

Droit du travail et déontologie des activités financières (à propos de l'arrêt de la Chambre sociale du 28 mai 2008)*

par *Isabelle Meyrat*, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise, CRDE (centre de recherches en droit économique)

PLAN

- I. "Adjonction" et "modalité d'application" du règlement intérieur : une distinction problématique
- A. La qualification de dispositions disciplinaires des règles relevant de la déontologie d'une profession ou d'une activité
- B. A la recherche d'un critère distinctif entre adjonction et modalité d'application du règlement intérieur
- II. La compatibilité des dispositions ayant pour objet la déontologie des activités financières avec les droits de la personne du salarié
- A. La mesure de la licéité des investigations
- B. La finalité des dispositions relatives à la déontologie des activités financières

Aux controverses relatives à l'essor tous azimuts des instruments placés sous le signe de l'éthique ou de la déontologie (1), l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 28 mai 2008 n'apporte qu'une modeste contribution (2).

La société marseillaise de crédit a adressé en 2002 à ses collaborateurs un document dénommé « *contraintes déontologiques* » imposant à ceux d'entre eux exerçant « *une fonction sensible* » des obligations d'information et de levée du secret bancaire relatives aux comptes d'instruments financiers sur lesquels ils ont la « *faculté d'agir* ». Estimant que ce document constituait une adjonction au règlement intérieur qui aurait dû faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise et d'une communication à l'inspecteur du travail, la Fédération des employés et cadres Force ouvrière a introduit une demande en justice en vue d'en obtenir la nullité.

La Cour d'appel a accueilli cette demande considérant que ce code instaurait de nouvelles règles de discipline par rapport au règlement intérieur. Son arrêt est censuré par la Haute juridiction au double visa des articles L. 122-36 (L. 1321-4 nouv. C. trav) et L. 122-39 (L. 1321-5 nouv. C. trav). En effet, la Cour de cassation estime que « *les obligations d'information ou de levée du secret bancaire sur les comptes personnels d'instruments financiers sur lesquels les collaborateurs exerçant une fonction sensible ont la faculté d'agir, prévues par le règlement de l'autorité des marchés financiers, figuraient déjà dans le règlement intérieur, de sorte que le code de déontologie n'en constituait pas une adjonction, mais une simple modalité d'application* ».

Cette solution en demi-teinte contourne les difficultés plus qu'elle ne les résout. En effet, la présente affaire soulève au moins deux questions qui, pour être liées, ne se situent pas tout à fait au même niveau d'analyse. La première, explicitement posée par l'arrêt, consistait à savoir si le code de déontologie instaurait des règles nouvelles, commandant la qualification d'adjonction au règlement intérieur par rapport à celles qui figuraient déjà dans celui-ci (I). La seconde, sous-jacente mais non moins essentielle, concerne la mise en œuvre dans le champ des rapports du travail subordonné de dispositions juridiques ayant pour objet la déontologie des activités financières (II).

* Je tiens à remercier Mme M.-L. Morin d'avoir accepté de me communiquer son rapport.

(1) Semaine sociale Lamy, suppl. n° 1310, juin 2007 ; P. Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », Dr. Ouv. juin 2006, p. 281 ; I. Meyrat, « La référence à « l'éthique » dans le champ des relations de travail, nouveau facteur d'assujettissement des salariés », in *Au cœur des*

combats juridiques, sous la direction de Emmanuel Dockès, p. 193.

(2) PB, reproduit ci-après p. 81.

I. “Adjonction” et “modalité d’application” du règlement intérieur : une distinction problématique

Le point est connu. La loi du 4 août 1982 a limité l’objet du règlement intérieur. Celui-ci comporte désormais une partie informative et une partie normative. En effet, l’article L. 1321-2 du Code du travail dispose que « le règlement intérieur rappelle les dispositions » légales et conventionnelles relatives aux droits de la défense et celles concernant le harcèlement. Mais ce document est aussi et surtout porteur de règles qui s’imposent aux salariés, précisément « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l’échelle des sanctions que prendre l’employeur ». Les difficultés se concentrent principalement sur la signification du terme « discipline » et sur l’appartenance de certains objets de réglementation au domaine disciplinaire. Sur ce point, il ne fait guère de doute que les obligations qui résultaient du code de déontologie litigieux relevaient bien d’une rationalité de type disciplinaire et devaient prendre place dans le règlement intérieur (A). Cependant, la Cour de cassation invoque la distinction, élaborée dans un arrêt du 7 octobre 1992 (3), entre adjonction et « simple modalité d’application » du règlement intérieur pour considérer que le document litigieux ne constituait pas une adjonction au règlement intérieur et n’était donc pas assujéti aux formalités substantielles prévues par l’article 1321-4 du Code du travail. Cette distinction, dont la pertinence même prête à discussion, n’est pas de nature à favoriser une discipline juridique et un contrôle approprié de la nature et de l’étendue des dispositions visant une conduite des salariés ou la réaction à certaines de leurs conduites (B).

