

# Préface

La pensée juridique de Xavier Dieux

par

BENOIT FRYDMAN

Xavier Dieux est le représentant de l'École de Bruxelles le plus brillant et le plus important de sa génération. Son œuvre juridique, publiée aux éditions Bruylant, présente à ce jour la forme d'un triptyque. L'essai sur *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, publié en 1995, en forme le premier volet. C'est une œuvre majeure qui attribue, de manière totalement convaincante, un nouveau fondement au droit des obligations, tant au niveau du droit des contrats que de la responsabilité. L'auteur imprime à la matière, dominée depuis le XIX<sup>e</sup> siècle par le subjectivisme de la volonté, un véritable renversement pragmatique. L'existence, la portée et le sens d'une obligation ne sont plus déterminés par l'intention de celui qui s'engage, telle qu'il faut essayer de la deviner en scrutant les indices de cette volonté, mais bien par les inférences que l'autre partie ou les tiers ont pu légitimement tirer de son comportement et de ses déclarations, voire de la situation, telles que ces inférences sont objectivées par le sens commun. De même, la faute se voit-elle complètement débarrassée de sa dimension étymologique de culpabilité (*culpa*) pour être désormais mesurée comme un écart par rapport à une norme objective de comportement, dont les tiers sont en droit d'attendre le respect. Plus qu'un principe général du droit, il s'agit d'une actualisation nécessaire de la théorie des obligations, dont l'auteur démontre de manière implacable, en revisitant systématiquement tous les grands problèmes et notions du droit des obligations, qu'elle rend bien mieux compte du droit positif que le modèle volontariste. Loin d'une discussion purement académique, le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui emporte d'importantes conséquences

pratiques, notamment au niveau du travail de la jurisprudence, dont la portée s'étend à toutes les branches du droit positif. On en trouvera un résumé et un approfondissement dans le présent recueil<sup>1</sup>.

Le *Traité des sociétés*, que les éditions Bruylant s'appêtent à publier d'ici quelques mois, représentera le deuxième volet majeur de cette œuvre. Nul doute que cet ouvrage très attendu apportera dans le domaine du droit des sociétés un renouvellement aussi profond et fondamental que l'essai sur les anticipations légitimes dans la matière des obligations. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux études reproduites dans le présent recueil qui remettent en cause, comme procédant d'un formalisme artificiel et coupé des réalités économiques, l'unité du concept de société, que tente de maintenir le législateur, et dénoncent les errements auxquels conduit la fiction entretenue par la vision romantique de *l'affectio societatis*<sup>2</sup>. Plutôt que de s'attacher à ces vieilles lunes, il s'agit de comprendre les bouleversements que la financiarisation de l'économie et l'émergence consécutive d'un droit financier entraînent dans la gouvernance des entreprises et de dessiner une ligne de partage qui permette de préserver du caractère invasif de certains concepts financiers les principes fondamentaux du droit des sociétés et au-delà du droit de l'entreprise et du droit commercial en général<sup>3</sup>.

Le présent volume intitulé *Droit, morale et marché* constitue le troisième volet de la série. Il ne s'agit cette fois ni d'un essai, ni d'un traité, mais d'un recueil qui réunit les articles et études majeurs publiés par Xavier Dieux depuis une trentaine d'années. Ce recueil, organisé de manière thématique, met à la portée du lecteur des textes importants et fréquemment cités, mais dispersés dans des livres et des revues parfois difficiles d'accès. Il lui permettra de se faire une idée assez complète des différents aspects de l'œuvre de Xavier Dieux et surtout de son unité de vue, qui se manifeste en dépit ou plutôt à la faveur des évolutions importantes qui ont affecté notre droit positif au cours de ces dernières décennies. Bien que ces études nous emmènent au cœur même du droit positif, de ses controverses et de ses péripéties et relèvent à ce titre de la meilleure doctrine, elles participent simultanément à la théorie et à la philosophie du droit, en tant que, sans jamais négliger la dimension technique des

1. Chap. 28.

2. Notamment chap. 8.

3. Voyez notamment le chap. 9 et les chap. 17 et s. Nous reviendrons sur cette question importante pour notre auteur dans la suite de cette introduction.

## PRÉFACE

questions traitées mais sans non plus se limiter à celle-ci, l'auteur s'attache à chaque fois, comme dans les deux autres volets de son œuvre, à saisir le nœud du problème traité et ses enjeux essentiels, nous dévoilant à cette occasion quelque chose de la réalité du droit, du sens de son évolution probable ou souhaitable et partant de ses propres convictions et de sa pensée juridique.

Autant dire que Xavier Dieux n'adopte pas du tout le « point de vue externe modéré »<sup>4</sup> pratiqué ou préconisé par une grande partie des autres courants de théorie du droit. Ceux-ci prétendent se situer à mi-chemin entre, d'une part, le point de vue souvent abstrait et parfois mal informé du philosophe qui réfléchit sur le droit et la justice « en général » et, d'autre part, le point de vue technique mais quelque peu myope de l'auteur de doctrine, qui a le nez sur ses codes et sur ses arrêts, sans autre objectif que de résoudre la question posée et donc sans distance critique par rapport à la dogmatique juridique et à l'état du droit positif. À la différence du point de vue externe modéré, l'auteur pratique ce que nous pourrions appeler un « point de vue interne réfléchi », si caractéristique de l'École de Bruxelles et du pragmatisme juridique<sup>5</sup>. Il s'agit de saisir, par la réflexion, au cœur même du droit positif et des controverses permanentes qui le font vivre, les conflits de valeurs qui le traversent et de définir les équilibres souhaitables afin d'en favoriser l'évolution tout en préservant sa fonction. Nulle séparation ni distance ici entre la théorie du droit et sa pratique. C'est précisément en tant que pratique que le droit révèle la théorie qui lui est propre. Xavier Dieux qui, outre ses enseignements de droit des obligations et des sociétés, a été l'initiateur et le premier titulaire du cours de théorie du droit à l'Université Libre de Bruxelles (U.L.B.), n'est pas le premier représentant de cette école à s'illustrer ainsi à la fois comme praticien du droit, comme auteur de doctrine et comme philosophe ou théoricien du droit. Henri De Page et Paul Foriers, entre autres, ont couvert ces différentes bases, quoique de manière plus segmentée. Jamais

4. L'expression, qui vient de H. Hart (*Le concept de droit*, Pub. Fac. St Louis, 2<sup>e</sup> éd., 1994), a été développée par F. OST et M. VANDEKERCHOVE, notamment dans *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Pub. Fac. St Louis, 2002, pp. 459 et s.

