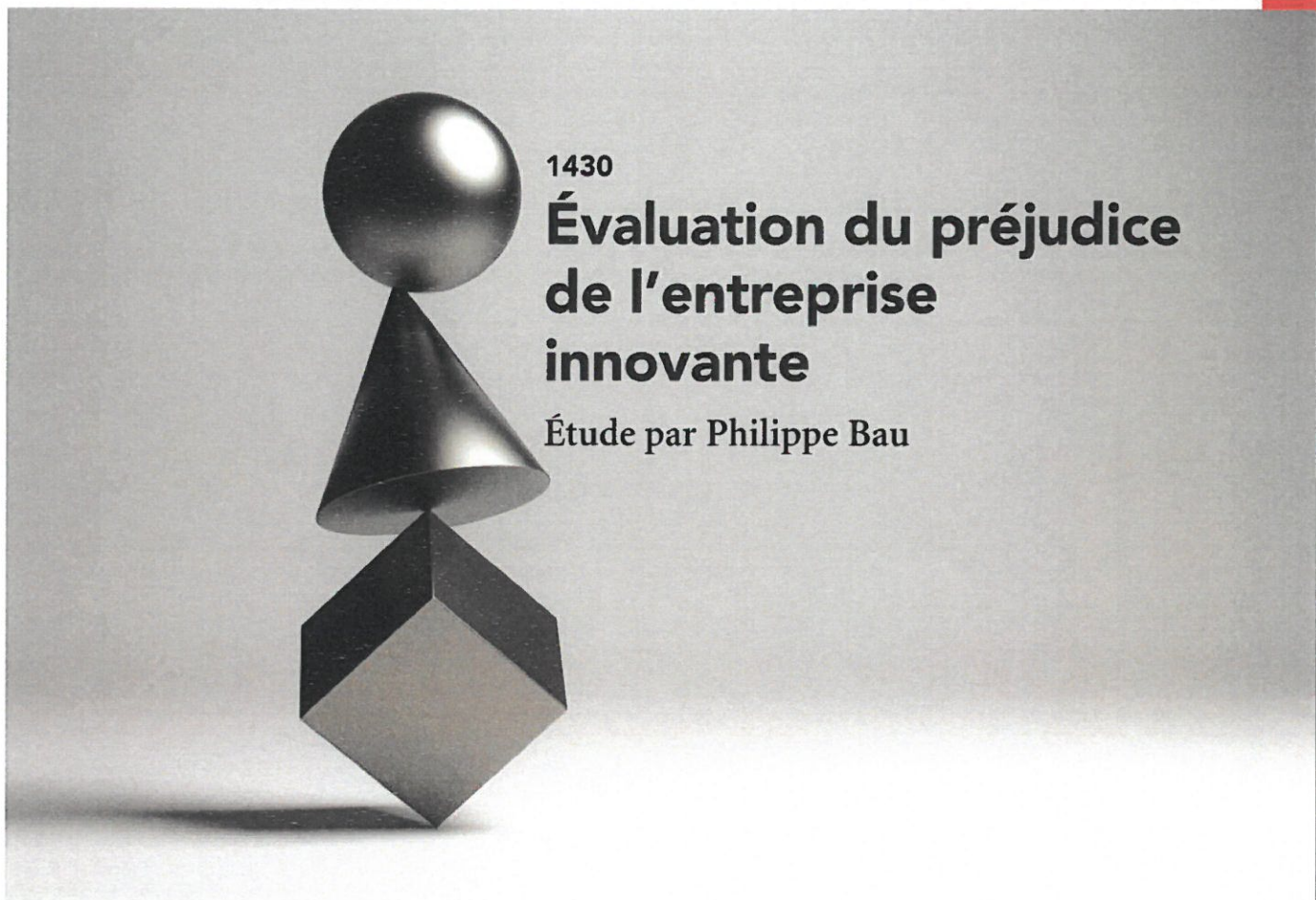


LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

2 AOÛT 2018, HEBDOMADAIRE, N° 31-35 ISSN 1290.5119



1430

Évaluation du préjudice de l'entreprise innovante

Étude par Philippe Bau

623 **Normalisation** - 3 questions : Normes en matière de santé et sécurité au travail (SST) : dénonciation par l'OIT de la coopération conclue avec l'ISO, A. Penneau

1429 **Procédures collectives** - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, chronique Ph. Pétel et A. Tehrani

1433 **Banque** - Solution notable concernant la comptabilisation des frais intercalaires dans le TEG, CA Colmar, 23 mai 2018, note J. Lasserre Capdeville