A. La qualification de dispositions disciplinaires des règles relevant de la déontologie d’une profession ou d’une activité

Ainsi que l’a souligné M. A. Jeammaud (4), le terme « discipline » est le nom d’une catégorie juridique visée notamment à l’article L. 1321-2 du Code du travail. Compte tenu des incertitudes qui pèsent sur cette notion de discipline, des problèmes de qualification peuvent se poser. A cet égard, la prolifération de documents intitulés « charte éthique » ou « code de conduite » prescrivant aux salariés de nouvelles règles comportementales concernant, par exemple, l’interdiction des conflits d’intérêt, l’obligation de confidentialité, les restrictions à la liberté d’expression, la mise en place de dispositifs de surveillance, fait surgir, sous l’apparence d’un renouvellement linguistique, de classiques questions de qualification. En effet, les entreprises tendent à présenter ces instruments comme des « normes » éthiques ou déontologiques (5), voire comme « un simple rappel de principes élémentaires de bon sens » (6), étrangers en quelque sorte à la matière disciplinaire afin de les soustraire aux conditions de procédure gouvernant l’élaboration du règlement intérieur ainsi qu’au contrôle exercé par l’inspecteur du travail (7). Pour l’heure, des contentieux relatifs à la qualification juridique requise par ces instruments, se dégage une tendance des juridictions du fond à considérer comme une adjonction au règlement intérieur celles de leurs dispositions qui emportent ou recèlent des conséquences ou des « risques » disciplinaires à l’égard des salariés (8). Les juges refusent donc de s’en tenir à l’apparence des dénominations. Ainsi, les intitulés « charte éthique », « code de déontologie »... sont-ils impuissants à ôter aux « dispositions qui instituent une conduite des individus » (9) leur signification de règles disciplinaires dont découle la qualification d’adjonction au règlement intérieur (10).

(3) Cass. soc. 7 octobre 1992, n° 89-45283.

(4) A. Jeammaud, « L’entreprise, champ de validité de normes non conventionnelles », in *Le singulier en droit du travail*, sous la direction de J.-M. Béraud et A. Jeammaud, Coll. Thème et commentaires, Dalloz 2006, p. 133.

(5) Cette pratique peut, à certains égards, se trouver confortée par un arrêt du Conseil d’Etat admettant « qu’une règle à caractère déontologique contenue dans une note de service s’impose aux salariés alors même qu’elle n’a pas été incorporée aux dispositions du règlement intérieur », CE 11 juin 1999, Dr. soc. 2000, p. 1059, note. M. Véricel.

(6) TGI Nanterre, 15 juillet 2005, Dr. Ouv. 2006, p. 593, note I. Meyrat.

(7) Sur la question des qualifications juridiques des chartes « éthiques », V. notre étude, « Les chartes éthiques doivent-elles prendre place dans le règlement intérieur ? », in *Semaine sociale Lamy*, précit.

(8) CA Versailles (14^e ch.), 14 novembre 2007, RG n° 06/2859 « Contrairement à ce que soutient [la société], ce document au travers d’une liste non exhaustive de saynètes illustrant les diverses situations pouvant générer un conflit d’intérêts décrit une règle de comportement à laquelle doivent se conformer les salariés sous peine de mesures disciplinaires ».

(9) A. Jeammaud, « Propos liminaire : disciplines et droit », in *Vers un droit commun disciplinaire ?* CERCRID, Publ. Saint-Etienne (à paraître).

(10) V. notamment, TGI Nanterre, 6 octobre 2004, Dr. Ouv. 2005, p. 219 ; TGI Nanterre, 15 juillet 2005, précit. p. 593 ; TGI Libourne, 15 septembre 2005, Dr. Ouv. 2006, p. 310, note A. de Senga.

Dans la présente affaire, il ne s'agissait pas tant de savoir si les dispositions prévues par le code de déontologie avaient signification de règles relatives à la discipline mais plutôt d'apprécier leur degré de proximité avec celles qui figuraient déjà dans le règlement intérieur. En effet, le règlement intérieur est un document dont la teneur est susceptible d'évoluer au gré des nouvelles règles de conduite imposées aux salariés. C'est pourquoi, le législateur a prévu que « *les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2 sont considérées comme des adjonctions* » au règlement intérieur. La Cour d'appel avait jugé que le code de déontologie instaurait de nouvelles obligations à la charge des salariés au regard de celles qui figuraient déjà dans le règlement intérieur, ce dont il résultait qu'il constituait bien une adjonction au règlement intérieur exigeant l'accomplissement des consultations prescrites par la loi et la transmission à l'inspecteur du travail. Ce raisonnement est condamné par la Cour de cassation. Cette dernière considère au contraire que « *les obligations découlant du code de déontologie figuraient déjà dans le règlement intérieur de sorte que ce code n'en constituait pas une adjonction, mais une simple modalité d'application* ». Au delà du point de savoir si les obligations prévues par le code de déontologie étaient identiques à celles qui figuraient déjà dans le règlement intérieur, l'existence d'une réglementation publique (11) - le règlement de l'Autorité des marchés financiers -, imposant aux établissements bancaires d' « *exiger de leurs collaborateurs exerçant une fonction sensible* » certaines informations, semble avoir été déterminante pour la Cour de cassation. Néanmoins, le souci de la Haute juridiction, au demeurant tout à fait légitime, de faire produire ses effets à une réglementation étatique ne saurait justifier l'édulcoration des qualifications légales, en l'occurrence celle d'adjonction au règlement intérieur. En effet, la source, étatique ou professionnelle, de règles « *de l'espèce des prescriptions ou interdictions de comportements ainsi que celles relatives à la surveillance des salariés et aux sanctions encourues par eux* » (12), est indifférente à la question de savoir si elles doivent ou non prendre place dans le règlement intérieur. Ainsi, malgré une interprétation singulièrement restrictive de la notion de discipline par un arrêt du Conseil d'Etat (13), la qualification de disposition disciplinaire est déterminée par un certain contenu et