5. Sur l'École de Bruxelles, on peut lire notamment mon article « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in B. FRYDMAN et M. MEYER, *Chaim Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, pp. 229-246.

sans doute jusqu'ici, on n'aura si bien réussi à intégrer la dimension positive et la dimension réflexive.

Avant d'envisager les idées maîtresses qui ressortent des contributions réunies dans cet ouvrage, interrogeons-nous un instant, de manière plus générale, sur les influences philosophiques et théoriques qui ont pu nourrir la pensée juridique de notre auteur, telles que le commentateur croit pouvoir les déceler à la lecture de l'ouvrage lui-même. Une première référence qui vient naturellement à l'esprit nous renvoie vers Friedrich Hayek, peut-être parce que le titre *Droit, morale et marché* entre en résonance et rend comme un discret hommage au chef d'œuvre du maître autrichien de l'ordolibéralisme<sup>6</sup>. Il est clair que Xavier Dieux partage avec lui le goût et l'exigence morale de la liberté, ainsi qu'une conception du droit qui fixe le cadre dans lequel les individus libres pourront accomplir leurs projets, mais sans interférer dans ceux-ci ni prétendre dicter lui-même le projet. Xavier Dieux affirme ainsi, avec force et à plusieurs reprises, le caractère primordial de la liberté individuelle et de la liberté du commerce et de l'industrie, qui en constitue la déclinaison sur le plan économique, de même que son attachement à la force obligatoire des contrats<sup>7</sup>. Il critique en outre les empiètements excessifs d'une législation technocratique inutilement complexe et tatillonne à laquelle il préfère les bases simples, mieux assurées et plus solides du droit commun<sup>8</sup>, on y reviendra. Il condamne surtout toutes les tentatives pour enrégimenter les concepts juridiques au service d'un projet idéologique<sup>9</sup> ou d'un certain ordre moral dont on ferait des juges les gardiens<sup>10</sup> et

6. F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, P.U.F., coll. « Quadrige », 2007, 3 vol.

7. Notamment au chap. 23 où il exprime son scepticisme à l'égard de la notion de fraude à la loi et au chap. 24 où il montre que la théorie de l'imprévision n'est pas reçue dans notre droit. Voyez également le chap. 29 sur les grandes tendances du droit des obligations contemporain.

8. Notamment les fréquents appels à un retour au droit commun spécialement dans la 4<sup>e</sup> partie consacrée au droit des obligations.

9. Voyez notamment sa critique sans appel du mouvement du « nouvel ordre économique international » (chap. 6).

10. Cette conviction forte s'affirme à plusieurs reprises, notamment dans le chap. 25 sur les pouvoirs du juge des référés, mais surtout dans la critique ferme qu'il développe au chap. 23 à l'encontre de la conception de la bonne foi développée par notre collègue de l'U.L.B. Jean-François Romain, fondée sur une conception morale explicitement empruntée à Domat, et de la théorie de la fraude à la loi.

## PRÉFACE

défend ainsi avec conviction une conception neutre et profondément laïque du droit<sup>11</sup>.

Pour autant, ce serait déformer sa pensée juridique autant que la réduire que de faire de Xavier Dieux un disciple pur et dur de l'ordolibéralisme ou un libertarien de stricte obédience. Sa conception de la fonction sociale assumée par le droit est plus subtile et plus ambitieuse que le seul encadrement du marché et l'affirmation des libertés fondamentales. Les valeurs, les choix moraux et l'engagement, y jouent, en dépit du refus de tout ordre moral officiel ou imposé, un rôle important et d'ailleurs assumé, et l'auteur prend bien soin de se démarquer nettement d'un certain scepticisme post-moderne, qui prétend rompre tout lien entre le droit et la morale<sup>12</sup>. Sa conception de la mission du juriste s'inscrit dans une autre tradition théorique, qu'il revendique d'ailleurs dans l'ultime essai de ce recueil<sup>13</sup>, le mouvement de la *libre recherche scientifique*, dont l'École de Bruxelles constitue un prolongement, en même temps qu'un nouveau développement<sup>14</sup>. Inspiré par le grand jurisconsulte allemand Jhering<sup>15</sup>, le mouvement de la libre recherche s'est épanoui au tournant du xx<sup>e</sup> siècle en France, avec François GénY<sup>16</sup>, et immédiatement exporté notamment vers les États-Unis mais surtout en Belgique, où il a été embrassé avec enthousiasme et trouvé ses meilleurs disciples parmi les professeurs de l'U.L.B.<sup>17</sup>. Selon la libre

11. Voyez, spécialement au chap. 29 § 15, le refus tant des références religieuses que d'un appel à « la loi de l'honneur » au profit de références jugées plus neutres au « raisonnable » et au « sens commun ».

12. Voyez en particulier le débat engagé sur ce point tant avec les philosophes qu'avec les juristes dans les chap. 2 et 3.

13. Chap. 29, § 21.

14. Voyez sur ce point précisément mon étude précitée *Chaim Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles*.

15. R. VON JHERING, *L'Évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd., Paris, Chevalier-Maresq, 1901. – *La lutte pour le droit*, Maresq, 1890, réédition Dalloz, 2006.

16. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (2 vol.), Paris, L.G.D.J., 1919 (2<sup>e</sup> édition revue et mise au courant).

17. Notamment avec la thèse d'agrégation de Paul Vander Eycken, futur doyen de la Faculté (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906) et Henri De Page, en particulier avec ses essais *De l'interprétation des lois : contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence*, Bruxelles, Paris et Lausanne, 1925, [réédité chez Swinnen, Bruxelles, 1978] et *À propos du gouvernement des juges*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1931. Pour une présentation plus complète de l'École de la libre recherche, de ses origines, de ses thèses, de son influence aux États-Unis et en Belgique, le lecteur peut consulter mon livre *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2011, spécialement le chap. 7.

