

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 31 mai 2012

Présidence de M. MÉTRAL, juge unique
Greffière : Mme Barman Ionta

Cause pendante entre :

X. _____, à [...], recourant, représenté par CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne, intimée.

Art. 30 al. 1 let. a LACI; 328 et 337 CO

E n f a i t :

A. M. _____ Sàrl, société fondée en juillet [...], est active dans la prestation de services, conseils et développements dans le domaine de l'informatique. Elle a pour associé gérant A. _____, titulaire d'une part sociale de 19'000 fr. (sur 20'000 fr. au total). F. _____ en est associé, avec une part sociale de 1000 francs.

Le 1^{er} décembre 2009, M. _____ Sàrl et X. _____ ont signé un contrat de travail prévoyant l'engagement de ce dernier au poste de directeur technique dès le 1^{er} janvier 2010, avec une période d'essai de 3 mois. Le premier jour de travail effectif a été le lundi 4 janvier 2010. Le 22 janvier 2010, toutefois, X. _____ a résilié le contrat avec effet au 29 janvier 2010. Sa lettre de résiliation des rapports de travail à A. _____, pour M. _____ Sàrl, est rédigée comme suit :

«Monsieur A. _____,

Employé dans la société depuis le 1^{er} janvier 2010, je vous présente ma démission du poste de directeur technique (CTO).

[...]

Cette démission est justifiée par le fait que j'ai découvert un logiciel malveillant, infesté de virus sur mon poste de travail et celui-ci tombe sur la loi de la protection des données (LPD).

Ce logiciel produit des logs files qui est de la famille des «eavesdrop / wiretap» qui est un logiciel d'espionnage des utilisateurs.

Ce logiciel de la dernière génération permet en particulier de surveiller l'ensemble des activités exécutées, en stockant localement les données capturées ou en les envoyant discrètement (par exemple par courriel caché, ou avec une connexion à distance) à l'attaquant.

Ce dernier peut ainsi voir toutes les pages Internet visitées, épier le contenu de tous les courriels envoyés et reçus ou encore capturer la saisie (keylogger) de l'utilisateur, donc aussi les mots de passe qu'il a introduits!

On peut même obtenir un «film» constitué d'une série de copies d'écran prises à intervalles réguliers, soit de facto la possibilité d'une surveillance vidéo continue de l'écran.

Ce genre de surveillance est interdit, car l'intrusion dans la vie privée est injustifiée, disproportionnée, contraire au principe de la bonne foi et représente une violation de l'interdiction du contrôle systématique du comportement.

[...]»

Le 15 février 2010, X. _____ s'est annoncé à l'assurance-chômage comme demandeur d'emploi.

Le 1^{er} mars 2010, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse) a reçu le formulaire «attestation de l'employeur», daté du 22 février 2010 et signé par A. _____. Sous la rubrique «motif de la résiliation», il est indiqué : «~~Crainte infondée d'être surveillé informatiquement. Utilisation illégale de logiciel d'espionnage !~~».

Invité à préciser les motifs de la résiliation des rapports de travail, X. _____ a écrit à la Caisse la lettre suivante, le 4 mars 2010 :

«[...]

La société M. _____ Sàrl est une très petite société composée d'une seule personne avec M. A. _____, propriétaire et gérant de la société.

Suite à ma formation en gestion globale d'entreprise, mon engagement avait pour but de développer les activités commerciales et techniques de la société.

L'infrastructure informatique et le PC de travail qui a été mis à ma disposition ont été préparés, équipés par le gérant lui-même.

Sur ce PC de travail, depuis le premier jour de mes activités, le 4 janvier 2010, j'avais constaté un comportement bizarre de certaines touches du clavier qui m'empêchait de travailler correctement.

A la fin de la première semaine, en lisant les forums sur internet qui décrivaient ce comportement, j'avais de fortes présomptions qu'il s'agissait d'un logiciel d'espionnage. Ils en parlent comme étant un virus dangereux.

J'ai immédiatement informé M. A. _____ de la gravité de la situation et il a simplement acquiescé, sans me donner d'explication sur la présence de ce virus et sans aucune préoccupation. Il n'y a eu aucune action de sa part suite à cette nouvelle.

Le vendredi après-midi, 15 janvier, soit une semaine après mon avertissement, il m'informe qu'il avait installé et utilisé un logiciel

pour tracer les activités potentiellement illicites de son ancien collaborateur engagé en 2008 et licencié en août 2009.

