coût des études et des enjeux autour de la dette des étudiants, mais également par l'origine des étudiants. En effet, les études de droit ne sont entamées que dans un second cycle universitaire. Qui plus est le test d'accès mis en place depuis 1947, le *Law School Aptitude Test* (LSAT) compte deux épreuves (sur quatre) centrées sur le raisonnement logique et analytique. Les étudiants ayant précédemment suivi des majeures en mathématique et physique ou encore économie y obtiennent des scores significativement élevés et seront des utilisateurs d'autant naturels des outils fournis par la *Law and Economics* après leur intégration (Nieswiadomy, 2017). En ce sens, le développement de la Law and Economics au sein des facultés de droit américaines est inséparable du basculement d'une approche de type *law as science* vers une approche de type instrumentaliste et utilitariste (Huffman, 2018).

Références

Ackerman Bruce A, 1986. Law, Economics, and the Problem of Legal Culture, *Duke Law Journal*, 6, December, pp. 929-947.

[48] La moindre influence en termes relatifs du courant Law and Society pourrait être analysée selon ce prisme. Les débuts de ce courant peuvent également être situés dans l'immédiat après-guerre et font écho à la question de l'analyse de la décision judiciaire et de la marge de discrétion qui peut lui être attachée (Serverin, 2000). De façon pour le moins paradoxale la naissance de la Law and Society s'est faite au même moment, au même endroit et avec les mêmes acteurs que la *Law and Economics*. Edward Levi, qui fut le codirecteur avec Aron Director, du Free Market Studies Project et de l'Antitrust Program, initia un programme droit et sciences sociales sur le thème de la décision des jurys. Ce travail empirique mené avec des sociologues visait à discuter les conclusions du Legal Realism (Levi, 1949). Des simulations de jurys étaient mises en place dans le cadre d'une approche de psychologie des petits groupes. Si ces travaux n'essaimèrent pas autant que ceux sur le thème de la *Law and Economics*, ce fut notamment la faute à une coopération très difficile avec les sociologues sur le terrain de la prise en compte des dimensions institutionnelles (Simon et Lynch, 1989). De façon plus structurelle encore, les approches sociologiques ne peuvent proposer un même cadre normatif que celui de la *Law and Economics*. A ce titre, elles ne peuvent rendre la décision opposable aux tiers comme peut le faire un raisonnement fondé sur la théorie des prix. Cette conclusion est reprise par Huffman (2018) mettant en exergue l'insuccès relatif de l'intégration de la sociologie et de l'anthropologie dans les cursus des Law School par rapport à la réussite de l'acclimatation de la *Law and Economics*.

Ash Eliott, Chen Daniel L. and Naidu Suresh, 2017, The Impact of the Legal Schools of Thought, Working Paper, Northwestern University, January.

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), pp. 1-24.

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

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

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

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

Bougette Patrice, Deschamps Marc et Marty Frédéric, 2015. When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law, *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June, pp.313-353.

Bourre Robert, 2005, Réflexions autour de l'institutionnalisation des disciplines, *Communication*, vol 24/1, pp. 1-22.

Breit William. 1987. Creating the "Virginia School": Charlottesville as an Academic Environment in the 1960s. Economic Inquiry, volume 25, issue 4, October, pp.645-657.

Butler Henry N., 1999, The Manne Programs in Economics for Federal Judges, *Case Western Law Review*, 50, pp. 351-401.

Caldwell Bruce, 2011, The Chicago School, Hayek, and Neoliberalism, *in* Van Horn Robert, Mirowski Philip and Stapleford Thomas A., eds, *Building Chicago Economics: New Perspectives on the History of America's Most Powerful Economics Program*, Cambridge University Press.

Coase Ronald, 1960. The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3, October, pp. 1-44.

Coase, Ronald, 1993, Law and Economics at Chicago, *Journal of Law & Economics*, 36 (1), pp. 239-254

Commons John R, 1925. Law and Economics, *Yale Law Journal*, 34, pp. 371-382.

Cooter Robert and Kraus Jody S, 2014. The Measure of Law and Economics. Working Paper, Berkeley Law.

