

Article 137 de la loi contre les exclusions

Droit au compte, droit du chèque, difficultés d'application



Thierry Samin
Chargé de cours dans le DESS banques et finances
Université René Descartes-Paris V

D'aucuns prétendent que Sir Winston Churchill, lors d'un voyage en Egypte, aurait poussé ce cri du cœur : «*Il suffit, aurait-il dit, de contempler les pyramides pour se rendre compte que, dès cette époque, les ouvriers avaient tendance à en faire de moins en moins...*». Accès d'humeur, voire excès d'humour diront les uns ; véritable prophétie juridique s'écrieront les autres. De fait, si l'on veut bien se transporter des sables de l'ancienne Egypte aux sables mouvants du droit, on ne peut s'empêcher de penser que la pyramide des normes, que la Pyramide de Kelsen en particulier, est bien mal en point. Certes, un auteur, Michel Troper (1), a pu, il y a une vingtaine d'années, faire observer qu'elle était toujours debout. Mais force est de constater que ses fondations, sinon son fondement, sont désormais fortement entamés. A preuve, s'il en était besoin, cette loi n° 98-697 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. Non pas, bien évidemment, en ce qu'elle consacre l'émergence d'un jus pauperum, d'un statut des pauvres dans notre beau pays (2). Les faits sont malheureusement là (3) et l'intention du législateur est non seulement louable mais presque unanimement louée.

Ce qui est en cause, ce sont essentiellement les méthodes utilisées, la rédaction défectueuse des textes, leur trop fréquente inapplicabilité pratique. Voyez, par exemple l'article 137, véritable monument dénué d'esprit comme de style.

C'est un fait que cet article de la loi contre les exclusions ne laisse pas de surprendre. Singulier procédé, en effet, que de mélanger ainsi les genres, au sein d'une seule et même disposition, en traitant tout à la fois du droit au compte et du droit du chèque.

Que l'article 137 de la nouvelle du 29 juillet 1998 vienne modifier la rédaction, pour la renforcer, de l'article 58 de la loi bancaire relatif au droit au compte, soit ! Cela était programmé (4), et prévu dans le projet de loi gouvernemental

présenté par Martine Aubry au nom du Premier ministre Lionel Jospin (5).

Tout au plus peut-on discuter du fond du texte et de l'opportunité d'une telle modification. Mais, en revanche, que ce même article 137, qui prend place, comme on l'a indiqué, dans la loi bancaire, vienne insidieusement modifier substantiellement notre droit du chèque sans pour autant venir s'insérer dans le décret-loi de 1935 pourtant spécifiquement consacré à cette matière, cela est proprement inadmissible et n'est pas de bonne méthode législative. C'est, comme eussent très étymologiquement dit les canonistes du Moyen Age, une disposition extravagante (6). A quoi bon éparpiller ainsi les textes relatifs à une matière donnée à un moment où, au contraire, on s'évertue, en haut lieu, à vouloir les codifier, soit disant (7) à droit constant ? Belle marque du déclin de l'art législatif en France, du crépuscule de la Loi.

Pour en revenir au texte du nouvel article 58 de la loi bancaire dans sa rédaction issue de la loi contre les exclusions, nous sommes donc aujourd'hui face à une sorte de Janus bifrons juridique puisque les six premiers paragraphes sont relatifs à ce que l'on est convenu d'appeler le droit au compte, le dernier étant, quant à lui, relatif au droit des chèques sans provision...

Qu'on l'examine de près et l'on constate par conséquent un double mouvement :

- un mouvement apollinien consistant en la modification programmée du droit au compte (I) ;
- un sursaut dionysiaque résultant d'une modification improvisée du droit du chèque (II).

I La modification programmée du droit au compte

On s'était beaucoup penché, et épanché (8), avant que n'intervienne la loi bancaire du 24 janvier 1984, sur le point de savoir si un établissement de crédit, un banquier en particulier, était fondé à refuser l'ouverture d'un compte dans ses

Ce texte reprend l'intervention de Thierry Samin, prononcée le 4 février 1999 lors de la conférence organisée par *Banque & Droit* et l'ANJB.

livres. Cette liberté de refus avait été mise en doute par certains en vertu notamment de l'idée (fausse) selon laquelle le service bancaire s'apparenterait à un service public. L'obligation pour les commerçants, soumis à l'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés, de se faire ouvrir un compte en vertu des dispositions de l'article 6 de la loi du 22 octobre 1940 relative aux règlements par chèques et virements (9), paraissait conforter cette thèse. Mais comme cela devait être lumineusement démontré par le professeur Michel Vasseur (10), les banques, fussent-elles nationalisées, n'assurent pas la gestion d'un service public. Aussi le débat s'était-il, peu à peu, déplacé sur le terrain des dispositions de l'article 37-1^{er} de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945, aujourd'hui abrogée, réprimant jadis le refus de prestation de services. L'argument tiré du droit de la concurrence devait également faire long feu, l'ouverture d'un compte bancaire étant par trop marquée du sceau de l'intuitus personae pour que le refus du banquier puisse être pénalement sanctionné (11). Du reste, le texte n'incriminait le refus que s'il n'était pas justifié par les usages commerciaux. Or, comme chacun sait, les usages ont, en la matière, toujours milité en faveur d'une très grande liberté pour le banquier.

Enfin, obliger un banquier à ouvrir un compte paraissait quelque peu contradictoire avec la faculté qui lui était par ailleurs reconnue de clôturer, de sa propre initiative, le compte de même qu'avec la responsabilité qu'il pouvait encourir du fait de l'ouverture d'un compte à une personne jugée indésirable.

Aussi, selon la jurisprudence et la très grande majorité des auteurs, le refus d'ouvrir un compte bancaire constituait pour le banquier l'exercice d'une liberté ; il n'avait par conséquent pas à donner les motifs de son refus de contracter.

La loi bancaire du 24 janvier 1984 a mis fin à toutes ces discussions en consacrant, par son article 58, ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler, «le droit au compte». C'est cet article 58 qui vient d'être modifié par l'article 137 de la loi d'orientation contre les exclusions.

Avoir été, selon l'apophtegme de Fernand Braudel (12), étant une condition pour être, il convient de rappeler brièvement quelle était la teneur du droit au compte dans sa rédaction d'origine (1) avant d'examiner le nouveau dispositif issu de la loi du 29 juillet 1998 (2).

1. Le droit au compte avant la loi contre les exclusions

L'article 58 de la loi bancaire, dans sa rédaction originelle (13), prévoyait que «*toute personne qui s'est vu refuser l'ouverture d'un compte de dépôt par plusieurs établissements de crédit et qui, de ce fait ne dispose d'aucun compte, peut demander à la Banque de France de désigner un établissement de crédit ou l'une des personnes visées à l'article 8 auprès duquel elle pourra ouvrir un tel compte*». Ce texte, il faut le noter, venait, a contrario, consacrer le droit de refus du banquier puisqu'il tendait précisément à remédier à une pluralité de refus opposés. Il procédait au fond de cette constatation que, depuis la fin des années 1970, il était, dans la vie quotidienne, quasiment devenu indispensable d'être titulaire d'un compte bancaire ou postal, ne serait-ce qu'afin de percevoir ses salaires et autres prestations sociales ; du reste, aurait-on pu faire observer avec un brin de malice, les détenus étant titulaires de comptes (cf. art. D. 319 et suivants du C. Pr. P.), n'était-il pas normal que les prisonniers de la misère puissent également en avoir un ?

On comprend fort bien que la plupart des établissements, mus par le souci de la rentabilité, n'étaient pas très chauds, c'est le moins que l'on puisse dire, pour ouvrir de tels comptes, fréquemment générateurs d'incidents, à des personnes souvent totalement démunies voire répertoriées au fichier central des chèques impayés... Pour contraindre les établissements à ouvrir des comptes bancaires à de telles personnes, il y fallait un texte ; d'où le fameux article 58 qui devait probablement s'inspirer du précédent tiré du Bureau central de la tarification (BCT) en matière d'assurance obligatoire (14).

L'article 58 de la loi bancaire devait être complété par les articles 5 et 6 du décret n° 84-708 du 24 juillet 1984 pris pour son application ainsi que par une note d'information et un avis de la Banque de France (15). Pour résumer, le dispositif mis en place comportait trois étapes :

- **Première étape** : lorsqu'à une demande d'ouverture de compte un établissement de crédit opposait un refus à une personne physique ou morale, le rénitent devait formaliser par écrit son refus.

- **Deuxième étape** : la personne qui sollicitait l'intervention de la Banque de France en vue d'obtenir d'elle qu'elle désigne un établissement de crédit, ou l'une des personnes ou services visés à l'article 8, devait fournir des attestations écrites de refus émanant au moins de deux établissements (16). Elle devait, au demeurant, justifier de son domicile (ou de sa qualité pour les mandataires légaux de personnes morales) ainsi que certifier (bien que cela n'était prévu ni par la loi ni par son décret d'application...), lorsqu'elle était frappée d'une interdiction d'émettre des chèques, qu'elle avait bien déféré à l'injonction qui lui avait été faite de restituer au tiré ses formules de chèque.

- **Enfin, troisième et dernière étape** : la Banque de France procédait, par voie de notification écrite, à la désignation de l'établissement tenu d'ouvrir le compte en essayant, dans toute la mesure du possible, de tenir compte des desiderata du demandeur, mais aussi en procédant à une répartition du nombre des comptes à ouvrir proportionnellement au nombre de comptes gérés par chacun des établissements installés dans le rayon d'action de la succursale de la Banque de France appelée à intervenir (17).

