



Rencontres 2019

ASSURANCE & SINISTRES SUR ACTIFS IMMATERIELS

27^{èmes} Rencontres du Risk Management AMRAE

Présentation

Intervenants

- Sarah XERRI HANOTE

HMN & Partners

Avocat associé

- Elisabeth PRIGENT OLAUSSEN



Directeur Juridique, Assurances, RGPD et RSE Groupe

- Emmanuel SILVESTRE



Senior Vice President - Risques Financiers

Modérateur

- Pierre LEDERER



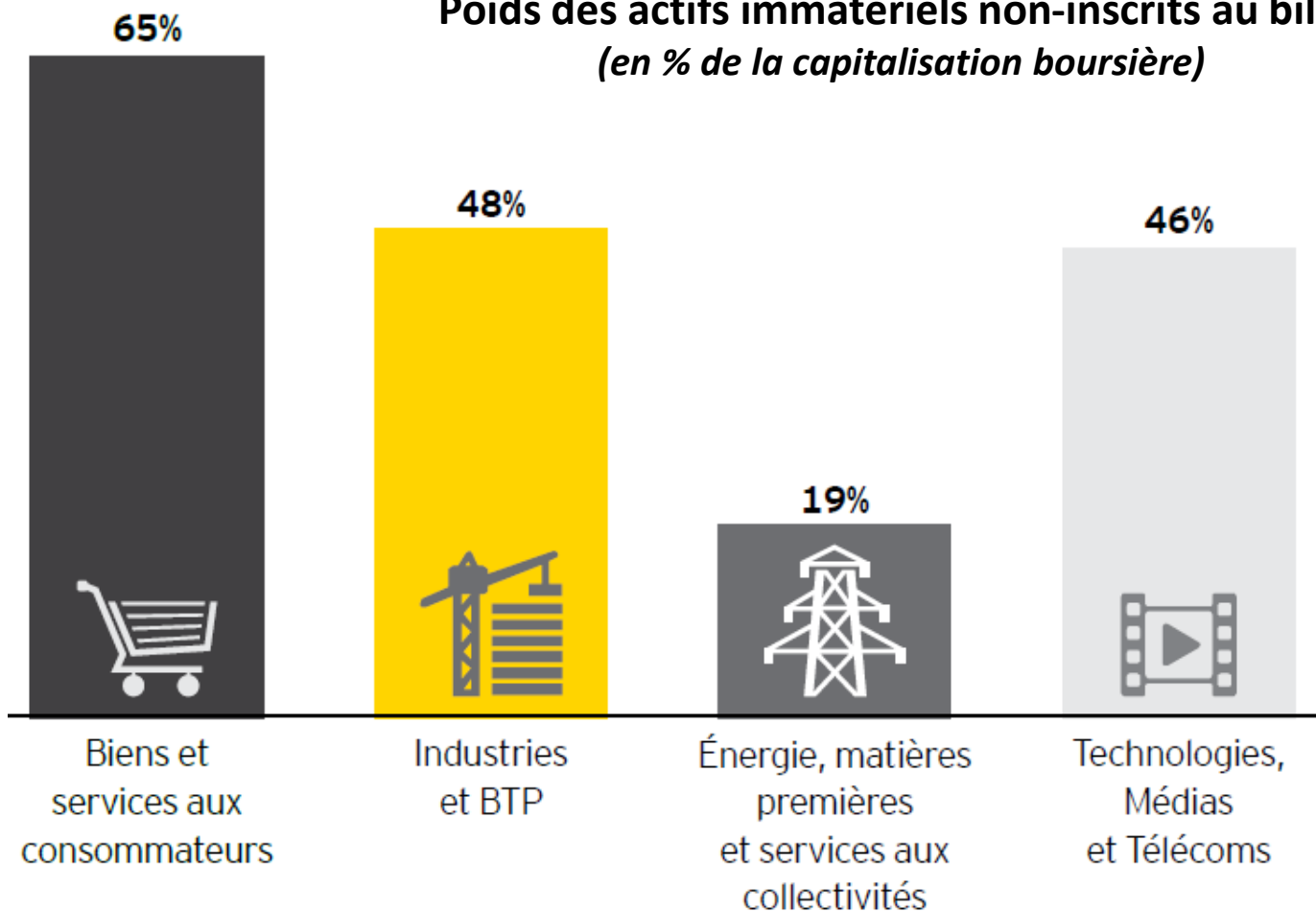
Directeur Juridique & Risk manager

Introduction

- **Aujourd'hui les actifs immatériels peuvent représenter plus de 50% de la valeur totale des entreprises.**
- **Mais seule une faible part des actifs immatériels est effectivement comptabilisée.**
- **Or compte tenu de leur valeur, la protection des actifs immatériels est une nécessité ...**

Introduction

Poids des actifs immatériels non-inscrits au bilan
(en % de la capitalisation boursière)



Introduction



- **Mais peut-on assurer tous les actifs immatériels ?**
- **Comment indemniser un dommage immatériel ?**
- **Par leur grande diversité, les dommages immatériels défient les limites de l'assurance.**
- **Jusqu'où les assureurs pourront-ils prendre en charge des sanctions, ou accompagner financièrement les entreprises assurées dans la protection de leurs actifs immatériels, à la frontière du risque d'entreprise ?**

Approche juridique des actifs immatériels



➤ Approche légale théorique

- Juridiquement, un actif est un bien,
- *Article 516 du Code Civil : « tous les biens sont meubles ou immeubles »,*
- *Distinction entre biens corporels et biens incorporels.*

➤ La notion d'actifs immatériels de plus en plus présente

- *Loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires (et Décret du 11 décembre 2018)*

Approche juridique des actifs immatériels

➤ Approche empirique - exemples d'actifs immatériels:

- **La marque** : *signe distinctif d'une entreprise qui identifie les produits et services exploités, (Article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle)*