Donohue John J. IIII, Ayres Ian, 1987, Posner's Symphony No. 3: Thinking About the Unthinkable", *Stanford Law Review*, vol 39, pp. 791-812.

Dosso Diane, 2010, La seconde guerre mondiale et l'exil des scientifiques aux Etats-Unis, in: Ludovic Tournès, *L'argent de l'influence*, Autrement "Mémoires/Culture", pp. 105-124.

Epstein Richard A, 2015. Henry Manne – A Man to Remember, *The Independent Review*, 20(1), summer, pp. 127-131.

Easterbrook Frank H. and Fischel Daniel R. 1991. *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press.

Falk Armin, and Tirole Jean, 2016. Narratives, Imperatives and Moral Reasoning, Working Paper, Toulouse School of Economics.

Ferey, Samuel, 2008. *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit & Economie.

Fourcade Marion, 2009. *Economists and Societies: Discipline and Profession in the United States, Great Britain, and France, 1890s to 1991s*, Princeton University Press.

Fourcade Marion, Etienne Ollion, Yann Algan, 2015, The Superiority of Economists, *Journal of Economic Perspectives*, 29 (1), pp. 89-114.

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

Giocoli Nicola, 2015, Old lady charm: explaining the persistent appeal of Chicago antitrust, *Journal of Economic Methodology*, volume 22, issue 1, pp.96-122.

Haddock David D. and Macey Jonathan R. 1987. Regulation on Demand: A Private Interest Model, with an Application to Insider Trading. *Journal of Law and Economics*, volume 30, n°2, October, pp.311-352.

Harnay, Sophie, 2015. A Short History of Economic Analysis of Law in France 1980-2014. Preliminary Milestones, *History of Economic Ideas*, Special Issue: Law and Economics in 20th Century Europe: History and Methodology, ed. by Sophie Harnay and Thierry Kirat, 2015/3, pp. 121-146.

Harnay Sophie and Marciano Alain, 2005, Posner – L'analyse économique du droit, Michalon – Le Bien Commun

Hayek Friedrich A., 1949, The Intellectuals and Socialism, *University of Chicago Law Review*, vol. 16, spring, pp.417-433.

Hayek (von), Friedrich. 1960. *The Constitution of Liberty*. Chicago University Press.

Hirschman Daniel, Elizabeth Popp Berman, 2014, Do economists make policies? On the political effects of economics, *Socio-Economic Review*, 12, pp. 779-811.

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

Huffman James L., 2018. Henry Manne's subtle but important influences on environmental law. *European Journal of Law and Economics*, published on line 16 July.

Kahan Dan M. 2013. Ideology, motivated reasoning, and cognitive reflection. Judgment and Decision Making, volume 8, issue 4, July, pp.407-424.

Kendall Douglas T. and Sorkin Eric. 2001. Nothing for Free: How Private Judicial Seminars are Undermining Environmental Protections and Breaking the Public Trust. *Harvard Environmental Law Journal*, volume 25.

Kirat Thierry, 2005. Le pragmatisme de Richard Posner, un regard critique, Working Paper IDHE, Ecole Normale Supérieure de Cachan.

Kitch E. W. 1983. The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970, *Journal of Law and Economics*, 26 (1), pp. 163-234.

Kwak James, 2018. Law and Economicism, *Critical Analysis of Law*, volume 5, issue 1, pp.39-59.

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

Langlois Richard, 2018, Hunting the Big Five: Twenty-first Century Antitrust in Historical Perspective, *University of Connecticut Department of Economics Working Paper Series*, 2018-01, January.

Levi Edward, 1949, *An introduction to legal reasoning*, University of Chicago Press.

Le Van-Lemesle, Lucette, 1983. L'économie politique à la conquête d'une légitimité, 1896-1937, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 47-48, juin 1983. Education et philosophie, pp. 113-117.

Le Van-Lemesle, Lucette, 2004. *Le Juste ou le Riche. L'enseignement de l'économie politique, 1815 – 1950*, IGPDE Comité pour l'histoire économique et financière de la France.

Lebaron, Frédéric, 2010. *La crise de la croyance économique*, Bellecombe-en-Bauges, Editions du croquant, coll. Dynamiques socio-économiques.