Dans son avis précité sur les modalités d'application de l'article 58 de la loi bancaire, la Banque de France avait, à la suite de l'AFB (18), recommandé à la profession bancaire de se montrer longanime et de s'abstenir de clôturer automatiquement les comptes dont les titulaires venaient à être frappés d'une interdiction d'émettre des chèques, sauf à ce que les intéressés ne satisfassent pas à l'obligation de restituer les vignettes encore en leur possession.

Elle estimait également souhaitable que les refus d'ouverture de compte ne soient pas uniquement motivés par le fait que les requérants étaient recensés au fichier central des chèques (FCC) mais que les décisions en la matière soient modulées en fonction du nombre et de l'importance des incidents enregistrés, ainsi que du nombre de comptes sur lesquels étaient survenus ces incidents. Qu'un établissement pratique une politique par trop systématique de clôture de comptes et la Banque de France prévenait qu'en pareille hypothèse, elle ne manquerait pas, à titre de représailles, de désigner, sur la base des dispositions de l'article 58, l'établissement ayant procédé à la clôture. A malin, malin et demi... (19).

Il convient pour terminer d'observer que si le législateur de 1984 avait entendu que toute personne puisse bénéficier

d'un compte, il n'avait pas voulu que la relation de clientèle ainsi forcée soit de nature à créer un risque pour l'établissement désigné d'office. Aussi bien, comme le précisait l'alinéa 2 de l'ancien article 58, l'établissement de crédit, la personne ou le service désigné, avait la faculté de limiter ses services aux seules opérations de caisse (20) (dépôts d'espèces, retraits au guichet, délivrance de chèques de banque, encaissement sans crédit immédiat de chèques barrés, etc.). Bref, le droit au compte n'était clairement pas un droit au chéquier ni un droit au crédit, tant il est vrai que s'il existe bien, en France, un droit du chèque et un droit du crédit, il n'existe pas, en revanche, de droit au chèque (21) non plus que de droit au crédit (22).

Telle était la situation au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi bancaire et à la veille de la loi du 29 juillet 1998. Mais pourquoi donc, se demandera-t-on, le Gouvernement a-t-il jugé utile de devoir modifier le texte de l'article 58 ? Le système issu de la loi bancaire de 1984 semblait bien fonctionner et les demandes présentées à la Banque de France, en application de cet article, paraissaient, sinon marginales, du moins relativement stables, ne dépassant guère les 2000 par an.

Certes, tout n'était pas rose et le Médiateur de la République avait pu, dans son rapport pour 1995 (23), souligner les difficultés rencontrées par les SDF pour ouvrir un compte bancaire. Joint à cela, sans doute, des pratiques jugées, à tort ou à raison, par trop dissuasives (solde minimum imposé, conditions tarifaires élevées...) de la part d'une toute petite minorité d'établissements (24). Il n'en fallait pas plus pour que le Gouvernement profite de l'occasion du projet de loi d'orientation contre les exclusions pour modifier le texte de l'article 58. Inflation législative oblige... Comme le faisait observer il y a quelques années, de façon un peu désabusée, Jean Carbonnier (25) : «*A peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est en apparence le remède instantané [...]. Qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation : il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait*».

Le Doyen de Poitiers ajoutait «*qu'il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique*».

Aussi, il convient d'étudier le droit au compte version 1998.

2. Le droit au compte depuis la loi contre les exclusions

On vient de voir comment la loi bancaire avait mis fin aux discussions sur le droit de refus du banquier et reconnu, à toute personne (26), un droit au compte. Les rédacteurs de la loi de 1984, comme un auteur (27) le soulignait récemment, «*avaient fait preuve d'une grande prudence en soumettant l'ouverture forcée d'un compte à une procédure assez lourde et en limitant strictement les services dus par l'établissement chargé d'ouvrir un compte à une personne qui en est dépourvue*». La nouvelle rédaction de l'article 58, issue de la loi contre les exclusions, a pour objectif, selon les pouvoirs publics, d'assouplir l'ancien dispositif. Elle viserait, d'une part, à faciliter la mise en œuvre du droit au compte et, d'autre part, à reconnaître aux intéressés un droit aux services bancaires de base.

• **Tout d'abord, le nouvel article 58 aurait pour but de faciliter la mise en œuvre du droit au compte.** Deux questions doivent être examinées : quels sont, à présent, les bénéfi-

ciaires du droit au compte ? Quelle est la nouvelle procédure applicable ?

Quels sont donc, à présent, les bénéficiaires du droit au compte ? Le nouveau texte apporte, à ce sujet, d'utiles précisions. Bénéficiaire désormais du droit au compte les personnes physiques (28) résidant en France, quelle que soit leur nationalité, quand bien même elles seraient par ailleurs interdites bancaires, c'est-à-dire frappées d'une interdiction d'émettre des chèques en application des dispositions de l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935.

Sont, en revanche, clairement exclues du bénéfice des dispositions de l'article 58 non seulement toutes les personnes physiques interdites judiciaires en application des dispositions de l'article 68 du décret-loi précité (29) mais également les personnes morales puisque ces dernières ne sont désormais plus visées par l'article 58... Cela va probablement faire grincer des dents lorsqu'on sait qu'au titre de l'année 1985, 30 % des demandes d'ouvertures de comptes «article 58» émanait de personnes morales (30)... Loi contre les exclusions oblige, diront certains avec raison. Loi d'exclusion se lamenteront les autres... Tels sont les bénéficiaires du droit au compte ; voyons à présent quelle est la procédure à suivre par les intéressés.

Sous l'empire de l'ancien dispositif, la personne qui s'était heurtée à plusieurs refus devait s'adresser, on l'a vu, à la Banque de France qui désignait l'établissement, ou l'une des personnes visées à l'article 8 de la loi bancaire (c'est-à-dire, en pratique, le Trésor public, les services financiers de La Poste, la Caisse des dépôts et consignations ou... la Banque de France) tenu d'ouvrir le compte. La procédure était quelque peu formaliste puisqu'il fallait que l'intéressé puisse justifier, auprès de la vieille dame de la rue de La Vrillière, de la pluralité des refus qui lui avaient été opposés.

Aux termes du nouvel article 58, le requérant a désormais théoriquement droit à l'ouverture d'un compte de dépôts dans l'établissement de crédit (31) de son choix ou auprès des services financiers de La Poste ou du Trésor public (32) moyennant la simple remise d'une déclaration sur l'honneur (33) attestant qu'il ne dispose d'aucun compte. Ainsi donc, toute personne physique résidant en France et dépourvue de compte aurait le droit subjectif (34) de s'en faire ouvrir un auprès de l'établissement de son choix. Belle avancée par rapport au droit antérieur s'écrieront les consommateurs.

Au vrai, les choses ne sont pas aussi simples qu'il y paraît puisque l'article 58 alinéa 2 prévoit expressément que l'établissement sollicité conserve le droit de refuser l'ouverture de compte qui lui est demandée, le requérant devant alors s'adresser à la Banque de France afin que cette dernière désigne l'organisme qui sera finalement tenu d'ouvrir le compte. A quoi bon, se demandera-t-on alors, avoir posé ainsi en thèse le droit au libre choix de l'établissement dépositaire si les établissements sollicités sont fondés à décliner l'invite qui leur est adressée ? C'est tout simplement qu'en cas de refus d'ouverture volontaire et de désignation d'office, l'établissement «réquisitionné» par la Banque, qui ne sera pas obligatoirement celui qu'avait choisi initialement le requérant, aura à supporter une double contrainte.

• **Première contrainte**, qui est de taille, l'établissement désigné limitant l'utilisation du compte aux services bancaires de base devra exécuter sa mission dans des conditions tarifaires fixées par décret. Belle entorse au sacro-saint principe de la

liberté des prix des services bancaires (35). Le seul précédent existant jusqu'alors en la matière, à savoir la gratuité obligatoire de la délivrance des formules de chèques, est issu d'une «loi» édictée par le Gouvernement de Vichy (36). Le Gouvernement s'était du reste bien gardé, dans son projet de loi, de prévoir une telle nationalisation des prix de certains services. Alors à qui la faute ? Aux députés de la majorité (37) qui ont poussé à la roue afin que le texte du projet de loi soit amendé en ce sens. Marylise Lebranchu, secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce et à l'artisanat devait bien tenter, au nom du Gouvernement, de résister (38), de même que le Sénat (39) de son côté, mais rien n'y fit ; le combat était perdu d'avance face à une majorité, éperonnée par les députés communistes, manifestement décidée à en remonter à ces monstres froids que sont, selon eux, les établissements bancaires. Restait, selon certains, à espérer une possible censure du Conseil constitutionnel au motif notamment qu'une telle disposition était de nature à créer une rupture d'égalité entre les établissements en fonction uniquement de la procédure suivie pour l'ouverture du compte.

Mais l'argument était pour le moins hardi et le Conseil ne devait, de toute façon, finalement pas se prononcer sur la disposition incriminée dont, au demeurant, il n'avait pas été spécifiquement saisi (40) par les députés de l'opposition.

Dans l'immédiat, les banquiers n'ont donc plus qu'à croiser les doigts et à attendre la publication du décret fixant les conditions tarifaires applicables aux services bancaires de base (41). Gageons que le pouvoir réglementaire saura se montrer raisonnable et s'ingéniera à trouver, de concert avec toutes les parties prenantes, une solution acceptable pour tous ; du moins faut-il l'espérer. Espérer, c'est-à-dire attendre notamment les conclusions du Groupe de travail animé, depuis novembre dernier, par Benoît Jolivet dans le cadre du Conseil national du crédit et du titre.