- **Le brevet d'invention** : *titre délivré par les pouvoirs publics, les offices nationaux des différents pays du monde, qui confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation sur l'invention protégée (20 ans dans la plupart des pays, dont la France). (Article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle).*
- **Les données à caractère personnel** : *réglementations destinées à garantir la protection de la vie privée des citoyens face aux moyens de traitement automatisés de données à caractère personnel (Loi informatique et Libertés - 1978 et RGPD).*



Approche juridique des actifs immatériels

➤ ***Cas de la donnée : actif matériel ou immatériel ?***



- Données imprimées : données matérielles?
- Risque cyber (Commission ad hoc Cyber risk) et cyber-terrorisme: commencement de réponse apporté par le pool GAREAT.
 - Pas de difficulté lorsque dommage matériel direct ou perte d'exploitation sans dommage matériel direct
 - Problème en cas d'atteinte aux données elles-mêmes : distinction selon que le support est irrémédiablement corrompu ou techniquement réparable

Approche juridique des actifs immatériels

➤ Vers une approche contractuelle

Face à l'absence de définition légale, quelles ressources dans le contrat qui fait la loi des parties ?

- Article 1103 nouveau / 1134 al. 1^{er} ancien du Code Civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».
- En partant des exemples connus, on peut appréhender la notion d'actif immatériel ou du moins la définition de certains de ces actifs pour la détermination de leur contour et le traitement du risque.

Pour le traitement des risques, le contrat d'assurance est une des solutions envisageables.

Les dirigeants face à la protection des actifs immatériels



➤ Distinction sociétés cotées (SC)/ sociétés non-cotées (SNC)

- **obligation de reporting** au CA de la politique de RM dans les **SC**.
- Dans **SNC**, pas d'obligation, mais influence du **Code AFEP-MEDEF** et des bonnes pratiques de gouvernance. Aussi influence de l'actionnariat anglo-saxon / US, qui apporte cette culture de la compliance (Loi Sarbanes-Oxley, etc...).

➤ Distinction sociétés dont les actifs principaux sont les marques / brevets / ingénierie de pointe / R&D vs sociétés de service, en particulier ETI.