recherche, l'évolution du droit reflète l'évolution sociale et les conflits d'intérêts qui traversent et divisent la société. Le droit a pour mission d'arbitrer ces conflits en accompagnant le mouvement de la société et en découvrant, de manière créative, des solutions d'équilibre qui en préservent la cohésion. Cette conception, qui sans être par trop interventionniste et encore moins dirigiste, confère pourtant au droit un rôle qui va bien au-delà de la définition d'un cadre constitutionnel immuable, anime la démarche de l'auteur et éclaire l'ensemble du recueil et de l'œuvre. Ainsi, dans les toutes dernières lignes du livre, s'il met en évidence, après en avoir brossé une large fresque, « l'état de tension » qui caractérise le droit des obligations, ce n'est pas, contrairement à d'autres, pour s'en lamenter, mais plutôt pour s'en réjouir car « c'est la multiplicité des tensions qui animent le droit contemporain des obligations, l'absence d'unité, regretteront certains, qui en assure pourtant le dynamisme, sur la base des principes généraux en permanence "revisités" par la doctrine, au point qu'on a le sentiment que la jurisprudence est devenue aujourd'hui, en quelque sorte, plus réactive »<sup>18</sup>. Cette « lutte pour le droit », pour reprendre le concept fondateur de Jhering, ne se limite pas bien sûr au droit commun des obligations, mais affecte l'ensemble du champ juridique et notamment le droit économique, domaine de prédilection de notre auteur, qui met spécialement en exergue – nous y reviendrons car cette question occupe une place très importante dans l'ouvrage – la tension actuelle entre le droit des sociétés et le droit financier. Mais l'essentiel pour Xavier Dieux n'est pas tant, au contraire des tenants des *Critical legal studies*<sup>19</sup>, la mise en scène des tensions du droit positif et des contradictions sous-jacentes que celles-ci révèlent, que le mouvement vers l'avant provoqué par cette tension et la créativité qu'elle stimule chez les juristes. La doctrine remplit l'office de banc d'essai et de magasin où les praticiens et aussi les juges viennent s'outiller en vue des projets à mener et des problèmes à résoudre. Le droit fournit les matériaux qui permettent non seulement d'argumenter et d'articuler les positions divergentes et les conflits d'intérêts et de valeurs en justifiant les choix de manière raisonnable, mais aussi et surtout de développer, grâce aux ressources de l'ingénierie juridique, des constructions innovantes susceptibles d'accompagner les nouveaux besoins nés des développements de la vie économique, en

18. Chap. 29, § 29 *in fine*.

19. Voyez par exemple D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard U. P., 1997.

## PRÉFACE

même temps que d'aménager des positions d'équilibre qui sont indispensables pour les stabiliser et les sécuriser dans la durée<sup>20</sup>. Dans cette tâche, le juriste se montre cependant « réservé à l'égard des mutations [à caractère révolutionnaire] et soucieux des transitions en douceur, parce que sa science lui enseigne que les équilibres sociaux sont fragiles »<sup>21</sup>.

Cette conception dynamique et créative du droit et du travail du juriste, orientée vers la recherche pragmatique de solutions adaptées aux besoins et fondées sur les principes, s'inscrit dans la droite ligne de l'École de Bruxelles<sup>22</sup>. L'œuvre juridique de Xavier Dieux prolonge celles des illustres figures de l'École qui ont marqué de leur empreinte le droit privé, spécialement Henri De Page, Jean Van Ryn et Pierre Van Ommeslaghe, en particulier ces deux derniers avec qui il a étroitement collaboré tant sur le plan pratique que scientifique et aux écrits desquels il ne manque jamais de se référer. On ne peut que l'approuver lorsqu'il défend fièrement cette méthode, qui a porté tant de fruits – et quels fruits !, en mettant en garde contre la tentation conservatrice d'un retour vers la méthode exégétique, revendiquée par certains auteurs contemporains, que semble attirer le confort illusoire et souvent stérile d'un raisonnement centré sur le texte de la loi, éclairé uniquement par des considérations historiques et philologiques<sup>23</sup>.

Cette conception pragmatique dont nous venons d'esquisser sommairement les contours inspire la plupart des discussions qu'on lira dans cet ouvrage, nombre des solutions avancées ou soutenues, avec une rigueur et une clarté qui forcent souvent la conviction, ainsi que parfois certaines propositions de réformes, lorsque le recours au législateur apparaît vraiment inévitable. Elle éclaire en outre et permet de mieux saisir les idées maîtresses qui se dégagent de chacune des quatre parties du recueil.

La *première partie* traite de la théorie des sources du droit. Elle étudie, sous plusieurs de ses formes, notamment les normes comptables IFRS et les codes de conduite, le statut d'un nouveau type de normes, procédant de l'auto- ou de la co-régulation, c'est-à-dire émanant des milieux où la règle a vocation à s'appliquer, dont le

20. Voyez notamment en ce sens chap. 29, § 21.

21. Chap. 20, § 2.

22. Xavier Dieux a raison de se référer aux écrits de Van Ryn et Van Ommeslaghe comme caractéristiques de la démarche de la libre recherche (chap. 29, § 21, n. 99).

23. Chap. 29, § 21.

nombre, la diversité et l'emprise ne cessent de croître, et que l'on désigne souvent par le terme vague et peu éclairant de *soft law*. Xavier Dieux propose à cette occasion une actualisation et une révision majeure de la théorie des sources, qui se situe dans la droite ligne de la conception pragmatique du droit portée depuis un siècle par l'École de Bruxelles. L'École de Bruxelles a toujours en effet professé une conception ouverte et dynamique des sources du droit, reconnaissant dès l'abord un statut de source et un pouvoir créateur à la jurisprudence, tandis que les Français, y compris les tenants les plus en pointe de la libre recherche, ne parvenaient pas à sauter le pas<sup>24</sup>. La doctrine française est ainsi demeurée coincée dans une position légaliste, avec des conséquences néfastes sur l'évolution de la recherche et de l'enseignement du droit dans ce pays<sup>25</sup>. Mais l'École de Bruxelles a été plus loin en se ralliant à la conception « pluraliste » des sources du droit<sup>26</sup> et en apportant une contribution substantielle au développement du « pluralisme juridique »<sup>27</sup>. Bien plus, comme le rappelle Xavier Dieux<sup>28</sup>, Hermann Beckaert et, en droit économique, Van Ryn et Heenen, qui avaient identifié depuis longtemps ce phénomène de diversification et de privatisation des sources, considéraient que la vie sociale elle-même et la pratique sont les « sources réelles » du droit et un terrain fertile d'où émergent et prospèrent des créatures juridiques variées et vivaces. Les maîtres bruxellois en ont d'ailleurs étudié et cultivé maintes espèces dans les domaines du droit des contrats (innommés), des sûretés (issues de la pratique)<sup>29</sup>, du droit commercial et plus récemment du

24. Ainsi François Gény qui, au terme d'un très long examen de la question, refuse finalement le statut de source à la jurisprudence (*Méthodes d'interprétation et sources*, op. cit., t. II, §§ 145-150, pp. 29-56, spéc. et sans ambiguïté, p. 49).

25. *Le sens des lois*, op. cit., § 175 et les références citées note 228. Pour un bilan critique de l'enseignement du droit dans les facultés françaises, voyez le récent essai de Ch. JAMIN, *La cuisine du droit*, Lextenso, 2012.

26. Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 740.

