



# Coup d'œil

Numéro 70 juillet 2018

## Dans ce numéro :

- 1 Des cours d'appel aux États-Unis concluent que les polices contre les crimes commerciaux couvrent le piratage psychologique
- 2 Y a-t-il une augmentation des poursuites contre les administrateurs et les dirigeants en raison de fuites de données?
- 3 Éléments à noter
- 4 Personnes-ressources clés

## Des cours d'appel aux États-Unis concluent que les polices contre les crimes commerciaux couvrent le piratage psychologique

Dans la première de deux décisions consécutives ayant valeur de précédent, la United States Second Circuit Court of Appeals, dans l'affaire *Medidata Solutions Inc. c. Federal Insurance Co.* (affaire Medidata), a statué qu'une couverture en cas de fraude psychologique existait en vertu d'une police d'assurance contre les crimes commerciaux. Medidata Solutions, Inc. (Medidata), l'assuré, planifiait une acquisition en 2014 et en avait avisé son service des finances à ce moment. Des fraudeurs ont ciblé un commis aux comptes fournisseurs de la société, lequel a reçu un courriel frauduleux prétendument envoyé par le président de Medidata l'informant qu'un avocat allait entrer en communication avec lui. Le commis a ensuite reçu un appel d'un faux avocat qui lui a fourni des instructions de virement en lien avec l'acquisition. Un courriel subséquent de l'imposteur se faisant passer pour le président confirmait les instructions de virement, à la suite desquelles le commis a entrepris un virement télégraphique de 4,77 millions de dollars destiné aux fraudeurs. Habituellement, lorsque les employés de Medidata reçoivent des courriels de collègues internes, le nom complet de l'expéditeur ainsi que son adresse de courriel et une photo s'affichent, contrairement aux courriels provenant de tierces parties externes. Le fait que les courriels qu'a reçus le commis comprenaient le nom du président, son adresse de courriel ainsi qu'une photo dans le champ de l'expéditeur représente l'un des points clés de cette affaire. Les fraudeurs étaient entrés dans le système de courriel de la société et y avaient introduit un « code de mystification » pour modifier l'apparence du système de courriel et ainsi indiquer de façon trompeuse que l'expéditeur était une partie interne de confiance.

Medidata a intenté une poursuite contre l'assureur à la suite de son refus de couvrir la perte de 4,77 millions de dollars en vertu de sa police contre les crimes commerciaux. En confirmant la décision du tribunal du district Sud de l'État de New York, la Second Circuit Court of Appeals, appliquant les lois de New York, a statué que les sections Fraude informatique et Transfert frauduleux de fonds procuraient à Medidata une couverture en cas de perte. Même si les systèmes de Medidata n'ont pas été piratés, la cour a conclu que l'attaque contre le système de courriel de la société (dont les parties ont convenu qu'il s'agissait d'un « système informatique » au sens de la police) par le biais de la mise en œuvre d'un code de mystification constituait une entrée de données frauduleuse dans le système informatique de l'assuré. Également selon le libellé de la police, il y a eu une « modification de données » alors que le code a changé

l'apparence du système de courriel pour masquer l'identité de l'expéditeur. Dans ce qui est peut-être le plus important aspect du jugement de la cour, un lien de causalité et de proximité a été trouvé entre le piratage psychologique et la perte, signifiant par conséquent que l'exigence de « perte directe » de la police a été respectée. D'autres cours avaient auparavant refusé la couverture sous prétexte que les mesures prises par des employés d'une société pour effectuer des virements de fonds dans le cadre d'un piratage psychologique typique rompaient le lien de causalité, empêchant ainsi qu'il y ait une « perte directe » et annulant la couverture.

Dans une seconde décision rendue peu de temps après, la Sixth Circuit Court of Appeals a aussi conclu que la couverture s'appliquait dans le cadre d'une perte résultant d'une fraude psychologique en vertu de la section Fraude informatique de la police contre les crimes commerciaux de l'assuré. Dans l'affaire *American Tooling Center, Inc. c. Travelers Casualty and Surety Company of America* (l'affaire ATC), l'assuré, American Tooling Center (ATC), a reçu des courriels frauduleux qui semblaient provenir d'un de ses fournisseurs légitimes et dans lesquels on redirigeait des virements vers un compte bancaire différent. ATC a commencé à faire de nombreux virements aux imposteurs, dont le montant total s'élevait à environ 830 000 \$ avant la découverte de la fraude. Après que l'assureur a refusé la couverture, ATC a intenté une poursuite. D'entrée de

jeu, la cour du district a donné gain de cause à l'assureur et a refusé la couverture. Cependant, en renversant cette décision, le jugement de la Sixth Circuit Court of Appeals a confirmé et clarifié certains points abordés à l'origine dans l'affaire Medidata.