implique qu'elle prenne place dans le règlement intérieur. En d'autres termes, il convient d'analyser la *teneur* d'une règle en la confrontant à la « *catégorie juridique de discipline* » (14) indépendamment de sa source étatique ou professionnelle. Certes, dans la présente affaire, la Cour de cassation ne conteste ni le caractère disciplinaire des dispositions figurant dans le code de déontologie, ni le fait que ces mêmes dispositions devaient prendre place dans le règlement intérieur. Mais, en les qualifiant de « *simple modalité d'application* », la Haute juridiction contribue à diluer les exigences légales relatives au contenu et au contrôle de légalité de cet « *acte réglementaire de droit privé* ». En effet, l'enjeu qui s'attache à la qualification d'adjonction réside dans les consultations des représentants élus et la transmission de cet instrument à l'administration du travail. Au cœur de ce contrôle, se situe la vérification de l'existence d'une justification, c'est-à-dire de la finalité des dispositions restreignant les libertés et droits fondamentaux des personnes, et le cas échéant, de leur adéquation au but poursuivi. Or, en recourant à la notion de « *modalité d'application* », la Chambre sociale permet à l'employeur de se soustraire à l'obligation de réunir les institutions élues ainsi qu'au contrôle de légalité de dispositions tenues comme simple modalités d'applications.

B. A la recherche d'un critère distinctif entre adjonction et modalité d'application du règlement intérieur

Pour admettre que le code de déontologie ne constituait qu'une simple modalité d'application du règlement intérieur, la Cour de cassation estime que les obligations qu'il mettait à la charge des salariés « *prévues par le règlement de l'AMF figuraient déjà dans le règlement intérieur* ». Cette formulation est ambiguë car de deux choses l'une. Soit les obligations édictées par le code de déontologie sont identiques à celles qui figuraient déjà au règlement intérieur, la référence à la notion de « *simple modalité d'application* » du règlement intérieur apparaît alors superflue. Soit elles ne se recoupent pas totalement avec celles déjà prévues par le règlement intérieur, notamment en raison de leur étendue et, dans ces conditions, rien ne justifie que ce document ne soit pas assimilé à une adjonction au règlement intérieur requérant l'accomplissement des consultations prévues à l'article L. 1321-4 du Code du travail et sa communication à

(11) Un arrêté du 18 décembre 2000 portant homologation des modifications du règlement général du Conseil des marchés financiers (qui a, par la suite, fusionné avec la COB et le Conseil de discipline de la gestion financière pour donner naissance à l'Autorité des marchés financiers) dispose, en termes généraux, que « *les règles de bonne conduite adoptées en vertu du présent règlement par les prestataires habilités et s'appliquant à leurs collaborateurs constituent pour ceux-ci une obligation professionnelle* ». Parmi ces règles de bonnes conduite, figure l'obligation du prestataire d'exiger de ses

collaborateurs « *qu'ils l'informent des comptes d'instruments financiers sur lesquels ils ont la faculté d'agir* ».

(12) A. Jeammaud, « *Propos liminaire : disciplines et droit* », in *Vers un droit commun disciplinaire ?*, X^e colloque du CERCRID, à paraître.

(13) CE, 18 mars 1998, *Madame Chicard*, Dr. soc. 2000, p. 1059, note M. Véricel.

(14) A. Jeammaud, « *L'entreprise, champ de validité de normes non conventionnelles* », précité, p. 148.

l'inspecteur du travail. Fondamentalement, et ainsi qu'on l'a souligné plus haut, la distinction de l'adjonction et de la « simple modalité d'application » du règlement intérieur n'affecte pas la qualification et la signification de dispositions disciplinaires des règles concernées, mais seulement l'accomplissement des formalités substantielles prévues par le Code du travail dont la méconnaissance entraîne la nullité du règlement intérieur. En définitive, c'est bien la notion même de « modalité d'application » qui est problématique. En outre, la mise en œuvre de la distinction entre adjonction et modalité d'application du règlement intérieur risque de s'avérer malaisée, d'autant que la Haute juridiction ne livre pas de critère d'appréciation. La ligne de démarcation est nécessairement floue entre les dispositions qui s'analysent en une authentique adjonction et celles qui ne s'apparentent qu'à une simple modalité d'application. A priori, l'innovation, c'est-à-dire la création de règles nouvelles, semble devoir constituer le critère de distinction entre adjonction et modalité d'application. Pourtant, à bien y regarder, l'appréciation du caractère véritablement innovant d'une disposition est nécessairement délicate,

