



HAL
open science

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, Frédéric Marty

► **To cite this version:**

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. Cahiers d'Economie Politique = Papers in political economy, 2021, 78 (2020/2), pp.173-202. 10.3917/cep1.078.0173 . halshs-03162870

HAL Id: halshs-03162870

<https://shs.hal.science/halshs-03162870>

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:

**I'institutionnalisation du champ aux Etats-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

Version acceptée mise aux nouvelles normes, 26 mai 2020

Résumé

Cet article traite de l'institutionnalisation du champ de la *Law and Economics* aux Etats-Unis de l'après-guerre aux années Reagan. Il met l'accent sur le rôle de fondations d'entreprises pro-marché dans l'essor de la *Law and Economics* et s'appuie sur l'analyse de trajectoires individuelles ou collectives, qu'il s'agisse de projets de recherche, de programmes de formation des juges portés ou encore de travaux académiques et de carrières judiciaires et administratives de théoriciens de premier plan. Il s'attache *in fine* à l'impact de cette institutionnalisation sur les manières de juger.

Mots Clés

Economie du droit, Fondations, Antitrust, Conservatisme

Codes JEL

B21, B31, K21, N42

Abstract: *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*

This article discusses the institutionalization of the field of Law and Economics in the United States from the post-war period to the Reagan administration. It emphasizes the role of pro-market corporate foundations in the development of Law and Economics. It analyses individual and collective trajectories, including research projects, judges training programs led, and leading academics contributions and judicial and administrative careers. It ultimately focuses on the impact of this institutionalization on judging methods.

Keywords

Law and Economics, Foundations, Antitrust, Conservatism

JEL Codes

B21, B31, K21, N42

Cet article porte sur le processus d'institutionnalisation de la *Law and Economics* aux Etats-Unis de l'immédiat après-guerre aux années quatre-vingt. Croisant l'histoire économique et la sociologie politique des savoirs (Hirschman et Popp-Berman, 2014), il ne vise pas à analyser l'émergence et la dynamique des idées économiques en tant que telles (voir Harnay, 2015 ; Ferey, 2008) ou à analyser la dynamique académique de ce champ (Mackaay et Rousseau, 2008). Il se concentre sur sa construction institutionnelle et sa diffusion au-delà de la sphère académique vers les tribunaux fédéraux. Il souligne l'importance des fondations issues du monde des affaires dans la promotion de la *Law and Economics* auprès des juges. L'intervention des fondations s'intégrait dans un projet politique : promouvoir les valeurs de la *free competition*, au sein des tribunaux et des agences fédérales, à rebours de l'interventionnisme hérité du *New Deal* et de l'effort de guerre américain au cours du deuxième conflit mondial (Kirat et Marty, 2019).

Des fondations d'entreprises engagées depuis le *New Deal* dans la défense de la *free competition* et dans la critique de l'intervention publique jouèrent en effet un rôle déterminant la structuration et le développement du champ (Teles, 2012 ; Ash et al., 2018). Elles contribuèrent à la diffusion de la *Law and Economics* d'abord au sein des *Law Schools* d'élite alors dominées par des courants progressistes, ensuite auprès des juges fédéraux eux-mêmes au travers de programmes de formation. L'institutionnalisation de la discipline¹ se fit notamment au travers de son appropriation par les « juristes-économistes », c'est-à-dire les professeurs de droit et les juges qui adoptèrent une lecture économique du droit.

Notre contribution s'inscrit donc à la confluence de deux littératures : une première qui décrit l'implication des fondations d'entreprises dans l'émergence académique de la *Law and Economics* (Mirowski et Plehwe, 2009), une seconde qui s'attache à son impact sur la pratique décisionnelle des juges (Ash et al., 2018). En faisant une histoire contextuelle de la pensée du courant *Law & Economics*, nous cherchons à mettre en évidence, dans la lignée de Hirschman et Popp-Berman (2014) les conditions dans lesquelles des idées deviennent la base du changement de la régulation : a) l'autorité professionnelle gagnée par un groupe organisé autour d'un corps partagé de savoirs, b) la position institutionnelle des membres de ce groupe, dans des universités et des institutions de régulation, c) l'infrastructure cognitive, c'est-à-dire les outils intellectuels mobilisés dans la régulation et les politiques publiques.

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 au sein de la *Law School* (1.1). Nous soulignons le rôle majeur exercé par des fondations privées, notamment la fondation Olin, dans la diffusion de la *Law and Economics* dans les *Law Schools* d'élite au-delà de son foyer initial (1.2). La section 2 s'intéresse à son appropriation par les juges fédéraux et à ses effets sur les manières de juger. Cette section met l'accent sur deux acteurs majeurs de la promotion du raisonnement économique auprès des juges, que la figure centrale de Richard Posner a quelque peu fait passer dans l'ombre² : Henry Manne, qui fut un « entrepreneur organisationnel » de la conversion des juges fédéraux au raisonnement économique et Robert Bork, juge fédéral de premier plan, auteur important de l'analyse de l'antitrust et figure de proue de l'Ecole de Chicago (2.1). Nous présentons enfin les travaux s'attachant à l'évaluation de l'impact de l'exposition des juges aux perspectives de la *Law and Economics*, notamment dans les conflits opposant l'Etat aux entreprises privées (2.2.).

¹ Nous définissons l'institutionnalisation comme le processus par lequel une activité sociale devient organisée, régulée et autonome. L'institutionnalisation se déploie sur deux plans (Bourre, 2005, p.2) : un plan scientifique, qui renvoie à la construction des objets et des méthodes et un plan organisationnel, c'est-à-dire à la structuration académique de cette activité.

² Les contributions fondamentales de R. Posner ont fait l'objet de nombreuses publications auxquelles nous renvoyons le lecteur : Harnay et Marciano (2003), Ferey (2008). Ne n'évoquons Posner qu'en tant que fondateur d'un cabinet d'avocats qui porte la marque des conceptions chigoéennes dans la pratique juridique (cf. *infra*, 2.2.1.).

1. DES MARGES A L'INSTITUTIONNALISATION

Comme la citation d'Henry Manne (2006), 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 interventionnistes héritées du *New Deal*. C'est précisément autour de la mise en cause de l'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 de fondations pro-marché dans sa diffusion et son institutionnalisation (1.2).

1.1. La construction de l'École de Chicago dans le domaine de la Law and Economics

Nous présentons ici le processus de construction institutionnelle de l'École de Chicago (1.1.1) avant de nous attacher à son développement (1.1.2).

1.1.1. La construction d'une école de pensée

Si la dénomination de *Law and Economics* est due à John R. Commons (1925), sa coloration institutionnaliste s'effaça dès l'après-guerre au profit de deux écoles qui lui seront diamétralement opposées aussi bien en termes de méthodes qu'en termes de valeurs : l'École de Chicago et l'École du *Public Choice*, dont le centre de gravité était situé en Virginie³. La *Law and Economics* structure dès lors une nouvelle approche du droit fondée sur le seul critère de l'efficacité économique et qui verra dans l'action publique une menace pour le processus de marché.