- Dans les **premières**, conscience très forte de la **valeur de l'immatériel**. Sa valorisation et sa protection sont l'une des priorités du management.
- Dans les **secondes**, jusque récemment, **peu de conscience** de la valeur de l'immatériel hormis pour la gestion classique des marques et brevets. Pour les sociétés de service qui ne détiennent pas de brevet, les autres éléments d'actifs immatériels non valorisés comptablement n'étaient pas un sujet d'attention prioritaires.
- Incitation forte de la **Direction Générale des Entreprises** (DGE), du Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables (CSOEC) et du MEDEF envers les PME, afin que ces dernières pilotent et communiquent sur leurs actifs immatériels. Notamment, par la publication du CSOEC, en partenariat avec le MEDEF, d'un référentiel permettant d'identifier et d'évaluer les valeurs immatérielles des PME (CSOEC, « *Les 12 principales valeurs immatérielles et les indicateurs de mesure associés* », janvier 2011).

Les dirigeants face à la protection des actifs immatériels



- **Toutefois, prise de conscience progressive dans ces sociétés du fait notamment:**
 - Des **nouvelles réglementations** :
 - Obligation de reporter sur de l'immatériel dans le RSE, et
 - Obligation de produire des cartographies des risques également sur de l'immatériel (Sapin II et RGPD).
 - Des **attaques Cyber très médiatisées**, et plus récemment des premières condamnations au titre du RGPD (prisme du risque financier efficace pour faire évoluer les CA).
 - De l'évolution du **risque d'image et de réputation** (Lactalis, ...) et de ses conséquences financières et en terme de valorisation d'entreprise.
 - De la **pression des médias sociaux** (ex: appréciation des entreprises par les stagiaires dans des soirées dédiées, etc...).
 - Du **marché du travail** : impact fort du turnover (ressources humaines difficiles à trouver sur des domaines touchant à l'immatériel, perte de capital humain, désorganisation des équipes,...).

Les dirigeants face à la protection des actifs immatériels



➤ Comment cela se traduit-il dans les faits ?

- investissement dans des équipes avec des profils et compétences spécifiques (legal, IT avec RSSI, Développement de la communication interne et externe, DPO, Compliance officer, Data officer, Happiness manager, etc...).
- Mise en place de chartes éthiques et mise en valeur des actions positives de l'organisation dans les domaines sociaux et environnementaux (mécénat, actions pour la protection de l'environnement, etc...).
- Réflexions puis mises en place de politiques suivies de plan de carrière et de rétention.
- Veille : juridique (lois, marques, etc...), communication (suivi de la presse et des réseaux sociaux, etc...).
- Protection du savoir faire et des process de l'entreprise, voire de l'innovation non brevetée au moyen de NDA, accords de partenariats basés sur la loyauté avec des parties prenantes extérieures.
- Mise en place de programmes de formation à la gestion et la communication de crise et de PCA.

➤ Nouvelle étape de la prise de conscience : sécuriser les risques identifiés

Cette prise de conscience amène à se poser la question suivante : Comment protéger ces actifs? Ces actifs sont-ils bien protégés au moyen de solutions traditionnelles de transfert des risques que sont les contrats et le transfert des risques financiers à l'assurance notamment?

Actifs immatériels & Assurances

Actifs incorporels

- Identifiables,
- Avantages éco.,
- Contrôlés,
- Évalués avec fiabilité



Capital immatériel

- Réputation
(Risque n°1),
- Confiance,



Leviers de création:

- de valeurs,
- de compétitivité,
- de pérennité
- de développements

Valorisation de l'entreprise

- **Propriété intellectuelle:** marques, brevets, dessins, modèles, fonds commerciaux...
- **Autorisations administratives d'exploitation,**
- **Ressources humaines :** expérience, expertise, formation, motivation, valeurs, équipes constituées, climat social, transmission du savoir-faire...
- **Ressources structurelles :** gouvernance, outils & méthodes, créations utilitaires (logiciels, bases de données) ...
- **Ressources relationnelles** (enjeu de transparence) : actionnaires, employés, clients, fournisseurs, réseaux sociaux...
- **Comportement éthique et équitable**