1431 **Concurrence** - Une restriction caractérisée de concurrence au sens d'un règlement d'exemption n'établit pas nécessairement une restriction de concurrence illicite au sens de l'article 101, § 1 TFUE, Cass. com., 16 mai 2018 (2 arrêts), note N. Ferrier

1434 **Contrat de travail** - Responsabilité civile, alternative au co-emploi : l'étau se resserre ! Cass. soc., 24 mai 2018, note J. Grangé, F. Aubonnet et F. Terroux-Sfar

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

CONCURRENCE

Lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice économique d'une entreprise, le calcul se fonde essentiellement sur la perte de chance. En effet, ces préjudices liés à l'exercice d'une activité économique s'évaluent à partir de l'analyse du passé, des attentes futures en comparant la situation réelle à la situation normale. Cependant, pour les entreprises innovantes, le calcul ne peut se fonder sur les mêmes éléments puisque, par définition, elles créent de nouveaux produits, de nouveaux procédés, de nouvelles formes de commercialisation ou d'organisation. Ainsi, la situation antérieure est plus délicate à analyser. Cette étude propose donc une approche d'évaluation pour le cas particulier de ces entreprises.

1430

Évaluation du préjudice de l'entreprise innovante

Étude rédigée par Philippe Bau

Philippe Bau est expert près la cour d'appel de Lyon, conseil de direction en matière de modèles économiques, coach de la Master class PI de l'INPI, médiateur et arbitre CIMA, membre du Groupe Innovation - MEDEF Rhône

1 - Le préjudice économique d'une entreprise s'analyse quasiment systématiquement à partir de la perte de chance « de ne plus pouvoir saisir des éventualités favorables ».

Ces éventualités favorables s'analysent comme étant les conditions dans lesquelles une entreprise peut développer ses activités actuelles ou futures en vue d'améliorer sa rentabilité et sa capacité de création de valeur¹.

Aujourd'hui, dans un contexte de très forte intensité concurrentielle et de nouvelles innovations incrémentales ou de rupture (plateformes numériques, objets connectés...), l'innovation est une condition essentielle pour permettre à une entreprise d'améliorer sa création de valeur. À cet égard, on pourra apprécier

¹ La création de valeur est de la responsabilité de la gouvernance de l'entreprise et consiste à optimiser l'emploi des ressources internes ou externes en vue d'améliorer la rentabilité de ces ressources et répartir cette amélioration de la rentabilité, financière ou extra-financière, auprès de l'ensemble des parties prenantes (actionnaires, salariés, clients, fournisseurs, territoire socio-économique).

cier le contenu du Salon VIVA TECHNOLOGY tenu à Paris fin mai 2018².

Une innovation de rupture n'est pas une fin en soi et l'entreprise doit savoir gérer la crise du deuxième acte³ !

2 - Toutefois, l'innovation est par essence au début d'un processus de création de valeur et l'éventualité favorable qui peut naître d'une innovation est d'autant plus incertaine. Et pourtant, l'innovation a notamment comme objectif de pouvoir conforter des éventualités favorables mais aussi d'en saisir de nouvelles, de sorte qu'il serait injuste de pénaliser une entreprise innovante qui subirait un préjudice réel, en ne lui octroyant pas l'indemnité correspondant au potentiel de création de valeur de cette innovation.

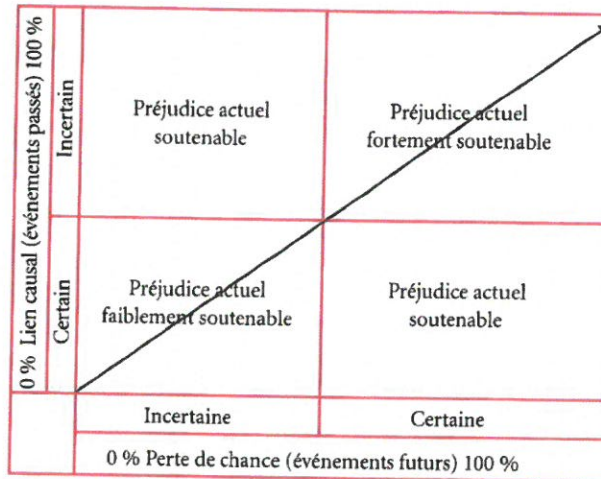
3 - La question est d'identifier en quoi l'innovation apporte des *value drivers* (leviers de création de valeur)⁴ nouveaux et pérennes.

Cet article tente de répondre à cette question de la détermination du préjudice d'une entreprise innovante, en rappelant notamment les différents aspects de l'innovation, les conditions de la valorisation de l'innovation dans les entreprises, avant de traiter du préjudice de l'entreprise innovante, compte tenu de la maturité et de la pertinence de l'innovation, de la soutenabilité du business plan, avant d'apprécier la perte de chance.