• **La deuxième contrainte**, quant à elle, est fort heureusement beaucoup moins pesante que la première. Elle consiste en ce que toute décision de clôture de compte à l'initiative de l'établissement désigné d'office devra désormais faire l'objet d'une notification écrite et motivée adressée au client ainsi qu'à la Banque de France «pour information», cette dernière n'exerçant, par conséquent, aucun contrôle sur la motivation donnée. L'article 58 alinéa 5 précise, par ailleurs, qu'un délai de préavis d'au moins quarante-cinq jours devra obligatoirement être consenti au titulaire du compte dont la clôture est prononcée. On notera que la seule véritable innovation, et, partant, la seule véritable contrainte supplémentaire pour les banquiers, résulte de l'obligation de motiver (42) la décision de clôture, clôture qui, sous l'empire de l'ancien article 58, était déjà possible, ne serait-ce qu'en vertu du principe de la prohibition des engagements perpétuels (43).

On vient de montrer en quoi les établissements allaient être fortement incités à ouvrir, de leur propre chef, des comptes aux plus démunis moyennant la simple remise, par les intéressés, d'une déclaration sur l'honneur. Il y a fort à parier qu'en pratique, l'attitude des établissements dépendra beaucoup du contenu des décrets d'application prévus par le nouvel article 58 et notamment de l'ampleur des prestations, des services bancaires de base auxquels le client pourra prétendre. C'est ce qu'il convient à présent d'envisager.

Le nouvel article 58 viserait, en second lieu, à reconnaître à toute personne physique résidant en France un droit aux «services bancaires de base».

On a rappelé, précédemment, que la loi bancaire de 1984, tout en reconnaissant un droit au compte, avait permis au banquier ouvrant un compte sur l'injonction de la Banque de France, de «limiter les services liés à l'ouverture de ce compte aux opérations de caisse». Très concrètement, cela signifiait que le droit au compte n'était pas un droit au crédit, au chéquier (44), ou à la carte de paiement. A cette notion d'opération de caisse dénuée d'ambiguïté, la loi de 1998 a substitué, dans le nouvel article 58, celle de services bancaires de base empruntée manifestement à la Charte du même nom élaborée en 1992 sous les auspices du Comité des usagers (45). Mais que faut-il donc entendre par services bancaires de base ? Observons d'emblée que la loi s'est bien gardée de le préciser et que c'est un décret qui devra, conformément aux dispositions de l'article 58 alinéa 3, en fournir la liste précise (46). Sans vouloir anticiper sur les conclusions des travaux actuellement menés au sein de la Commission Jolivet, qui étudie cette question en prévision de l'élaboration du décret, il paraît d'ores et déjà possible d'esquisser ce que pourraient être ces services de base mais aussi ce qu'ils ne devraient pas être.

Examinons tout d'abord ce que pourrait être ce service bancaire minimum.

Il s'agit, sans aucun doute, d'un service de tenue de compte comprenant, entre autres, un relevé mensuel ainsi que des moyens de consultation du compte. Les opérations de caisse (47), au sens le plus large, doivent également être accessibles aux particuliers visés par l'article 58 : dépôts et retraits de fonds au guichet, virements permanents ou occasionnels, avis de prélèvement, TIP, domiciliation d'effets, encaissements d'effets et de chèques à la condition, bien entendu, que le montant n'en soit rendu disponible qu'après encaissement effectif. Le titulaire du compte «article 58» devrait enfin pouvoir disposer d'une carte de retrait (48) lui permettant de retirer des espèces 24 heures sur 24 dans les DAB de l'établissement émetteur de la carte et demander à son banquier la délivrance de chèques de banque ou de chèques certifiés. Tel nous paraît devoir être, à peu de chose près, le service bancaire de base au sens du nouvel article 58.

Voyons maintenant, a contrario, ce que ce service minimum ne devrait logiquement pas comprendre en raison, notamment, de la philosophie générale du texte.

Doivent sans conteste être exclus tous les services pouvant avoir pour objet ou pour effet de rendre le compte débiteur. C'est dire que les opérations de crédit ne sont évidemment pas à comprendre dans les services bancaires de base, l'octroi d'un crédit devant relever de la libre appréciation du prêteur. La confiance, qui est à la base du crédit, impose une telle solution (49). Pour la même raison, il convient d'exclure de l'offre minimum la délivrance de formules de chèques étant donné que le chèque est, nos jours, un instrument de crédit. On sait, en effet, que depuis la loi n° 75-4 du 3 janvier 1975, le banquier tiré est, en vertu des dispositions de l'article 73-1 du décret-loi de 1935, obligé de payer les petits chèques de 100 francs au plus, indépendamment de l'existence d'une provision sur le compte (50). Joint à cela que le nouvel article 58 s'applique, entre autres, aux interdits bancaires et l'on aura compris pourquoi les chèques doivent absolument être exclus de l'offre bancaire minimum obligatoire. Point de droit au crédit donc et point de droit au chéquier.

Reste à envisager le délicat problème posé par les cartes de paiement qui sont aujourd'hui devenues d'un usage courant. Est-ce à dire, pour autant, qu'il faille les inclure dans les

services bancaires de base ? Nous ne le pensons pas pour la simple et bonne raison que toute carte de paiement, fut-elle à débit immédiat, comporte nécessairement un certain crédit (51). La solution, selon certains (52), pourrait être de recourir à un type de carte, qui commence à circuler, dont l'utilisation est soumise systématiquement à autorisation de l'émetteur quel que soit le montant de la somme à payer. C'est une vision bien idyllique et théorique des choses ; c'est oublier, en particulier, que la carte à autorisation systématique, outre qu'elle soulève, peut-être, quelques problèmes au regard du droit de la concurrence, n'exclut pas tout risque pour le banquier émetteur. En effet, ce dernier ne pourra jamais avoir la certitude qu'entre le moment où l'autorisation aura été délivrée et celui où l'opération se présentera au débit du compte du porteur, la provision ne se sera pas évanouie... Afin d'éviter tout risque, il faudrait imaginer que soit mis sur pied un système totalement sécurisé permettant non seulement de contrôler l'existence préalable de la provision mais également d'assurer le blocage, ou le recouvrement, instantané de celle-ci, ce qui est évidemment, en l'état actuel de la situation, totalement irréaliste. On saisit mieux, à présent, les raisons pour lesquelles il convient également d'écarter les cartes de paiement du service bancaire de base. Il faut d'autant plus les écarter que, comme on l'a souligné, les interdits bancaires ont vocation à bénéficier de ces services. Certes, nous n'ignorons pas qu'en droit, l'interdiction bancaire ne porte que sur l'émission de chèques et qu'elle ne fait, par conséquent, pas obstacle à la délivrance d'une carte de paiement aux intéressés.

Toutefois, on nous le concédera volontiers, il serait pour le moins inopportun, pour ne pas dire incohérent, de contraindre les établissements de crédit à délivrer des cartes de paiement, quelles qu'elles soient, à des interdits bancaires. De fait, cela serait de nature à leur permettre, par l'apparence de solvabilité que ce moyen de paiement leur conférerait de contourner l'interdiction bancaire dont ils sont frappés en continuant à effectuer des règlements alors que les créanciers antérieurs resteraient impayés. Au demeurant, cela serait de nature à anéantir l'effet incitatif à la régularisation voulu par le législateur qui vient, du reste, de modifier inopinément le droit des chèques sans provision.

II La modification improvisée du droit du chèque

L'étude des modifications apportées au droit du chèque par l'article 137 de la loi contre les exclusions postule que l'on réponde successivement aux trois questions suivantes que propose la logique scolastique afin de guider la réflexion intellectuelle : Quis, Cur et Quomodo ?

Tout d'abord qui est à l'origine de cet ajout de dernière minute, quel est l'auteur de cette affreuse verrue figurant (et défigurant...) à présent à l'article 58 de la loi bancaire ?

Pour la petite histoire, il faut rappeler que le projet initial du Gouvernement ne prévoyait rien de tel et que tout est parti d'un amendement présenté, in extremis, par deux sénateurs centristes (53), amendement que devait adopter, à l'unanimité, la Chambre haute lors de sa séance du 8 juillet 1998.

Cet amendement sénatorial devait trouver grâce aux yeux du Gouvernement qui le reprit purement et simplement à son compte (54), l'Assemblée nationale l'entérinant sans barguigner.

Ce texte, qui constitue désormais le dernier alinéa de l'article 58 de la loi bancaire est ainsi rédigé : «*Dans le cadre de la prévention de la lutte contre l'exclusion bancaire, pour les chèques impayés, un certificat de non-paiement est délivré à la demande du porteur, au terme d'un délai de trente jours, à compter de la première présentation du chèque dans le cas où celui-ci n'a pas été payé lors de sa seconde présentation ou si une provision suffisante n'a pas été constituée, pour en permettre le paiement dans ce même délai. Ce certificat est délivré par le tiré lorsque au-delà du délai de trente jours une nouvelle présentation s'avère infructueuse*». Et l'article 58 alinéa 7 d'ajouter (comme bien souvent, c'est dans la queue que se trouve le venin...) que «*Tout versement effectué par le tireur sur le compte duquel a été émis le chèque impayé est affecté en priorité à la constitution d'une provision pour le paiement intégral de celui-ci*».