pour ne pas dire périlleuse. En effet, faire dépendre la ligne de partage, et partant la qualification d'adjonction au règlement intérieur, du point de savoir si la disposition en cause institue des obligations véritablement nouvelles au regard de celles qui sont déjà prescrites par le règlement intérieur méconnaît la difficulté inhérente à l'étendue des sujétions imposées aux salariés. Autrement dit, sans créer à proprement parler de nouvelles obligations, c'est-à-dire des obligations de nature différente, un document compris comme une simple modalité d'application du règlement intérieur peut parfaitement en modifier l'étendue et l'usage qu'en fait l'employeur. Or, l'extension du champ matériel et personnel d'une obligation rétroagit inévitablement sur la sphère de la subordination. Au surplus, on voit mal pourquoi l'employeur aurait pris la peine d'édicter un code déontologie se limitant à rappeler des obligations qui figuraient déjà dans le règlement intérieur.

Plus fondamentalement, cette affaire soulève la question de la compatibilité des dispositions ayant pour objet la déontologie de certaines professions et activités avec les droits de la personne du salarié.

II. La compatibilité des dispositions ayant pour objet la déontologie des activités financières avec les droits de la personne du salarié

La question sous-jacente posée par la présente affaire concerne les rapports entre les sujétions imposées à des salariés par des dispositions publiques ayant statut de normes déontologiques et les exigences inhérentes à l'essor des droits des personnes et des libertés individuelles dans les rapports de travail. Certaines difficultés ne sont pas propres à la déontologie des activités financières et sont au cœur de la tension classique entre les pouvoirs de l'employeur et les droits fondamentaux des salariés (15). Il en va ainsi de la nature et de l'étendue des investigations affectant la vie personnelle du salarié. (A) Cependant, l'arrêt du 28 mai 2008 ouvre sur des interrogations plus spécifiquement liées aux sources et aux finalités des règles de déontologie des activités financières. (B)

A. La mesure de la licéité des investigations

Sollicité de réfléchir à « l'équilibre entre le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise et celui des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés dans l'exécution du contrat de travail » (16), Gérard Lyon-Caen avait tracé un cadre de réflexion inspiré de la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1973 (17) et de l'arrêt *Corona* du Conseil d'Etat du 1^{er} février 1980 (18). Pour l'éminent auteur, « l'entreprise a le droit et le devoir de recueillir tous les renseignements liés aux caractéristiques de l'emploi à pourvoir et aux compétences qu'il requiert : tous ces renseignements et rien que ces renseignements » (19). Faisant suite à ce rapport, la loi du 31 décembre 1992 a introduit dans le Code du travail des dispositions visant à garantir au

(15) I. Meyrat, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations professionnelles. Pour une approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 41.

(16) Termes employés dans la lettre de mission adressée par le ministre du Travail.

(17) Soc. 17 octobre 1973, Dr. soc. 1974, p. 290, note J. Savatier. A la question de savoir si un candidat à un emploi était en droit de ne pas révéler son état de prête dans un questionnaire d'embauche, la Haute juridiction avait tranché par l'affirmative : « Les renseignements et pièces demandés lors de l'embauche

ont pour but de permettre à l'employeur d'apprécier les qualités du salarié en tant qu'ouvrier pour l'emploi sollicité par lui et ne sauraient concerner des domaines sans lien direct et nécessaire avec cette activité professionnelle ». Certes, le lien entre la situation du prête ouvrier et celle du collaborateur « exerçant une fonction sensible » au sein d'un établissement bancaire peut apparaître excessivement ténu et artificiel.

(18) CE 1^{er} février 1980, concl. A. Bacquet, Dr. soc. 1980, p. 310, Dr. Ouv. 1980 p. 211 n. S. Alter.

(19) G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au ministre du Travail, La documentation française, 1992, p. 65.