1. Probabilité d'un préjudice et perte de chance

4 - La difficulté d'évaluation du préjudice économique résulte généralement de la complexité du lien de causalité entre le fait ou l'acte dommageable et le préjudice éventuel et du lien de causalité entre le préjudice et son *quantum*.

Il a été proposé une grille de lecture sur ces deux relations qui permet de positionner le préjudice comme étant faiblement ou fortement soutenable⁵.



En effet, du fait de ces deux relations, un préjudice et son *quantum* ne sont jamais certains à 100 % et relèvent *de facto* de la perte de chance.

5 - Toutefois, si le préjudice et son quantum ne sont jamais certains (à 100 %), dans la plupart des cas, on ne peut que constater qu'il existe certainement un préjudice pour lequel il faut trouver le lien de causalité et ensuite de son *quantum*.

6 - Le principe de réparation intégrale enferme le juge entre deux bornes : il ne doit réparer rien que le préjudice mais tout le préjudice⁶ et il doit considérer que « la perte certaine d'une chance même minime est indemnisable »⁷.

Mais qu'en est-il de l'innovation ? Est-ce que le fait d'innover fragilise l'espoir d'une entreprise de pouvoir être indemnisée à la hauteur des espérances de gain économique qu'elle fondait dans son innovation ?

Comment peut-on réparer rien que le préjudice mais tout le préjudice de l'entreprise innovante ?

2. Les différents aspects de l'innovation

7 - Quand on parle d'innovation, on pense souvent à l'innovation technologique et son aboutissement qu'est le dépôt de brevets.

2 <https://vivatechnology.com/grand-public/programme/>

3 Lire notamment « Survivre au succès d'une innovation de rupture », par Larry Downes et Paul Nunes, in *Havard Business Review*, Juin-Juillet 2018.

4 Les leviers de création de valeur sont des indicateurs primaires, qualitatifs et quantitatifs, de mesure de l'efficacité d'un investissement et sont utilisés pour mesurer le risque lié à la rentabilité de cet investissement ; par exemple, pour un fabricant de parapluie, la pluviométrie peut-être un levier, mais naturel, tandis que le fait de connecter le parapluie peut devenir un avantage concurrentiel et la richesse des fonctions de connexion, un levier de création de valeur.

5 Ph. Bau, in *Gaz. Pal.* 28 févr. 2017, n° 9, p. 191 : « Propositions pour la détermination du quantum du préjudice à réparer ».

6 Par exemple, *Cass. com.*, 5 mai 2015, n° 14-11.148 et 14-15.278, *Sté AXA France IARD c/ C. et a.* : *JurisData* n° 2015-010292 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 198 ; *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 236. - *Cass. 1^{re} civ.*, 12 oct. 2016, n° 15-23.230 et 15-26.147, *R. c/ G.* : *JurisData* n° 2016-021194 ; *JCP E* 2016, 1601.

7 *Cass. 1^{re} civ.*, 16 janv. 2013, n° 12-14.439, *L. et a. c/ Sté Covea Risks et a.* : *JurisData* n° 2013-000265.

L'innovation est pourtant « le fruit d'un processus global dans lequel la R & D n'est qu'un ingrédient parmi d'autres, à intégrer dans une démarche organisationnelle complexe ».⁸

Il existe de nombreuses définitions ou approches concernant l'innovation.

Pour de nombreux auteurs, l'innovation est aujourd'hui la compétence essentielle de tout dirigeant⁹.

L'OCDE¹⁰ reconnaît aujourd'hui 4 formes majeures d'innovation : l'innovation de produit, de procédé, de commercialisation et d'organisation.

8 - Plus récemment, le Guide « Innovation Nouvelle Génération » de Bpifrance, édité en janvier 2015¹¹, qui est un véritable plaidoyer pour l'innovation, présente les différents aspects de l'innovation.

Bpifrance propose une typologie de l'innovation en 6 classes¹² :

- Innovation marketing et commerciale, qui change la présentation, la distribution, la tarification, la promotion de l'offre ;
- Innovation technologique, qui crée ou intègre une ou plusieurs nouvelles technologies ;
- Innovation de procédé et d'organisation, qui améliore les produits/services/usages existants ou en introduit de nouveaux ;
- Innovation de modèle d'affaires, qui réorganise la structure des revenus et des coûts ;
- Innovation sociale, qui répond à des besoins sociaux, tant dans ses buts que dans ses modalités ;
- Innovation de produit, service et usage, qui change la manière dont l'entreprise organise son travail et sa chaîne logistique.