Tel est donc le texte et telles sont les conditions dans lesquelles il a vu le jour. Restent à présent à examiner sa raison d'être (1), avant d'exposer les problèmes d'application pratique qu'il pose (2).

1. La ratio legis de la modification

Pour la découvrir, il convient notamment d'aller fouiller dans les travaux préparatoires de la loi ce qui n'est pas une mince affaire puisqu'il s'agit, pour reprendre le titre d'une chronique célèbre (55), de remonter des enfers de la discussion parlementaire. Des ténèbres, n'attendons donc pas la lumière, mais tout au plus, peut-être, un vague éclairage en tisonnant les cendres des débats.

Deux idées directrices nous semblent, à la lecture de ces travaux, gouverner les dispositions de l'article 58 relatives au droit du chèque.

D'une part, et c'est l'objet de toute la première partie de l'article 58 alinéa 7, il s'agit d'éviter que les porteurs de chèques impayés pour défaut de provision ne représentent inlassablement leur titre de créance sur les comptes des tireurs impécunieux.

Comme l'a souligné devant le sénat Daniel Hoeffel (56), l'un des pères spirituels de la modification apportée : «*il s'agit de mettre un terme à la multiplication des présentations de chèques sur un compte non provisionné, et d'éviter ainsi l'accumulation de frais bancaires lourds de conséquences sociales pour le défaillant*».

C'est un fait que la présentation d'un chèque sur un compte non provisionné entraîne son rejet avec toutes les conséquences pécuniaires qui s'ensuivent pour le tireur (frais de rejet parfois importants eu égard au faible montant du chèque en cause (57)).

Bref, et pour reprendre les termes mêmes de Véronique Neiertz (58), les dispositions du nouvel article 58 dernier alinéa de la loi bancaire ont pour objet de s'attaquer «*à l'une des causes de la spirale du surendettement en bloquant l'accumulation des frais financiers liés au surendettement lui-même et à la capacité de faire face aux chèques présentés à l'encaissement*».

Dont acte. Ce que les parlementaires ont «omis» de préciser c'est que rien n'oblige les intéressés à émettre des chèques dépourvus de provision et que les frais bancaires perçus par les établissements de crédit tirés en cas de rejet sont parfaitement justifiés en raison des traitements spécifiques impliqués.

Quant à leur opposabilité au tireur, elle ne saurait être mise en doute puisqu'ils sont contractuellement acceptés et figurent,

noir sur blanc, dans les brochures tarifaires du tiré régulièrement mises à jour et tenues à la disposition de la clientèle.

Notons, pour conclure sur ce point, que cette disposition, que les parlementaires et le Gouvernement ont présentée comme novatrice, ne fait au vrai que paraphraser, à peu de chose près, ce qui était déjà inscrit en toutes lettres à l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque (59). Vers nouveaux sur pensers anciens...

Mais passons au texte de la dernière phrase de l'article 58 qui, si l'on ose dire, présente davantage d'intérêt pour les banquiers.

La dernière phrase de l'article 58 de la loi bancaire est, quant à elle, véritablement novatrice qui indique, rappelons-le, que *«tout versement effectué par le tireur sur le compte duquel a été émis le chèque sans provision est affecté en priorité à la constitution d'une provision pour le paiement intégral de celui-ci»*. Quelle est donc la raison d'être de ce rajout de dernier moment ? Tout simplement d'instaurer une présomption d'affectation des versements effectués par le tireur sur le compte duquel des chèques sans provision ont été émis afin de contrebattre la jurisprudence de la Cour de cassation. On sait, en effet, que par un arrêt de cassation de la Chambre commerciale du 9 novembre 1981 (60), dans une affaire opposant la SNVB à l'un de ses clients ayant émis un chèque sans provision, il a été décidé que la remise faite sans autre précision par le tireur au banquier tiré d'une somme égale au montant du (ou des chèques) à régulariser n'avait pas nécessairement pour effet de constituer la provision. De fait, eu égard aux règles générales qui gouvernent le compte bancaire (61), toute somme qui entre en compte en devient un simple article qui s'absorbe dans le solde unique. Conséquemment, si le solde reste débiteur ou devient créditeur à un niveau qui ne permet pas d'honorer le ou les chèques litigieux, la provision n'est pas constituée. Juridiquement, le raisonnement est imparable (62). Certes, on peut conjecturer qu'en effectuant une remise d'un montant égal au montant du chèque rejeté pour défaut de provision, le tireur n'entendait probablement pas régler en priorité son banquier mais affecter cette remise au paiement du chèque litigieux. Mais les règles du compte bancaire sont là et il convient de les connaître et de les respecter.

Le tireur n'avait qu'à, lors de sa remise, préciser qu'il entendait la soustraire à l'entrée en compte en lui donnant une affectation spéciale (63), en l'occurrence la constitution de la provision du chèque en cause. S'il ne l'a pas fait, tant pis pour lui : sa remise viendra se fondre dans le creuset du compte. C'est afin de lutter contre cette jurisprudence bien assise, déniait toute présomption d'affectation spéciale lors d'une remise en compte, que le législateur est intervenu par la loi du 29 juillet 1998. Bel exemple, comme dirait le professeur Philippe Malaurie (64), «de jurisprudence combattue par la loi».

Reste que cette disposition, qui paraît simple dans son principe, pose nombre de difficultés pratiques. Ce sont ces dernières qu'il convient, à présent, d'examiner.

2. Ses difficultés d'application

On vient d'expliquer pourquoi, dans le cadre de la loi contre les exclusions, le Gouvernement avait fait adopter, au dernier moment et en tapinois, des dispositions d'application immédiate concernant les chèques sans provision qui viennent, curieusement, modifier l'article 58 de la loi bancaire alors qu'elles auraient logiquement dû trouver leur place dans le décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque.

La première de ces dispositions, on l'a vu (65), n'est qu'une reprise de ce que prévoit déjà l'article 65-3 du décret-loi précité s'agissant de la délivrance du certificat de non-paiement. Elle n'appelle par conséquent par d'observations particulières (66) si ce n'est que l'on se trouve désormais en présence de deux textes, prévoyant des dispositions similaires, ce qui ne manquera pas de poser des problèmes de conflit de textes (67).

En revanche, la seconde modification, issue de la dernière phrase de l'article 137, pose de graves difficultés d'application et est de nature à nécessiter des développements informatiques importants à un moment où, comme chacun le sait, les services informatiques des banques sont mobilisés sur l'euro et le passage à l'an 2000.

Les problèmes soulevés par ce texte, pour lequel aucun décret d'application n'est prévu par la loi sont, pour l'essentiel, les suivants.

Tout d'abord, que faut-il entendre par «tout versement effectué par le tireur» :

Le terme versement est, en thèse générale, réservé dans la réglementation bancaire (68) aux seules opérations sur espèces ; il exclut par conséquent, semble-t-il, les virements et les remises de chèques. Ainsi, par exemple, dans la réglementation sur les comptes à terme, la décision n° 69-02 modifiée du 8 mai 1969 du Conseil national du crédit distingue-t-elle nettement les écritures de virement des écritures de versement (cf. art. 2.C). Le texte étant par ailleurs sanctionné correctionnellement (cf. article 72 du décret-loi du 30 octobre 1935 sanctionnant l'indication d'une provision inférieure à la provision existante et disponible) et établissant une sorte de privilège (69) en faveur des porteurs de chèques sans provision, une interprétation stricte paraît devoir s'imposer (70).

Dans ces conditions, la notion de versement couvrirait les seuls versements espèces et exclurait toutes autres sommes reçues par d'autres moyens, notamment sous forme de chèques ou de virements.

Si néanmoins, une interprétation large du mot versement devait être retenue, en d'autres termes si d'aventure l'on devait sacrifier un coq à Esculape, on se heurterait aux problèmes pratiques et juridiques non négligeables suivants :

Le tireur, sauf à ouvrir un nouveau compte sur lequel il domicilierait toutes ses ressources (mais n'y aurait-il pas fraude à la loi ?), n'aurait plus d'autre possibilité que de régler le porteur et verrait ainsi toutes les sommes portées au crédit de son compte (salaire, remboursements sociaux, allocations diverses et variées) affectées en priorité au paiement du ou des chèque(s) sans provision par lui tirés sur le compte en cause. On voit difficilement comment une telle interprétation pourrait, par exemple, se concilier avec la réglementation relative aux saisies. N'y aurait-il pas quelque contradiction entre la protection attachée, dans le cadre d'une procédure de saisie, au salaire (dont une fraction, «alimentaire», est insaisissable ; cf. art. L. 145-1 et suivants du code du travail) et cette affectation automatique et totale pour couvrir une dette qui n'a pas fait l'objet d'une procédure de saisie ? En voulant protéger les exclus, les humiliores, le législateur de 1998 aurait ainsi, sans y prêter garde, favorisé les créanciers à leur détriment ? On ne veut pas le croire. Encore que... (71). Plaisante justice décidément (72).

Il conviendrait, à tout le moins, de prévoir que les remises de chèques ne pourraient être prises en considération qu'après paiement effectif par le tiré afin de ne pas faire

encourir au banquier du remettant un risque inconsidéré (risque d'impayé).

Exit, par conséquent, du moins pour ces remises, la pratique du crédit immédiat actuellement en vigueur dans la plupart des grands établissements.