salarié et au candidat à un emploi la jouissance de ses droits fondamentaux. L'article L. 1121-1 (article L.120-2 de l'ancien code), érigé désormais en composante exclusive du Titre II du Livre I du nouveau Code du travail, énonce une règle de portée générale dont la formulation est identique à celle de l'article 1321-3 (article L. 122-35 de l'ancien code) relatif au règlement intérieur. Ces textes reconnaissent à l'employeur une aptitude à restreindre les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives sous réserve d'une double exigence de justification et de proportionnalité de la mesure restrictive. L'article L. 1221-6 (20) (article L. 120-6 de l'ancien code), issu de la loi du 31 décembre 1992, vise exclusivement les opérations de recrutement et impose une « double règle de finalité et de pertinence » des informations demandées au candidat à un emploi (21). Les articles L. 1121-1 et L. 1121-6 contiennent une référence à la notion, quelque peu désuète, de « tâche » tandis que l'article L. 1221-6 renvoie à celle, plus large et plus contemporaine, d'emploi. Dans les deux cas, la licéité de l'atteinte portée aux droits fondamentaux du salarié résulte de la combinaison de deux éléments : la légitimité du but poursuivi par l'employeur et la nature des fonctions exercées par le salarié (22). Mais à bien y regarder, la légitimité du but poursuivi par l'employeur est appréciée à l'aune de la nature des fonctions exercées par le salarié (23). Sur ce point, les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire Corona demeurent un point d'éclairage essentiel. Il y est souligné que l'obligation de se soumettre à l'alcootest ne peut être justifiée que par des « nécessités tenant à l'hygiène et à la sécurité du travail » et « ne peut donc être imposée qu'aux salariés de l'entreprise qui exécutent des travaux dangereux pour eux-mêmes ou pour l'environnement ». En revanche, les strictes nécessités de l'hygiène et de la sécurité ne sauraient sérieusement justifier cette contrainte en ce qui concerne les autres salariés, « par exemple le personnel de bureau ». Les termes de la problématique sont identiques s'agissant des investigations auxquelles l'employeur est en droit de procéder. Leur teneur est commandée par la nature de l'activité professionnelle du salarié. Cependant, la seule existence d'un rapport entre la teneur des informations demandées et la nature des fonctions exercées est insuffisante. En effet, parce que l'obligation de fournir

certaines informations est en soi constitutive d'une atteinte aux droits de la personne ou aux libertés individuelles du salarié, elle doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. En d'autres termes, toutes les informations présentant un lien avec l'activité professionnelle du salarié ne peuvent être recueillies. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation imposée aux agents habilités à passer des ordres de bourse pour le compte des clients d'informer la direction sur l'existence des comptes bancaires qu'ils peuvent détenir dans d'autres établissements « impose à ces agents des restrictions qui ne sont pas justifiées par la nature de leurs tâches ni proportionnées au but recherché » (24). Enfin, les conditions dans lesquelles les informations sont recueillies revêtent une importance cardinale. Toujours, selon le Conseil d'Etat, la disposition du règlement intérieur d'une société de bourse selon laquelle le service du contrôle chargé de veiller au respect de celui-ci « a accès à toutes les informations nécessaires pour l'exercice de sa mission » méconnaît l'article L. 122-35 (art L. 1121-6 nouv. C. trav). Pour la Haute juridiction administrative, le règlement intérieur aurait dû « préciser la nature des informations auxquelles le service de contrôle a accès » et « définir les conditions de leur obtention, de manière à préserver la dignité et l'intimité de la personne » (25). Les modalités de recueil des informations concernant les salariés sont soumises à certaines conditions. Si l'on se reporte aux recommandations formulées par la CNIL, les informations doivent être recueillies dans des conditions permettant de garantir leur sécurité et leur confidentialité. En d'autres termes, les informations ne peuvent être consultées que par des personnes habilitées à y accéder en raison de leur fonction et ne sauraient être divulguées en dehors de ce cercle. Par ailleurs, la durée de leur conservation doit être limitée dans le temps. Enfin, les personnes assujetties à des investigations affectant leur vie personnelle doivent être informées sur leur finalité et leurs destinataires et disposer d'un droit d'accès et de rectification.

En définitive, la licéité des investigations concernant « la vie personnelle du salarié » (26) s'apprécie à l'aune d'une combinaison de paramètres étroitement imbriqués. Ainsi, la teneur et l'étendue des investigations

(20) « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles ».

(21) J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} édition, 2008, p. 360.

(22) A. Lyon-Caen et I. Vacaric, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube à*

l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz 2001.

(23) Cass. soc. 12 novembre 2008 (inédit), n° 07-42601, « L'obligation de logement sur place n'était pas justifiée par les fonctions du salarié ».

(24) CE 3 octobre 1997, n°144006.

(25) CE 18 mars 1998, n°157607.

(26) Ph. Waquet, « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, précit. p. 513.

se trouvent circonscrites par la nature des fonctions exercées par le salarié. Pour autant, ce rapport entre la finalité de l'investigation et les spécificités de l'emploi ne suffit pas à établir la licéité de l'opération. Encore faut-il que le pouvoir d'investigation s'exerce selon des modalités propres à préserver les droits des personnes et les libertés individuelles.