D'après ses dires, ce logiciel tracerait uniquement les activités du disque dur et le courrier électronique, dans le but de savoir si cet ancien collaborateur sortait des fichiers appartenant à M. _____ Sàrl. Raison qui a été invoquée lors de son licenciement.

Il est à noter que cette «surveillance électronique» ne m'a jamais été notifiée oralement ou explicitement par écrit dans mon contrat de travail, ce qui constitue déjà une faute de l'employeur selon la LPD art. 7a qui stipule le devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles sensibles, et l'art. 4 qui stipule que tout traitement de données doit être licite. Leur traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité.

Dès lors, le lendemain, pendant le weekend du 16 au 17 janvier à la maison, j'ai continué mes investigations encore surpris et sous le choc de ces révélations. Je voulais savoir si le logiciel que j'avais découvert était légal, avec un comportement sain et qu'il garantissait mon intégrité personnelle et celle de la société.

Ce logiciel utilise des techniques de camouflage assez sophistiquées ce qui le rend **pratiquement indétectable** (premier signe d'un comportement mal intentionné).

[...]

[II] ne trace pas uniquement les activités du disque dur, mais il prend aussi **100 images par heure de votre écran. Il trace aussi toutes les frappes au clavier et tous les liens des sites web visités**. Ce logiciel a clairement des activités d'espionnage car il est capable par exemple de relev[er] tous vos logins et mots de passe de votre compte en banque !!!

Toutes ces informations peuvent être transmises par email, ou par une connexion à distance, à l'insu de l'utilisateur !

De plus en testant ce logiciel, il s'est avéré qu'il contient lui-même des virus comme un cheval de Troie permettant ainsi de prendre le contrôle du PC à distance [...].

Ainsi la troisième semaine, j'ai trouvé les traces électroniques de ce logiciel sur mon PC de travail et je pouvais clairement lire mes mots de passe et mes logins qui ont été photographiés, avec la consignation des frappes au clavier qui reproduisent ces mots de passe !

Il m'est apparu aussi que M. A. _____ a effectué des activités illégales à l'encontre de son ancien collaborateur.

Avec les informations qu'il a récoltées, il a usurpé l'identité du collaborateur en se connectant, **le samedi 2 janvier à 16h33**, à la messagerie privée de ce collaborateur, soit six mois après son licenciement et 2 jours avant mon arrivée.

M. A. _____ a enfreint la loi sur la protection des données (LPD) en installant ce logiciel espion et en l'utilisant. Il a compromis l'intégrité de ma personne et celle de son ancien collaborateur, voir[e] même de la société.

Je me suis aussi renseigné auprès du service juridique du Centre Patronal à Paudex, auprès de ma protection juridique ainsi qu'auprès d'un avocat spécialiste du droit du travail.

Cette collaboration m'a marqué psychologiquement, ma confiance abusée et l'intégrité de mes données personnelles menacées.

Je ne peux donc que regretter cette issue en donnant ma démission qui est pleinement justifiée dans une telle situation, **car il s'agit d'une faute grave de l'employeur.**

[...].»

Par décision du 11 mars 2010, la Caisse a suspendu l'assuré dans l'exercice de son droit aux indemnités journalières de chômage, pour une durée de 31 jours dès le 10 février 2010. Elle a considéré qu'il avait résilié à tort ses rapports de travail sans être assuré d'un autre emploi.

X. _____ a contesté cette décision le 17 mars 2010 en répétant que son employeur l'avait surveillé à son insu, de manière constante, au moyen d'un logiciel espion, ce qui constituait à ses yeux une violation de ses droits de la personnalité contraire à l'art. 328 CO. Ce logiciel permettait en outre d'accéder à sa messagerie et d'usurper son identité. X. _____ alléguait n'avoir jamais été informé par l'employeur d'un quelconque logiciel de surveillance sur son ordinateur et soutenait avoir un motif légitime de résiliation immédiate des rapports de travail.

Le 24 juin 2010, la Caisse a demandé à A. _____, pour M. _____ Sàrl, de préciser si un logiciel d'espionnage avait effectivement été installé sur le poste de travail de X. _____ et, cas échéant, de préciser de quel type de logiciel il s'agissait. A. _____ était également invité à indiquer si ce logiciel rendait possible de prendre connaissance de la correspondance privée, de mots de passe, etc., de l'utilisateur. D'autres questions portaient sur la date d'installation du logiciel et sur les motifs, ainsi que sur l'information dont avait bénéficié X. _____ à propos du logiciel.