9 - En pages 37 et 76, le Guide rappelle la distinction entre l'innovation incrémentale et l'innovation de rupture (ou disruptive) : « Les innovations les plus « disruptives » (en rupture) selon l'expression de Clayton Christensen, celles qui transforment leur marché, proviennent souvent de nouveaux entrants qui proposent un autre modèle d'affaires, prenant souvent appui sur des produits au départ moins bons que ceux qu'ils concurrencent : la photo numérique contre l'argentique, le MP3 contre le CD, le low-cost face au high-tech... La différence avec les leaders installés sur le marché porte donc sur le modèle d'affaires : la structure des coûts, la relation avec les clients, le réseau de valeur qui permet d'élargir le marché, etc. Et, c'est précisément parce que leur modèle d'affaires est structurant pour toute leur activité que les acteurs installés ont de grandes difficultés à réagir (ex. disparition de Kodak) ».

8 In « Pour une nouvelle vision de l'innovation », P. Morand et D. Manseau, Doc. fr., 2009

9 Lire notamment « Le gène de l'innovateur » par Christensen, Dyer, Gregersen, chez Pearson : https://www.pearson.fr/resources/titles/27440100170060/extras/6557_intro.pdf

10 OCDE / <https://www.oecd.org/fr/sites/strategieocdepourlinnovation/definir-linnovation.htm>

11 <https://www.google.fr/search?q=innovation+nouvelle+g%C3%A9n%C3%A9ration+pdf>

12 Détail en page 77 du Guide.

Ce sont ces différentes formes d'innovation qu'il faut pouvoir prendre en compte.

3. Les conditions de valorisation de l'innovation

A. - L'innovation part des usages pour créer des fonctionnalités utiles

10 - Innover pour le plaisir d'innover n'est qu'une vue de l'esprit, peut coûter cher et n'apporter aucun avantage concurrentiel.

L'innovation doit apporter un avantage concurrentiel, créer des bénéfices, des gains, une nouvelle expérience, à toute la chaîne des utilisateurs, et pas seulement aux utilisateurs finaux ; ceci vaut aussi bien en B2C qu'en B2B.

La meilleure manière de créer de la valeur en innovant est de partir de l'expérience, des usages des utilisateurs et de remonter jusqu'à la conception du produit ou du service.

11 - Le processus appelé *lean innovation* est l'inverse de la démarche classique qui consiste à concevoir en laboratoire, produire, distribuer et attendre que les clients s'approprient les fonctionnalités.

La méthode est ancienne et se nomme le CCO (conception coût objectif) ou *Design to cost* (du design à la conception). Cette méthode est une dérivée de l'« Analyse de la valeur », créée en 1947 aux USA¹³.

12 - La démarche consiste à questionner les usages auxquels les produits/services du marché sont censés répondre, puis à positionner des fonctionnalités nouvelles dans un produit/service innovant, tout en restant dans un coût de production et de distribution acceptable qui permet de positionner le prix du nouveau produit/service dans le champ concurrentiel et générer des marges.

Cette démarche permet d'interroger les 6 formes de l'innovation telles que décrites dans le Guide Innovation Nouvelle Génération¹⁴.

B. - L'innovation est une démarche permanente, en mode agile

13 - L'innovation est un processus permanent qui intègre le maximum de parties prenantes : salariés, bien sûr mais aussi clients, fournisseurs, sous-traitants et même l'écosystème.

L'innovation prend sa source dans le savoir-faire de vision stratégique du dirigeant et la qualité de son *leadership*.

13 J'ai été membre de l'AFAV (Association pour l'analyse de la valeur) pendant de nombreuses années et ai participé à mettre au point des outils de management stratégique dont la Roue de la qualité.

14 V. *supra* § 8.

Pour de nombreux auteurs, l'innovation est aujourd'hui la compétence essentielle de tout dirigeant

La fluidité de l'organisation interne, l'amélioration continue, l'excellence opérationnelle, la formation et la motivation des collaborateurs prennent le relais dans la mise en œuvre de l'innovation et sa transformation en nouveaux usages.

14 - Enfin, la fluidité de l'organisation est renforcée par une démarche de type *lean start-up*.

Le *lean start-up* ou *lean innovation* consiste à valoriser une innovation par une série d'itérations, en améliorant les prototypes fonctionnels, permettant de tester en permanence, par autant de « *feedbacks* », l'innovation avec les futurs utilisateurs, et éventuellement avec l'écosystème des utilisateurs indirects, et de manière progressive.