On vient de raisonner sur un compte ne comportant qu'un seul titulaire. S'agissant des comptes collectifs, les problèmes sont encore plus épineux. De fait, l'indication du tireur du chèque sans provision implique que l'on voie le titre (ce qui pose le problème des chèques non circulants) et qu'on l'examine au regard du spécimen de signatures déposées (73). Inutile de dire qu'il y a là un sérieux retour en arrière puisque la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 était précisément venue corriger cet inconvénient du texte du 30 décembre 1991. Une solution pourrait être que dans le cadre d'un décret autonome du Premier ministre (voire, pourquoi pas, dans le cadre d'un nouveau texte législatif) ainsi que, le cas échéant, dans les conventions de compte des établissements assujettis aux dispositions de l'article 58, il soit prévu que dans l'hypothèse d'un incident sur un compte collectif, tous les versements émanant de l'un quelconque des cotitulaires seront affectés en priorité à la constitution de la provision du (des) chèque(s) impayé(s) tiré(s) sur ledit compte, sauf en cas de désignation d'un cotitulaire responsable.

Quant à la notion du tireur au sens de l'article 58 dernier alinéa, force est de constater que le nouveau texte est issu d'une loi relative à la lutte contre les exclusions qui, par définition, ne concerne que les personnes physiques. Gardons-nous d'oublier que c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les personnes morales sont désormais exclues du bénéfice du droit au compte.

L'interprétation la plus obvie consiste donc à écarter les tireurs personnes morales, ces êtres désincarnés, sans chair et sans os (74), du bénéfice du nouveau dispositif. D'aucuns crieront, peut-être, au scandale en pensant notamment aux petites et moyennes entreprises. Mais l'on fera observer que «l'herméneutique étant la forme savante de la désobéissance», il en résulte que de deux interprétations, la plus naïve est celle où l'on est le plus assuré de moins désobéir (75).

En second lieu, on ne peut que regretter que la loi ne règle pas l'ordre d'affectation des sommes versées par le tireur en cas de pluralité de chèques sans provision. Y a-t-il un ordre de priorité ? Si oui lequel ? Faudra-t-il régler les chèques dans l'ordre de leur première présentation, par rapport à leur date d'émission, dans l'ordre des nouvelles présentations ou en considération du numéro des vignettes (selon la maxime prior tempore, potior jure chère à René Maunier) ?

La solution serait probablement que les versements effectués viennent alimenter un compte bis et que les chèques soient payés à nouvelle présentation dans l'ordre de celles-ci. Mais est-ce bien ce qu'à voulu le législateur ? On ne le sait. Resterait encore à régler le cas de présentations concomitantes.

Autre difficulté mineure cette fois-ci : si la provision constituée ne correspond qu'à une fraction du chèque à régler, le tiré doit-il effectuer un paiement partiel ? Nous ne

le pensons pas étant donné le texte même de l'article 58 qui parle de «paiement intégral». Une telle expression exclut sans conteste toute obligation de paiement partiel du titre par le banquier tiré.

Rien n'est dit, en revanche, du délai de blocage des sommes affectées. Par comparaison, l'article 13 alinéa 2 du décret n° 92-456 du 22 mai 1992 prévoit que la provision constituée par le tireur pour régulariser l'incident conformément à l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935, redevient disponible à l'issue d'un délai d'un an si elle n'a pas été utilisée pour payer le chèque dans le cadre d'une nouvelle présentation. Un alignement sur cette disposition ne serait pas mésestant, rien ne justifiant un blocage plus long dans le cas de figure visé à l'article 58 de la loi bancaire.

Enfin, *last but not least*, il nous apparaît inévitable d'adapter les modèles de lettres d'injonction (homologuées par arrêté ministériel) dès lors que le nouveau texte a une incidence directe sur le mode de régularisation par paiement du chèque lors d'une nouvelle présentation. Il convient en effet que le tireur soit dûment informé que ses versements seront affectés en priorité à la constitution d'une provision pour le paiement du ou des chèques en cause, sauf à ce qu'il constitue expressément cette provision dans le cadre de la régularisation de sa situation. Le pouvoir réglementaire pourra donc difficilement faire l'économie d'un nouvel arrêté ministériel modificatif de l'arrêté du 29 mai 1992 pris pour l'application du décret n° 92-456 précité (76). Que de textes en perspective !

* *
*

En commençant ces lignes, nous faisons observer que la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, son article 137 en particulier, était un véritable monument dénué d'esprit comme de style. D'esprit sans aucun doute sauf, bien entendu, d'esprit interventionniste (77). De style, en revanche, cela n'est pas certain ; en effet, les dispositions de l'article 137 relatives au droit au compte participent, par certains côtés, de la technique du trompe-l'oeil : c'est du Piranèse juridique. Quant à celles relatives au droit du chèque, elles donneraient plutôt dans le baroque. Que faut-il en conclure ? Que le texte est critiquable tant dans son élaboration que dans sa rédaction ; qu'il est inapplicable en l'état ? Sans aucun doute.

Qu'il conviendrait, peut-être, de songer à remettre en vigueur la sanction que Démosthène (78) évoquait avec admiration, dans l'un de ses plaidoyers politiques, lorsqu'il parlait de la pratique des Locriens ? «*Quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde au cou. La proposition paraît-elle louable et utile ? L'auteur se retire la vie sauve. Sinon on serre la corde et c'est la mort...*». Assurément pas. De fait, la loi reposait sur de bons sentiments (79), l'intention du législateur était bonne. Malheureusement, l'enfer en est pavé... ■