27. Il faut mettre en évidence sur ce point l'importance de l'œuvre de Jacques Vanderlinden, autre grand professeur de l'U.L.B., qui a consacré de nombreux essais à cette question, que nous réunirons dans un recueil à paraître prochainement dans la collection « Penser le droit ».

28. Comme ne manque pas de le rappeler Xavier Dieux dans son avant-propos et au chap. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, avec mention des références à Beckaert et Van Ryn et Hennen.

29. Voyez notamment l'ouvrage collectif caractéristique de l'esprit bruxellois : *Les sûretés issues de la pratique*, Presses de l'Université de Bruxelles, 1983, issu des travaux de recherche menés au sein du centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B. en collaboration avec la Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international de Paris.

droit financier. À propos de ce dernier, Xavier Dieux observe ainsi que « comme toujours en régime d'économie libérale, la pratique a devancé le droit, en effet, et c'est elle qui a constitué la véritable source vive de la rénovation de celui-ci (...) »<sup>30</sup>.

Aujourd'hui, les nouvelles formes de régulation non étatiques ont acquis une position et une importance considérables, notamment dans le domaine économique et au niveau transnational, spécialement à la faveur du mouvement de globalisation de l'économie et de la finance. Cependant, nous explique Xavier Dieux, la théorie classique et la doctrine majoritaire, obéissant à « un réflexe conditionné par la culture positiviste classique »<sup>31</sup>, continuent d'enseigner que l'État souverain conserve le pouvoir discrétionnaire d'absorber ou de contredire ces normes<sup>32</sup>. Bien plus, aux termes de cette « théorie de l'absorption », elles ne reconnaissent à ces normativités nouvelles un caractère juridique qu'autant que celles-ci sont entérinées par les sources classiques et rejettent celles qui ne se prêtent pas ou ne se plient pas à une telle vassalisation dans le domaine du « non-droit », c'est-à-dire, du point de vue du juriste en tout cas, dans une certaine forme de non-être<sup>33</sup>. Or, si ses écrits les plus anciens conservent la trace de cette position classique<sup>34</sup>, Xavier Dieux a depuis pris progressivement ses distances avec elle. Dès 1997, à propos de la *corporate governance*, il évoluait discrètement de la théorie de l'absorption vers celle du « concours », selon son heureuse expression : « (...) le phénomène juridique, écrit-il alors, est d'une telle nature qu'il ne suffit pas de vouloir l'éviter pour lui échapper :

30. Chap. 20 § 1<sup>er</sup> et la référence à Van Ryn et Heenen.

31. Chap. 1<sup>er</sup>, § 12.

32. *Ibidem*.

33. Ce trait constitue une caractéristique majeure de la théorie du droit positiviste et normativiste, dont Kelsen et Hart sont les représentants les plus éminents, qui a consacré l'essentiel de son énergie à tracer de manière étanche la frontière et à déterminer des critères précis de distinction entre les normes juridiques et les autres catégories de normes.

34. Voyez en particulier cet extrait du chap. 8, § 3, publié pour la première fois en 1992 : « Pour le juriste, le dernier mot – celui qui compte pour l'élaboration de l'ordre juridique positif – appartient toujours à l'État ou aux autorités *supra-* ou *infra-*nationales qui en émanent. C'est à la faveur d'une tolérance de ce dernier que la justice "para-étatique" peut se développer, et c'est d'une absorption par la voie des sources formelles classiques que les normes "auto-régulatoires" acquièrent une force contraignante proprement juridique ». Il évoquait aussi à cette occasion son scepticisme à l'égard du pluralisme juridique « qui n'emporte guère la conviction du juriste » et « est davantage œuvre de sociologue ». Voyez aussi les références données par l'auteur en note à certains de ses écrits plus anciens sur le sujet.

toute règle de conduite, quelle qu'en soit l'origine, est susceptible de sanction juridique et elle entre dès lors *quasi*-immédiatement en concours avec le droit positif »<sup>35</sup>. Il a désormais carrément rompu avec la doctrine positiviste, pourtant encore largement majoritaire, au motif tout pragmatique que celle-ci condamne le juriste à manquer un pan entier de la réalité et de l'évolution de la régulation. « Les choses ont changé, écrit-il aujourd'hui : le droit positif classique, celui du législateur et du juge, n'est plus qu'une variété de la régulation, à côté des autres formes de celui-ci, qui régissent, autant que la première, le comportement de ceux à qui elles sont adressées, eu égard à la *sanction du marché* ». La question de savoir s'il faut qualifier ou non de « juridique » ces formes alternatives de normativité présente un caractère formaliste et presque scolastique, sans grand intérêt pour la pratique. Comme Xavier Dieux l'écrit très justement, « Pour le praticien, il est, en vérité, question de droit, toutes les fois qu'il est question de régulation »<sup>36</sup>. Nous ne saurions davantage être d'accord avec lui<sup>37</sup>.

Nous sommes donc en train de passer du pluralisme juridique à ce que William Twining appelle un « pluralisme normatif »<sup>38</sup> et mis au défi, pour faire face à ces situations que Jean Carbonnier qualifiait, dans un autre contexte, « d'internormativité »<sup>39</sup>, d'envisager et d'aménager entre le droit positif et les nouvelles normativités en « concours », voire en « concurrence », avec lui, des solutions plus équilibrées de « co-habitation » et de « co-régulation »<sup>40</sup>. Cette situation nouvelle est de nature à exercer une incidence directe sur l'exercice et l'organisation du métier de juriste. Il apparaît nécessaire d'élargir l'horizon de celui-ci afin de lui permettre d'appréhender le champ des normativités dans son ensemble, sous peine sinon de voir

35. Chap. 11, § 12.

36. Chap. 1<sup>er</sup>, § 11.

37. Voyez notamment nos articles auxquels Xavier Dieux a bien voulu renvoyer lui-même en note (chap. 1<sup>er</sup> § 11), ainsi que, plus récemment, B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48, dont une version préliminaire a été présentée à la Classe Technologie et Société de l'Académie royale de Belgique le 7 mai 2010, lors d'un exposé conjoint avec Xavier Dieux lui-même, intitulé « Droit global, Régulation, Gouvernance ».

38. W.TWINNING, « Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective », 20 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2010, pp. 473-518.

39. J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

40. Nous reprenons ici entre guillemets les termes utilisés notamment par Xavier Dieux dans l'avant-propos ainsi qu'aux chap. 11, § 12 et au chap. 1<sup>er</sup> § 12.