Ceci permet d'ajuster en permanence les fonctionnalités de l'innovation, en fonction des usages réels ou futurs, de tester les premiers segments du marché, notamment les « *early adopters*¹⁵ », d'ajuster le coût de réalisation de l'innovation, de choisir les canaux de distribution les plus adaptés à chacun des segments visés... et de pouvoir proposer rapidement de nouvelles déclinaisons fonctionnelles de l'innovation.

15 - Cette méthode permet non seulement de réaliser les économies substantielles de coût de développement et de déploiement mais permet aussi de mettre plus rapidement l'innovation sur le marché (*time to market*) ce qui peut être déterminant dans un contexte d'hyperconcurrence et de surenchère permanente en matière d'innovation.

En effet, le *time to market* est une contrainte de plus en plus importante pour positionner rapidement un produit/service sur un marché et le maintenir le plus longtemps possible, afin d'amortir les coûts et si possible de réaliser des bénéfices.

4. La détermination du préjudice de l'entreprise innovante

A. - La maturité de l'innovation et sa pertinence

1° La maturité de l'innovation dans l'entreprise

16 - Une innovation commence par une idée et se transforme en produit/service créateur de valeur.

Les phases de maturation (les jalons en termes industriels, le pipe-line de l'innovation) sont les suivantes :

15 On pourra s'intéresser à la courbe de diffusion de l'innovation, qui tend à devenir un aileron de requin plutôt qu'une courbe de Gauss, par exemple in : <http://www.internetactu.net/2010/12/08/le-mythe-de-la-courbe-de-ladoption-des-technologies/>

- idée, seul ou à plusieurs, permettant d'améliorer les usages de toute partie prenante ;

- maturation, créativité, démarche curistique, seul ou à plusieurs sur la manière d'améliorer ces usages et de cibler les usagers les plus sensibles ;

- veille technologique, concurrentielle, réglementaire ;

- premiers prototypes/essais fonctionnels auprès des usagers futurs ;

- obtention du MVP (*Minimum valuable prototype*) qui est le prototype obtenant les fonctionnalités validées par les usagers ;

- implémentation du MVP dans le modèle économique, l'organisation, la chaîne de valeur... ;

- validation de l'implémentation et obtention de la POC (*Proof of concept* = Preuve de concept), avec les premières ventes ou premières installations *in situ* (pour innovation de procédés et innovation sociale) ;

- recherche des segments-clients les plus attractifs rapidement ;

- déploiement de l'exploitation de l'innovation par une démarche de *growth hacking*¹⁶.

17 - La durée de maturité et le coût de déploiement d'une innovation dépendent de sa nature. Selon les 6 types d'innovation, cette durée et ce coût de déploiement pourraient être classés par ordre croissant de la manière suivante, mais cela dépend beaucoup des caractéristiques de l'innovation :

- Innovation de procédé et d'organisation ;

- Innovation sociale ;

- Innovation marketing et commerciale ;

- Innovation de produit, service et usage ;

- Innovation de modèle d'affaires ;

- Innovation technologique.

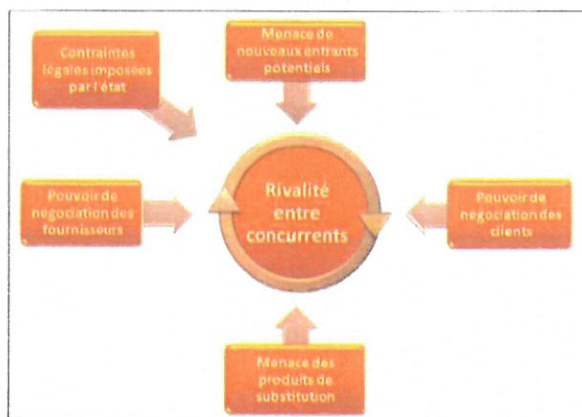
18 - Il ne faut jamais sous-estimer le délai d'acceptation d'une innovation par le marché ou/et les usagers futurs, et surtout lorsque l'environnement concurrentiel est très turbulent et propice à l'émergence fréquente d'innovations incrémentales/disruptives.

La valorisation de l'innovation devra alors intégrer l'analyse du *time to market*¹⁷ ce qui permettra d'établir des priorités. L'implémentation de l'innovation sur son marché auprès des usagers futurs s'apprécie notamment à partir de l'analyse des 5+1 forces de Porter¹⁸ ; 5+1 car au modèle d'origine vient s'ajouter l'intervention de l'État et des administrations.

16 Le *growth hacking* est une démarche permettant une croissance rapide de l'activité : acquisition de nouveaux prospects, activation des prospects, rétention du prospect, référent/ambassadeur, vente

17 Le délai de mise sur le marché, ou *time to market*, est le temps moyen écoulé entre la génération d'une idée et sa commercialisation. Il permet de mesurer la capacité de l'entreprise à mettre en œuvre des innovations.