L'Université de Chicago a été le lieu de cristallisation de la nouvelle *Law and Economics* au seuil des années 1960⁴. Henry C. Simons, auteur d'un *Positive Program for Laissez Faire*, publié en 1934, initialement *Assistant Professor* au département d'économie, puis premier économiste en poste à la faculté de droit, où il enseignait la théorie des prix, y joua un rôle fondateur (Bougette et al., 2015). A l'instar de Jacob Viner et Frank Knight, Henry Simons considérait que l'intervention publique était nécessaire à la protection de la concurrence en permettant la dispersion des pouvoirs économiques (Marty et Kirat, 2018). Figure de proue de l'opposition au *New Deal*, Simons joua un rôle essentiel dans la mise en place en 1947, au sein de la *Law School*, d'un programme financé par une fondation privée, le Volker Fund of Kansas City. 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 de son soutien apporté à la diffusion de l'ouvrage de Hayek intitulé *La Route de la Servitude*, il désirait promouvoir des programmes défendant des valeurs libérales dans le monde académique. 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). Le programme de Simons, ainsi financé grâce à la recommandation de Hayek⁵, était destiné à analyser les effets économiques du droit antitrust. Simons put ainsi faire venir à la *Law School* un jeune économiste, recommandé par Lionel Robbins : Aaron Director. Ce dernier, formé à la *London School of Economics*, deviendra le co-fondateur et rédacteur en chef du *Journal of Law and Economics*.

Du fait du décès prématuré d'Henry Simons, Aaron Director dirigea avec un professeur de droit, Edward Levi, ce programme de recherche qui s'étala sur près de dix années, sous les noms successifs de *Free Market Studies Program* et d'*Antitrust Project*. Ce programme conduisit à un renversement complet de la

³ A l'origine, en 1969, la théorie du *Public Choice* a été élaborée au sein du Center for Study of *Public Choice* au Virginia Polytechnic Institute. En 1982, le Centre a été accueilli par George Mason University (Mercuro et Medema, 1997, p. 84-85).

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. L'article de Kitch (1983), qui reprend les actes d'un symposium organisé en 1981 à Los Angeles, permet d'accéder aux témoignages des principaux acteurs.

⁵ Pour ce qui est de l'influence effective de Friedrich Hayek sur l'École de Chicago, le lecteur pourra se reporter à la réponse de Caldwell (2011) aux travaux de Mirowski et Van Horn (2009) et à Van Horn (2015).

perspective de l'Ecole de Chicago en matière d'antitrust (Van Horn et Mirowski, 2009), marquant ainsi la naissance de la *Law and Economics* dans son acception chicagoéenne. A partir de 1957, Levi et Director rompirent radicalement avec les vues de Simons quant à la nécessité de l'intervention publique. Désormais, Director, bientôt suivi par son élève Robert Bork, va soutenir que le processus concurrentiel s'autorégule, que les monopoles, à condition de ne pas être protégés par une régulation publique, peuvent toujours être contestés, et que le critère ultime pour évaluer les pratiques concurrentielles doit être le bien-être du consommateur (Bork, 1967). Les travaux de la Seconde Ecole de Chicago concluaient au fait que l'application des règles de concurrence par les autorités antitrust se faisait non seulement au détriment des firmes mais aussi des consommateurs américains. Au-delà de cette analyse descriptive, ils promurent une démarche normative préconisant une révolution dans les manières de juger les cas antitrust : des pratiques n'avaient pas à être interdites *per se* s'il était impossible de montrer que le bien-être du consommateur n'en était pas affecté. L'influence de Ronald Coase, recruté en 1964 à l'école de droit comme professeur d'économie, et la convergence avec la théorie du *Public Choice* qui développera une théorie des défaillances de l'Etat et de la capture de la réglementation (Breit, 1987), donnèrent à l'Ecole de Chicago sa forme canonique⁶.

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 Richard Posner : *Economic Analysis of Law*⁷. Désormais, avec la présence de Coase et Posner, le champ des relations entre le droit et l'économie allait rapidement dépasser le cadre de l'antitrust et de la régulation. Posner 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. Notamment grâce aux travaux de Posner, la *Law and Economics* pouvait être appropriée par les juristes praticiens.

1.1.2. La diffusion de la *Law and Economics* chicagoéenne

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* pénétrera, d'abord timidement, puis plus franchement, dans les départements d'économie. Dans les années 1990, la recherche en microéconomie s'appropriera les perspectives 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, la *Law and Economics* a pu agréger des individus et des universités qui ne partageaient pas forcément l'orientation pro-marché de Chicago. Le mouvement a pu séduire des économistes avides de terrains originaux et de recherches empiriques et des juristes-économistes désireux de renouveler les méthodes d'interprétation du droit et de la prise de décision judiciaire. Le mouvement s'est prolongé, dans les *Law Schools*, au travers de l'application littéraire de concepts économiques, appuyée de façon croissante par le recrutement d'économistes appliqués. En dépit des différences de méthodes, les lieux de rencontre entre les deux communautés académiques, économistes et juristes-économistes, persistent à l'instar des colloques annuels de l'Association américaine de *Law and Economics*.

⁶ Le *Public Choice Center* de Gordon Tullock and James Buchanan s'installa plus tard à George Mason University (GMU) (Manne, 2006, p.323) où comme nous le verrons Henry Manne joua un rôle déterminant dans la diffusion de la *Law and Economics* auprès des juristes tant académiques que praticiens. Voir notamment, le volume 10(3) du *Journal of Law, Economics & Policy* publiant en 2014 les actes d'un colloque sur l'apport spécifique de GMU.

⁷ Posner a rejoint l'Université de Chicago à la fin des années soixante. Il fut, après des études à Yale et à Harvard, *Clerk* du juge Brennan à la Cour suprême puis travailla dans le cabinet du *Solicitor General* au *Department of Justice*, où il s'occupait des questions d'antitrust. En 1968, il a rejoint la Stanford Law School où il a rencontré Director qui, après sa retraite, avait rejoint la Hoover Institution en 1965, ainsi que George Stigler, alors professeur invité (Teles, 2008, p.97). Posner fut recruté par la *Law School* de Chicago en 1969. Il fut nommé en 1981 juge à la Cour d'appel fédérale du Septième Circuit, cour qu'il ne quitta qu'en septembre 2017. 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. Ce dernier, professeur à Yale Law School, fut le premier à analyser le droit de la responsabilité délictuelle sous l'angle de l'allocation des coûts entre les parties à une activité créatrice de dommages et à questionnant ainsi les conséquences sur la distribution des richesses.