## PRÉFACE

son office menacé par d'autres spécialistes de la régulation, en provenance des milieux économiques et du management notamment. En d'autres termes, si le juriste veut conserver la position centrale en matière de régulation que lui assurait le modèle positiviste classique, il devra élargir ses compétences aux formes alternatives de normativités qui complètent et concurrencent désormais celui-ci. Cette prise de conscience devrait avoir d'importantes répercussions en amont sur la formation des juristes et nécessite absolument, comme nous y invite Xavier Dieux, de dépasser « les conflits de frontières entre sciences sociales » et d'évoluer vers « une conception plurielle et graduée de la "juridicité" »<sup>41</sup>.

De cette conception élargie et plurielle de la normativité, qui est en train de s'imposer à l'échelle mondiale, notre auteur tire encore d'importantes conséquences sur le plan de la philosophie du droit et de la philosophie politique. Il prend ainsi logiquement acte de « la péremption du modèle normatif traditionnel, fondé sur la souveraineté nationale dans l'ordre juridique interne et sur la souveraineté des États comme fondement de l'ordre juridique international »<sup>42</sup>. Celui-ci ne faisait d'ailleurs que décliner, sur le plan juridique, le « modèle "westphalien" traditionnel », dont Xavier Dieux estime, sinon qu'il est périmé, du moins qu'il convient de l'aménager afin de répondre au défi posé en termes de légitimité par la montée en puissance des normativités économiques alternatives au niveau global. Il esquisse ainsi une voie tierce de coexistence pacifique et peut-être même de convergence entre « droit global » (économique) et « droit international » (politique), qui fait signe vers les nouvelles instances de la gouvernance globale<sup>43</sup>.

La *deuxième partie* de l'ouvrage est consacrée à la *corporate governance*. Elle permettra au lecteur de mesurer l'incidence pratique et concrète considérable de ces normativités concurrentes en provenance des milieux économiques et financiers. Le mouvement de la *corporate governance* a été effectivement associé dans les esprits à l'apparition de codes de gouvernance d'entreprises et au retour en faveur d'un modèle de gouvernance spécifique fondé sur la primauté de l'actionnaire (*shareholder primacy*), tous deux importés du monde anglo-saxon. Ce modèle a conquis des positions importantes en Europe à la faveur de la réalisation du marché intérieur européen

41. Avant-propos.

42. Chap. 1<sup>er</sup>, § 11.

43. Voyez en particulier l'avant-propos à ce sujet.

et de la vague d'O.P.A. qui s'en est suivi, mais plus largement dans le sillon d'un puissant mouvement idéologique, initié par l'École de Chicago, qui a accompagné la libéralisation et la globalisation des marchés financiers et donc des investissements<sup>44</sup>. Les études que consacre Xavier Dieux aux multiples aspects et incidences de ce phénomène, dans la deuxième mais aussi dans la troisième partie de ce recueil, lesquelles sont intimement liées sur le fond, dépassent de très loin par leur profondeur de vue, leur clarté et leur cohérence, les innombrables commentaires, assez souvent superficiels sur le plan juridique, qui ont accompagné ce mouvement. Ils remettent les innovations récentes dans la perspective de l'évolution dans la longue durée du droit des sociétés et de l'entreprise et permettent ainsi de saisir la portée exacte des différents aspects et l'enjeuvéritable de la controverse, qui est considérable puisqu'il s'agit de rien moins que le choix de notre modèle économique, ce qui permet à l'auteur d'argumenter un jugement critique et de proposer des solutions simples et équilibrées. Dans les lignes qui suivent, je m'essaie à synthétiser sommairement les éléments de sa démonstration convaincante, pour ne pas dire implacable, tels que j'ai cru pouvoir les extraire de l'ensemble des contributions réunies ici.

Xavier Dieux ne cache pas son scepticisme, voire son hostilité à la thèse de la *shareholder primacy*, qui relève de la « mythologie »<sup>45</sup> et repose sur un « primitivisme juridique »<sup>46</sup> qui prétend à tort faire de la société la propriété des actionnaires en sorte de réduire l'intérêt social à l'intérêt de ces derniers. Or cette théorie, dont le retour en faveur se traduit, sur le plan du droit positif, par des innovations législatives, européennes et nationales, mais aussi dans certaines évolutions de la jurisprudence, s'oppose à une conception large de l'intérêt social, qui a été défendue depuis un demi-siècle par les commercialistes de l'École de Bruxelles et d'abord par Jean Van Ryn<sup>47</sup>. Selon cette conception large, qui était devenue, au terme d'une longue évolution, largement majoritaire dans

44. Sur les origines du phénomène, voyez chap. 7 spéc. §§ 2 et 3.

45. Chap. 7, § 7.

46. Chap. 7, § 4. On peut rapprocher des écrits de Xavier Dieux sur ce point, les analyses proposées en France par J.-Ph. Robé dans plusieurs études, notamment son ouvrage *L'entreprise et le droit*, P.U.F. (Que sais-je ?), 1999 et plus récemment dans « À qui appartiennent les entreprises ? », *Le Débat*, 2009 et l'ouvrage collectif *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Lethielleux – Collège des Bernardins, 2012.

47. Référence citée par X. Dieux au chap. 10 note 26.

## PRÉFACE

la jurisprudence et la doctrine, la société, en particulier la société anonyme, qui en constitue le modèle de référence et le cadre juridique prédominant de la vie des affaires, ne doit plus être considérée comme un contrat entre les associés-actionnaires, mais comme une institution qui constitue « un point de rencontre entre des intérêts multiples, dont la satisfaction est liée à la prospérité de l'entreprise et à sa continuité »<sup>48</sup>. De sorte qu'au sein de la société, l'intérêt des actionnaires se trouve en concours avec les intérêts d'autres parties prenantes comme les travailleurs, les bailleurs de fonds, les clients et même l'intérêt général, la notion ne cessant de s'élargir comme en témoigne l'essor du mouvement en faveur de la responsabilité sociale de l'entreprise<sup>49</sup>. Selon cette théorie large de l'intérêt social, il n'est donc pas exact qu'une décision des organes d'administration de la société, qui méconnaîtrait l'intérêt direct et immédiat des actionnaires, voire ne le maximiserait pas, devrait nécessairement être considérée pour cette seule raison comme fautive et illicite. Elle devrait au contraire être considérée comme valablement justifiée s'il ne peut être réfuté, à l'occasion d'un contrôle marginal de cette décision, que les organes d'administration ont pu prendre en compte d'autres composantes de l'intérêt social, notamment l'intérêt à long terme de l'entreprise dans une perspective de *going concern* et donc indirectement les intérêts de tous ceux qui sont attachés à sa prospérité pérenne<sup>50</sup>. La controverse théorique bien connue entre *shareholder vs. stakeholder value* ne conduit donc pas ici Xavier Dieux à se rallier aux thèses des partisans de la *stakeholder theory*<sup>51</sup>, en faveur de la représentation et de la participation plus active des différentes catégories de parties prenantes dans les structures d'administration de l'entreprise, mais plutôt à faire du conseil d'administration l'organe en charge d'arbitrer entre les intérêts concurrents et de définir la politique de développement de la société et de l'entreprise dont celle-ci constitue l'armature juridique<sup>52</sup>. Cette solution

48. Chap. 10, § 6.

49. Chap. 11, § 4.

50. « (...) c'est donc plutôt comme une cause de justification du conseil d'administration, dont les actionnaires prétendraient remettre en cause la gestion ou la stratégie, que la prise en considération de l'intérêt des autres "parties prenantes" au titre de la contribution de celle-ci à "l'intérêt de la société" présentera en pratique le plus d'utilité » (chap. 7, § 13 et la référence à l'essai sur *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, § 96, p. 228).