B. La finalité des dispositions relatives à la déontologie des activités financières

La Cour de cassation invoque « *les obligations d'information ou de levée du secret bancaire sur les comptes personnels d'instruments financiers sur lesquels les collaborateurs exerçant une fonction sensible ont la faculté d'agir, prévues par le règlement de l'Autorité des marchés financiers...* ». La solution aurait sans doute gagné un supplément de légitimité si la Chambre sociale avait précisé la finalité des investigations imposées par le règlement de l'AMF. Dans leur rédaction alors en vigueur, les articles 321-35 et suivants du règlement général de l'AMF imposaient aux prestataires de services d'investissement d'établir des listes de « *personnes sensibles* » (27). Il s'agit donc pour le prestataire de déterminer, en fonction de la nature de ses activités et de son organisation, les catégories de collaborateurs exerçant des fonctions dites sensibles et les obligations qui en découlent, afin de garantir le respect des principes déontologiques liés à l'accomplissement des services rendus aux clients (28). De plus, aux termes de l'ancien article 321-37 du règlement général de l'AMF, le prestataire habilité peut restreindre, voire interdire à ses collaborateurs exerçant des fonctions sensibles la faculté d'effectuer des opérations pour compte propre sur des instruments financiers. C'est précisément pour s'assurer du respect de cette interdiction que le règlement impose aux collaborateurs concernés l'obligation de lever au profit du prestataire le secret professionnel sur tout compte d'instrument financier dont ils sont détenteurs et, le cas échéant, de lui adresser les avis d'opérés et les relevés récapitulatifs des opérations enregistrées sur un compte tenu par un autre établissement. La finalité de l'établissement de ces listes et des obligations d'information qui pèsent sur les salariés concernés réside

donc dans la protection des intérêts des clients et l'intégrité du marché. Par ailleurs, l'ancien règlement général du Conseil des marchés financiers (29) avait tenté de définir la notion de « *fonctions sensibles* » : « *sont considérées comme sensibles les fonctions qui exposent leurs titulaires à se trouver en situation de conflit d'intérêts ou à détenir des informations confidentielles ou privilégiées* ». Cette définition était illustrée par quelques exemples. Etaient « *notamment* » considérées comme « *sensibles* » les fonctions comportant des « *responsabilités dans le montage des opérations financières, les prestations de conseil, les négociations sur les marchés, l'analyse financière* ». L'adverbe « *notamment* » semblait indiquer que cette énumération n'avait pas de caractère limitatif (« **sont visées notamment les fonctions qui comportent...** »).

Des difficultés de délimitation du périmètre des « *fonctions sensibles* » peuvent évidemment surgir, d'autant que le prestataire dispose d'une assez grande latitude dans la spécification des fonctions ou postes dits sensibles ainsi que dans la mise en oeuvre des règles de surveillance (30). Cependant, il convient, selon nous, de tempérer la crainte pouvant résulter d'une compréhension trop extensive de cette catégorie ainsi que la portée des contraintes imposées à ces collaborateurs à la lumière de la provenance et de la finalité des règles qui les instituent. En effet, ce sont des règles hétéronomes qui sont à l'origine des obligations à caractère déontologique pesant sur les salariés exerçant des fonctions sensibles. Partant, si le règlement intérieur constitue le support de telles obligations, il n'en est pas à proprement parler la source originaire. C'est bien une réglementation publique, ou du moins « *para-publique* », qui contraint les établissements financiers à insérer dans leur règlement intérieur des dispositions visant, faut-il le rappeler, à éviter la commission d'infractions. Or, parce que ces contraintes sont définies sous l'égide d'une autorité administrative indépendante et qu'elles sont ainsi l'expression d'une « *politique publique et professionnelle d'articulation et de conciliation des intérêts autour d'un secteur d'activités* » (31), elles se distinguent des sujétions résultant des instruments dénommés « *chartes éthiques* », élaborés unilatéralement par les directions de groupe ou d'entreprise et susceptible d'échapper à tout contrôle par

(27) Il convient de souligner que le règlement de l'AMF est en perpétuelle évolution. Ainsi, les dispositions auxquelles se réfère implicitement l'arrêt de la Cour de cassation ne sont-elles plus en vigueur, ou du moins les règles qu'elles énoncent ne sont-elles plus formulées dans des termes identiques. Il faut désormais se reporter aux articles 322-50 et 313-22 du règlement.

(28) J.-P. Bornet, « Deux déclinaisons distinctes liées à l'information privilégiée : l'établissement des listes d'initiés et la déclaration de soupçons des opérations de marchés », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2006, p. 31.

(29) V. l'arrêt du 18 décembre 2000 portant homologation des modifications des titres 1^{er} à VI du règlement général du

Conseil des marchés financiers », JORF n° 163 du 17 juillet 2001.

(30) La nouvelle rédaction de l'article 322-50 accentue ces prérogatives puisqu'il dispose en termes généraux que « le responsable de la conformité définit les règles de surveillance des postes jugés sensibles au regard de la continuité et de l'intégrité des traitements ou de la confidentialité des opérations ».