Selon Kwak (2018), la *Law and economics* des juristes-économistes « donnait toute sa confiance, parfois de manière naïve, au modèle concurrentiel et tendait à élaborer des analyses qui avaient des implications conservatrices en termes de politiques publiques » (Kwak, 2018, p.46, notre trad.). Au fond, l'économie dont il est question est celle de marchés concurrentiels devant générer des résultats socialement optimaux. Dans ce cadre, sur la base des signaux de prix, les ressources rares sont allouées à leur usage le plus productif. La simplicité de ce raisonnement économique lui permet d'emporter bien plus aisément la conviction des acteurs de la régulation et des hommes politiques que des approches d'économie industrielle basées sur le recours à la théorie des jeux qui ne peuvent prétendre au même niveau de généralité et d'opposabilité aux tiers (Giocoli, 2015, 2017).

La diffusion de *Law and Economics* vers les praticiens pourrait être envisagée selon une grille de lecture forgée par Hayek (1949). Les fondateurs de l'École de Chicago ont agi comme des « intellectuels » plus que comme des « experts ». Les premiers ont pour mission de transformer des idées générales sur le type d'organisation sociale souhaitable (l'interventionnisme ou le libéralisme) en croyances largement répandues, sans pour autant être compétents sur les mécanismes et les institutions concrets, laissés aux « experts » (Hayek, 1949, p. 374). Il s'agit donc de passer de la sphère académique à la sphère judiciaire. Si la puissance et la réputation du foyer initial de l'Université de Chicago ont été des forces majeures de la diffusion du mouvement dans le paysage académique américain, les idées portées par le mouvement se sont également diffusées au sein des *Law Schools* au travers de financements privés.

1.2. L'effet structurant de fondations conservatrices

La prise en compte du contexte américain est fondamentale, pour saisir les liens entre les fondations privées, établies par de grands capitaines d'industrie (Carnegie, Rockefeller, Ford...) au passage du 19^{ème} au 20^{ème} siècle et le monde académique. Marquées par un universalisme philanthropique, ces fondations ont été analysées par Tournès (2007) comme « la réponse donnée par les industriels américains à la contradiction entre la nécessité... de réguler les inégalités sociales nées de l'industrialisation, et leur réticence à faire endosser cette régulation par une puissance publique supposée liberticide » (Tournès, 2007, p.177). Outre des fondations à dimension internationale et cherchant à gagner les élites européennes à la cause de la libre entreprise telle la fondation Rockefeller, d'autres ont eu une orientation strictement domestique. C'est le cas de la fondation Olin⁸ qui joua un rôle déterminant dans le développement de la *Law and Economics*. 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 guerre mondiale, promouvant une concurrence libre et une limitation de l'intervention publique⁹. Si ces fondations visaient le même objectif, leurs stratégies différaient entre elles. Alors que la fondation Olin a privilégié l'action en direction des futures élites (1.2.1.), d'autres fondations ont eu des cibles plus larges (1.2.2.).

1.2.1. Le cas de la fondation Olin

La fondation Olin a fortement soutenu financièrement le développement de *Law and Economics*, surtout en direction des *Law Schools* d'élite. Son objectif était sa diffusion auprès de juristes appelés à accéder à des positions d'influence, dans le monde académique ou au sein d'instances de régulation (prioritairement les cours fédérales, à côté des agences fédérales comme la Securities and Exchange Commission ou la Federal Trade Commission).

La fondation était initialement tournée vers l'Université Cornell dont Olin était membre du *board of trustees* de 1954 à 1966 (Teles, 2008, p. 183). Elle s'orienta vers la promotion de la *Law and Economics* dans les universités et les *Law Schools* d'élite, afin notamment de contrecarrer l'influence alors dominante chez

⁸ John M. Olin était un chef d'entreprise qui opérait dans la chimie et les armements. Sa fondation, créée en 1953, fut dissoute en 2005.

⁹ 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*.

les juristes des idées progressistes. Ceux-ci défendaient l'intervention de l'Etat, la redistribution des richesses, la montée en puissance des autorités de régulation, et un contrôle judiciaire minimal de la législation économique mais particulièrement strict en matière de respect des droits civiques (Hovenkamp, 2015, p. 655)¹⁰.

Un compte-rendu d'une réunion du *board of trustees* de la fondation, en date du 5 juillet 1979, caractérise ses objectifs : « Ce dont nous avons besoin, ... c'est de repérer les institutions et les individus dotés de la qualité de leader qui sont désireux de mettre en place des centres d'étude de l'économie du marché libre, y compris des centres promouvant des approches interdisciplinaires » (cité par Teles, 2008, p. 184 – notre trad.). 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 l'université de Virginie, à Berkeley, ou encore à Stanford.

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 (voir le tableau 1 en annexe)¹¹. Ils 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.

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 University). Celles-ci occupent cependant une place particulière dans la diffusion de la *Law and Economics*. Il convient en effet, de rappeler que 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. Nous verrons, dans notre seconde section, que Henry Manne, au-delà même de son excellence académique, réunissait ces trois qualités (Teles, 2008, p.108).

1.2.2. L'engagement d'autres fondations

Comme précisé plus haut, l'intervention de la fondation Olin n'est pas un cas isolé dans la contre-offensive contre l'interventionnisme étatique. Le cas du financement d'une seconde initiative de Hayek est particulièrement intéressant à considérer : la Société du Mont Pèlerin.

Outre le Volker Fund déjà cité pour le financement du programme monté à l'Université de Chicago, la *Foundation for Economic Education* (FEE) et l'*American Enterprise Association*¹² (AEA), s'engagèrent dans un soutien actif à la Société du Mont-Pèlerin¹³. Pour reprendre les termes de Phillips-Fein (2009), « une petite communauté d'hommes d'affaires influents qui avaient été des ardents opposants au New Deal au cours des années 1930 avaient poursuivi leur travail politique dans les années 1940, 1950 et au-delà » (Phillips-Fein, 2009, p.281, notre trad.). Celle-ci s'engagea dans la promotion aux Etats-Unis des idées de Friedrich

¹⁰ La Harvard Law School qui a été longtemps le foyer des *Critical Legal Studies*, sous la houlette du professeur de droit Duncan Kennedy, était un objectif clairement visé par la fondation Olin au milieu des années 1980 (Teles, 2008, p. 192-199). Les initiatives de la fondation Olin n'étaient pas isolées en la matière. 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 également en relief de mêmes efforts pour contrebalancer l'hégémonie des enseignants libéraux (au sens américain du terme).

¹¹ 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. En 1991 : Fordham. En 1992 : Cornell. En 2000 : Michigan University.

¹² L'AEA sera ultérieurement renommée l'American Enterprise Institute.

¹³ 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 l'université de Chicago (Van Horn and Mirowski, 2009, p. 159).

Hayek, tout comme celles de Ludwig von Mises, dont le poste à la New York University était également financé par le Volker Fund.