À l'instar du jugement dans l'affaire Medidata, la cour a statué que l'assuré avait subi une « perte directe », peu importe que la phrase fasse référence à un lien de causalité « de proximité » ou « immédiat ». En outre, la cour a conclu que la définition de « fraude informatique » comprise dans la police a été respectée et a rejeté la tentative de l'assureur de limiter la définition au piratage ou à d'autres formes d'intrusion dans le système informatique de l'assuré. Cette conclusion est particulièrement importante, car dans l'affaire Medidata, la couverture pour « fraude informatique » confirmée par la cour dépendait fortement des faits se rapportant à la perte, notamment le fait qu'un fraudeur avait accédé au système de courriel de Medidata et l'avait modifié pour que les courriels frauduleux aient l'air authentiques. Dans le deuxième cas, il n'y a pas eu une telle intrusion dans le système, ce qui fait de la décision concernant ATC un précédent plus vaste, et potentiellement plus solide, sur lequel les titulaires de police peuvent s'appuyer lors de futurs différends sur le piratage psychologique.

Alors que ces décisions pourraient signaler un changement dans le courant de l'opinion judiciaire concernant la couverture des pertes

résultant d'un piratage psychologique, il importe de noter que le résultat de chaque cas dépend beaucoup des circonstances et des faits précis entourant la perte, et du libellé de la police en cause. On a confirmé qu'une couverture existait dans ces deux cas, mais on ne peut supposer qu'une police contre les crimes commerciaux couvrira de manière définitive les pertes découlant du piratage psychologique. De plus, les décisions américaines n'ont pas force exécutoire dans les cours au Canada et, sans égard à l'existence d'une telle force exécutoire, il existe une multitude de décisions conflictuelles dans ce domaine au sein du paysage juridique. Il est prudent de la part des assurés à la recherche d'une couverture contre le piratage psychologique d'ajouter un avenant spécialisé lié au piratage psychologique à leur police contre les crimes commerciaux. Habituellement offert moyennant une prime supplémentaire, cet avenant est conçu pour répondre aux pertes liées à la fraude psychologique et peut assurer un degré de certitude dans la couverture fournie. Cette certitude pourrait être nécessaire dans un avenir rapproché, car, à la lumière de ces décisions, on anticipe que les assureurs vont changer le libellé de la police actuel pour clarifier l'intention d'exclure la couverture de piratage psychologique de la garantie relative à la fraude informatique.

## Y a-t-il une augmentation des poursuites contre les administrateurs et les dirigeants en raison de fuites de données?

À l'instar du canari dans la mine de charbon, les tendances en matière de litige aux États-Unis servent souvent de précurseur aux tendances qui se manifestent au Canada. Aux États-Unis, plusieurs cas notoires d'atteinte à la protection des données ont amené les actionnaires à poursuivre les administrateurs et les dirigeants, au moyen d'une action dérivée ou d'un recours collectif en valeurs mobilières. Des actions dérivées ont été intentées aux États-Unis par des

actionnaires contre des entreprises comme Wendy's, Wyndham Worldwide, Target et Home Depot. Alors que certaines de ces poursuites ont été rejetées et que d'autres ont été réglées au moyen de mesures correctrices non monétaires, quelques-unes ont débouché sur le paiement des honoraires considérables des avocats des demandeurs. Wendy's a notamment accepté de payer 950 000 \$ et Home Depot a accepté de payer jusqu'à 1,25 million de dollars pour les

honoraires des avocats des demandeurs.

Dans les situations où le cours de l'action a fléchi après une atteinte à la protection des données, les actionnaires lésés à la recherche d'une indemnisation pourraient privilégier le recours collectif en valeurs mobilières. En janvier 2018, Yahoo a conclu une entente de règlement s'élevant à 80 millions de dollars dans le cadre d'un recours collectif en valeurs mobilières en lien avec une atteinte

à la protection des données aux États-Unis. Le litige découlait de deux atteintes à la protection des données que Yahoo a connues en 2016, qui ont ultimement compromis les renseignements personnels identificatoires associés à plus d'un milliard de comptes d'utilisateurs. À la suite de ces deux incidents, le prix de l'action de Yahoo a chuté de 3,06 % et de 6,11 % respectivement.

Même si le Canada n'a pas les mêmes antécédents au chapitre des poursuites contre les administrateurs et les dirigeants à la suite d'une atteinte à la protection

des données, certains experts en droit et en assurance prédisent que ce n'est qu'une question de temps avant que les actionnaires mécontents au nord de la frontière se tournent vers les administrateurs et les dirigeants pour recouvrer leurs pertes. Une assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants peut offrir une indemnisation pour les frais de règlement, de jugement et de défense si un membre ou un dirigeant du conseil d'administration fait face à des allégations d'actes répréhensibles découlant d'une

atteinte à la protection des données. Dans le cas de Wendy's mentionné précédemment, la police d'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants est intervenue pour couvrir les honoraires des avocats des demandeurs qui s'élevaient à 950 000 \$. Si la personne morale fait face à une poursuite en valeurs mobilières, elle peut aussi avoir une couverture relativement aux frais engagés pour contester ou régler les réclamations.

## Éléments à noter :

- En juin 2018, Bithumb, une société de change de cryptomonnaie sud-coréenne, a été piratée, donnant lieu au vol d'environ 31 millions de dollars en cryptomonnaie. Bithumb se classe au sixième rang des plus importantes sociétés de change de cryptomonnaie dans le monde.
- Le 17 mai 2018, le projet de loi 21 de la Colombie-Britannique, intitulé *Class Proceedings Amendment Act, 2018*, a reçu la sanction royale. Auparavant connue comme étant une tribune plus favorable aux procédures de recours collectif au Canada, la Colombie-Britannique pourrait devenir encore plus intéressante à cet égard en raison du projet de loi 21 qui change son régime fondé sur le principe de l'adhésion à un régime d'exclusion volontaire. Ainsi, tous les non-résidents de la Colombie-Britannique seront automatiquement compris comme membres d'une poursuite, sauf s'ils décident volontairement de ne pas y participer. Ce changement simplifiera la création de recours nationaux et, dans la foulée des autres changements dans le projet de loi 21, aidera le régime de recours collectif de la Colombie-Britannique à cadrer avec celui des autres provinces comme l'Ontario, l'Alberta et la Saskatchewan.
- Ressources naturelles Canada a publié un document d'orientation, un modèle de rapport et une liste de vérification révisés en lien avec la *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif (LMTSE)* après avoir revu le premier cycle de rapports en vertu de la LMTSE. Ces documents servent de ressources pour les entreprises en aidant à clarifier les diverses obligations de déclaration en vertu de la loi.
- Le 11 juin 2018, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) ont publié l'Avis 46-308 du personnel des ACVM, *Incidences de la législation en valeurs mobilières sur les émissions de jetons*, qui vise à fournir des conseils pratiques sur l'applicabilité de la législation en valeurs mobilières aux premières émissions de cryptomonnaies ou de jetons.

# Personnes-ressources clés

## **Brian Rosenbaum LL.B**

Vice-président principal et Directeur national  
Groupe services financiers  
Pratique des affaires juridiques et des recherches  
t +1.416.868.2411  
brian.rosenbaum@aon.ca

## **Desiree E. Money**

Vice-présidente principale  
et chargée de compte  
Groupe services financiers  
t +1.403.267.7754  
desiree.money@aon.ca

## **Denise Hall**

Vice-présidente principale et responsable nationale de courtage  
Groupe services financiers  
t +1.416.868.5815  
m +1.416-953.3280  
denise.hall@aon.ca

## **Catherine Richmond, LL.B., CRM**

Vice-présidente principale et Chargée de compte  
Groupe services financiers  
t +1.604.443.2429  
m +1.604.318.5470  
catherine.richmond@aon.ca

## **Catherine Lanctôt B.A.**

Vice-présidente et Directrice  
Groupe services financiers  
t + 1.514.840.7008  
catherine.lanctot@aon.ca

## **Alexis Rivait**

Vice-président et directeur d'équipe  
Financial Services Group  
t +1.416.868.5597  
alexis.rivait@aon.ca

## À propos d'Aon

Aon plc (NYSE : Aon) est un des principaux cabinets mondiaux de services professionnels, fournissant un vaste éventail de solutions de risques, de retraite et de santé. Nos 50 000 employés dans 120 pays donnent à nos clients les moyens de prospérer en utilisant des données exclusives et analytiques pour communiquer des informations qui réduisent la volatilité et améliorent le rendement.

© Aon Reed Stenhouse 2018. Tous droits réservés.

Cette publication contient des renseignements généraux et ne vise pas à fournir un aperçu des garanties. L'information n'est pas destinée à constituer des conseils juridiques ou professionnels. Reportez-vous au libellé de la police d'assurance pour vous familiariser avec les modalités, conditions, exclusions et limitations réelles de l'assurance. Pour obtenir des renseignements plus précis sur la façon dont nous pouvons vous aider, communiquez avec Aon Reed Stenhouse Inc.

