



# Coup d'œil

## Dans ce numéro :

- 1 Des administrateurs se voient refuser une couverture lors d'un procès pour conflit d'intérêts aux États-Unis à cause d'une exclusion relative au rôle
- 2 Des pertes liées à un piratage psychologique entraînent un procès en responsabilité civile contre un dirigeant
- 3 La clause d'arbitrage d'Uber a été invalidée par la Cour d'appel de l'Ontario
- 4 Personnes-ressources clés

## Des administrateurs se voient refuser une couverture lors d'un procès pour conflit d'intérêts aux États-Unis à cause d'une exclusion relative au rôle

Lors d'une décision récente, la cour supérieure du Delaware a rejeté la couverture d'administrateurs impliqués dans un procès pour conflit d'intérêts au titre de la police d'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants de leur entreprise, en raison de la clause d'exclusion relative au rôle. Dans l'affaire *Goggin c. National Union Fire Ins. Co.*, deux administrateurs de la société assurée, U.S. Coal, avaient également investi dans l'entreprise par l'intermédiaire d'instruments de placement de leur création. Ces instruments de placement ont permis à la société de restructurer son capital, notamment en remboursant des créances. Une action a été intentée contre les administrateurs, les accusant d'avoir manqué à leurs obligations fiduciaires envers la société, en raison de modalités abusives dans les instruments de placement. Celles-ci découlaient de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle ils se trouvaient, étant à la fois administrateurs et investisseurs de U.S. Coal.

Les administrateurs ont demandé un remboursement de leurs frais judiciaires au titre de la police d'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants. L'assureur a refusé la couverture en raison de la clause d'exclusion relative au rôle de la police, qui écartait la garantie en cas de pertes découlant d'un comportement fautif d'une personne assurée lors d'agissements ne relevant pas du rôle pour lequel elle était assurée (c'est-à-dire en tant que cadre supérieur ou employé de U.S. Coal). L'assureur soutenait que les administrateurs n'agissaient pas uniquement dans le cadre du rôle pour lequel ils étaient assurés lors de l'action fautive, mais qu'ils endossaient également leur rôle d'investisseurs, pour lequel ils n'étaient pas assurés. Le tribunal s'est rangé du côté de l'assureur, en appliquant le critère du facteur déterminant dans son analyse : les administrateurs n'auraient pas eu à se défendre des accusations de conflit d'intérêts lors du procès s'ils n'avaient pas endossé le rôle d'investisseurs dans les instruments de placement. Par conséquent, le procès a été exclu de la couverture en vertu de la clause d'exclusion relative au rôle : les accusations formulées à l'encontre des administrateurs découlaient de leur rôle d'investisseurs dans les instruments de placement, pour lesquels ils n'étaient pas assurés. Le tribunal a également conclu que la formulation de la clause d'exclusion n'était pas ambiguë, et

que « découlant de » est un terme très large dans le droit du Delaware.

Une police d'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants peut offrir une protection financière pour les membres du conseil d'administration et les cadres supérieurs lorsqu'ils sont accusés de manquement à leurs obligations fiduciaires. Cependant, comme le montre cette décision de ce tribunal américain, le rôle qu'endosse l'assuré au moment du comportement fautif peut complexifier la couverture dans certains cas, en fonction de la

formulation et des exclusions contenues dans la police d'assurance en cause. Bien que les « exclusions relatives au rôle » ne soient pas présentes dans toutes les polices d'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants, elles existent, et peuvent entraîner des refus de couverture inattendus pour les assurés, comme le montre cette décision. Un courtier d'assurance expérimenté peut passer en revue la police d'assurance des administrateurs et des dirigeants de votre entreprise et vous conseiller sur les implications potentielles des termes d'exclusion pertinents.

## Des pertes liées à un piratage psychologique entraînent un procès en responsabilité civile contre un dirigeant

En 2016, le chef de la direction de FACC, une entreprise aérospatiale chinoise située en Autriche, a été victime d'une fraude psychologique qui a coûté à la société environ 52,8 millions d'euros. Le chef de la direction, Waltar Stephan, a reçu un courriel provenant prétendument d'un autre cadre supérieur de FACC. M. Stephan, pensant que le courriel était authentique, a suivi ses instructions, qui ont entraîné les contrôleurs financiers de FACC à verser environ 52,8 millions d'euros aux fraudeurs, en plusieurs virements. Lorsqu'elle a pris conscience de la fraude, l'entreprise a pu bloquer une partie des virements auprès de diverses institutions financières, pour un total de 10,9 millions d'euros, ce qui a entraîné une perte finale de 41,9 millions d'euros pour l'entreprise. De plus, FACC a enregistré une perte de 23,4 millions d'euros pour son exercice financier 2015-2016, ce qui contraste fortement avec les 18,6 millions d'euros de bénéfice

d'exploitation prévus en l'absence de fraude. Peu de temps après, l'entreprise a renvoyé M. Stephan et son directeur financier. Au moment de son renvoi, l'entreprise a déclaré : « Le conseil de surveillance a conclu que M. Walter Stephan a manqué gravement à ses obligations, particulièrement dans le cadre de "l'incident du faux président" ».