Selon Phillips-Fein (2009), l'engagement des fondations et *think-tanks* comme la FEE et l'AEA visait moins, au départ, les milieux académiques que les journalistes et les hommes politiques, voire le grand public. A ce titre, le soutien accordé à la Société du Mont Pèlerin marqua une inflexion dans leur engagement, promue par un ancien dirigeant de la firme DuPont Chemical, Jasper Crane, qui soutint la première réunion américaine de la Société à Princeton en 1958, en tant que *trustee* de la FEE (Phillips-Fein, 2009, p. 282). Pour autant, 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 : Frank Knight et Walter Lippman eux-mêmes furent suspectés de sympathie pour les idées socialistes ; il en fut de même pour Henry Simons (Phillips-Fein, 2009, p. 287). Symétriquement, 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 exemptes de tensions, Hayek écrivit, dans *The Constitution of Liberty*, que: « le leadership d'individus ou de groupes en mesure de donner une assise financière à leurs convictions est particulièrement essentiel dans les domaines de la culture, des beaux-arts, de l'enseignement et la recherche, de la préservation de la beauté de la nature et des trésors historiques, et, par-dessus tout, de la propagation de nouvelles idées politiques, morales et religieuses » (Hayek, 1960, p. 125, nous soulignons, notre trad.). Mettant l'accent, dans le même texte, sur 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 (2009, p. 297), aux « riches iconoclastes » apportant leur soutien financier pour transformer les idées alors minoritaires en faveur du libéralisme en idées majoritaires.

Il importe à cet égard de souligner l'ampleur des réseaux de financeurs individuels de la première conférence de la Société du Mont Pèlerin à être organisée Etats-Unis, en l'espèce à Princeton. Cette conférence obtint un financement de Grede Foundries, via son président, William Grede, membre de la John Birch Society, de la petite fondation conservatrice Reim Foundation, et du financier new-yorkais Jeremiah Milbank (Phillips-Fein, 2009, p. 292).

Il convient d'ajouter à ce tableau le financement de centres de recherche telle la Hoover Institution, basée à Stanford¹⁴ qui permit notamment la rencontre entre Aaron Director et Richard Posner dans les années soixante. En définitive, ces soutiens permirent de structurer un champ académique mais également de permettre la diffusion de son approche auprès des élites juridiques et administratives notamment au travers des programmes de formation.

2. TRANSFORMER LES MANIERES DE JUGER ET CONTRER LA REGULATION PUBLIQUE

Notre seconde section traite du processus de diffusion de la *Law and Economics* (2.1) et de ses effets, appréciés au travers de quelques résultats dégagés par la littérature académique (2.2).

2.1. La diffusion de la *Law and Economics* au travers de deux trajectoires individuelles : Henri Manne et Robert Bork

¹⁴ Cette dernière publie, sur site internet, ses principes directeurs: « 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. »

L'analyse de la diffusion de la *Law and Economics* peut passer par l'analyse des parcours de deux universitaires majeurs : Henry Manne (1928-2015) et Robert Bork (1927-2012). Le premier fut un "entrepreneur organisationnel" (Teles, 2008) notamment à l'origine de la nouvelle *Law School* de George Mason University (GMU). Son parcours est d'autant plus intéressant qu'il donna une impulsion significative au mouvement en termes d'influence sur les juges et eut une dimension académique discrète mais déterminante en confortant la connexion avec l'école du *Public Choice*. Le second acteur est Robert Bork. Formé à Chicago, ce dernier devint une des figures de proue de la pratique et de la théorisation des conceptions chicogoennes de l'antitrust. Il les mit de surcroît en œuvre en tant que juge fédéral. La voie suivie par Manne a consisté à promouvoir les conceptions de la *Law and Economics* auprès des juges (a) ; celle de Bork a consisté à théoriser en tant qu'universitaire et à mettre en œuvre en tant que juge une version chicogoenne de l'antitrust (b). Bien qu'ayant suivi des trajectoires professionnelles différentes, les deux juristes se connaissaient bien : condisciples à la *Law School* de Chicago pendant leurs études, ils furent les élèves de Director. Devenu doyen de la *Law School* de GMU, Manne procéda au recrutement de Bork comme Professeur chargé du cours de droit constitutionnel (Zywicki, 2015).

2.1.1. Influencer les professeurs de droit, puis les juges : les programmes de formation d'Henry Manne

Henry Manne fut désigné par l'un de ses pairs comme l'un des « apôtres »¹⁵ de la *Law and Economics*. Moins connu que Richard Posner, il a néanmoins eu une influence de grande ampleur sur les conceptions économiques des juges. Celle-ci s'est incarnée dans ses contributions académiques – déterminantes – mais aussi par ses réalisations institutionnelles (Buttler, 1999 ; Huffman, 2018). Il a en effet marqué de son empreinte le champ de la *Law and Economics* au travers de ses capacités de « network entrepreneur » (Rubin, 1999).

Après des études de mathématiques et d'économie à Vanderbilt University (Memphis;Tennessee), il a rejoint la Chicago *Law School* et est devenu juriste de profession et de pratique. Pendant ses études à Vanderbilt, il a lu le livre célèbre de Berle et Means (« The Modern Corporation and Private Property ») et l'a considéré comme un « repoussoir » (Liberty Fund, 2006, chapitre 3) : Manne s'emploiera à montrer que si les grandes firmes étaient telles Berle et Means les décrivent, « le système ne pourrait pas marcher. Le système fonctionne parce que le marché financier discipline les managers » (Liberty Fund, 2006, chapitre 7) : Pour Manne, le « market for control » empêche les managers de prendre le contrôle des sociétés de capitaux.

À Chicago, il a suivi un cours que Director et Levi assuraient en commun, ainsi qu'un cours de Hayek (Liberty Fund, 2006, chapitre 5). Henry Manne s'est spécialisé en droit des sociétés. Il avait proposé de reconsidérer la sanctions des délits d'initié. Sur la base d'une théorie de l'information à la base d'un fonctionnement efficace des marchés, il a montré que l'usage d'informations d'initiés pourrait être collectivement efficace et pourrait de ce fait, elle peut être considérée comme une utilisation légitime de l'information financière par ses détenteurs ; ses effets pro-efficience tiennent à ce qu'elle contribue à diffuser cette information sur le marché (Manne, 1966). Selon Perino (2019), Manne estimait que « la SEC s'est engagée dans une mission chimérique qui ne peut que porter préjudice au fonctionnement des marchés du capital » (Perino, 2019, p. 952, notre trad.)¹⁶. 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 chicogoennes et sur des bases virginiennes. Sur le versant chicogoéen, l'interdiction d'utiliser de telles informations était vue comme de nature à dissuader les investissements dans leur acquisition. Elle 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).

¹⁵ 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 ».