51. L'ouvrage fondateur de ce courant théorique est R. FREEMAN, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Pitman, 1984.

52. Chap. 7, § 14.

pragmatique, qui dispense de s'entendre sur une définition abstraite et prédéfinie de l'intérêt social<sup>53</sup>, s'inscrit dans la droite ligne des thèses défendues depuis longtemps par l'École de Bruxelles. Dès 1960, Pierre Van Ommeslaghe concluait ainsi son ouvrage approfondi sur la question : « l'étude comparée du droit des sociétés par actions et l'observation de leur fonctionnement dans la vie pratique des affaires conduisent à la constatation que la société anonyme est une institution au centre de laquelle se trouve, non point l'assemblée générale des actionnaires, mais le conseil d'administration, et éventuellement les préposés exerçant des fonctions dirigeantes »<sup>54</sup>. Cette position devait, sous la pression du droit européen à l'élaboration duquel le savant professeur participait d'ailleurs activement, triompher dans la loi belge de 1973<sup>55</sup> et persiste jusqu'à aujourd'hui dans notre code des sociétés<sup>56</sup>.

La prééminence du conseil par rapport à l'assemblée ne permet pas seulement d'arbitrer entre les différentes catégories de parties prenantes, mais également entre les différentes catégories d'actionnaires, en particulier entre l'actionnaire de contrôle et les autres, notamment ceux dispersés dans le public<sup>57</sup>. Cet arbitrage est très important pour les sociétés dont l'actionnariat est concentré, ce qui constitue traditionnellement le modèle économique dominant sur le continent européen et en Belgique, à l'inverse du modèle d'actionnariat dispersé en bourse qui prévaut dans le modèle anglo-américain<sup>58</sup>. En clair, la prééminence du conseil d'administration conforte la direction de l'entreprise par l'actionnaire de contrôle et ses représentants à la tête de celle-ci, alors que la prééminence de l'assemblée, prônée par le mouvement de la *shareholder primacy*, met cette direction sous la pression directe des investisseurs et des marchés. À la lecture attentive des écrits de Xavier Dieux, on comprend mieux la logique du patient travail d'ingénierie auquel se sont livré solidairement trois générations successives de l'École de Bruxelles pour établir les bases du droit commercial conçu comme un véritable

53. Chap. 7, § 8.

54. P. VANOMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruylant, 1965, cité par X. DIEUX, chap. 13, § 1<sup>er</sup>.

55. Loi du 6 mars 1973. Voir chap. 12, § 2.

56. Dont l'article 522 accorde la plénitude de compétences ainsi que la compétence résiduelle au conseil d'administration (cf. chap. 7 § 10).

57. Chap. 7, § 6 *in fine*.

58. Voy. à cet égard spécialement le chap. 12 intitulé sans ambiguïté : *Plaidoyer pour l'actionnaire de contrôle*.

## PRÉFACE

droit de l'entreprise, consolider la société anonyme comme armature juridique de cette entreprise et conférer à l'entrepreneur les moyens juridiques de sa direction effective<sup>59</sup>. On saisit bien la discrète mais persistante « lutte pour le droit » qui a permis d'inscrire, au cœur du droit positif des sociétés, un modèle de gouvernance qui correspond à notre modèle économique, assurant la prépondérance de l'entrepreneur sur l'investisseur ou le financier ou, pour le dire dans les mots du jour, avec Xavier Dieux lui-même, de privilégier *Main Street* par rapport à *Wall Street*, c'est-à-dire aussi l'économie dite « réelle » par rapport à la finance<sup>60</sup>.

Or cet état d'équilibre entre les intérêts, non pas contraires mais divers, de l'entrepreneur et de l'investisseur, de l'entreprise et des marchés, se trouve depuis quelque temps remis en cause et perturbé par la montée en puissance du droit financier, auquel la *troisième partie* de ce recueil est consacrée. Celle-ci prend le tour d'une véritable guerre de mouvement dans laquelle l'extension de l'emprise du droit financier menace l'intégrité du droit des sociétés et les valeurs spécifiques qu'il en était venu à protéger. Xavier Dieux, qui est sans conteste l'un des spécialistes les plus éminents et les plus reconnus de cette discipline, pointe ainsi clairement que « les développements récents du droit des sociétés et du droit financier révèlent que ce dernier conquiert une place de plus en plus importante dans le droit positif, mais aussi, dans nombre de situations, une réelle tension entre les objectifs et les impératifs des deux disciplines, qu'il s'avère souvent bien difficile de concilier de manière équilibrée et satisfaisante »<sup>61</sup>. Et il confie son sentiment que « le droit financier, tel qu'il s'élabore depuis peu dans notre pays, contribue lui aussi à l'affaiblissement de la conception large de l'intérêt social, en même temps qu'il suscite une désarticulation de l'armature institutionnelle de la société anonyme, patiemment construite depuis plus d'un siècle »<sup>62</sup>. En effet, sous l'influence du modèle de

59. On ne peut manquer de souligner ici, fût-ce en note infrapaginale, les liens remarquables et étroits de filiation intellectuelle qui unissent les principaux représentants de ces générations, Jean Van Ryn, Pierre Van Ommeslaghe et Xavier Dieux, tous trois professeurs à la Faculté de droit de l'U.L.B., ayant pratiqué le droit au sein de la même association d'avocats et collaboré à de nombreux travaux de doctrine, entre autres les fameux examens de jurisprudence en droit des sociétés à la *Revue critique*.