Le 25 juin 2010, A._____ a répondu ce qui suit :

«[...]

- Un logiciel "d'audit" permettant le suivi du transfert des données (copie de fichiers informatiques sur disquettes, sur clé USB, sur disque dur externe, etc.) était installé sur le PC utilisé par M. X._____.

- Ce logiciel a été installé au mois de juin 2009, pour surveiller le trafic des données sur le serveur informatique de l'entreprise, notamment les mouvements de fichiers d'un ancien collaborateur. Le collaborateur en question a été surpris à plusieurs reprises, malgré plusieurs avertissements, de copie de données confidentielles sur des supports informatiques privés. A cette époque, ce collaborateur a été informé qu'un moyen de surveillance a été mis en place.

- Le PC en question n'a plus été utilisé entre les mois d'août 2009 (départ du collaborateur) et le mois de janvier 2010 (arrivée de M. X._____).

- Le logiciel d'audit n'a plus jamais été utilisé et nous n'avons plus conscience de sa présence sur le poste en question. M. X._____ n'a de ce fait pas été mis au courant de son existence.

- Le logiciel d'audit installé était un logiciel gratuit téléchargé sur Internet. Nous n'avons plus connaissance de son nom. Seule la fonction de suivi des fichiers a été utilisée, nous ne pouvons pas dire si ce logiciel pouvait réaliser d'autres tâches.

M. X._____ avait notre entière confiance. Il a été engagé comme directeur technique et il était prévu qu'il devienne associé de la société à court terme (6-12 mois). Dans ce cadre d'ailleurs, il a eu accès aux données financières de la société et à l'ensemble des données techniques et commerciales, dès le premier jour de son activité.

Nous avons été très marqués par ces accusations. Des actions ont été entreprises pour qu'une telle situation ne se reproduise pas. Notre demande à M. X._____ de réévaluer sa décision de démission n'a pas abouti. Nous avons malheureusement dû prendre acte de sa décision.

[...].»

Invité à se déterminer sur cette lettre, X._____ a exposé, le 15 juillet 2010, en s'étonnant des réponses évasives de l'employeur et en répétant que le logiciel «d'audit» mis en place par celui-ci lui permettait notamment d'accéder à sa messagerie privée, d'usurper son identité, de sauvegarder toutes les frappes au clavier permettant ainsi de retranscrire

son mot de passe, ses codes personnels, ainsi que de tracer tous les liens URL utilisés sur internet et de revenir sur les pages visitées.

Par décision sur opposition du 30 septembre 2010, la Caisse a réduit à 16 jours la durée de la suspension dans l'exercice du droit aux indemnités prononcée à l'encontre de l'assuré. Elle a considéré que l'employeur avait effectivement installé un logiciel espion sur son poste de travail, dans le but de contrôler notamment les mouvements de fichier d'un ancien collaborateur. Toutefois, l'employeur avait indiqué n'avoir plus utilisé le logiciel après le départ de cet ancien collaborateur et qu'il n'avait «plus conscience» de la présence de ce logiciel lorsqu'il a engagé X._____. Il n'en connaissait d'ailleurs pas la nature exacte. Enfin, l'employeur avait manifesté son désir de poursuivre sa collaboration avec l'assuré et avait demandé à ce dernier de revenir sur sa démission. Dans ces conditions, la Caisse a considéré que l'assuré aurait dû mettre son employeur en demeure de remédier au problème constaté, soit en le soustrayant à la surveillance du logiciel, soit en lui procurant un nouveau poste de travail. La situation n'était toutefois manifestement pas suffisamment grave pour justifier une résiliation immédiate des rapports de travail. L'assuré aurait dû conserver son emploi le temps que l'employeur corrige la situation ou que lui-même trouve un nouvel emploi. La faute concomitante commise par l'employeur justifiait néanmoins une réduction de la sanction prononcée initialement.