¹⁶ Ses critiques adressées à la SEC sont peut-être à mettre en rapport avec l'accueil glacial que cette dernière avait réservé au livre « Inside Trading » qu'il avait envoyé à la SEC pour une recension. Les instances dirigeantes de la SEC auraient interdit à ses membres de citer le livre de Manne (Liberty Fund, 2006, chapitre 7, 49^{ème} minute)

Au-delà de ses apports académiques, Manne dirigea, pendant une vingtaine d'années, un programme intitulé « Economics Institute for the Federal Judges » dont il fut l'initiateur. Ce programme s'est maintenu en dépit de sa mobilité professionnelle¹⁷ ; au fil de ses changements de position académique, il le transporta en effet avec lui d'université en université. Il lança le programme alors qu'il était professeur à l'Université de Rochester, où il créa le *Law and Economics Center* (LEC). Dans un hommage à Manne après son décès en 2015, Richard Epstein rappelle qu'il a trouvé à Rochester « une université forte avec des valeurs économiques conservatrices » (« *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, notre trad.). Il put également y bénéficier de financement d'entreprises¹⁸. Le Liberty Fund assura le financement initial des conférences organisées par le LEC et dans lesquelles sont intervenus, entre autres, Coase, Becker, Alchian, Demsetz... A partir de 1985, la fondation Olin prit le relai de ces financements¹⁹.

Par la suite recruté par l'Université de Miami en 1974 puis par celle d'Emory, il « transporta » avec lui à la fois le LEC et le programme de formation des juges qui avait été préfiguré à Rochester par des cours d'économie pour les professeurs de droit²⁰, qui a existé pendant 25 ans et était animé, outre Manne, par Coase et Friedman (Liberty Fund, 2006)²¹. C'est finalement à la GMU que ses réalisations prirent toute leur ampleur.

Au milieu des années 1980, la GMU souhaitait redynamiser sa *Law School*. Selon le témoignage de Manne (2006) la présidence de l'université prit contact (via Gordon Tullock) avec lui et lui donna carte blanche pour établir la première école de droit directement dédiée à la *Law and Economics*²². En 1986, il arriva à la GMU en tant que Doyen de la *Law School*. Il recruta, avec le bénéfice du *fellowship* de la fondation Olin, des titulaires de PhD en économie et des juristes engagés dans cette orientation²³. Comme le relève Huffman (2018) : « Henry Manne a entrepris de structurer le programme de formation autour de l'analyse économique du droit. Il attendait des enseignants en fonction qu'ils aient, ou comptent développer, la capacité à comprendre l'analyse économique, et de nouveaux enseignants furent recrutés sur la base de leurs compétences en économie » (Huffman, 2018, p. 261 - notre trad.).

Au-delà de la restructuration du cursus juridique à GMU²⁴, 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

¹⁷ Ce programme existe toujours au sein du *Law and Economics Center* de GMU dans le cadre de l'*Antonin Scalia Law School*.

¹⁸ «The program at Rochester was funded by ten or twelve large corporations, most of which were concerned about antitrust matters» (Manne, 2006, p.315). Butler (1999, p. 354) rapporte qu'on parlait de « Pareto in the Pines » pour les cours pour juristes à Rochester, puis de « Pareto in the Palms » lorsque Manne a rejoint l'université de Miami. .

¹⁹ Ces séminaires furent financés par le Liberty Fund de 1975 à 1985 (Manne, 2006, p.318).

²⁰ Henry Manne avait déjà mis en place dès 1970 un *Law and Economics Summer Camp* pour les professeurs de droit (Huffman, 2018).

²¹ L'interview de Manne contenue dans le CD-ROM du Liberty Fund donne des indications intéressantes dans son chapitre 9 (à la 58^{ème} minute) consacré à *Law and Economics* : 650 professeurs ont suivi le programme « avec enthousiasme ». Manne organisait ses cours dans un « topic » intitulé « Liberty » : il y enseignait l'économie et ses implications normatives : economics of free market, property right, private ownership et liberty of contracts. Malheureusement il ne donne pas de précisions sur les cours de Coase et Friedman.

²² Selon Henry Manne (2006, p.323): «Neither Miami nor Emory could possibly have secured the faculty cooperation necessary to change the nature of its law school, and there seemed to be no logical successor to Chicago as a law school that would be heavily and exclusively focused on the law and economics paradigm».

²³ Cette transformation du corps enseignant même de la *Law School* de GMU est présentée par Manne (2006, pp.324-326).

²⁴ « (...) 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)

Alchian assurait l'essentiel des leçons, à savoir : « Competition, Demand, Exchange » ; « Price and Markets, Information Costs » ; « Capital Values, Future Yields, Interest » ; « Production » ; « Pricing and Unemployment ». De l'aveu même de Henry Manne, la théorie des droits de propriété, élaborée par Armen Alchian a eu une influence particulièrement structurante, à la fois sur lui-même²⁵ et sur d'autres professeurs de droit : « le grand nombre de professeurs de droit qui ont été initiés à l'économie y sont venus, fondamentalement, avec l'approche des droits de propriété d'Alchian » (Kitch, 1983, p. 228, notre trad.).

Butler assurait le cours sur « The Modern Corporation » (avec, comme matériaux pédagogiques, des articles d'Alchian et de Fama et Jensen). Un ancien auditeur des Liberty Funds Conferences, du Law and Economics Center et ancien élève de Coase, Buchanan et Tullock en Virginie, Charles Goetz, assurait les cours « Price takers, Price Searchers », « Competitive and Monopoly Makers » et « Law and Economics »²⁶. Samuelson assurait deux cours : « Stochastic Processes » et « Economics of Comparative Advantage ». Un économiste du travail de Princeton, Orley Ashenfelter donnait un cours de « Statistical Inference ». En 1998, il fondera avec Richard Posner, l'*American Law and Economics Review* dont il fut rédacteur en chef jusqu'en 2005.

D'après Butler (1999), 40% des juges fédéraux américains actifs dans les années 1990 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 les 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 Chief Judge of the D.C. Circuit, Douglas Ginsburg, qui figure parmi les auditeurs du programme de formation des juges à l'économie avait déjà, dans le passé, suivi une session de formation à l'économie pour les professeurs de droit, alors qu'il enseignait à Harvard. Il en est allé de même pour 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 *Law Schools* d'élite ont non seulement suivi les programmes de formation à l'économie de Manne en tant qu'universitaires mais aussi comme juges fédéraux. Enfin, deux juges à la Cour suprême des Etats-Unis ont suivi le programme développé par Henry Manne : Ruth Bader Ginsburg et Clarence Thomas. 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.). La même critique envers la *Law and Economics* se retrouvait déjà sous la plume de Mitchell Polinsky, dans une recension de la première édition de l'*Economic Analysis of Law* de Richard Posner. Polinsky signalait que le modèle de Posner ne fonctionnait qu'avec une série d'hypothèses restrictives, et qu'il n'insistait pas suffisamment dessus, d'où le danger que « des lecteurs pas pleinement avertis de ces limites puissent accepter ses conclusions telles quelles voire extrapoler son analyse pour tirer des conclusions qu'en réalité rien ne permet de tirer » (Polinsky, 1974, p. 1680 – notre trad.).

