

Note Aprel - Commission CYBER

## Dispositions contractuelles dans les traités français

21 Octobre 2020

### Participants

Anne BONTOUX (Aléat conseil), Philippe GOUIN (Guy Carpenter), Sébastien HEON (Scor), Valéry LEBALLEUR (Aon), Alexis MACRIS (Aon), Mickaël ROBART (Siaci Saint Honoré), Virginie WYKA (Partner Re), Karine WILD (SI Re).

### Note Aprel

Un groupe de travail (GT) a été créé au sein de la Commission Cyber afin de mener une étude sur les dispositions contractuelles en matière de risque Cyber figurant dans les traités de réassurance en France.

La démarche de ce groupe de travail a consisté à dresser un inventaire –non exhaustif- des clauses relatives aux risques informatiques rencontrées dans les traités du marché français en vigueur en 2020.

Cet inventaire ayant fait apparaître qu'à ce jour, très peu de traités de responsabilité civile comportent des dispositions relatives au risque Cyber, l'étude s'est orientée sur les clauses présentes dans les traités de dommages aux biens, qui se sont avérées mériter une analyse plus approfondie au vu de leur diversité et des questions qu'elles soulèvent.

Une majorité de ces clauses faisant référence à des clauses NMA ou LMA issues du marché de Londres, le GT a naturellement étendu son champ d'investigation aux clauses rencontrées sur les marchés anglophones.

Les axes de réflexion ont été les suivants :

- Ces clauses permettent-elles de dégager un consensus sur l'intention des parties en matière de risque Cyber ?
- Répondent-elles à cette intention de façon appropriée ?

- Des pistes d'amélioration pourraient-elles être proposées ?

Suivant ce fil conducteur, le GT a dressé une grille de lecture des principales clauses rencontrées, de façon à en faciliter l'analyse tout en soulignant les points de vigilance à considérer.

En complément de ces travaux, un projet de clause d'exclusion Cyber tenant compte des remarques de l'ensemble des contributeurs du GT a été rédigé. Il sera proposé, à titre purement indicatif, en conclusion de la présente note.

## **1. Premiers constats : une intention commune, des formulations différentes et sans doute perfectibles.**

### **1.1 De l'intention des clauses Cyber :**

- Sur le fond, il ressort des différentes clauses Cyber rencontrées dans les traités Dommages une intention commune de circonscrire la garantie d'un sinistre Cyber aux dommages matériels, ainsi qu'aux dommages immatériels - à condition que ces dommages immatériels soient la conséquence d'un dommage matériel couvert.
- La majorité de ces clauses sont rédigées sous forme d'exclusions partiellement rachetées, mais elles peuvent aussi être formulées comme des couvertures dont la portée est limitée au moyen d'exclusions.
- Dans tous les cas, les clauses Cyber visent à exclure du champ d'application des traités le risque Cyber pur, à savoir les dommages immatériels qui ne sont pas consécutifs à un dommage matériel couvert.
- Ces dommages immatériels non consécutifs sont globalement, de façon plus ou moins détaillée, définis comme des atteintes aux systèmes d'information et aux données.

Ce premier constat met en évidence une intention commune des réassureurs quant à la couverture du risque Cyber. Compte tenu de la complexité du sujet, il reste à vérifier que cette intention est formulée de façon claire, précise et non équivoque dans les traités de réassurance.

### **1.2 Observations sur les différentes formulations de ces clauses :**

#### **1.2.1 Des clauses qui datent du début des années 2000 :**

Les clauses Cyber rencontrées dans les traités Dommages aux biens en vigueur en 2020 sur le marché français sont très souvent des clauses anciennes. C'est notamment le cas des différentes clauses NMA – qui datent de 2001, ou encore de la clause « Institute Cyber Attack Exclusion CL 380 », rédigée en 2003. Compte tenu de l'évolution des technologies, on peut s'interroger sur l'applicabilité de clauses conçues il y a près de 20 ans.