(31) C. Hannoun, « Néo-corporatisme et interprofessionnalité (regards sur la restructuration des espaces professionnels) », *Revue internationale de droit économique*, 1994, p. 45.

une autorité publique. Sur ce point, une étude récente consacrée à l'analyse du présent arrêt, bien mal intitulée « *la délicate qualification juridique des codes éthiques* » (32), est susceptible d'entretenir une certaine confusion. En effet, l'arrêt du 28 mai 2008 concerne la mise en œuvre de règles de déontologie définies par une autorité publique et dont l'application est tributaire, non pas de l'appartenance du salarié à l'entreprise, mais de son activité professionnelle. C'est donc la participation à certains types d'activités et les risques que recèle cette participation pour l'intégrité des marchés financiers qui détermine le jeu des règles de déontologie produites par l'AMF (33). De manière générale, sont concernées par cette réglementation les personnes qui, par la nature des fonctions qu'elles exercent, peuvent se trouver placées en situation de conflits d'intérêts ou disposer d'informations confidentielles ou privilégiées à l'origine d'éventuelles opérations personnelles constitutives d'un délit d'initié (34). Les règles de déontologie des activités financières s'écartent donc nettement, par leur finalité, des dispositions qui figurent dans la plupart des chartes ou codes dits éthiques. Bien souvent, ces derniers imposent aux salariés des sujétions dépourvues d'un lien quelconque avec leur activité (35). A cet égard, l'affaire ayant donné lieu au fameux jugement du TGI de Libourne du 15 septembre 2005 (36) demeure emblématique des dérives inhérentes aux dispositifs placés sous le signe de l'éthique et de la fermeté des réponses judiciaires. Un employeur, une filiale française d'un groupe américain, avait affiché deux notes de service, en application de la loi américaine Sarbane-Oxley, imposant aux salariés de signaler des faits délictueux. Le juge des référés a estimé que « *les faits susceptibles d'être dénoncés anonymement par le biais d'un numéro de téléphone gratuit ne concernent pas seulement les fraudes ou les malversations comptables susceptibles de mettre en péril l'équilibre financier de l'entreprise, infractions dont on perçoit d'ailleurs difficilement comment des ouvriers de l'usine, destinataires de la note, pourraient avoir connaissance, mais sont étendus à tous faits portant atteinte à l'éthique tels que la fraude et le vol... sans que*

l'intérêt de l'entreprise ne permette sérieusement de le justifier ».

Certes, les documents ou instruments dits éthiques élaborés par les directions d'entreprise et règles déontologiques des activités financières n'en présentent pas moins certaines affinités. Les uns et les autres participent d'un même processus de « moralisation du monde » et de renforcement de l'efficacité ; efficacité du marché pour la déontologie des activités financières, efficacité de l'entreprise pour les chartes éthiques. Dans les deux cas, il s'agit de « *règles de normalisation qui relèvent du gouvernement de l'économie* » (37), c'est-à-dire de règles qui tendent à orienter les conduites en vue d'éviter ou de corriger certains dysfonctionnements des activités économiques et financières. Les règles dites de normalisation s'entendent d'un certain type de règles. Il s'agit de règles reposant sur une conception de la légitimité du droit reposant sur son effectivité, voire sur son efficience économique. Incontestablement, celui-ci y perd ses caractères de généralité, d'abstraction et de permanence au profit d'une recherche constante d'effectivité (38) de la règle à l'objectif poursuivi et, par conséquent, d'ajustement et d'adaptation aux comportements et aux pratiques de ses destinataires. C'est en ce sens que déontologie des activités financières et dispositifs d'éthique se comprennent comme des « *règles de normalisation* ». Cependant, le caractère de normalisation de ces règles ne saurait les priver de leur juridicité, c'est-à-dire de leur qualité de règle juridique. En effet, une chose est de constater que les règles de normalisation, dont les chartes éthiques et les déontologies constituent l'archétype, tranchent avec le modèle de l'ordre juridique libéral, une autre de leur dénier la qualité de règles de droit.

La proximité des fins et des moyens des règles déontologiques issues de l'activité normative de l'AMF et des documents placés sous les auspices de l'éthique ne doit néanmoins pas masquer leurs différences. Les premières visent à préserver des intérêts qui ne s'apparentent pas au seul intérêt de l'entreprise ou du groupe. Ce sont des règles de police des marchés

(32) A. Teissier, « La délicate qualification juridique des codes d'éthique », *Semaine sociale Lamy* 2008, p. 13.

(33) Force est d'admettre que l'exercice de certaines fonctions (les intermédiaires de marchés financiers, les négociateurs...) expose au risque de commission de délits d'initiés.

(34) L'information privilégiée est au cœur de plusieurs directives communautaires (Directive 2003/6/CE du 23 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché ; Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.)

(35) Ainsi en va-t-il de « l'obligation d'informer le responsable hiérarchique de l'implication du conjoint ou d'un membre de la famille dans une activité en concurrence avec l'entreprise » ou bien encore de « l'obligation de conformité aux lois régissant la concurrence et une tolérance zéro ».

(36) TGI Libourne, 15 septembre 2005, DO 2006, note A. de Senga.

(37) C. Hannoun, « Néo-corporatisme et interprofessionnalité (regards sur la restructuration des espaces professionnels) », préc.