Llewellyn Karl N, 1935. On What is Wrong with So-Called Legal Education, *Columbia Law Review*, 35(5), pp. 651-678.

Makaay Ejan et Rousseau Stéphane, (2008), *Analyse économique du droit*, Thémis- Presses Universitaires de France.

Mahoney, Paul G. (2003), Scott and Goetz: the Collaboration That Transformed Contract Law, *Virginia Journal*, 6, 12;

Manne Henry G and Joshua D. Wright, 2008, The Future of Law and Economics: A Discussion, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, 08-35.

Manne Henry G, 1966. *Insider Trading and the Stock Market*, Free Press, New York.

Manne Henry G, 2006, How Law and Economics was Marketed in a Hostile World: a Very Personal History, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, 06-49.

Marty Frédéric, 2014. Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence: une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'Antitrust américain, *Revue Internationale de Droit Economique*, 4-2014, pp.471-497.

Marty Frédéric et Kirat Thierry, 2018, Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie, Revue internationale de droit économique, 2018/4 (*à paraître*).

Mayer Jane, 2016, *Dark Money. How a secretive group of billionaires is trying to buy political control in the US*, Scribe Publications, Melbourne-London.

McGinnis John O., 2008, Public Choice Originalism: Bork, Buchanan, and the Escape From the Progressive Paradigm, *Journal of Law, Economics & Policy*, 10 (3), 669-688.

Mercuro Nicholas, ed., Law and Economics. Recent Economic Thought Series, vol 19. Springer, Dordrecht, pp. 233-258.

Mercuro Nicholas and Steven Medema, 1997, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press.

Mirowski, Philip. and Plehwe, Dieter (Eds), 2009. *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press.

Mixon J. 2012. Neoclassical Economics and the Erosion of Middle-Class Values: An Explanation for Economic Collapse. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, volume 24, article 4, pp. 327-378.

Mongoin, David, 2015, Le Fédéraliste revisité, *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 8.

Nieswiadomy Michael, 2017. LSAT® scores of economics majors: the 2015-16 class update and 15-year history. *Journal of Economic Education*, 48(4), pp. 327-332.

Nik-Khah Edward and Van Horn Robert, (2016), "The Ascendency of Chicago Neoliberalism", in Springer S., Birch K. and MacLeavy J., eds, The Handbook of Neoliberalism, pp.27-38.

Nutter G. Warren, 1949, *The Extent of Entreprise Monopoly in the United States 1899-1939*, University of Chicago Press.

Perino Michael. 2018. The Lost History of Insider Trading. *University of Illinois Law Review*, à paraître

Perlstein Rick, 2009. *Before the Storm: Barry Goldwater and the Unmaking of the American Consensus.* Nation Books.

Phillips-Fein, Kim, 2006, Retour de flamme contre le New Deal : le patronat conservateur et la droite moderne aux États-Unis. *Le Mouvement Social*, 2006-4, 217, ^^/ 73-81

Phillips-Fein, Kim, 2009a, Business Conservatives and the Mont Pèlerin Society, *in*: Mirowski, Philip. and Plehwe, Dieter (Eds), 2009. *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, pp. 280-301.

Phillips-Fein, Kim, 2009b, *Invisible Hands: The Making of the Conservative Movement from the New Deal to Reagan*. New York: W. W. Norton

Pitofsky Robert, 2008, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press.

Polinsky A. Mitchell, 1987, Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law", *Harvard Law Review*, 87 (8), pp. 1655-1681

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

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

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

Posner Richard A, 1999, Introduction to Baxter Symposium, *Stanford Law Review*, 51, pp. 1007-1010.

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

Rainelli Michel, 2006. À propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006-1,20, pp. 47-56

Rose-Ackerman Susan, 1988. Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy, in

Rubin Paul H., 1999, Henry G. Manne, Network Entrepreneur, *Case Western Law Review*, 50, pp. 333-339.

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

Serverin Evelyne, 2000, *Sociologie du droit*, Repères-La Découverte.

Simon R.J. and Lynch J.P., 1989, The Sociology of law: Where have we been, and where might be going, *Law and Society Review*, volume 23, issue 5, pp.825-847

Stigler George J, 1992. Law or Economics?, *Journal of Law and Economics*, 35(2), pp. 455-468.

Stigler George J., 1968. *The Organization of Industry*. University of Chicago Press.

Teles Steven M., 2008, *The Rise of the Conservative Legal Movement*, Princeton University Press.

Tournès Ludovic, 2007, La fondation Rockefeller et la naissance de l'universalisme philanthropique américain, *Critique internationale*, 2007/2 n° 35, pp. 173-197.

Tournès Ludovic, 2010, *L'argent de l'influence*, Autrement "Mémoires/Culture", pp. 105-124.

Tournès Ludovic, 2010, Introduction. Carnegie, Rockefeller, Ford, Soros : généalogie de la toile philanthropique, *in* Ludovic Tournès, *L'argent de l'influence*, Autrement "Mémoires/Culture", 5-23.

U.S Senate, 1987, *Hearings before the Committee on the Judiciary United State Senate on the nomination of Robert H. Bork to be associate Justice of the Supreme Court of the United States*, September.

Van Der Mensbrugghe François, 2016. L'enseignement du droit aux Etats-Unis ou l'ingénierie des juristes américains, in Sueur Jean-Jacques et Fahri Sarah, *Pratique(s) et enseignement du droit – L'épreuve du réel*, LGDJ, pp.241-267.

Van Horn Robert, 2015, Hayek and the Chicago School, *in* Leeson Robert, ed, *Hayek: A Collaborative Biography*, Springer, pp 91-11.

Van Horn Robert and Emmett Ross B., 2014. Two trajectories of democratic capitalism in the post-war Chicago school: Frank Knight versus Aaron Director, *Cambridge Journal of Economics*, Volume 39, Issue 5, 1 September, pp. 1443–1455.

Van Horn Robert, Mirowski, Philip, 2009, The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism, in: Mirowski, Philip. & Plehwe, Dieter (Eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, pp. 139-178.

Wieseltier Leon, 2012. Specks of War, *The New Republic*. April 5.

Wright Joshua, 2009, Overshoot the Mark? A Simple Explanation of Chicago's School Influence on Antitrust, *Competition Policy International*, volume 5, n°1, pp.1-34.

DOCUMENTS DE TRAVAIL GREDEG PARUS EN 2019
GREDEG Working Papers Released in 2019

2019-01 Muriel Dal Pont Legrand & Harald Hagemann
Impulses and Propagation Mechanisms in Equilibrium Business Cycles Theories: From Interwar Debates to DSGE "Consensus"

2019-02 Claire Baldin & Ludovic Ragni
Note sur quelques limites de la méthodologie de Pareto et ses interprétations

2019-03 Claire Baldin & Ludovic Ragni
La conception de l'homme dans la théorie de l'Echange Composite de François Perroux : entre homo economicus et homo religiosus

2019-04 Charlie Joyez
Shared Ownership in the International Make or Buy Dilemma

2019-05 Charlie Joyez
Alignment of Multinational Firms along Global Value Chains: A Network-based Perspective

2019-06 Richard Arena & Ludovic Ragni
Nature humaine et choix rationnel : Pareto contre Walras ?

2019-07 Alain Raybaut
A First French Episode in the Renewal of Nonlinear Theory of Economic Cycles (1978-1985)

2019-08 Alain Raybaut
Bertrand Nogaro et l'économie de guerre : le Service de la main d'œuvre étrangère

2019-09 Nicolas Brisset & Dorian Jullien
Models as Speech Acts: A Restatement and a new Case Study

2019-10 Kozo Kiyota, Toshiyuki Matsuura & Lionel Nesta
On Export Premia

2019-11 Nicolas Brisset & Raphaël Fèvre
Peregrinations of an Economist: Perroux's Grand Tour of Fascist Europe

2019-12 Marco Baudino
Urbanization and Development: A Spatial Framework of Rural-to-urban Migration

2019-13 Giuseppe Attanasi, Kene Boun My, Nikolaos Georgantzís & Miguel Ginés
Strategic Ethics: Altruism without the Other-regarding Confound

2019-14 Thierry Kirat & Frédéric Marty
How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: L'institutionnalisation du champ aux États-Unis de l'immédiat après-guerre aux années Reagan