Au-delà même des évaluations des effets de ces formations sur la pratique décisionnelle des juges (Ash et al., 2018), il apparaît à tout le moins, comme le note James Huffman (2018), « qu'il ne fait aucun doute qu'il a élargi les horizons intellectuels de nombre de juges qui n'avaient jamais rencontré l'économie formelle » (Huffman, 2018, p. 262, notre trad.). Pour Henry Manne lui-même, « le programme pour les juges a eu des effets très significatifs, même si je pense qu'ils n'étaient pas particulièrement ceux que les fondations qui nous finançaient espéraient » (Manne, 2006, p.321, notre trad.).

²⁵ Manne, dans une conférence donnée pour le 10ème anniversaire de la revue qu'il avait fondée à GMU, le *Journal of Law, Economics and Policy*, insistait sur l'importance qu'a eu pour lui manuel d'Armen Alchian (sans le citer, il s'agit très certainement de *University Economics*) au regard du « genre d'économie » qu'il entendait développer à la Law School. (George Mason University School of Law (2014)).

²⁶ Goetz 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).

Ces programmes suscitèrent une polémique portée par le *Washington Post* en 1980, les dénonçant comme participant d'une stratégie de *brainwashing* destinée aux juges fédéraux (Manne, 2006, p.320). Nous verrons plus loin que leurs effets ont récemment fait l'objet d'une estimation économétrique.

2.1.2. Robert Bork : mettre en œuvre l'antitrust dans un cadre chicagôien

Robert Bork joua un rôle déterminant dans la diffusion de la *Law and Economics* dans la sphère judiciaire tant par ses contributions académiques de premier plan que par ses activités dans les sphères juridiques et administratives. Il fut pour autant une personnalité qui ne faisait pas consensus dans les milieux politiques, au regard des orientations qu'il entendait donner à la Cour suprême à laquelle, à deux reprises, il ne put accéder.

Les écrits de Robert Bork ont exercé une grande influence sur la pratique de l'antitrust par les cours fédérales américaines. Alors que les restrictions verticales étaient alors considérées *per se* comme illégales par les tribunaux fédéraux, Bork y voyait des formes d'organisation efficaces économiquement, invitant les autorités antitrust à les considérer au cas par cas, en prenant garde à en estimer les effets positifs sur les consommateurs²⁷. Réinterprétant le *Sherman Act* (1890), il y voyait une orientation en faveur du bien-être du consommateur²⁸. 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 entreprises²⁹.

Au-delà de cette réduction du *Sherman Act* au seul critère du bien-être du consommateur, Bork considère que des gains d'efficacité 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. Bork estime que la plupart des stratégies de marché oligopolistiques n'existent pas ailleurs que dans les traités d'économie. La politique antitrust n'a pas à se préoccuper d'autres choses que des cartels, des fusions horizontales qui pourraient conduire à l'apparition d'une structure de marché de monopole ou, dans des conditions très restrictives, des stratégies de forclusion (Pitofsky, 1987).

La carrière professionnelle de Bork est intéressante à décrypter, tant pour les fonctions qu'il a occupées que pour celles qu'il n'a finalement pas pu exercer. Après l'obtention de son doctorat en droit à Chicago, où Aaron Director fut son professeur, il exerça la profession d'avocat puis enseigna à la *Law School* de Yale avant de rejoindre le *Department of Justice* comme avocat général (*Solicitor General*) de 1973 à 1977. 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. Alors que le président Reagan proposa de le nommer à la Cour suprême, le Congrès lui barra la route. La nomination de Robert Bork fut rejetée par le comité aux affaires judiciaires du Sénat notamment sur base de ces travaux académiques sur l'Antitrust³⁰.

La prise en considération de ses écrits académiques et de sa pratique passée en tant que juge vaut qu'on s'y arrête en ce qu'elle met en exergue les enjeux de l'application de la pensée chicagôienne tels qu'ils

²⁷ 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.

²⁸ 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 dès le milieu des années soixante par Bork bien avant la publication de son *Antitrust Paradox*.

²⁹ Bork résumait dans ces termes l'évolution de la pratique de l'antitrust par les tribunaux fédéraux : « antitrust has moved a long way in the direction urged by this book... Today, antitrust has been downsized. It is merely law, not a farrago of leftist political and sociological propositions » (Bork, 1993, pp. ix, x).

³⁰ Les raisons en sont nombreuses, au-delà de la politique antitrust. Signalons par exemple son implication, lorsqu'il était n°3 du *Department of Justice*, dans le renvoi du procureur spécial nommé par le Congrès pour enquêter sur l'affaire du *Watergate*, ainsi que son conservatisme social.

étaient perçus aux Etats-Unis sous la présidence Reagan. Le rapport du comité du Sénat (U.S. Senate, 1987) apporte un éclairage particulièrement intéressant sur la façon dont les écrits et la pratique de Robert Bork en tant que juge fédéral étaient vus dans la seconde moitié des années quatre-vingt.

Sa nomination fut dénoncée comme pouvant mettre en cause l'effectivité de la politique antitrust dans le sens d'un *under enforcement*³¹. Le Sénat (U.S. Senate, 1987, p.6257) le présenta comme « un militant de droite dans le champ de l'antitrust, prêt et désireux de substituer ses conceptions à l'histoire de la législation et des précédents, afin de réaliser ses objectifs idéologiques » (notre trad.). Le comité du Sénat considérait que sa nomination risquait de conduire à une pratique décisionnelle indument restrictive pour laquelle l'efficacité était le seul but du Sherman Act. Il soulignait que ses vues étaient incohérentes avec la pratique décisionnelle de la Cour Suprême en matière d'Antitrust (p.6258) et lui reprochait des prises de positions pour le moins véhémentes quant aux décisions passées de la Cour en matière d'Antitrust (US Senate, 1987, p.6261). Ce dernier point ne doit pas être tenu pour anecdotique. Avant que la pratique décisionnelle américaine en matière d'antitrust n'épouse des prescriptions proches de celles de l'Ecole de Chicago, les auteurs de cette même école exprimaient des critiques quant aux arrêts de la Cour Suprême dans des termes particulièrement durs. Le comité du Sénat s'appuya par exemple sur son *Antitrust Paradox* dans lequel il qualifiait la pratique décisionnelle de la Cour de *mindless law* (Bork, 1978, p.41).

2.2. Des pratiques de juger transformées

L'influence des débats académiques sur les pratiques judiciaires ne va cependant pas d'elle-même. 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 « à l'exception de l'analyse économique du droit ». L'influence de la *Law and Economics* fut en effet réelle. Elle passa par deux canaux principaux, à savoir les entreprises de conseil et les carrières administratives de certains de ses figures de proue (a), la formation des juges, notamment au travers des programmes montés par Henry Manne (b). Des travaux ont porté sur les liens entre une sensibilisation aux concepts et aux outils de la *Law and Economics* des juristes praticiens et des décisions plus favorables aux entreprises. Nous illustrons ces derniers au travers des travaux de Ash et al. (2018) et de Ginsburg et Owings (2014). Le juge Ginsburg suivit lui-même, comme nous l'avons vu, les programmes mis en place par Henry Manne. Le travail d'Ash et al. évalue l'influence de la *Law and Economics* sur les décisions de justice, en prenant comme l'une des variables explicatives, la participation passée du juge concerné à ce même programme.

2.2.1. Du conseil aux politiques publiques

Si les expériences de Robert Bork ou de Richard Posner témoignent de l'imbrication possible entre carrières judiciaires et carrières académiques, un autre canal de transmission des résultats de la recherche académique vers les politiques ou la décision publique tient à la création de structures de conseil. Un exemple particulièrement emblématique est la création par Richard Posner en 1977, d'un cabinet entièrement orienté vers la mise en pratique de la *Law and Economics* : Lexecon, rachetée en 2008 par Compass. La société associait Richard Posner à un de ses plus importants coauteurs, William Landes, à Andrew Rosenfeld, futur professeur à l'école de droit de Chicago, qui était alors un de leurs étudiants, et enfin à William Baxter, professeur de droit et ancien collègue de Richard Posner à Stanford. Il s'agissait dans le cadre d'un *Law Office* de fournir une expertise économique aux parties impliquées dans des contentieux en matière de concurrence ou de régulation (Landes, 1997, p.18).

La trajectoire de William Baxter est particulièrement intéressante. Il fut par la suite 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 fut rendu dans le cadre d'un colloque à Stanford, Posner (1999) dit de lui qu'il fut « le

³¹ “Even when examined by comparison to other conservative critics of antitrust enforcement, his views are extreme” (US Senate, 1987, p.6257); “If confirmed Judge Bork seems likely to attempt to swing the Supreme Court (...) beyond (Antitrust) primary goal” (p.6259). “We will see the institutionalization of non-enforcement on the Federal level and gradual erosion of this enforcement by the States. The real victims of a Bork antitrust era on the Supreme Court will be consumers, small business entrepreneurs, and mid-sized corporations” (US Senate, 1987, p. 6261)).

premier responsable de la division antitrust à tourner fermement le dos aux piétés et schibboleths de la politique antitrust » (Posner, 1999, p. 1008 – notre trad)³².

Ses deux années à la tête de l'*Antitrust Division* furent marquées par l'abandon des poursuites contre IBM, le démantèlement d'AT&T (Schmalensee, 1999) et la publication en 1982 des nouvelles directives relatives aux fusions et acquisitions qui inaugurerent la possibilité d'une défense sur la base de l'efficacité. Comme l'indiquait Posner, sa direction « (...) a sans aucun doute opéré un virage dans la politique antitrust américaine, qui, avec la rupture de la grève des contrôleurs aériens, a été l'un des moments déterminants de l'administration Reagan » (*Ibid.*).

2.2.2. L'influence sur les décisions des juges

Comme noté précédemment, il fut très tôt reproché à la *Law and Economics* de favoriser des décisions *pro-business*. C'était par exemple déjà le cas dans l'analyse critique de la méthode de Posner par Ian Ayres et John J. Donohue (1987, p.812), pour lesquels le critère d'efficacité conduirait à un « économisme » favorisant une « plateforme conservatrice ». Deux contributions empiriques permettent d'illustrer la mesure de l'influence de la *Law and Economics* sur les manières de juger : celle d'Ash, Chen et Naidu (2018) et celle du juge Ginsburg (2014).

Ash, Chen et Naidu (2018) 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 utilisent 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'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* organisées par Henry Manne. Le second passe par une analyse textuelle des décisions elles-mêmes, mettant en exergue le vocabulaire propre à cette discipline. Leurs données recouvrent plus que 1,2 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, 50% des juges fédéraux entre 1976 et 1991, 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 liés à la régulation.

La deuxième contribution est signée par le juge Douglas H. Ginsburg 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*. Comme nous l'avons noté *supra*, Bork a déployé une intense critique d'une pratique activiste de l'antitrust et de son orientation structuraliste moins axé sur la défense du bien-être du consommateur que sur le maintien sur le marché des concurrents, notamment des petites entreprises.

La pratique décisionnelle des tribunaux s'est rapprochée des thèses de Bork et ce 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% des 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 (Solicitor General) des États-Unis 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).

³² « He was the first head of the antitrust division to turn his back firmly on the pieties and schibboleths of antitrust policy ».

Le biais *pro-business* découlant de l'influence de l'école de Chicago pourrait donc se vérifier empiriquement. En effet, comme l'écrit Hovenkamp (2018), de la fin des années soixante-dix aux années quatre-vingt-dix, « La Cour suprême a dévié à droite du chemin dans lequel le gouvernement gagnait à peu près tous ses procès antitrust, pour suivre une voie nettement plus favorable aux défendeurs » (i.e. aux entreprises, nda) (Hovenkamp, 2018, p.18 – notre trad.).

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 la capacité à *gagner des cas* est un élément essentiel de la carrière d'un juge, cette différence peut avoir quelque importance (Giocoli, 2015).

CONCLUSION

Le soutien à la diffusion de la *Law and Economics* par des fondations pro-marché au-delà du champ académique 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. Comme le notent Ash et al. (2018, p.2), la décision judiciaire repose à la fois sur un raisonnement rationnel mais également sur des heuristiques et principes de pensées. Ainsi, Kwak (2018) insiste à juste escient sur l'importance des idées et de leur clarté, notamment en l'occurrence, sur celle de la théorie des prix chicagóenne, 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, il revêt chez les juristes-économistes que nous avons évoqués *le charme des solutions simples et éprouvées* (Giocoli, 2015). Cette approche demeure un élément central de la pratique décisionnelle des juges, en particulier parce qu'il porte une heuristique simple à manier et dont les résultats sont opposables aux tiers (Giocoli, 2017).

L'analyse proposée par Hirschman et Popp Berman (2014) fait écho à plusieurs dimensions de l'institutionnalisation et de la diffusion de *Law and Economics*. Ces derniers soutiennent que, même si l'influence des économistes sur l'action publique dépend à la fois de circonstances locales et des structures sociales, elle 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 des fondations d'entreprise a d'abord visé au soutien de la diffusion d'un raisonnement économique réticent vis-à-vis de l'intervention publique, puis à celui de 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.