60. Chap. 19.

61. Chap. 9, § 1<sup>er</sup>, début.

62. Chap. 9, § 47.

primauté actionnariale, nombre de réformes législatives, notamment sous influence européenne, mais aussi d'évolutions jurisprudentielles, « ont été inspirées par l'idée que l'actionnaire du public mérite, en tant qu'associé, une attention particulière et une protection renforcée, par les méthodes du droit financier (...), mais aussi, et plus directement, par celles du droit des sociétés »<sup>63</sup>. La fiction induite par le maintien de l'unité du concept de société et l'assimilation artificielle qu'elle induit de l'actionnaire du public à un véritable associé produit ici ses effets les plus délétères<sup>64</sup>. Car, sous le prétexte de protéger l'épargnant actionnaire en sa qualité d'associé, on modifie le droit des sociétés en manière telle de provoquer « un certain recul du concept d'entreprise et d'intérêt social largement conçu » et « une ébauche de déconstruction du système de répartition des pouvoirs et des responsabilités au sein de la société »<sup>65</sup>.

Xavier Dieux met en lumière et analyse de nombreux exemples de ce glissement, dont le plus éclairant est peut-être l'évolution du régime en matière d'O.P.A. hostile<sup>66</sup>. Suivant la logique du modèle qui consacre la prééminence du conseil d'administration et sa plénitude de compétences, le conseil doit pouvoir prendre position à l'égard des tentatives d'O.P.A., examiner si l'opération correspond à l'intérêt de la société au sens largement conçu et, si tel n'est pas le cas à son estime, pouvoir prendre ou déclencher les mesures de défense de nature à faire obstacle à l'opération jugée inamicale ou hostile. C'est donc cette solution, qui correspond à la thèse américaine de la *business judgment rule*, que la jurisprudence avait finalement admise dans la célèbre affaire de la Générale de Belgique. Mais cette solution n'a pas été confirmée ensuite par le Roi en 1989, puis par le législateur en 1991, qui limitent en pratique les pouvoirs du conseil à émettre un avis sur l'opération à l'intention des actionnaires, mais paralysent pour le surplus et pour l'essentiel ses pouvoirs de réaction. Cette solution repose sur l'idée que le déclenchement d'une O.P.A. crée un conflit d'intérêts potentiel entre les administrateurs et les actionnaires et qu'il importe dans un souci d'efficacité et de sauvegarde de l'intérêt des porteurs de titres de

63. Chap. 7, § 2.

64. Voyez en détail sur cette question le chap. 8 sur les structures élémentaires de la société, dénonçant « la trahison des images ».

65. Chap. 7, §§ 5 et 3. – Voy. sur cette question le chap. 13.

66. Cette question est traitée au chap. 9 §§ 48-70, ainsi qu'au chap. 20 qui lui est spécialement consacrée.

## PRÉFACE

laisser autant que faire se peut l'opération se dérouler sans entrave et le marché en assurer l'arbitrage. On voit bien ici comment, sur une question d'importance stratégique, la thèse de la *shareholder primacy* prend le pas sur la conception large de l'intérêt social, lequel peut coïncider avec la préservation de l'intégrité de l'entreprise et la poursuite de son projet économique, notamment en vue de sauvegarder l'emploi, la localisation de l'activité ou des structures de direction de l'entreprise.

Xavier Dieux n'approuve pas cette primauté sans réserve ainsi reconnue à l'investisseur sur l'entreprise et il le fait savoir sans détour : « Sur le plan des valeurs que le droit positif traduit en termes de règles sociales, nous n'apercevons aucune raison qui commande en droit la prévalence sur toutes autres considérations, de l'intérêt patrimonial des investisseurs institutionnels, par ailleurs exempts de toute responsabilité dans le contrôle et l'administration de l'entreprise »<sup>67</sup>. C'est pourquoi il s'attache à déterminer les conditions d'« un équilibre nouveau »<sup>68</sup> qu'il découvre dans une séparation plus stricte et étanche entre, d'une part, le droit financier, dédié à la protection de l'épargne publique, et, d'autre part, le droit des sociétés voué à l'organisation de l'entreprise. Autrement dit, il estime que les investisseurs sont suffisamment protégés par les dispositions du droit financier, d'autant qu'ils disposent à chaque instant d'une possibilité d'*exit*, par la vente de leurs titres, si la politique ou la gouvernance de la société ne leur convient pas<sup>69</sup>. Par contre, il ne convient pas de modifier les équilibres du droit des sociétés pour protéger les investisseurs, notamment en réduisant les pouvoirs du conseil d'administration ou en le contraignant à privilégier exclusivement l'intérêt de l'investisseur. Xavier Dieux s'oppose ici à une prédétermination des fins de la société par la loi et défend au contraire le principe d'auto-détermination du conseil d'administration<sup>70</sup>. C'est d'autant plus nécessaire, me permettrai-je d'ajouter, que les nouvelles formes de normativités, analysées dans la première partie, comme les codes de gouvernance d'entreprises, et d'autres dispositifs contractuels, comme les bonus et stock options, qui déterminent la rémunération des dirigeants en fonction du résultat à court terme et du cours de bourse

67. Chap. 9, § 87.

68. *Ibidem*.

69. Ce que Xavier Dieux appelle la *Wall Street rule*.

70. Chap. 7, § 5, note 34.

de la société, incitent déjà ces derniers, de manière très prégnante et parfois préjudiciable à l'entreprise, à s'aligner sur les intérêts à court terme des actionnaires.

Le retour à l'équilibre prôné par Xavier Dieux, qui repose donc sur une séparation des objectifs du droit financier, orienté vers la protection de l'épargne, et du droit des sociétés, axé sur la préservation de l'autonomie de l'entreprise, emporte bien entendu d'importantes conséquences pratiques sur l'évolution du droit, dont on lira ici maints exemples. L'un des plus frappants est l'analyse par l'auteur de la notion de « transparence », qui constitue, comme on sait, l'un des *leitmotive* de la réglementation financière, mais aussi au-delà l'un des principes ou valeurs les plus souvent invoqués dans la vie politique et sociale contemporaine. Or Xavier Dieux conteste à la transparence le statut de principe général du droit<sup>71</sup>. Il estime qu'on ne peut induire, au départ des diverses règles de droit financier qui imposent la divulgation d'informations relatives aux titres de la société cotée ou à la société elle-même, un principe général, qui déborderait en quelque sorte le domaine de la protection de l'épargne, pour s'imposer dans l'ensemble de la vie de l'entreprise et de la vie économique en général. Pour notre auteur, c'est au contraire la règle du secret des affaires, corollaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui doit prévaloir toutes les fois qu'une disposition spéciale n'impose pas une obligation de divulgation<sup>72</sup>. Cette prise de position suscitera un important débat qui pose ici encore simultanément à la fois des questions très concrètes de droit positif et d'importants enjeux philosophiques, politiques et moraux. Pour le dire rapidement, l'élévation de la transparence au rang de valeur cardinale et de principe général dessine le modèle d'une société « panoptique » que l'évolution technologique rend désormais possible, voire probable, mais dont les effets liberticides voire potentiellement totalitaires sont connus et dénoncés<sup>73</sup>. D'un autre côté, l'extension des obligations de publicité (qui ne doit pas être confondue avec la transparence) pesant sur les entreprises, en particulier les plus grandes, répond à des revendications non seulement des investisseurs et des acteurs de marché, mais beaucoup plus largement de toutes sortes de parties

71. Chap. 17 § 2, chap. 18 § 1<sup>er</sup> et chap. 19 § 17.

72. Chap. 18 § 14.

73. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point *brevitatis causa* à notre article sur ce sujet : « la transparence, un concept opaque ? », *Journal des tribunaux*, 2007, pp. 300-301 (n° spécial 125<sup>e</sup> anniversaire).