- (1) Cf. M. Troper, «La pyramide est toujours debout», *Revue de droit public*, 1978, p. 1523 et sq. Cet article faisait écho à un article du professeur P. Amselek intitulé «Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique» paru auparavant, la même année, dans cette revue, p. 5 et sq.
- (2) Voir un bouclier des misérables ; «Clypeus personarum miserabilium» ; c'était déjà, note M. le Doyen J. Carbonnier, le titre d'une thèse de droit à Vienne en 1717... V. «Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur» ; 9^e éd, *LGDJ*, 1998, spéc. p. 89 texte et note (34).
- (3) Le phénomène de l'exclusion est de tous les temps. A preuve : I Samuel, 22. 2 («Tous les gens en détresse, tous ceux qui avaient des créanciers, tous les mécontents se rassemblèrent autour de David et il devint leur chef»). Plus près de nous, il est symptomatique de relever que le nouveau code pénal s'est épuré de certaines incriminations. On songe, en particulier, aux anciens articles 269 à 281 qui ont été purement et simplement gommés. Comme devait l'écrire Mme Giudicelli-Delage (cf. *Rev. Sc. Crim.*, 1993, 493 sq., spéc. p. 497) dans son commentaire du livre IV du NCP, «il y aurait sans doute eu quelque indécence à maintenir en tant qu'infractions portant atteinte à la paix publique le vagabondage et la mendicité». Montée de l'exclusion, multiplication des «disoccupati» (cf. R. Vailland, «La loi», *Gallimard* éd., 1957, passim) oblige...
- (4) V. not. «Rapport du Médiateur de la République au Président de la République et au Parlement pour l'année 1995» (300 p.) ; spéc. p. 19.
- (5) Cf. «Projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions». *Document Assemblée nationale* n° 780 (spécialement l'article 73 du projet qui devait se transmuter en article 137, p. 98-899).
- (6) Cf. «Dictionnaire de théologie catholique», tome V, Paris, 1913, V° Extravagantes, col. 1896-1897 par A. Villien ; comp. J. Carbonnier, «Le code civil» ; in «Les lieux de Mémoire» Tome II, volume 2, (sous la dir. de Pierre Nora), *Gallimard*, 1986, p. 293 et sq. ; spéc. p. 305 ; du même, «Droit civil, Introduction», *Thémis*, *PUF*, 25^e éd, 1997, spéc. n° 110 p. 190 évoquant notamment les lois Badinter du 5 juillet 1985 et Méhaignerie du 23 décembre 1986 qui «vagabondent» en dehors du code civil.
- (7) Cf. notamment D. Le Ninivin «Les discordances de la codification par décret» ; *JCP* 1980, Ed G, I. 2982. Voir également «Le dévoiement pénal» ; Journée d'études organisée par l'Institut de Criminologie de Paris le 16 janvier 1995 au palais du Luxembourg in *Droit pénal*, avril 1995, supplément au n° 4 ; spécialement l'intervention du professeur Fr. Terré, p. 9 et sq, spéc. p. 11, col. 2 sur les conséquences de l'abrogation de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usage pour les sociétés emprunteuses. Du reste et comme le note, cum granulo salis, le Doyen Carbonnier, «d'un patchwork, on ne peut espérer qu'il ait un esprit» ; in «Droit civil, Introduction» ; op. cit. ; spéc. n° 113, p. 196.
- (8) V. essentiellement, la consultation de Joseph Hamel délivrée à l'Association professionnelle des banques, publiée dans *Banque*, 1959, p. 6 et sq ; adde, Ch. Gavalda, «Les refus du banquier» ; *JCP* 1962, Ed. G, I, 1727 ; M. Vasseur et X. Marin, «Les comptes bancaires» ; Tome I, *Sirey*, 1966, spéc. n° 55, p. 33 et sq. Pour la théorie générale, consulter la belle thèse de J. Chr. Serna intitulée «Le refus de contracter» ; Paris, *LGDJ*, 1967 (préface J. Carbonnier) ; spéc. p. 108 textes et notes (85) et (86). En jurisprudence, voir, dans le sens de la consultation du Doyen Hamel, les 3 décisions rendues le 27 juin 1960 par le tribunal de commerce de la Seine : *Banque*, 1960, 535 sq, obs. approb. X. Marin.
- (9) Sur cette obligation, toujours d'actualité, V. not. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, «Droit de la banque» ; *Thémis*, 1^{re} éd, 1974, spéc. n° 336 p. 430. Plus récemment, V. J. Prieur, in *J. Cl. Commercial*, Banque et crédit, fasc. 130, spéc. n° 86.
- (10) In «Droit et économie bancaires, les institutions bancaires» ; Fasc. I-C ; 4^e éd, *Les cours de droit*, 1985-1986, spéc. p. 1131-1137.
- (11) En ce sens, V. M. Cabrillac et Chr. Mouly, «Droit pénal de la banque et du crédit» ; *Masson éd.*, 1982, spéc. n° 227 p. 148 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, «Droit bancaire» ; *Précis Dalloz*, 6^e éd, 1995, spéc. n° 186 p. 176 ; M. Vasseur, «Droit et économie bancaires ; les opérations de banque» ; Fasc. I, 4^e éd, 1987-1988, spéc. p. 19-20. On notera que depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et la concurrence, la prétendue obligation susceptible d'être tirée du refus de prestation de services a disparu. En effet, l'article 89 de la loi bancaire dispose que les EC ne sont assujettis, pour leurs opérations de banque et connexes, qu'aux articles 7 à 10 de l'ordonnance. Il s'ensuit que son article 30, codifié depuis 1993 à l'article L. 122-1 du code de la consommation, est inapplicable au cas de refus d'ouverture de compte opposé par un EC à un consommateur. En ce sens, V. M. Vasseur, op. cit. p. 21. En jurisprudence, V. Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1994, Caisse de Crédit agricole mutuel du Sud-Est c/Epoux Bel ; *Bull. civ.*, I, n° 289 p. 210 ; D. 1994. IR. 241. Quant à l'article 36 2^e) de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui réprimait le refus de prestation de services entre professionnels, il a été purement et simplement abrogé par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Sur cette abrogation, V. André Decocq, «Sur l'abrogation du délit civil de refus de vente» ; *JCP* 1997, Ed G, I, 3997.
- (12) Tiré de son bel ouvrage intitulé : «La Méditerranée, l'Espace et l'Histoire» ; *Flammariion* éd, 1985, spéc. p. 8.
- (13) Voir, sur cet article, F.-J. Crédot, «La nouvelle loi bancaire : commentaire de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit» ; *ALD*, 1984, p. 65 et sq ; spéc. n° 38, M. Vasseur, «Droit et économie bancaire, les opérations de banque» ; Fasc. I, 4^e éd, *Les cours de droit* ; 1987-1988, spéc. p. 22-24 ; *RTD Com*, 1984, 312 obs M. Cabrillac et B. Teyssié ; Chr. Gavalda et J. Stoufflet, «La loi bancaire du 24 janvier 1984» ; *JCP* 1984, Ed E, I, 14379, spéc. n° 38.
- (14) En ce sens, F.-J. Crédot, op. cit. ; eod loc, texte et note (83). On sait que le BCT, créé par la loi du 27 février 1958 instituant l'assurance obligatoire pour les véhicules, permet la mise en œuvre des obligations d'assurance. A noter que ce n'est pas le BCT qui désigne l'assureur qui devra garantir l'assuré indésirable. A l'opposé, c'est l'assuré qui désigne l'assureur qui devra le garantir, et dont le refus d'assurance est soumis au BCT, pour la fixation du tarif applicable à ce mauvais risque. V. sur la question, Y. Lambert-Faivre, «Droit des assurances», *Précis Dalloz*, 10^e éd, 1998, spéc. n° 813 sq, p. 596 sq ; Adde, «Traité de droit des assurances» ; Tome I, (sous la dir. de Jean Bigot), *LGDJ*, 2^e éd, 1996, spéc. n° 609 sq, p. 434 sq.
- (15) La note d'information émanant du *Secrétariat général de la Banque de France* était datée de juillet 1984 ; l'avis, quant à lui, devait être publié au *JO* du 1^{er} août 1984, p. 2539. Sur cet avis, V. F.-J. Crédot, *ALD*, 1984, spéc. p. 150, n° 54-55. L'Institut d'émission d'outre-mer et l'Institut d'émission des départements d'outre-mer devaient également publier, chacun en ce qui le concerne, des avis identiques (V. *JO* du 8 septembre 1984, p. 2866 et 2867).
- (16) Comme devait le dire de façon imagée le Sénateur Dailly lors des travaux préparatoires : «il faudra qu'il justifie qu'il a saisi tous ces établissements [...] et qu'il s'est heurté à des portes fermées [...]». V. *JO*, Débats Sénat, 4 novembre 1983, p. 2637 col. 1.
- (17) Cf. M. Vasseur, op. cit. p. 23. V. également, *JO*, Débats, Assemblée nationale, 2^e séance du 8 décembre 1983, p. 6206 col. 2. Adde, le dernier paragraphe de l'avis précité de la BDF.
- (18) V. Recommandation n° 83/210 A du *Conseil de l'AFB* du 10 juin 1983.
- (19) Au cours de l'année 1985, il devait y avoir 236 désignations (contre 55 sur les 6 derniers mois de 1984) en application de l'article 58 ; et dans 94 cas, l'organisme ayant procédé à la clôture devait être «invité» à rouvrir le compte, soit environ dans 40 % des cas. Cf. «Rapport du Comité des usagers, 1985-1986, in Rapport du Conseil national du crédit», 1985, spéc. p. 434. En 1998, il semble que les demandes d'ouverture de comptes «article 58» avoisinaient les 2000 (Source : *Rapport Y. Ullmo* sur «La rémunération des dépôts à vue et la tarification des services de paiement», spéc. p. 46).
- (20) A ce sujet, V. deux réponses ministérielles, l'une de fin 1991, l'autre de début 1992, à des questions écrites de parlementaires (Cf. *Circulaires AFB* n° 91/331 et n° 92/022 datées respectivement des 19 septembre 1991 et 17 janvier 1992).
- (21) Cf. art. 65-1 alinéa 1^{er} du décret-loi du 30 octobre 1935. Adde, l'article 1^{er} 2^e de la loi du 22 octobre 1940 relative aux règlements par chèques et virements qui soustrait les commerçants (immatriculés au RCS) titulaires d'un compte «article 58» à l'obligation de régler par chèque les dettes dépassant un certain montant. V. *Rép. Dalloz*, Droit commercial, v° chèque par M. Cabrillac, spéc. n° 258.
- (22) Sauf, on le sait, en matière d'épargne logement (réserve faite de la situation de surendettement de l'aspirant emprunteur). V. Cass, civ, 1^{re}, 3 juin 1997, Mme Kalfon c/Crédit lyonnais ; *Bull. Civ*, I, n° 181 p. 121 ; D. 1998, jur. p. 245 note H. Heugas-Darrassen ; *RD bancaire et bourse*, août-sept 1997, p. 164 obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Banque*, 1997, p. 88 obs. J.-L. Guillot.
- (23) Op. cit. ; eod. loc. Le Médiateur observait notamment que l'usage d'un compte (pour les pauvres tramps) serait de nature à maintenir un lien de socialisation. Il est à cet égard significatif de relever que l'article 137 de la loi contre les exclusions, qui modifie l'article 58, trouve son siège dans le titre II de la loi intitulé «De la prévention contre les exclusions», et, singulièrement, dans son chapitre V relatif «aux moyens d'existence».
- (24) V. *Rapport précité du Comité Consultatif* pour 1985-1986, spéc. p. 435 ; les mauvais exemples font souvent, comme on le sait, pulluler les mauvaises lois. Sur ce phénomène dit de l'occasio legis, V. J. Carbonnier, «Sociologie juridique» ; *PUF*, *Quadrige*, 1^{re} éd., 1994, spéc. p. 239 et 242.
- (25) In «Essais sur les lois» ; *Defrénois*, 2^e éd., 1995, spéc. p. 312.
- (26) Physique comme morale.
- (27) Cf. J. Stoufflet, «Un élargissement du droit aux services bancaires : la refonte de l'article 58 de la loi bancaire par l'article 137 de la loi du 29 juillet 1998» ; *RD bancaire et bourse*, sept-oct 1998, p. 153 sq.
- (28) Bien entendu, les règles légales sur la capacité et la représentation des personnes protégées devront être respectées.
- (29) Contra, J. Stoufflet ; op. cit. eod. loc. Si le législateur avait réelle-

ment voulu que les interdits judiciaires bénéficient des dispositions de l'article 58, il aurait, non pas visé les seuls «interdits bancaires», mais plus largement «les interdits d'émettre des chèques».

(30) *Rapport précité du Comité Consultatif*, spéc. p. 435.

(31) La loi mentionne, en général, les établissements de crédit sans autre précision. Bien entendu, cela ne peut viser que les établissements habilités à recevoir des dépôts à vue ou à moins de 2 ans de terme ce qui exclut les sociétés financières. Il nous semble, en revanche, que les succursales françaises de banques agréées dans un autre Etat membre de l'EEE sont assujetties à ces dispositions, l'article 58 pouvant être considéré comme un texte d'intérêt général au sens de l'article 1984 de la deuxième directive de coordination bancaire. Sur cet article 1984, voir not. B. Soubirou, «Droit bancaire européen»; *Précis Dalloz*, 1^{re} éd., 1995, spéc. p. 142 sq.