#### 1.2.2 Des références inexactes :

Les références aux clauses NMA sont parfois inexactes : ainsi la NMA 2928 est souvent citée alors que la clause utilisée s'apparente davantage à une clause NMA 2912.

#### 1.2.3 Des traductions « libres » et diverses :

Les traductions et adaptations d'une même clause peuvent varier d'un traité à l'autre, avec des conséquences potentiellement importantes sur la portée de l'exclusion, ou de la couverture selon le cas. Par exemple, dans plusieurs clauses NMA 2912 (dont certaines référencées à tort

comme des NMA 2928), il a été observé que le terme « données », présent dans la version originale NMA, est omis. Il en résulte que les données ne sont ni couvertes, ni exclues et retombent ainsi dans le champ des garanties « silencieuses », à l'encontre de la vocation d'une clause Cyber.

#### 1.2.4 Assurance ou Réassurance ?

L'échantillon des clauses Cyber recensées se compose de clauses spécifiques à la réassurance, mais aussi de clauses issues des polices d'assurance (cf. CL 380, NMA 2914/2915...).

Les clauses d'assurances peuvent parfaitement répondre à la volonté des parties en termes de couverture ou d'exclusion, mais il faut prendre en considération les éléments suivants :

On peut penser de prime abord que l'utilisation en réassurance d'une clause d'assurance permet une parfaite adéquation des garanties de réassurance avec celles des polices originales.

Encore faudrait-il pour cela que cette clause figure à l'identique dans les conditions des polices d'assurance. Or, il est peu probable qu'une clause d'assurance traduite de l'anglais corresponde aux clauses présentes dans les polices d'assurance distribuées sur le marché français.

En outre, si la cédante accepte d'insérer cette clause dans ses contrats d'assurance, il n'y aura adéquation des garanties que sur les polices nouvelles ou mouvementées avec, pour l'assureur, le risque d'un trou de garantie sur le reste de son portefeuille, notamment si la nouvelle exclusion est plus stricte que les anciennes dispositions, à moins de convenir que la nouvelle clause de réassurance ne s'appliquera qu'aux polices nouvelles ou mouvementées, auquel cas le réassureur conservera une exposition substantielle pour un grand nombre d'années à venir.

#### 1.2.5 De l'importance du libellé des garanties rachetées :

Certaines clauses énumèrent les périls -ou les conséquences de ces périls-, qui permettent le rachat de l'exclusion : incendie, explosion, événement naturel, etc. Cette énumération étant limitative, les assureurs restent exposés à un trou de garantie dans le cas d'un péril qui n'aurait pas été expressément mentionné.

Une extension du rachat à l'ensemble des périls couverts par le traité doit cependant n'être envisagée qu'avec prudence. En effet, si le champ d'application du traité ne se limite pas aux seuls dommages matériels mais garantit également des dommages immatériels, comme par exemple le vol, une telle extension réintroduira la couverture de dommages immatériels purs que la clause Cyber avait vocation à éliminer.

### **1.3 Caractéristiques des clauses plus récentes (dont LMA 5400 et suivantes) :**

Les clauses plus récentes se distinguent car elles sont complétées par des définitions destinées notamment à préciser :

#### 1.3.1 La notion de dommage matériel :

Il s'agit ici d'éviter, en cas de sinistre, tout débat visant à assimiler la donnée à un bien matériel, car cela annihilerait les effets de l'exclusion Cyber. Une proposition, qui consiste à définir le dommage matériel comme « une atteinte à la substance de l'objet assuré », semble faire consensus parmi certains acteurs spécialisés mais n'a pas emporté l'adhésion du GT eu égard aux multiples sens du terme substance, qui peut aussi viser de l'immatériel, comme en témoigne l'expression bien connue « porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties »

#### 1.3.2 Les données indemnisables :

Certaines clauses prévoient désormais le calcul du montant de l'indemnisation des données électroniques, au cas où celles-ci seraient endommagées lors de la survenance d'un dommage matériel couvert, sur la base du coût des supports informatiques vierges (« blank media ») et des frais de duplication, mais en excluant le coût de la donnée elle-même. (La valeur d'une donnée diffère selon le droit dont elle relève : donnée d'exploitation R&D, droit de propriété littéraire, industriel). Cette clarification contractuelle permettra d'éviter bien des contentieux en cas de sinistre.