## PRÉFACE

prenantes, qui veulent disposer de davantage de moyens de surveiller les agissements de l'entreprise pour faire éventuellement pression sur elle. Ce mouvement est en outre soutenu par les pouvoirs publics lorsque la législation, comme la loi sur les nouvelles régulations économiques en France et d'autres équivalents en Europe, aux États-Unis ou ailleurs, oblige ou incite l'entreprise à la publication de rapports et d'informations y compris non financières, notamment sur les objectifs qu'elle se fixe en matière de responsabilité sociétale et à la manière dont ils sont atteints. On lira donc avec une attention particulière les études spécifiques que Xavier Dieux consacre dans le présent ouvrage à la transparence et ses interventions futures dans ce débat important dont le dernier mot n'est certainement pas dit ni écrit à ce jour.

La *quatrième partie* du recueil enfin est consacrée à la matière fondamentale du droit des obligations. Fondamentale, elle l'est sans aucun doute aux yeux de Xavier Dieux, qui ne cesse de plaider, face à l'inflation des interventions législatives et réglementaires, y compris en droit financier, mais aussi parfois face à l'interventionnisme des juges, pour un « retour aux sources »<sup>74</sup> et fait volontiers l'éloge du « droit commun »<sup>75</sup>, constitué par les principes du droit des obligations. Plusieurs raisons importantes et complémentaires contribuent à expliquer cette prédilection et ce souci permanent d'un retour aux principes. On peut d'abord y voir, c'est le plus évident, l'expression de la conception libérale de notre auteur, selon laquelle le droit joue mieux son rôle en encadrant de manière à la fois stable et souple les interactions libres et le développement des projets des acteurs de la vie sociale, plutôt qu'en intervenant tous azimuts, de manière pointilleuse et changeante, en prétendant réglementer dans le détail l'ensemble des comportements. Pour Xavier Dieux, il est clair que ce cadre neutre et équilibré nous est fourni par les principes longuement mûris du droit des obligations. C'est pourquoi il les défend vigoureusement contre les thèses qui tendent à affaiblir ces principes, comme par exemple la théorie de l'imprévision pour la force obligatoire des contrats<sup>76</sup>, ou qui entreprennent, à l'inverse, d'injecter, via le droit des obligations, des contenus moralisants ou

74. Chap. 26.

75. Voy. le chap. 27 intitulé *Les garanties en matière de cession d'actions - Pour un retour au droit commun* en matière de cessions d'actions, mais aussi le chap. 20 *Droit financier et droit commun*.

76. Chap. 24.

une certaine police des mœurs, comme il le dénonce dans certaines interprétations du principe de bonne foi<sup>77</sup>, dans la mobilisation de la notion incertaine de fraude à la loi<sup>78</sup> ou dans l'extension inconsidérée de l'empire des responsabilités<sup>79</sup>.

Mais il y a plus, et plus surprenant. Car, en effet, n'y a-t-il pas de quoi s'étonner que tant Xavier Dieux que ses grands prédécesseurs de l'École de Bruxelles, Henri De Page, Jean Van Ryn et Pierre Van Ommeslaghe, qui professent et pratiquent très délibérément une conception du droit orientée vers la recherche pragmatique de solutions concrètes, mettent tous en exergue et insistent de manière permanente sur l'importance des principes ? Ces fameux principes, dont toutes les règles sont censées procéder de manière déductive, ne sont-ils pas l'apanage des conceptions rationalistes du droit, à l'égard desquelles l'École de Bruxelles a depuis longtemps pris ses distances ? Or il n'en est rien et le lecteur comprendra, à la lecture des essais réunis ici, à quel point la recherche pragmatique de solutions concrètes et la maîtrise des principes fondamentaux ont partie liée et constituent deux outils à l'appui d'une même méthode. La raison de ceci n'a rien de mystérieux et tient aux nécessités de l'ingénierie juridique, que nous avons déjà évoquées. Pour le juriste pragmatique qui cherche à construire et à introduire dans le droit positif des solutions innovantes, adaptées et équilibrées, il n'y a pas de matériau plus utile, tout à la fois plus souple et plus résistant, plus polyvalent que les principes du droit commun des obligations<sup>80</sup>. Et ces principes confèrent à l'édifice qu'il contribue à construire la solidité des fondations, tout en préservant la cohérence du plan d'ensemble.

Par delà les motifs pragmatiques, on le voit, des considérations esthétiques de style expliquent l'attachement indéfectible de Xavier Dieux à la simplicité des principes et des développements qui s'appuient sur eux<sup>81</sup>. De telles considérations, alliées à des impératifs d'efficacité, lui font toujours préférer la ligne claire du droit commun au style « technocratique » importé des directives communautaires dans le domaine financier, à la logorrhée des contrats à l'américaine

77. Chap. 29.

78. Chap. 23.

79. Chap. 22 spéc. § 13.

80. Voy. notamment sur ce point chap. 27 § 13 qui souligne une fois encore « toutes les potentialités offertes par les techniques du droit commun (...) ».

81. Voir la remarque de l'auteur sur ce point dans son avant-propos.

## PRÉFACE

de cessions d'actions<sup>82</sup> ou aux constructions artificielles de la doctrine française en matière de groupes de contrats<sup>83</sup>. Cette prédilection affichée pour la ligne claire, que Xavier Dieux partage avec toutes les autres grandes figures de l'École de Bruxelles évoquées dans cette introduction, et qui constitue peut-être le point de rencontre improbable avec une autre école de Bruxelles qui s'est mondialement illustrée dans le 9<sup>e</sup> art, contribue sans doute à expliquer pourquoi les écrits de ces auteurs et notamment les textes réunis dans ce recueil ne laissent guère de prise au temps qui, loin de les rendre obsolètes, travaille plutôt à les transformer en classiques.

Bruxelles, novembre 2012.

82. Chap. 27.

83. Chap. 26.