(32) Il est important de relever que le nouvel article 58 ne fait plus ostension ni de la Banque de France, ni de la Caisse des dépôts et consignations. Pour la Banque de France, cela s'explique par le fait (autre le problème que pouvait poser une auto-désignation...) que depuis la loi n° 93-980 du 4 août 1993 modifiée, cette dernière n'est plus habilitée (sauf décision de son Conseil général selon l'article 17 7° de la loi...) à ouvrir des comptes bancaires à des particuliers; quant à la Caisse des dépôts et consignations, le législateur a probablement estimé que son statut particulier et les missions spécifiques qui lui sont assignées devaient la faire échapper au nouveau dispositif mis en place.

(33) Sur cet avatar du serment qu'est l'attestation ou la déclaration sur l'honneur: voir l'admirable thèse de B. Beignier, «L'honneur et le droit»; (préf. J. Foyer), *LGDJ*, 1995, spéc. p. 507 sq. L'auteur relève que la première véritable attestation sur l'honneur fut liée (merci Joseph Caillaux...) à l'apparition de l'impôt sur le revenu. Ripert, devant noter, dans son célèbre ouvrage intitulé «Le régime démocratique et le droit civil moderne», avec l'habituelle acidité de sa plume, que «de tels serments sont difficilement considérés par les intéressés comme engageant véritablement leur conscience...».

(34) Au vrai, droit à un établissement déterminable et non à un établissement déterminé. L'article 58 est un bel exemple du phénomène de «la pulvérisation du droit en droits subjectifs» (et du problème corrélatif que pose la Rechtsshaberei...). Sur la question, J. Carbonnier, «Droit et passion du droit sous la V^e République», *Flammarion éd.*, 1996, spéc. p. 121-126.

(35) Cf. art 4 de la décision de caractère général n° 69-02 du 8 mai 1969 du Conseil national du crédit modifiée par le règlement du CRB n° 92-10 du 13 décembre 1992 aux termes duquel: «les banques fixent librement les conditions qu'elles appliquent à leurs [...] opérations».

(36) Cf. l'art 1^{er} de la loi du 1^{er} février 1943 relative aux règlements par chèques et virements. V. M. Vasseur et X. Marin, «Le chèque»; *Sirey*, 1969, spéc. n° 13 p. 17. Cette loi est restée en vigueur jusqu'à la loi du 3 janvier 1975 qui a intégré cette disposition dans l'article 65-1 du décret-loi du 30 octobre 1935. V. not. «*Rapport Ullmo*», op. cit. p.7.

(37) V. *JO Débats Assemblée nationale*, 2^e séance du 19 mai 1998, p. 4078 sq.

(38) *Ibid.* p. 4081. Mme Lebranchu relevait que «poser une exception à la liberté tarifaire constitue (sic) une entorse à l'ordonnance de 1986 sur les prix. De plus, les tarifs des opérations bancaires de base sont aujourd'hui extrêmement modestes, voire nuls». Mme le secrétaire d'Etat devait ajouter que: «plusieurs acteurs, dont le Gouvernement, ont demandé que l'on renvoie la question à la concertation banques-consommateurs au sein du Comité consultatif du CNCT dans le prolongement des réflexions sur la rémunération des dépôts à vue et des services bancaires». Et Mme Lebranchu de conclure que: «mieux vaudrait laisser la négociation s'engager sur un accord de modération que de fixer les tarifs par décret avant qu'elle ne commence...».

(39) Voir, *Document Sénat* n° 544 (Rapport fait par M. B. Seillier au nom de la commission des affaires sociales), spéc. tome I, p. 116-117 où, là encore, l'ordonnance de 1986 est invoquée à tort (l'art 1^{er} ne s'appliquant pas aux banques pour leurs opérations bancaires et connexes conformément aux dispositions de l'article 89 de la loi bancaire).

(40) Encore qu'il aurait pu, s'il l'avait voulu, s'en saisir d'office; cf. D. Georges Lavroff, «Le droit constitutionnel de la V^e République»; *Précis Dalloz*, 1995, spéc. n° 83 p. 162. Pour la décision du Conseil constitutionnel concernant les 5 articles dont il avait été saisi (Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998), voir *JO* du 31 juillet 1998, p. 11710 sq.

(41) Sur cette notion, V. infra.

(42) Comp. art 65-1 du décret-loi du 30 octobre 1935 qui dispose que tout banquier peut, «par décision motivée», refuser de délivrer au titulaire d'un compte des formules de chèques. Sur cette disposition, V. H. Bouilhol; «La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement», *Banque*, 1992, p. 668 sq., spéc. p. 680 col. 3. En pratique, il faudra être très prudent sur le motif donné qui devra être objectif tout en n'étant pas vexatoire. Des incidents à répétition (ex, des rejets d'avis de prélèvement, des saisies répétées sur le compte, pourront constituer de bons motifs de clôture en raison notamment des coûts de traitement que cela implique pour la banque, coûts qui peuvent avoir pour effet, le cas

échéant, de rendre le compte débiteur). En revanche, le simple fait de ne plus «avoir convenance» à détenir le compte ne nous paraît pas pouvoir constituer un motif suffisant dans la mesure où une telle «motivation» n'exprimerait pas la raison exacte déterminant la clôture.

(43) Sur ce principe, inscrit à proprement parler nulle part dans notre Droit, mais qui s'évince de certains textes (cf. not. articles 1780 alinéa 1 et 1838 du code civil; comp. art. 2 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales), voir J. Carbonnier, «Droit civil, les obligations», Tome IV, *Thémis*, 21^e éd., 1998, spéc. n° 140 p. 263. Adde. P. Morvan, «L'hypothèse des contrats perpétuels en droit commercial»; *Les Petites Affiches*, n° 34, du 19 mars 1993, p. 12 sq et n° 35, du 22 mars suivant, p. 4 sq.

(44) Cf. non seulement les dispositions de l'article 65-1 mais également celles de l'article 73-1 du décret-loi du 30 octobre 1935.

(45) Sur cette Charte, à laquelle l'AFB avait immédiatement adhéré (cf. résolution du *Conseil de l'AFB* du 9 juin 1992), voir not. *Comité consultatif*, Rapport au Conseil national du crédit, 1991-1992, p. 107 sq. Adde, P. Cahart, «Pourquoi une Charte?», *Banque*, 1992, 765 sq. M. Y. Ullmo, dans la conclusion de son rapport précité (p. 55), avait préconisé qu'une nouvelle Charte actualisée soit établie et homologuée par la Commission bancaire. Il soulignait qu'il préférerait la solution du code de bonne conduite (à celle du règlement souhaitée par les associations de consommateurs) considérant que «réglementer en la matière risquerait d'empêcher toute souplesse de mise en œuvre et de compliquer la prise en compte des évolutions des techniques et des comportements». Il ne devait, malheureusement, pas être entendu par les Pouvoirs publics...

(46) Selon Mme le secrétaire d'Etat aux PME, «la liste sera très précise». Cf. *JO Débats Assemblée nationale*, 2^e séance du 19 mai 1998, p. 4080 col. 2.

(47) En ce sens, *JO Débats Assemblée nationale*, 2^e séance du 19 mai 1998, spéc. p. 4078 col. 2. où le député communiste J.-P. Brard donne une liste des services bancaires de base. Il s'agit, selon lui, «des opérations de caisse, de la carte de retrait, des virements, des prélèvements permanents, ainsi que des chèques de banque pour certains règlements».

(48) C'est dire que la carte de retrait interbancaire devrait être exclue des services bancaires de base dans la mesure où, en cas de retrait déplacé du titulaire de la carte, il en coûte une commission interbancaire sur retrait déplacé sur DAB au banquier émetteur (cf. le Rapport Ullmo qui soulève ce problème, op. cit. p. 48). Contra Mme le secrétaire d'Etat aux PME qui estimait, lors des travaux préparatoires (cf. *JO Débats Assemblée nationale*, 2^e séance du 19 mai 1998, spéc. p. 4080 col. 1 et 2) que le service bancaire de base devrait inclure la carte de retrait interbancaire.

(49) V. Chr. Gavalda et J. Stofflet, «Droit bancaire, institutions-comptes-opérations-services», 3^e éd., *Litec*, 1997, spéc. n° 367-1 p.177; F. Grua, «Contrats bancaires, les contrats de service», tome I, *Economica*, 1990, spéc. n° 233 p. 224. V. en jurisprudence, Cass com, 7 février 1995, Pépinières salle Proust c/CRCAM du Loiret; *Bull. civ.*, IV, n° 34 p. 29 qui réaffirme le principe que, sauf exception, il n'y a pas de droit au crédit.

(50) Tout carnet de chèque contient ainsi, depuis 1975, un menu pouvoir de battre monnaie. Sur l'article 73-1, R. Libchaber, «Recherches sur la monnaie en droit privé», (préf. P. Mayer), *Bibl. dr. privé*, tome 225, *LGDJ*, 1992, spéc. n° 101 p. 86 texte et note (5). Adde, M. Cabrillac, «Du décret-loi du 30 octobre 1935 au chèque instrument de crédit», in «Etudes dédiées à R. Roblot», *LGDJ*, 1984, p. 401 sq, spéc. n° 4 p. 402.