#### 1.3.3 Dommages malveillants versus erreur humaine :

Quelques clauses (notamment les clauses LMA 5412 et 5413) couvrent les dommages matériels consécutifs à un incident cyber, mais excluent sans possibilité de rachat toutes les conséquences d'un acte cyber malveillant ou criminel, qui devront alors faire l'objet d'une couverture spécifique.

Il ressort de ces différentes observations qu'il serait opportun :

1. De revoir les clauses présentes dans les traités de réassurance Dommages du marché français, ne serait-ce que pour vérifier qu'elles ne sont pas obsolètes et répondent toujours aux attentes et contraintes des parties,

2. De vérifier auprès de la cédante, avant d'insérer une clause d'assurance dans un traité de réassurance, 1) que cette clause est effectivement celle qui figure dans ses polices d'assurance, et 2) qu'elle est présente sur l'intégralité de son portefeuille ou que des dispositions sont prises en ce sens.
3. D'opter pour des clauses comportant des définitions du sinistre cyber, du dommage matériel, de la nature et du montant des pertes indemnisables, de façon à limiter les contestations en cas de sinistre.
4. De privilégier des clauses « référencées » plutôt que des adaptations aléatoires dont il sera difficile de retrouver la motivation au moment du sinistre.

Dans tous les cas, il nous paraît judicieux de prévoir, dans les traités Dommages aux biens aussi bien que dans les polices d'assurance, une clause reflétant l'intention des parties concernant la prise en charge ou l'exclusion des conséquences d'un sinistre Cyber. Cela permettra de mieux cerner les expositions, notamment au regard des couvertures non affirmatives.

Rappelons, dans ce contexte, les recommandations unanimes des autorités de contrôle sur la nécessaire maîtrise des risques et notamment du risque cyber (tant affirmatif que non affirmatif) par les assureurs.

## **2. Proposition de clause Cyber – Traités Dommages France**

S'inspirant des observations citées plus haut, le GT propose la clause suivante :

« Au titre du présent traité, ne sont pas considérés comme des dommages matériels les dommages - en particulier toute altération, effacement, corruption ou déformation -, aux données informatiques, aux logiciels ou aux programmes informatiques.

Il s'ensuit que le présent traité ne couvre pas les dommages aux données informatiques, aux logiciels ou aux programmes informatiques ainsi que les pertes d'exploitation consécutives.

Toutefois, s'ils sont la conséquence directe d'un dommage matériel subi par le système informatique garanti, sont couverts :

1. les dommages aux données informatiques et aux logiciels.

La base d'évaluation des données informatiques sera constituée du coût des supports informatiques vierges auquel s'ajoutent les seuls frais de duplication des données à partir d'une sauvegarde électronique antérieure au sinistre.

2. les dommages matériels et immatériels, dont les pertes d'exploitation, résultant d'une restriction du fonctionnement, de la disponibilité, de l'utilisation ou de l'accès aux données informatiques, logiciels et programmes informatiques. »

**Définitions :**

**Système informatique :** on désigne tout ordinateur, matériel (hardware), logiciel, système de communication, appareil électronique (y compris, mais sans s'y limiter, téléphone mobile, ordinateur portable, tablette, appareil portable), serveur, cloud ou microcontrôleur, y compris tout dispositif de stockage de données, infrastructure de réseau ou installation de sauvegarde associés.

**Données informatiques :**

Les données désignent des informations, des faits, des concepts, du code ou toute autre information de toute nature qui est enregistrée ou transmise sous une forme destinée à être utilisée, consultée, traitée, ou stockée par un système informatique.

Il est à noter que cette clause n'est qu'un outil mis à la disposition des réassureurs qui le souhaitent, ces derniers pouvant librement l'adapter ou l'amender en fonction de leur politique de souscription et contraintes internes.