(38) Selon M. A. Jeammaud et Mme E. Serverin, (« Evaluer le droit », D. ch. 1992, p. 263) « *l'effectivité d'une règle de droit s'entend, dans un premier sens, d'un rapport quantitatif (statistique) de conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme. Dans un second sens, dérivé du précédent, elle est un rapport de conformité totale ou un degré très élevé de conformité. Mais, quelle que soit l'acceptation retenue, une investigation sur cette effectivité ne peut guère que consister à mesurer l'écart entre normes et pratiques, ou, si l'on préfère entre le droit et le fait* ».

financiers dont le champ d'application personnel demeure assez nettement circonscrit, en dépit des imprécisions inhérentes à toute notion ou catégorie fonctionnelle. Les secondes tendent à s'affranchir des catégories du droit étatique en suggérant des références nouvelles pour imposer aux salariés des contraintes souvent dépourvues de toute justification (39). Si la mise en œuvre des unes et des autres requiert une certaine vigilance des représentants du personnel et des autorités administratives

et judiciaires, elles ne recèlent pas les mêmes risques d'atteinte aux libertés individuelles. On ajoutera que la crise des marchés financiers qui secoue le monde depuis quelques mois et dont les répercussions sur l'économie réelle et l'emploi s'avèrent considérables devrait inviter à un renforcement des règles visant à la transparence et à l'intégrité de ceux-ci.

Isabelle Meyrat

(39) Ph. Waquet, « Règlement intérieur, charte éthique et système d'alerte », Semaine sociale Lamy, 12 novembre 2007, n° 1328.

Annexe

DROIT DISCIPLINAIRE – Règlement intérieur – Contenu – Adjonction (non) – Modalité d'application – Distinction.

HYGIENE ET SECURITE – Droit d'alerte et de retrait – Obligation de signaler une situation que le salarié estime dangereuse – Modalités – Ecrit – Nécessité (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 28 mai 2008

Société marseillaise de crédit contre Fédération des employés et cadres Force ouvrière (pourvoi n° 07-15.744)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la Société marseillaise de crédit a adressé à ses collaborateurs le 19 avril 2002 un code de déontologie, sanctionné selon les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise et imposant à une catégorie de personnel "en situation sensible" des obligations d'information et de levée du secret bancaire sur leurs comptes ; que la Fédération des employés et cadres Force ouvrière, estimant que ce code constituait une adjonction au règlement intérieur qui n'avait pas fait l'objet des formalités prévues par l'article L. 122-36 du Code du travail, en a demandé judiciairement la nullité ; qu'il a également demandé la suppression de l'alinéa 2 de la clause du règlement intérieur relative au droit de retrait des salariés ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir ordonné la suppression de l'alinéa 2 du paragraphe 8 du chapitre V du règlement intérieur, alors, selon le moyen, que l'article 8 du règlement intérieur se borne à inviter le salarié qui exerce son droit de retrait à "signer une déclaration" et indique qu'à défaut, la déclaration sera signée par un témoin ou par le responsable hiérarchique ; qu'en conséquence ce texte n'impose pas au salarié de signaler par écrit la situation de danger justifiant l'exercice du droit de retrait et ne constitue pas une atteinte à ce droit ; qu'en ordonnant la suppression de l'article 8 du règlement intérieur, la cour d'appel a violé l'article L. 231-8 du Code du travail ;

Mais attendu que si les dispositions de l'article L. 231-8 du Code du travail font obligation à tout salarié de signaler immédiatement l'existence d'une situation de travail qu'il estime dangereuse, elles ne l'obligent pas à le faire par écrit ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui a relevé que le règlement intérieur impose, outre l'obligation d'information du responsable hiérarchique, une obligation immédiate de consignation par écrit avant retrait signée soit par le salarié, soit par un témoin ou par le supérieur hiérarchique, en a exactement déduit que cette obligation ainsi formalisée était de nature à restreindre l'usage du droit de retrait prévu par ce texte ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles L. 122-36 et L. 122-39 du Code du travail ;

Attendu que pour déclarer nulles et non avenues les dispositions du Code de déontologie, intitulé "contraintes déontologiques", la Cour d'appel retient que ce code comporte de nouvelles règles de discipline par rapport au règlement intérieur, comme par exemple l'obligation pour le "personnel sensible" de communiquer certaines informations sur les comptes dont il est titulaire et ne fait que renvoyer au règlement intérieur concernant la sanction des règles ; que le chapitre II, paragraphe IV, du code leur impose ainsi la levée du secret bancaire sur leurs comptes personnels ouvert en n'importe quel établissement financier sous peine de sanction disciplinaire, et qu'il crée bien une catégorie d'obligations non prévues par le Code du travail, le règlement des marchés financiers ou le règlement intérieur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les obligations d'information ou de levée du secret bancaire sur les comptes personnels d'instruments financiers sur lesquels les collaborateurs exerçant une fonction sensible "ont la faculté d'agir", prévues par le règlement de l'autorité des marchés financiers, figuraient déjà dans le règlement intérieur, de sorte que le code de déontologie n'en constituait pas une adjonction, mais une simple modalité d'application, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a déclaré nul le code de déontologie de la Société marseillaise de crédit, l'arrêt rendu le 13 mars 2007, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Lyon ;

(Mme Collomp, prés. - Mme Morin, rapp. - M. Lalonde, av. gén. - M^e Haas, SCP Célice, Blancpain et Soltner, av.)