(51) V. Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 1984, Consorts Périé c/Crédit lyonnais; *Bull. Civ.*, I, n° 317 p. 268; D. 1985, jur. p. 297 note Cl. Lucas de Leyssac. L'arrêsté écrit fort justement «qu'il y a dans tout mécanisme de paiement par carte, une fonction crédit qui est consubstantiellement liée à la fonction paiement». Comp. Paris, 15^e ch., 25 mai 1970, *RTDCiv.*, 1970, 587 obs, G. Cornu qui relevait déjà que «tout système de carte, même simplement accréditive, recèle un élément de crédit». Sur cette jurisprudence intéressant le droit des incapables, consulter J. Massip, «Les majeurs protégés», (préface J. Carbonnier), 2^e éd., 1994, *Defrénois éd.*, spéc. n° 320 p. 308 texte et note (5). Plus généralement, cf. J. Stofflet, loc. cit. p. 154 col. 2.

(52) J. Stofflet, loc. cit., eod. loc.

(53) V. *JO Débats Sénat*, séance du 8 juillet 1998, spéc. p. 3724 col. 2.

(54) V. *JO Débats Assemblée nationale*, séance du 9 juillet 1998, spéc. p. 5770, col. 2 in fine et 5771.

(55) Cf. «Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers»; D. 1975, chron. XL par M. Couderc. Cette chronique tentait (vaine-ment?) de réhabiliter le recours aux travaux préparatoires qu'avait dénoncé avec vigueur, quarante ans plus tôt, H. Capitant (cf. D.H. 1935 chron. XX).

(56) *JO Débats Sénat*, séance du 8 juillet 1998, p. 3724, col. 2 in fine. Adde *JO Débats Assemblée nationale*, séance du 9 juillet 1998, p. 5771, col. 1. Le député RPR Patrick Devedjian avait présenté, à deux reprises, un amendement tendant à subordonner à l'autorisation du tireur la représentation du chèque passé le délai d'un mois visé à l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935. Ses propositions d'amendements devaient faire long feu. V. *JO Débats, Assemblée nationale*, 2^e séance du 19 mai

1998, p. 4084. Adde, *JO Débats Assemblée nationale*, 3^e séance du 1^{er} juillet 1998, p. 5706, col 1.

(57) Dans la discussion devant l'Assemblée nationale, Mme Neiertz devait préciser que «certains établissements bancaires prélèvent sur les chèques non payés des frais financiers extrêmement élevés [...] puisqu'ils vont parfois jusqu'à 500 francs par chèque». Et le rapporteur pour le surendettement d'ajouter : «Imaginez la somme que cela peut représenter dans les dossiers soumis aux commissions de surendettement!». V. *JO Débats Assemblée nationale*, séance du 9 juillet 1998, p. 5771, col 1.

(58) Op. cit., eod. loc.

(59) Sur le dispositif de l'article 65-3, V. H. Bouilhol, loc. cit. p. 673, col. 1 et 2.

(60) *Bull. civ.*, IV, n° 384 ; *Banque*, 1982, p. 385 et sq ; obs approb. (mais tièdes) L.-M. Martin ; *RTD Com*, 1981, p. 803-804 obs crit. M. Cabrillac et B. Teyssié ; D. 1982 IR. 173 obs. crit. M. Cabrillac, Comp., du même, *Rép. Dalloz*, Droit commercial, V^e chèque (mise à jour avril 1994), spéc. n° 183.

(61) Qu'il s'agisse, comme le fait justement observer M. Cabrillac, d'un compte de dépôt ou d'un compte courant (cf. ses observations au D. 1982, IR. 173, col. 1).

(62) Même M. Cabrillac, pourtant hostile, en opportunité, à la décision du 9 novembre 1981, en convient dans ses observations précitées. Nous le citons : «Pris isolément et détaché du contexte, un tel raisonnement est irréfutable» (cf. *RTD Com.*, 1981, p. 803).

(63) Sur l'affectation spéciale en doctrine, voir not. M. Vasseur et X. Marin, «les comptes en banque», Tome I, *Sirey* 1966, spéc. n° 239, p. 405 et sq ; M. Vasseur, «Droit et économie bancaires, les opérations de banque», Fasc. I, *Les Cours du droit*, 4^e éd., 1987-1988, spéc. p. 126-127 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, «Droit de la banque», *Thémis*, 1^{re} éd, 1974, spéc. n° 372, p. 481 ; J. Stoufflet, *Rép. Dalloz*, Droit commercial, V^e Compte courant (mise à jour sept 1996), spéc. n° 26 ; Th. Rives-Lange, «Le compte courant en droit français» ; *Sirey*, 1969, spéc. n° 167 et sq, p. 101 et sq.

En jurisprudence, v. Cass. com, 23 avril 1985, Banque populaire industrielle et commerciale de la région sud de Paris c/Société Pillard Frères ; *Bull. civ.*, IV, n° 121 ; *Banque*, 1985, 854 obs J.-L. Rives-Lange. Comp. Cass. com, 19 avril 1985 ; non publié au Bulletin mais commenté par J.-L. Rives-Lange, op. cit., eod. loc.

(64) Cf. «La jurisprudence combattue par la loi», in Mélanges offerts à R. Savatier, *Dalloz*, 1965, p. 603 sq.

(65) Cf. supra.

(66) En ce sens, Circulaire AFB n° 98/291 du 6 août 1998 ; spéc. p. 8.

(67) Ainsi, on pourrait se demander si les établissements de l'article 8 de la loi bancaire, qui sont visés par l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935, n'échappent pas aux dispositions de l'article 58 alinéa 7. On pourrait également se demander si les dispositions de l'article 58 relatives au droit du chèque ne visent pas que les personnes physiques (argument : le nouvel article 58 sur le droit au compte ne vise plus que les personnes physiques, la misera plebs. Au reste, une personne morale peut-elle être victime de l'exclusion ?) alors que l'article 65-3 précité vise tout à la fois les personnes physiques et morales.

(68) Cela semble propre à la matière bancaire. Voir en effet la définition que donne de ce mot le «Vocabulaire juridique» (publié sous la direction de G. Cornu), *PUF*, 2^e éd, 1990, V^e Virement. Comp. les articles 77 et 78 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

(69) Au sens de l'article 2095 du code civil. Or, on sait que les privilèges sont de droit étroit. Sur la notion de privilège, V. M. Dagot in, «Mélanges Chr. Mouly», Tome II, *Litec*, 1998, p. 335 sq.

(70) Cf. art. 111-4 du nouveau code pénal.

(71) V. *JO Débats Sénat*, séance du 8 juillet 1998, p. 3724, col. 2 : où le Sénateur D. Hoeffel déclare «Les droits du créancier sont même renforcés par rapport à la législation actuelle [...]».

(72) L'affectation obligatoire des remises aux règlements des chèques impayés, devra-t-elle également conduire le banquier à refuser de payer les prélèvements correspondants aux prestations indispensables (ex. EDF) ?

(73) Et quid de l'identification du tireur, dans le cadre d'un compte collectif, lorsque celui-ci fonctionne sous la signature d'un mandataire ?

(74) Cf. M. Cozian et A. Viandier, «Droit des Sociétés», *Litec*, 11^e éd, 1998, spéc n° 240 p. 89 : «La personne morale n'est pas une personne ; ni souffrante, ni aimante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificiel». Et les auteurs d'observer avec humour qu'«on n'a jamais trossé une personne morale».

(75) Cf. J. Carbonnier, in «Flexible droit», op. cit. p. 231. Comp. Dt. 4:2 («vous n'ajouterez rien à ce que je vous ordonne et vous n'en retranchez rien...» ; rapp. Ap. 22 : 18-19 («Qui oserait faire des surcharges, Dieu le chargera de tous les fléaux...»). On objecterait vainement, à la suite de l'épître paulinienne (II Cor, 3:6) que si «la lettre tue, l'Esprit vivifie». De fait, le texte de la loi d'orientation contre les exclusions (l'article 137 en particulier) est, comme on l'a souligné en introduction, un monument dénué de style comme... d'esprit.

(76) A noter que l'arrêt du 29 mai 1992 (publié au *JO* du 19 août suivant, p. 11267 sq) avait déjà fait l'objet de modifications par arrêt du Garde des Sceaux du 12 août 1992. Sur ces arrêts, V. *Circulaires AFB* n° 92-317 et 92-338 datées respectivement des 21 août et 4 septembre 1992.

(77) Loi idéologique, voire démagogique, pour emprunter à la classification de M. H. Fulchiron : cf. «La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires» in «Sociologie judiciaire du divorce», compte rendu du 1^{er} colloque de l'AFSD, *Economica*, 1999, p. 69 sq, spéc. p. 70 texte et note (1).

(78) Cf. J. de Romilly, «La loi dans la pensée grecque, des origines à Aristote», *Les Belles Lettres Ed*, 1971, spéc. p. 204 texte et note (2) cité par Fr. Terré in, «La crise de la loi», *Archives de philosophie du droit*, tome 25, 1980, p. 17 sq, spéc. p. 24 texte et note (19). Adde, du même, rapport à la réunion-débat du CREDA du 5 juin 1985, sur «L'avenir de la loi : trop de lois ou trop de droit», *JCP*, 1986, Ed E, II, 14637, spéc. p. 25 col. 2.

(79) On sait toutefois que «de bons sentiments ne font pas nécessairement une bonne loi». Cf. J. Massip, «La participation de l'enfant au conseil de famille : commentaire de la loi n° 98-381 du 14 mai 1998», *Rép. Défrénois*, 1998, art. 36846, p. 925 sq, spéc. p. 928 texte et note (7) citant H. Lécuyer.