Périmètre des garanties

- **Dommages immatériels :** préjudices financiers **subis** (DAB/PE) ou **causés** (RC)
 - Définitions par défaut (ni corporel, ni matériel),
 - Dommages Immatériels Consécutifs,
 - Dommages Immatériels Non Consécutifs.
(Consécutifs à non garanti et DINC pur)
- **Frais,**
- **Gestion de crise,**
- **Pénalité et sanction**



Couverture classique des immatériels



Assurances de Dommages	Assurance de Responsabilité
Frais supplémentaires d'exploitation	Frais de prévention
Frais de reconstitution	Frais d'enquête
Frais d'expertise	Frais de comparution
Frais de recours	Frais de défense
Pertes d'exploitation	Dommages et intérêts (yc punitifs)
Carence de fournisseurs	Pénalités contractuelles
Erreurs sans désordre...	Sanctions

Evolution des garanties immatérielles



Assurance indicielle liée à l'aléa climatique (Dommage)

Détermination contractuelle de **seuils d'indices** météorologiques attestant d'un **manque à gagner** et déclenchant un niveau d'**indemnisation forfaitaire** préfixée,

Avantages:

- **Précision** d'analyse et **fiabilité** des modélisations par le traitement des abondantes données météo collectées,
- Traitement **homogène** des zones géographiques,
- Indemnisation **simplifiée** (vs expertise)

Secteur initial : Agriculture

Elargissement aux activités météo-sensibles: agro-alimentaire, loisirs, habillement, énergie renouvelable...

**De la protection d'un bien
à la garantie d'un rendement**



Adaptations aux lois et jurisprudences (RC)

- Perte de chance (dans l'arbitrage d'investissement),
- Préjudice d'angoisse (amiante, pollution...),
- Préjudice moral des personnes morales,
- Préjudice subjectif (de peine, sexuel...),
- Devoir de vigilance,
- Actions de groupe (RGPD, discrimination...),
- Abstention fautive du dirigeant,
- Présomption de lien de causalité (faisceaux d'indices graves, précis et concordants),
- Renforcement des réglementations, devoir de prévention et de contrôle (sécurité physique et morale, corruption, blanchiment, RPS...),
- Convention Judiciaire d'Intérêt Public...

**Evolution des garanties
selon l'accroissement des champs d'exposition**

Garanties dédiées aux actifs immatériels

Assurance Propriété Intellectuelle

Défense de l'assuré (ou d'un client) mis en cause pour contrefaçon

- Frais d'experts, de défense, de traduction, d'urgence, de retrait
- Dommages et intérêts

Action en contrefaçon intentée par l'assuré contre un tiers

- Frais de représentation
- Frais d'urgence
- Dommages et intérêts

Litiges contractuels (non respect de contrat de licence, de distribution)

- Frais d'investigation/recours (poursuite),
- Frais de défense et Dommages & intérêts RC

**Art. L331.1.3 > Réparation intégrale
Sanction de la faute lucrative**

Assurance Cyber Risques

Attaque numérique des SI /
erreur de traitement de
données

Gestion de crise

Garantie Dommage:

- Frais de reconstitution
- Frais suppl. d'exploitation,
- Frais d'expertise,
- Frais de recours,
- Pertes d'exploitation,
- Frais de notification,
- Frais de communication

Garantie RC

Pénalité/Sanction

**Du risque IT aux risques de
l'entreprise informatisée**

Assurance Terrorisme "Loss of Attraction"

Perte de revenu liée à la baisse de fréquentation :

- d'une zone géographique post attentat (ou menace),
- d'une zone à proximité de lieux sensibles visés par attentat ou menace

**Sans être directement ciblé ni
subir de dommage direct**

Assurance "Death & Disgrace"

**Remboursement des frais de
marketing, campagne,
sponsoring, d'organisation de
manifestation en cas de
comportement de l'intéressé
préjudiciable à la réputation &
valeurs définies par la marque.**

Les limites à l'assurabilité des actifs immatériels

Obstacles techniques

L'évaluation du préjudice :

- Nécessité de critères objectifs, fiables et opposables,
- Manque de modélisation actuarielle et de mutualisation large

Obstacles juridiques

- **La preuve du lien causal** entre l'évènement et le dommage,
- **Le respect de l'Ordre Public économique,**
- **La faute intentionnelle, la faute dolosive, la faute de la victime**

Obstacles financiers

La résilience:

- **Financement du risque** : capacité à budgétiser ce transfert,
- **Pérénité du marché**: maîtrise des cumuls de garanties (silent/dédiées) sur des scénarios systémiques (à fait générateur sans limite géographique, temporelle ou causale)

Quelles perspectives d'avenir pour prévenir la perte de valorisation de l'entreprise ?