18 Le modèle des 5 (+1) forces permet d'analyser l'industrie dont l'entreprise fait partie ou dans laquelle elle souhaite s'engager. Il s'agit de comprendre l'intensité de la concurrence liée aux forces en présence, et d'en déduire le niveau de rentabilité propre à cette industrie.



2° La pertinence de l'innovation

19 - Toutes les innovations, même disruptives, ne sont pas vouées à trouver une valorisation.

Il faut savoir les trier, positionner l'innovation parmi les 6 types d'innovation, distinguer si l'innovation est isolée ou si elle peut se combiner à une grappe d'autres innovations, apprécier le phasage de la maturation, la manière dont l'innovation va pouvoir atteindre le MVP et la POC...

20 - Il est nécessaire de procéder à l'état de l'art de l'innovation¹⁹ pour comprendre comment l'innovation proposée apporte une valeur économique supplémentaire.

Pour valider la pertinence de l'innovation par rapport à l'état de l'art, on peut bien sûr s'appuyer sur l'INPI et Bpifrance, mais aussi sur les CPI (conseil en propriété intellectuelle/industrielle, les sociétés spécialisées en valorisation de l'innovation, les clusters, les SAIT, les organismes qui accompagnent l'innovation et son financement), les avocats spécialisés en PI...

Par exemple, en matière d'innovation technologique, on peut penser à l'INPI qui propose une cartographie²⁰ des inventions laquelle permet de définir l'état de l'art en matière de technologie et de dépôts de brevets.

21 - La preuve de la pertinence de l'innovation s'apprécie également par l'accueil que peuvent en faire les organismes de financement, qu'il s'agisse de subventions ou de fonds propres (Bpifrance, organismes de distribution de subventions, investisseurs financiers).

3° L'expérience de l'entreprise pour valoriser l'innovation

22 - La chance qu'une innovation aboutisse à une création de valeur effective dépend notamment de l'expérience de l'entre-

¹⁹ L'état de l'art qui est l'état des connaissances dans un domaine donné comprend 4 phases : la bibliographie, la prise de connaissance, la critique, la synthèse

²⁰ <https://www.inpi.fr/fr/cartographie-des-inventions>

prise en matière d'innovation, de la capacité interne de mise en œuvre de l'innovation, la pertinence de son écosystème d'innovation.

Une entreprise comme PSA, qui est le premier déposant de brevets en France en 2017²¹, a une très grande maîtrise de la technologie et de son implémentation dans de nouveaux produits.

Une start-up aura davantage de difficulté qu'une entreprise établie à prouver que son innovation est susceptible de trouver des usages, un marché pertinent, et donc une création de valeur possible.

Cela est surtout vrai pour une innovation technologique car, en général, ce type d'innovation entraîne des conséquences industrielles souvent difficiles à maîtriser financièrement seule pour une start-up ; c'est moins vrai pour les cinq autres catégories d'innovation et en particulier pour l'innovation de modèles d'affaires.

23 - L'innovation de modèles d'affaires est le plus souvent une combinaison d'innovations, qui ne nécessitent pas toujours des investissements industriels très lourds ; par exemple, Blablacar qui est devenu le leader européen du covoiturage grâce à la mise en ligne de la population des conducteurs de véhicules privés avec la communauté des voyageurs qui souhaitent relier un point à un autre, à moindre coût.

La combinaison d'actifs entre eux permet souvent d'innover dans de nouveaux modèles d'affaires, à un coût d'accès qui est moindre que pour une innovation technologique.

Par exemple, Michelin qui, en changeant sa tarification et en vendant non plus des pneus poids lourds mais une garantie de kilomètres et une formation à l'écoconduite, a changé sa proposition de valeur²⁰ et a acquis une nouvelle clientèle dans des pays émergents²¹.

4° La robustesse des actifs de création de valeur

24 - Après avoir apprécié la pertinence de l'innovation, il faut s'attacher à étudier la puissance du modèle économique (modèle d'affaires) de l'entreprise pour valoriser cette innovation.

Un modèle économique est un portefeuille d'actifs organisés par la gouvernance pour générer des profits futurs.

La puissance, la robustesse d'un modèle économique dépend de la puissance, la robustesse des actifs sous-jacents en termes de puissance de création de valeur.

Ces actifs comprennent bien entendu des actifs corporels, mais avant tout et surtout des actifs immatériels, intangibles : marques, brevets, savoir-faire, contrats, droits d'auteur, clientèle, base de données, réseau de connaissance, site Internet, algorithme, secrets d'affaires...