Récemment, en décembre 2018, FACC a lancé des poursuites contre M. Stephan et son ex-directeur financier, demandant des dommages et intérêts de 10 millions d'euros. La société affirme que les défendeurs n'ont pas mis en place les contrôles internes adéquats et ont manqué à leurs obligations en matière de coopération et de surveillance collégiales. Une assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants peut offrir une protection financière aux membres du conseil d'administration et aux cadres supérieurs lorsque ces derniers font face à une poursuite relative à la

surveillance. La police s'applique également à une société ouverte en cas de procès portant sur des valeurs mobilières. En cas de réclamation couverte, l'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants peut offrir une indemnisation à l'égard du montant du règlement ou du jugement, ainsi que des frais judiciaires.

## La clause d'arbitrage d'Uber a été invalidée par la Cour d'appel de l'Ontario

Dans une décision récente, la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé la clause d'arbitrage de l'entente de service pour les chauffeurs d'Uber. Cette décision a des implications directes et immédiates pour le recours collectif proposé des chauffeurs d'Uber, mais elle pourrait également constituer un précédent plus large dans le domaine des accords commerciaux contenant une clause d'arbitrage.

Dans le recours initial, un chauffeur d'Uber Eats prétendait que les chauffeurs d'Uber de l'Ontario sont des employés et qu'ils ont donc droit aux avantages sociaux énoncés dans la Loi sur les normes d'emploi de l'Ontario. Cependant, le plaignant avait signé une entente de service au début de sa relation avec Uber, qui contenait une clause d'arbitrage impliquant que tous les litiges découlant de l'entente devaient être résolus par arbitrage. Alors qu'Uber préférerait un arbitrage, le plaignant a soutenu que la clause d'arbitrage ne s'appliquait pas à ce différend lié à l'emploi, et, par ailleurs, qu'elle était illégale et ne devait pas être mise en application à cause de son caractère abusif.

Infirmant la décision du tribunal de première instance, la Cour d'appel a déclaré invalide la clause d'arbitrage. La Cour a jugé que le principe de compétence-compétence, qui confère au tribunal d'arbitrage la compétence

de décider de sa propre compétence, ne s'appliquait pas. La Cour a suivi le raisonnement selon lequel les problèmes de compétence arbitrale ont trait au champ de la clause d'arbitrage en elle-même, plutôt qu'à la validité de la clause dans son ensemble. Ainsi, à la suite de cette décision, si une des parties souhaite contester la validité d'une clause d'arbitrage, le différend doit désormais passer devant les tribunaux. La Cour a également jugé que la clause avait un caractère abusif d'après les faits du dossier, et qu'il s'agissait donc d'un contrat illégal, en infraction avec la *Loi sur les normes d'emploi*, en partant du principe qu'il existait une présomption de lien employeur-employé.

Historiquement, l'Ontario constitue un territoire de compétence plutôt favorable à la confirmation des clauses d'arbitrage, et cette décision pourrait changer la façon dont celles-ci sont appliquées dans la province. L'arbitrage, qui était traditionnellement considéré comme une solution moins onéreuse que le tribunal, pourrait désormais coûter plus que prévu si l'une des parties conteste la validité d'une clause d'arbitrage et doit aller au tribunal pour ce faire. Cette décision peut potentiellement saper l'objectif d'une clause d'arbitrage, mais, comme indiqué, elle peut également avoir pour effet une augmentation importante des frais

de justice du défendeur. De nombreuses polices d'assurance, comme les assurances responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants et les couvertures pour les pratiques d'emploi, peuvent remédier à ce problème en fournissant une couverture des frais de défense, au cas où un assuré fait face à des poursuites. Ces assurances peuvent fournir à l'assuré défendeur une protection financière précieuse s'il est contraint de défendre la validité d'une clause d'arbitrage au tribunal.

# Personnes-ressources clés

## **Alexis Rivait**

Vice-présidente et Chargée de compte  
Groupe services financiers  
t +1.416.868.5597  
alexis.rivait@aon.ca

## **David Quail, M.Sc., CRM**

Vice-présidente et Chargée de compte  
Groupe services financiers  
t +1.403.267.7066  
david.quail@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

## **Brian Rosenbaum LL.B**

Vice-président principal et Directeur national  
Pratique des affaires juridiques et des recherches  
Groupe services financiers  
t +1.416.868.2411  
brian.rosenbaum@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 2019. 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.