Maîtrise des données

- Vers l'identification de **nouveaux indices susceptibles de mesurer objectivement les seuils de pertes de confiance**:

- Des **clients** (volonté d'achat) ?
- Des **actionnaires** (volonté d'investir) ?
- Des **employés** (capital humain) ?

Collecte des données, anticipation, modélisation:

- cours de bourse
- benchmark M&A
- veille Rés. Sociaux



Partenariat

- Complémentarité de la **prévention/protection**:

- Panels de services en amont du sinistre,
- Gestion sinistre adaptée à l'urgence,
- Partage des retours d'expérience,
- Formation et sensibilisation,
- Prise en compte de l'évolution des profils.

Intérêts communs et convergents
Assureur / Assuré à éviter le sinistre
(part assurée et part non assurée ou non assurable)

Prévention et partenariat avant tout

- Compte-tenu de la gravité potentielle des sinistres affectant les actifs immatériels clés des entreprises, le transfert du risque n'est pas toujours la meilleure approche. En effet, **la détérioration ou la perte de ces actifs peut être irréversible** et affecter durablement la valorisation de l'entreprise, voire mettre en jeu sa survie.
- L'objectif du CA et du RM est donc de tout faire pour que ces sinistres **ne se produisent pas**.
- Cette nécessité a bien été perçue par les RM et le marché de l'assurance, et on note que dans les polices, les **postures classiques** « assureur / assuré » et « sinistres / indemnisation » **ont évolué**.
- Aujourd'hui, les RM souhaitent que le **rôle de l'assureur évolue** :
 - **en amont** : **prévention / conseil** : prise en considération des mesures de prévention dans le texte des polices et accompagnement de l'assuré dans la mise en place de sa politique de prévention,
 - **lorsque la crise arrive** : **mitigation** : solutions de gestion de crise et de communication de crise, en proposant un accompagnement avec des prestataires spécialisés (experts techniques, communication, support opérationnel,...)
 - **impact direct** sur la limitation des **dommages** (matériels et PE), les risques de **prises en cause** de l'entreprise et ses représentants (RC / RCMS) et le risque de **réputation** de l'entreprise.
 - **Lorsque le sinistre se matérialise** : **indemnisation**.



Pour aller plus loin...



Liens documentaires utiles:

- ❖ Site de la **Direction Générale de l'Entreprise** (<https://www.cap-immateriel.fr/>)
- ❖ Publications du **Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts Comptables** :
 - Principe de mesure et d'évaluation de l'immatériel et indicateurs associés
 - Indicateurs pour évaluer le capital immatériel des PME
- ❖ Site de l'**Observatoire de l'immatériel** (<http://observatoire-immateriel.com/>)
- ❖ Laboratoire d'intervention et de recherche ATEMIS (<http://www.atemis-lir.fr/>)
- ❖ L'institut Européen de l'Economie de la Fonctionnalité et de la coopération (<https://www.ieefc.eu/>)
- ❖ Le rapport N°2 de l'Institut de Recherche Technologique System X sur l'assurabilité des bien intangibles à la suite d'une attaque Cyber (lien raccourci: <http://bit.ly/MaitriseRisquesCyber>)

Merci !

Des questions



MERCI DE VOTRE ATTENTION !

**AVANT DE PARTIR , N'OUBLIEZ PAS DE
REEMPLIR L'EVALUATION !**

- Soit sur la feuille , à remettre à l'hôtesse à la sortie
- Soit directement sur la **WEB APPLI**

**Les slides seront en ligne dès la semaine
prochaine sur www.amrae.fr**