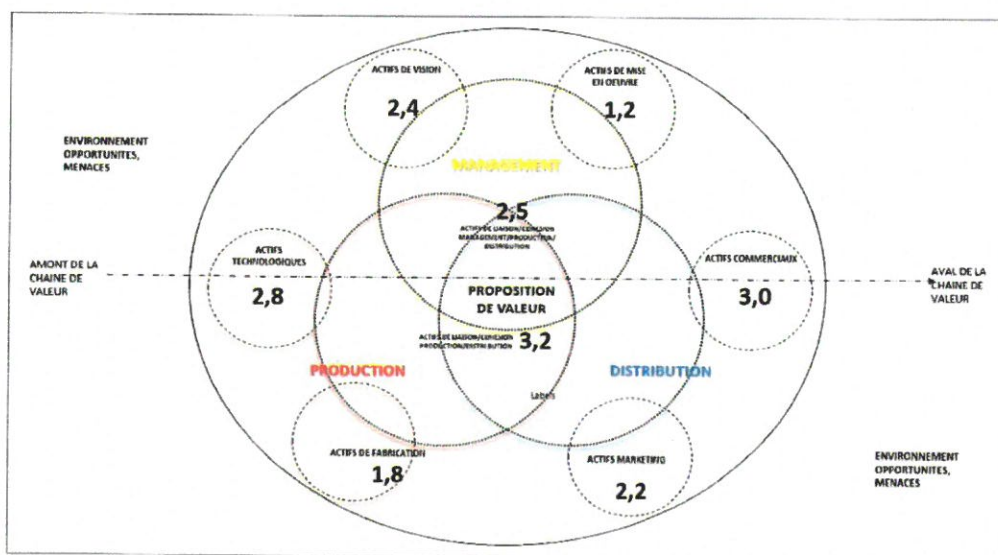
La puissance de création de valeur des actifs est d'autant plus importante que ces actifs sont des avantages concurrentiels et d'autant plus forte encore qu'ils constituent des barrières à l'entrée.

²¹ <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/chiffres-brevets-france-inpi>

La preuve de la pertinence de l'innovation s'apprécie également par l'accueil que peuvent en faire les organismes de financement

La puissance du modèle économique se mesure à partir de la robustesse des actifs sous-jacents, celle-ci étant la résultante du degré de maîtrise interne de l'actif et de la durabilité de l'actif²².

Un des livrables du modèle est une cartographie du modèle économique grâce au score des actifs pertinents à travers leurs 8 classes d'actifs (ci-après l'exemple d'une entreprise analysée par *Creavalue*) :



a. - La maturité de la maîtrise interne

25 - La maîtrise interne des actifs est la première condition de leur puissance et de leur robustesse.^{22,23,24}

Cette maîtrise est appréciée à travers plusieurs indicateurs.

Par exemple, la maîtrise du savoir-faire de vision du dirigeant s'apprécie de la manière suivante :

- la vision des créateurs dirigeants est globale, systémique, intègre l'ensemble des parties prenantes (gouvernance, actionnaires, clients fournisseurs, acteurs territoriaux, sociaux...);
- les créateurs-dirigeants sont à l'écoute de l'innovation dans tous les domaines ;

- les créateurs-dirigeants ont l'intuition de leur parcours de création de valeur (vision tunnel-entonnoir de la vision, de l'idée à l'effectuation) ;
- les créateurs-dirigeants priorisent, savent être concrets et prendre des risques ;
- la vision des créateurs-dirigeants intègre des valeurs et des principes d'action.

b. - La durabilité des actifs pertinents

26 - La durabilité d'un actif dépend de quatre critères :

- Le critère physique : est-ce que l'actif peut être altéré provisoirement ou définitivement ?
- Le critère technologique : est-ce que l'avance technologique de l'actif risque d'être remise en cause et dans quel délai ?
- Le critère juridique : est-ce que la propriété de l'actif peut être remise en cause et dans quel délai ?
- Le critère économique : quelles sont l'intensité et la durée des revenus futurs que permet d'obtenir l'actif ?

Les critères d'appréciation de la durabilité dépendent de la nature de l'actif.

Par exemple, un savoir-faire de vision du dirigeant qui représente l'avantage concurrentiel clé d'une entreprise nouvelle

22 Pour mesurer la puissance du modèle économique et sa cohérence avec la proposition de valeur, je me base sur le modèle *Creavalue* qui permet de scorer, puis analyser les actifs pertinents et les combinaisons possibles entre eux, au sein de 8 classes d'actifs.