Le 15 octobre 2010, X._____ a demandé à la Caisse de reconsidérer cette décision. Il a allégué que l'employeur avait installé non pas un logiciel «d'audit», mais un véritable logiciel espion. Il l'avait fait quatre jours seulement avant la fin des activités de l'ancien collaborateur, le 27 juillet 2009, et non en juin 2009 comme il l'avait indiqué dans sa lettre du 25 juin 2010. Enfin, l'employeur s'était connecté au moins deux fois, les 5 octobre 2009 et 2 janvier 2010, sur des comptes privés appartenant à cet ancien collaborateur, frappant au clavier le nom du compte de la messagerie et le mot de passe de ce dernier. L'employeur avait utilisé le poste de travail plusieurs fois entre le mois d'août 2009 et le 4 janvier 2010, contrairement à ses affirmations. Enfin, un second

logiciel de contrôle («LogMeIn») avait été installé et permettait de se connecter au poste de travail sans que l'utilisateur s'en aperçoive. A l'appui de ces allégations, l'assuré a produit plusieurs impressions de captures d'écrans, annotées par ses soins.

Le 4 novembre 2010, la Caisse a informé l'assuré du fait qu'elle maintenait sa décision sur opposition.

B. Entre temps, par recours du 29 octobre 2010, X._____ a déféré la cause à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à l'annulation de la décision sur opposition du 30 septembre 2010. Pour l'essentiel, il a repris les allégations déjà présentées à la Caisse. Il considère que la surveillance de son poste de travail au moyen de logiciel espion est contraire à l'art. 328 CO et qu'elle constitue un juste motif de résiliation des rapports de travail par l'employé, avec effet immédiat. Partant, aucune faute ne peut lui être reprochée par l'intimée.

Le 3 décembre 2010, la Caisse a conclu au rejet du recours. Selon elle, la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail au moyen d'un «espiologique», tel que décrit par l'assuré, est effectivement illicite. Toutefois, la résiliation du contrat de travail par l'assuré était prématurée, dès lors que l'employeur n'avait apparemment pas utilisé ce logiciel et qu'il souhaitait poursuivre sa collaboration avec le recourant. Ce dernier aurait dû lui demander de remédier au problème constaté avant de donner sa démission.

X._____ s'est déterminé le 3 janvier 2011 en alléguant avoir demandé des explications à son employeur immédiatement après avoir constaté l'existence du logiciel espion. L'employeur avait acquiescé et lui avait donné des explications la semaine suivante, en minimisant les fonctions techniques du logiciel et en niant l'avoir utilisé depuis son engagement. Le recourant avait toutefois constaté le contraire au cours de la semaine suivante, de sorte qu'il avait donné sa démission en raison de la surveillance constante de son activité informatique par son employeur.

L'intimée a renoncé à présenter de nouvelles observations.

Le 3 octobre 2011, le tribunal a informé les parties qu'aucune nouvelle mesure d'instruction ne paraissait nécessaire et que sauf nouvelle réquisition, un jugement serait rendu.

E n d r o i t :

1. a) La procédure devant le tribunal cantonal des assurances institué par chaque canton en application de l'art. 57 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021) et des exigences minimales fixées par l'art. 61 LPGA. Dans le canton de Vaud, la procédure de recours est régie par la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36). Cette loi attribue à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal la compétence pour statuer sur les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA (cf. art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

b) Le recours a été déposé dans les trente jours dès la notification de la décision litigieuse (art. 95 LPA-VD) et respecte les autres conditions de recevabilité. Il convient donc d'entrer en matière.

2. a) Aux termes de l'art. 30 al. 1 let. a LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage est suspendu lorsque celui-ci est sans travail par sa propre faute. Est notamment réputé sans travail par sa propre faute, au sens de cette disposition, l'assuré qui a résilié lui-même son contrat de travail sans avoir été préalablement assuré d'obtenir un autre emploi, sauf s'il ne pouvait être exigé de lui qu'il conservât son ancien emploi (art. 44 al. 1 let. b OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). Cette dernière hypothèse

correspond notamment aux cas dans lesquels l'assuré a mis fin à son contrat de travail pour un motif pouvant justifier, d'après l'art. 337 CO (code des obligations suisse du 30 mars 1911, RS 220), une résiliation immédiate du contrat.

b) L'art. 337 al. 1 CO prévoit que l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. L'art. 337 al. 2 CO précise que sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.

c) Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail; en outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables (art. 328b CO).