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

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

Source : http://rightweb.irc-online.org/profile/John_M.Olin_Foundation/)

RÉFÉRENCES

- Ash Elliott, Chen Daniel L. and Naidu Suresh, « Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice », *Working Paper*, 22 October, 2018.
- Baye Michael and Wright Joshua, « Is Antitrust too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals », *Journal of Law and Economics*, 54(1), 2011, p. 1-24.
- Bork Robert H., « Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act », *The Journal of Law & Economics*, 9, October 1966, p. 7-48.
- Bork Robert H., *The Antitrust Paradox*, New York: Free Press, 1978 (2^{ème} édition augmentée: 1993).
- Bougette Patrice, Deschamps Marc et Marty Frédéric, « When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law », *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June 2015, p.313-353.
- Bourre Robert « Réflexions autour de l'institutionnalisation des disciplines », *Communication*, vol 24/1, 2005, p. 1-22.
- Butler Henry, « The Manne Programs in Economics for Federal Judges », *Case Western Law Review*, 50, 1999, p. 351-401.
- Caldwell Bruce, « 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 (MA) : Cambridge University Press, 2011.
- Commons John R., « Law and Economics », *Yale Law Journal*, 34, 1925, p. 371-382.
- Cooter Robert and Kraus Jody, « The Measure of Law and Economics ». *Working Paper*, Berkeley School of Law, 2014.
- Donohue John J. III and Ayres Ian, « Posner's Symphony No. 3: Thinking About the Unthinkable », *Stanford Law Review*, vol 39, 1987, p. 791-812.
- Epstein Richard A., « Henry Manne – A Man to Remember », *The Independent Review*, 20(1), summer 2015, p. 127-131.
- Easterbrook Frank H. and Fischel Daniel R. , *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge (MA) : Harvard University Press, 1991.
- Ferey, Samuel, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles : Bruylant, coll. Droit & Economie, 2008.
- George Mason University School of Law, *JLEP Tenth Anniversary Symposium: Opening Remarks and Panel 1 - Armen Alchian*, 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=7Rye088-avQ> (consulté le 19 juin 2019)
- Ginsburg Douglas H. and Taylor M. Owings, « Since Bork », *Journal of Law, Economics & Policy*, 10 (3), 2014, p. 599-614.
- Giocoli Nicola, « Old lady charm: explaining the persistent appeal of Chicago antitrust », *Journal of Economic Methodology*, 22 (1), 2015, p.96-122.
- Giocoli Nicola, « Rejected! Antitrust Economists as Expert Witnesses in the Post-Daubert World », *Working Paper*, SSRN, 2017.
- Haddock David D. and Macey Jonathan R., « Regulation on Demand: A Private Interest Model, with an Application to Insider Trading », *Journal of Law and Economics*, 30 (2), October 1987, p.311-352.
- Harnay Sophie, « 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, 2015, p. 121-146.

- Harnay Sophie et Alain Marciano, *Posner-l'analyse économique du droit*, Paris : Michalon, coll. Le bien commun, 2003.
- Hayek Friedrich A., « The Intellectuals and Socialism », *University of Chicago Law Review*, vol. 16, spring 1949, p.417-433.
- Hayek Friedrich A., *The Constitution of Liberty*. Chicago University Press, 1960.
- Hirschman Daniel and Elizabeth Popp Berman, « Do economists make policies? On the political effects of economics », *Socio-Economic Review*, n°12, 2014, p. 779-811.
- Hovenkamp Herbert , « Progressive Legal Thought », *University of Pennsylvania Law School, Faculty Scholarship, 1816*. 2015, Disponible à l'adresse : https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2818&context=faculty_scholarship
- Hovenkamp Herbert, « Whatever Did Happen to Antitrust Movement? » *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper* 18-7, February 2018.
- Huffman James L., « Henry Manne's subtle but important influences on environmental law », *European Journal of Law and Economics*, n° 46, 2018 p. 261–270.
- Kirat Thierry et Marty Frédéric, « The Late Emerging Consensus Among American Economists on Antitrust Laws in the Second New Deal », *Cahier Scientifique du CIRANO*, 2019s-12, May 2019.
- Kitch Edmund W., « The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970 », *Journal of Law and Economics*, 26 (1), 1983, p. 163-234.
- Kwak James, « Law and Economicism », *Critical Analysis of Law*, volume 5, issue 1, 2018, p.39-59.
- Landes William M., « The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay », *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, Working Paper n°45, 1997.
- Liberty Fund, *A conversation with Henry Manne*, interview par Fred McChesney, The Intellectual Portrait Series, 2006 (CD ROM)
- Mackaay Ejan et Rousseau Stéphane, *Analyse économique du droit*, Montréal et Paris : Thémis- Presses Universitaires de France, 2008.
- Mahoney Paul G., « Scott and Goetz: The Collaboration That Transformed Contract Law », *Virginia Journal*, 6, 2003, p.12-23.
- Manne Henry G., *Insider Trading and the Stock Market*, New York, Free Press, 1966.
- Manne Henry G., « 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, 2006.
- Marty Frédéric et Kirat Thierry, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie », *Revue internationale de droit économique*, 2018/4, p. 471-498.
- Mercuro Nicholas and Medema Steven G, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997 (2^{ème} édition 2006).
- Mirowski, Philip and Plehwe Dieter (eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, 2009.
- Nik-Khah Edward and Van Horn Robert « The Ascendency of Chicago Neoliberalism », in Springer S., Birch K. and MacLeavy J.(eds), *The Handbook of Neoliberalism*, New York, Routledge, 2016, p.27-38.
- Perino Michael, « Lost History of Insider Trading ». *University of Illinois Law Review*, No 3, 2019, p. 951-1003.
- Phillips-Fein Kim, « Business Conservatives and the Mont Pèlerin Society », in Mirowski, Philip and Plehwe, Dieter (Eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, 2009, p. 280-301.
- Pitofsky Robert, *Testimony before the Committee on the Judiciary US Senate concerning confirmation hearings on Robert Bork*, 88-374 0-89-24, September 29th, 1987, p. 3443-3463.

- Pitofsky Robert, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Posner Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1973.
- Posner Richard A., « Introduction to Baxter Symposium », *Stanford Law Review*, 51, 1999, p. 1007-1010.
- Posner Richard A., *Reflections on Judging*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2013.
- Rubin Paul H., « Henry G. Manne, Network Entrepreneur », *Case Western Law Review*, 50, 1999, p. 333-339.
- Schmalensee Richard, « Bill Baxter in the Antitrust Arena. An economist's Appreciation », *Stanford Law Review*, 51(1), May 1999, p.1317-1332.
- Teles Steven M., *The Rise of the Conservative Legal Movement*, Princeton; Princeton University Press, 2008.
- Tournès Ludovic, « La fondation Rockefeller et la naissance de l'universalisme philanthropique américain », *Critique internationale*, 2007/2 n° 35, 2007, p. 173-197.
- U.S Senate, *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 1987.
- Van Horn Robert, « Hayek and the Chicago School », in Leeson Robert (Ed.), *Hayek: A Collaborative Biography*, Houndsmills, Basingstoke, Hampshire, and New York: Palgrave Macmillan, 2015, p 91-11.
- Van Horn Robert and Mirowski, Philip, « The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism », Mirowski, Philip. & Plehwe, Dieter (Eds), *The Road From Mont Pèlerin. The Making of Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009, p. 139-178.
- Zywicki Todd, « Henry Manne speaks on Alchian, Bork, and Buchanan and the intellectual history of George Mason Law School », *The Reason.com*, 2015 : <https://reason.com/2015/01/24/henry-manne-speaks-on-alchian/> (consulté le 19 juin 2019).