23 L'élaboration d'une proposition de valeur est la condition de la réussite pour toute nouvelle offre. La proposition de valeur se construit autour de trois axes. Le premier axe est l'offre elle-même et ses attributs, le deuxième est le consommateur et les bénéfices qu'il en attend. Enfin, un troisième axe réside dans la différenciation des offres concurrentes.

24 Voir à ce sujet le « Chiche j'innove », MEDEF du Rhône, 2017, à la rédaction duquel j'ai participé : http://www.medefyonrhone.fr/wp-content/uploads/2017/11/CHICHE-Innove_2017-Basse-def_ok.pdf

peut être concentré sur une seule personne et sa durabilité peut donc dépendre de l'intégrité physique de la personne.

27 - En ce qui concerne les secrets d'affaires la difficulté vient des trois conditions de protection qui combinent notamment le caractère secret mais aussi le fait que le secret ait une valeur commerciale, et donc soit amené à être diffusé, à certaines conditions, en particulier dans le cadre d'accords de confidentialité.

Dans la directive 2016/943, le Parlement et le Conseil européens ont consacré le rôle du secret d'affaires dans la création de valeur, notamment dans les entreprises innovantes²⁵. Sur ce point, on peut regretter que la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires (transposition de la directive) ne mentionne pas de manière plus explicite l'importance des secrets d'affaires dans ces entreprises innovantes²⁶.

B. - La soutenabilité du business plan attaché à l'innovation

28 - Le business plan appréhende et met notamment en avant la création de valeur future attachée à l'innovation : les facteurs clé de succès du projet d'innovation, les chiffres d'affaires, la rentabilité, la génération de cash-flows...

Les perspectives financières attachées à l'implémentation et au déploiement de l'innovation doivent être examinées avec soin car le gain manqué, la perte de chance du préjudice économique seront basés notamment sur ces données.

La soutenabilité sera d'autant plus grande que ce business plan aura été étudié, discuté, modifié par tout organisme dispensant des subventions ou par tout investisseur entrant au capital. Et que les leviers de création de valeur auront été identifiés, que l'efficacité opérationnelle aura été mesurée pour valider la capacité de l'organisation à révéler ces leviers. L'entrée au capital d'un investisseur connaissant bien le domaine d'activité, apportant des compétences nouvelles, de nouvelles opportunités industrielles ou stratégiques est la phase ultime de la reconnaissance de la soutenabilité du business plan.

Dans ce cas, les perspectives financières contenues dans le business plan pourront être considérées avec sérieux.

29 - Pour les praticiens de l'évaluation d'entreprise ou d'actifs isolés, la mesure de la robustesse des actifs à travers leur degré de maîtrise interne et leur durabilité est une démarche indispensable pour mesurer le potentiel de création de valeur.

De nombreuses méthodes existent pour évaluer les actifs immatériels isolés et leur contribution à l'innovation, depuis la « *Venture capital method* » dédiée aux start-ups et qui mesure la dilution du capital jusqu'à l'« *Excess earning method* » qui mesure la création de valeur marginale apportée par l'innovation au sein d'un modèle économique, même traditionnel.

Quelle que soit la méthode, y compris celle des *discounted cash-flows* (DCF), le taux d'actualisation dépendra notamment des éléments ci-dessus :

- la pertinence de l'innovation ;
- la puissance du modèle économique pour valoriser l'innovation ;
- la robustesse des actifs du modèle économique ;
- la pertinence et la mesure des leviers de création de valeur de la nouvelle proposition de valeur ;
- la puissance de l'écosystème d'innovation.

C. - L'appréciation de la perte de chance et du préjudice

30 - C'est à partir de toutes les étapes décrites ci-dessus que l'on peut approcher la mesure de la perte de chance de ne pouvoir valoriser l'innovation et donc de ne pas pouvoir saisir des éventualités favorables ce qui conduit à la description du préjudice.

Il faut être conscient que la chance de se tromper est forte mais seule une démarche structurée du type de celle qui est présentée, peut permettre de réduire les risques d'incertitude et d'objectiver la nature et le quantum du préjudice.

C'est pourquoi doivent être appréciées et objectivées la maturité de l'innovation et la capacité de l'entreprise victime à valoriser cette innovation afin d'aider le juge à réparer rien que le préjudice mais tout le préjudice, même minime.

Cette appréciation devrait permettre également à des parties en conflit de négocier une solution amiable, par une procédure de MARD (conciliation, médiation, arbitrage). ■

25 PE et Cons. UE, dir. (UE) n° 2016/943, 8 juin 2016 : JOUE L 157, 15 juin 2016, p. 1 ; JCP E 2016, act. 550.

26 AN, prop. de loi n° 675, 19 févr. 2018, portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.