L'art. 328 al. 1 CO protège notamment la santé des travailleurs et leur intégrité physique et psychique, ainsi que leur sphère privée, leur image, leur dignité ou encore certaines libertés personnelles. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a précisé que l'employeur ne peut pas surveiller de façon générale ou systématique le comportement des travailleurs sous prétexte de récolter des données dont le traitement serait permis par l'art. 328b CO. Il doit en particulier respecter la personnalité des travailleurs concernés et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité. Seules sont admissibles les mesures de surveillance objectivement

justifiées qui satisfont un intérêt prépondérant de l'employeur. Entre plusieurs mesures possibles, ce dernier choisira la moins intrusive (ATF 130 II 425 consid. 3.3).

L'art. 328 al. 1 CO est complété par l'art. 26 de l'Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène, OLT 3 ; RS 822.113). A son alinéa 1, cette disposition prévoit qu'il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. L'alinéa 2 précise que lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs.

3. En l'espèce, il est établi que l'employeur du recourant a installé un logiciel espion sur le poste de travail de son employé, sans l'en informer. Au regard des impressions de capture d'écran produites par le recourant, ce logiciel permettait à l'employeur de prendre connaissance de toute l'activité du recourant sur son ordinateur (consultation des sites visités, frappes sur le clavier, mots de passe, etc.). Il s'agit d'une violation grave des art. 328 al. 1 CO et 26 OLT 3.

L'intimée soutient que l'employeur «n'a apparemment pas utilisé», contre l'assuré, le logiciel espion qu'il avait installé. Il souhaitait poursuivre sa collaboration avec le recourant, de sorte que ce dernier aurait dû se limiter à lui demander une suppression du logiciel litigieux ou la mise à disposition d'un nouveau poste de travail, plutôt que de résilier le contrat de travail. On ne saurait partager ce point de vue : le recourant était au contraire légitimé à se sentir trahi dans la confiance qu'il avait placée dans son employeur et à considérer qu'il ne pouvait plus renouveler cette confiance pour l'avenir. Dans sa lettre du 25 juin 2010 à l'intimée, l'employeur expose, certes, qu'il n'a jamais utilisé le logiciel litigieux pour surveiller le recourant. Mais comme ce dernier le souligne à juste titre, cette lettre est particulièrement évasive. On en déduit aisément que l'employeur minimise les possibilités d'espionnage offertes par le

logiciel litigieux, en le qualifiant de logiciel «d'audit» et en indiquant qu'il permettait «le suivi du transfert des données (copie de fichiers informatiques sur disquettes, sur clé USB, sur disque dur externe, etc.)». En réalité, le logiciel permettait d'aller beaucoup plus loin, ce que l'associé gérant et actionnaire principal d'une société spécialisée dans l'informatique ne pouvait ignorer. A._____ est également peu crédible lorsqu'il soutient, toujours dans la même lettre, ne plus se souvenir du nom du logiciel et n'avoir plus eu conscience de sa présence sur le poste de X._____ lorsque celui-ci a été engagé. Les impressions de capture d'écran produites par le recourant démontrent d'ailleurs que contrairement aux allégations de l'employeur, le logiciel a bel et bien été utilisé entre le mois d'août 2009 et le mois de janvier 2010, qui plus est pour consulter la messagerie électronique d'un ancien collaborateur. A supposer même qu'un tiers ait été à l'œuvre, à l'insu de A._____, la faute de l'employeur, qui ne conteste pas avoir installé le logiciel, était suffisamment grave pour détruire durablement les rapports de confiance entre les parties au contrat de travail. Dans ces conditions, le recourant avait de justes motifs, au sens de l'art. 337 CO, de résilier ce contrat avec effet immédiat. Le rapport de confiance avec son employeur est rompu et l'on ne peut reprocher au recourant de ne plus prêter foi aux assurances que celui-ci pourrait lui donner pour l'avenir. Partant, il n'y a pas lieu de considérer qu'il est sans emploi par sa propre faute.

4. Vu ce qui précède, la mesure de suspension prononcée à l'encontre du recourant est infondée. Le recourant voit ses conclusions admises et peut prétendre une indemnité de dépens à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA). La procédure n'entraîne pas la perception de frais de justice (art. 61 let. a LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 30 septembre 2010 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.

- III.** La Caisse cantonale de chômage versera au recourant un montant de 1800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens.

- IV.** Il n'est pas perçu de frais de justice.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA (pour X._____)
- Caisse cantonale de chômage, division juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :