

3 novembre 95

PLAIDOYER POUR UNE RÉVISION DE LA NOTION DE SAVOIR-FAIRE EN MATIÈRE DE FRANCHISE : « DU SAVOIR-FAIRE AU SAVOIR-RÉUSSIR »

Un contrat de franchise est un système de collaboration commerciale durable par laquelle une entreprise — franchiseur — confère à d'autres — franchiseés — le droit d'utiliser ses signes distinctifs, et communique de manière permanente son savoir-faire.

Ainsi traditionnellement, la qualification de franchise ne peut être retenue qu'en présence de ces deux éléments :

— la mise à la disposition du franchiseé de droits de propriété industrielle : nom commercial, enseigne, marque, sigle...

— la communication permanente par le franchiseur au franchiseé d'un savoir-faire.

Le savoir-faire est reconnu par tous comme un élément fondamental du contrat de franchise et même comme son principal intérêt. Sans savoir-faire point de franchise.

Toutes les définitions en usage aujourd'hui définissent le savoir-faire en matière de franchise, comme un ensemble de connaissances techniques relatives au concept conçu par le franchiseur et transmis par ce dernier au franchiseé. Le savoir-faire comprend ainsi traditionnellement un ensemble d'informations relatives aux méthodes de fabrication, de commercialisation, de gestion, et éventuellement de financement des produits ou services franchiseés.

La théorie classique tant législative, doctrinale que jurisprudentielle, comprend donc la notion de savoir-faire :

— Comme un savoir-faire portant sur un concept franchiseé.

— Comme un savoir-faire transmis au franchiseé.

Nous estimons pour notre part, que cette définition clas-

sique du savoir-faire est grandement insuffisante. Trop réductrice, elle ne prend pas en compte les réalités tant juridiques, qu'économiques.

Pour qu'une franchise réussisse et réussisse à long terme, la transmission d'un savoir-faire lié au concept franchiseé ne suffit pas. Il est absolument indispensable que le franchiseur mette également à la disposition du franchiseé une organisation adéquate. La carence de la définition classique du savoir-faire est de laisser de côté cette nécessité d'un savoir-faire lié à l'organisation du franchiseur.

Or, la pratique démontre chaque jour que des réseaux de franchise ne fonctionnent pas, bien que les franchiseurs ont, conformément à la définition classique, communiqué à leurs franchiseés un concept et le savoir-faire le concernant. Le savoir-faire lié au concept, bien qu'étant un élément nécessaire au contrat de franchise, n'en est pas moins un élément insuffisant pour assurer seul la réussite du réseau.

La réglementation, la jurisprudence et l'ensemble des théoriciens de la franchise, niant les réalités pratiques, se limitent cependant à cette définition classique du savoir-faire.

Ils ont tort. La plupart des difficultés que connaissent les réseaux de franchise s'expliquent par ce constat : le franchiseur ne dispose pas d'un savoir-faire d'organisation ou seulement partiellement.

droit de la distribution

Nous estimons, qu'il est capital et urgent de concevoir différemment le savoir-faire en matière de franchise.

(I) Une remise en cause de la notion classique de savoir-faire s'impose.

(II) Elle doit mener à la redéfinition du savoir-faire en matière de franchise qui doit être l'addition de deux éléments :

— un savoir-faire lié au concept franchisé,

— un savoir-faire lié à l'organisation du franchiseur.

La conjonction de ses deux éléments forme le « SAVOIR-REUSSIR ».

I. Nécessité d'une remise en cause de la notion classique du savoir-faire en matière de franchise

Une révision de la définition classique du savoir-faire en matière de franchise s'impose. Il s'agit tant d'une nécessité économique (A) que d'une nécessité juridique (B).

A. Une nécessité économique

Limiter le savoir-faire en matière de franchise, au savoir-faire lié au concept franchisé, c'est nier les réalités économiques. Rappelons que la franchise est fondée sur la répétition d'une expérience commerciale que le franchiseur a réussie dans une « niche ».

Cette répétition n'est pas chose évidente. Pour réussir le passage de l'exploitation dans une ou quelques niches à l'exploitation par tout un réseau, il est naïf de croire qu'il suffit au franchiseur d'expliquer au franchisé les données du concept qui a fait sa réussite.

Le succès d'un système de franchise est bien plus complexe. Et cela parce qu'un contrat de franchise est lui-même un système juridique complexe. Ce contrat repose, en effet, sur une collaboration permanente entre deux entreprises qui conservent à tout moment leur indépendance.

Toute la difficulté et l'originalité de la franchise, c'est d'être un contrat de partenariat étroit et continu entre deux entreprises qui, bien que possédant un intérêt commun, conservent néanmoins leur autonomie.

Ce qu'attend un commerçant en adhérant à un réseau de fran-

chise, ce n'est pas la communication d'un savoir-faire ponctuel, ni à l'opposé une mise sous tutelle, il s'agit plutôt d'une assistance permanente.

Le franchisé est en droit d'attendre non seulement des informations sur un concept, mais aussi l'appui d'une gestion qui a réussi.

En d'autres termes, une fois que le franchiseur a transmis au franchisé les connaissances relatives au concept qu'il a créé, il a encore un rôle actif et fondamental à jouer. Le franchiseur doit encore fournir une assistance permanente. Ce rôle, contrairement à ce qu'affirment tous les théoriciens et praticiens de la franchise, ne se limite pas à une obligation de réactualisation du savoir-faire.

L'obligation d'enrichir le savoir-faire après sa transmission est réelle. Elle est même essentielle. Mais elle n'est pas suffisante.

Pour pouvoir espérer réussir, le franchiseur doit en réalité disposer d'une organisation adéquate.

En plus du savoir-faire lié au concept, le franchiseur a l'obligation de posséder un véritable savoir-faire de franchiseur.

S'il suffisait de transmettre les connaissances techniques d'un concept qui a fait ses preuves, la quasi totalité des franchises seraient un succès. En pratique ce n'est pas le cas, car il ne suffit pas d'avoir un bon concept pour qu'en le transmettant à d'autres, le succès suive.

N'est pas franchiseur qui veut !

Limiter la définition du savoir-faire en matière de franchise au savoir-faire lié au concept, c'est nier économiquement deux dimensions : l'espace et le temps.

L'espace :

Un contrat de franchise n'est pas contrairement à une idée reçue, un système comprenant deux acteurs mais trois : le franchiseur, le franchisé, le réseau. L'importance du réseau est essentielle et pourtant négligée.

Il est impossible de gérer un réseau de franchise comme on gère un commerce indépendant. La gestion réussie d'un pilote ne signifie pas que la

gestion du réseau sera également réussie.

Gérer un commerce isolé et diriger un réseau de franchise sont deux métiers différents. Avant de recourir à un système de franchise, un futur franchiseur doit prendre en considération qu'il ne sera pas le seul acteur de cette exploitation. Il doit tenir compte des deux autres intervenants : le franchisé, le réseau.

Dès lors, il est fondamental que le franchiseur mette en place une organisation adéquate afin d'éviter que l'exploitation ne souffre du fait :

— que l'exploitation se fait à une plus grande échelle.

— et qu'elle fait intervenir des acteurs qui, bien qu'ayant un intérêt commun, restent indépendants.

Le temps :

Un contrat de franchise est un contrat qui a vocation à vivre pendant plusieurs années. Sa réussite ne peut s'apprécier que sur la durée. C'est avec le temps qu'apparaissent les difficultés.

Une franchise réussie est une franchise qui dure.

Seule la mise à la disposition par le franchiseur d'une organisation adéquate peut permettre au contrat de franchise de perdurer.

Avec le temps, le savoir-faire transmis peut s'affaiblir et perdre de sa substantialité. Mais la possession par le franchiseur du savoir-faire lié à l'organisation va lui permettre de réagir, de faire évoluer le concept, et même de l'enrichir.

Avec le temps encore, des difficultés d'ordre conjoncturel peuvent apparaître. Mais là encore, un franchiseur préparé peut y faire face et permettre à son réseau de passer la crise.

Avec le temps enfin, les conflits franchiseur-franchisé naissent. Mais une liaison permanente avec les membres du réseau permet d'éviter que de tels conflits surgissent ou de les résoudre une fois qu'ils sont apparus.

B. Une nécessité juridique

Les dimensions économiques et juridiques sont nécessairement liées. Le contrat de franchise n'existe et ne pourra continuer à exister qu'en raison de son intérêt économique.

D'où la nécessité de mettre en phase ses deux impératifs.

Comme nous venons de le voir, il est trop rarement l'accent sur l'importance du savoir-faire spécifique du franchiseur pour la viabilité économique de la franchise, mais est encore plus rare qu'il soit fait mention d'un tel savoir-faire dans une perspective juridique.

Nous estimons pour notre part qu'un contrat de franchise ne peut se justifier que s'il comprend, en plus de la transmission d'un savoir-faire lié au concept, la mise à la disposition des franchisés d'une organisation spécifique.

Un contrat de franchise n'est pas, rappelons-le, un contrat d'exécution instantanée. Il a vocation à durer. Et cela ne peut se justifier juridiquement que parce que le franchiseur, même après avoir transmis le savoir-faire lié au concept, conserve des obligations.

Un contrat de franchise n'est pas la simple addition d'un contrat de licence de marque ou d'exploitation d'enseigne et d'un contrat de licence de savoir-faire.

Toute la différence entre un contrat de franchise et un contrat de licence de savoir-faire, c'est que ce dernier a pour objet spécifique la transmission d'un savoir-faire, alors que pour le contrat de franchise, il s'agit d'un moyen et non d'une fin.

L'obligation pour le franchisé de payer des royalties pendant toute la durée du contrat ne peut se justifier qu'ainsi.

La distinction entre droit d'entrée et royalties est la conséquence de la mise à disposition du franchisé de deux savoir-faire distincts :

— le droit d'entrée rémunère la transmission du savoir-faire lié au concept réalisée dès le début du contrat de franchise,

— les royalties, quant à eux, sont versés pendant toute la durée du contrat, ils rémunèrent la mise à disposition (et non la transmission) permanente d'un savoir-faire d'organisation du franchiseur.

Sans ce savoir-faire d'organisation du franchiseur, le paiement de royalties ne se justifie plus.

L'existence d'un savoir-faire en matière de franchise n'est plus qu'une nécessité économique et donc aussi une nécessité juridique.

Il doit en être tenu compte dans la rédaction d'un contrat de franchise.

Le constat est donc clair, la notion classique du savoir-faire comme étant un savoir-faire lié au concept franchisé, transmis par le franchiseur, est obsolète, voire même dangereuse. Une remise en cause se pose.

Il est capital de réviser la notion traditionnelle de savoir-faire en matière de franchise. Il ne s'agit pas là, de lancer une réflexion théorique, mais de se pencher enfin face, comme nous le voyons, à des réalités économiques et juridiques.

La notion classique de savoir-faire en matière de franchise doit être complétée afin, notamment, de passer d'un concept plus ou moins abstrait, savoir-faire, à un concept concret, le savoir-réussir.

Pour une redéfinition du savoir-faire en « savoir-réussir »

Le constat est fait : la notion classique du savoir-faire est obsolète et inadaptée.

Il faut donc élaborer une nouvelle définition. Tout l'intérêt de ce propos est de donner du concret au savoir-faire, élément fondateur du contrat de franchise, et de donner à la fois plus de justesse et plus de praticité.

Après l'échec d'un certain nombre de réseaux de franchise mis en cause récemment (problème de distribution, illégalité de redéfinir la notion de savoir-faire, et de donner à des futurs franchisés les moyens concrets de débiter les clients franchiseurs.

Il est indispensable d'adopter dès aujourd'hui du savoir-faire concret d'un savoir-faire.

Notion du savoir-réussir

Savoir-réussir est la notion de deux savoir-

Savoir-faire lié au concept franchisé

Il s'agit de la notion classique de savoir-faire en matière de franchise, comprise comme comprenant un ensemble de connaissances techniques, commer-

ciales et administratives nécessaires à l'exploitation de l'entreprise.

Selon le règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise, le savoir-faire lié au concept doit satisfaire trois conditions. Il doit être :

- identifié,
- substantiel,
- et secret.

Mais au-delà des définitions juridiques, pour conférer un réel avantage aux franchisés, ce concept doit avoir été expérimenté et standardisé. Un franchiseur ne peut difficilement prétendre posséder cette expérience s'il n'a pas testé son produit dans plusieurs points de vente et pendant un temps suffisamment long. Le franchiseur doit non seulement maîtriser le produit mais aussi l'ensemble du marché.

Aussi, notre expérience nous a permis de dégager la règle des « trois-deux » (1). L'un des indices les plus sûrs pour déceler une franchise sérieuse est l'existence de trois pilotes ayant deux années minimum d'activité. Et lorsque nous disons « trois pilotes », nous considérons que, sur ces trois pilotes (ou laboratoires), où doit se trouver à Paris, un autre dans une grande ville et un troisième dans une ville de moyenne taille.

Cette règle n'a pas la prétention d'être absolue. Mais avant de s'engager, tout candidat franchisé devrait notamment retenir ce critère pour apprécier la solidité du savoir-faire lié au concept qu'il envisage d'exploiter.

2. Un savoir-faire lié à l'organisation du franchiseur : les 5 métiers du franchiseur

Rappelons que ce savoir-faire n'est cité ni par la réglementation, ni par les théoriciens de la franchise, ni même par ces praticiens. Il s'agit d'un concept novateur bien que fondamental.

Le savoir-faire organisationnel est un savoir-faire particulièrement riche, aussi important que le savoir-faire lié au concept et certainement plus difficile et coûteux à acquérir.

Pour être un bon professionnel, le franchiseur doit être capable d'exercer « les 5 métiers du franchiseur » (2).

1^{er} métier : Le marketing-concept.

Il s'agit du métier le plus souvent cité. Il est à l'origine du contrat de franchise, mais doit perdurer une fois le savoir-faire lié au concept transmis. Il consiste pour le franchiseur à faire évoluer son concept selon les attentes des consommateurs et les données conjoncturelles.

Pour cela le franchiseur dispose de trois outils :

— des pilotes pour expérimenter les innovations. Le franchiseur ne doit pas se contenter d'avoir de nouvelles idées, il doit les tester, les modéliser. Les magasins pilotes le permettent,

— le dialogue avec les franchisés pour collecter les innovations nées sur le terrain,

— les études de marché pour anticiper les évolutions.

2^e métier : Développeur de réseau.

Pour qu'une franchise réussisse, il est indispensable que le franchiseur développe son réseau et le développe harmonieusement.

Ce n'est pas chose évidente. Il est nécessaire que le franchiseur dispose de structures relativement importantes et organisées. Une nouvelle fois, il est utile de rappeler qu'on ne devient pas franchiseur du jour au lendemain. Cela nécessite du personnel, du temps et de l'argent. Cela nécessite des investissements. Investissements rentables peut-être, mais investissements tout de même. La notion du savoir-faire habituellement retenue est dangereuse car elle passe totalement sur cet aspect temps et argent.

Le franchiseur doit être capable :

- de sélectionner les sites susceptibles de s'adapter au concept,
- d'acquérir des sites,
- de construire des unités franchisées,
- de vendre sa franchise,
- de sélectionner les franchisés,
- de les former.

Or en pratique, il est rare que le franchiseur sache exercer tous ces métiers. Le savoir avant de conclure un contrat de franchise pourrait permettre d'éviter l'échec. C'est tout l'intérêt de cette controverse.

(1) Voir l'article « La règle des Trois-Deux », Olivier Gast, Franchise Magazine, 1982.

(2) Règle de management développée de manière opérationnelle par le consultant international Charles Seroude (E.P.A.C.), fondement de notre réflexion.

3^e métier : Animateur-promoteur-contrôleur de réseau.

C'est le métier central et fondamental du franchiseur. Son savoir-faire est là essentiel à la vie du réseau et à son développement.

Le franchiseur ne doit pas se contenter de vendre sa franchise. Une fois vendue, il doit encore l'animer. Or vendre et animer une franchise sont deux métiers différents que les franchiseurs ont souvent tendance à confondre.

Ce métier nécessite que le franchiseur :

— gagne la confiance de ses franchisés en allant les voir plusieurs fois par an,

— contrôle avec beaucoup de soin le respect par les franchisés du savoir-faire transmis et de l'image de marque,

— ne cesse de faire la promotion de son système de franchise.

Le franchiseur ne doit pas confondre tous ces métiers. Il doit les exercer tous.

Mais contrôler les franchisés d'un côté et promouvoir le concept de l'autre peut paraître parfois incompatible. C'est pourquoi le franchiseur doit prendre soin de confier ses tâches à des personnes différentes au sein de son personnel afin d'éviter toute confusion.

4^e métier : La logistique.

Ce savoir-faire consiste à approvisionner le réseau en produits dont les magasins franchisés ont besoin. Ce souci peut paraître évident, mais il est fondamental. Les carences d'approvisionnement nuisent de manière grave à l'image de marque du réseau.

Pour satisfaire les besoins d'approvisionnement, le franchiseur doit là encore disposer d'une organisation structurée. Tout commerçant qui envisage d'intégrer un réseau de franchisés devrait s'assurer au préalable que le franchiseur sera capable d'assurer les commandes.

Cela signifie que le franchiseur doit être capable très précisément d'approvisionner ses franchisés de la marchandise qu'ils demandent :

— pour la qualité et les quantités demandées ;

— en respectant les délais prévus au contrat ;

— et à des conditions plus avantageuses que si les franchisés s'approvisionnent seuls.

5^e métier : La capacité d'être à la fois un gestionnaire et un leader.

Ce 5^e métier résume et reflète à lui seul toute la difficulté d'être franchiseur. Il s'agit de trouver un équilibre entre les impératifs d'une bonne gestion et la nécessité d'animer le réseau. Le franchiseur doit combiner vision à court terme et vision à long terme.

S'il y a déséquilibre, les franchisés seront mécontents, dans un cas parce que le réseau est mal géré et qu'ils ne font pas assez de profits, dans l'autre, parce que le réseau manque de dynamisme et de notoriété et souffre d'une gestion trop rigoureuse.

Le savoir-réussir est la conjonction du savoir-faire lié au concept et des cinq métiers du franchiseur relatifs à son organisation.

B. Caractéristiques du savoir-réussir

Une fois le contenu du savoir-réussir exposé, il semble si riche qu'il paraît étonnant que la doctrine ou les praticiens ne le mentionnent pas. Mais cela est un fait, la nécessité de ce savoir-faire est ignorée.

Et, c'est là que réside tout le danger. Son existence est capitale pour qu'un système de franchise puisse espérer réussir et réussir dans la durée, il n'est pourtant jamais mis en évidence.

La loi l'ignore.

Les auteurs de doctrine et les diverses fédérations professionnelles existantes mentionnent bien de temps en temps que pour choisir un bon franchiseur, il faut s'assurer qu'il dispose d'une certaine structure. Mais ces conseils sont dans tous les cas partiels.

Ils ne mettent pas en évidence que le franchiseur doit disposer d'un véritable savoir-faire lié à son organisation.

Le franchiseur ne doit pas se contenter de disposer de certains moyens, il doit posséder tous les métiers du franchiseur.

Une carence portant sur un des métiers seulement peut entraîner l'échec de tout le réseau.

L'existence d'un savoir-faire d'organisation du franchiseur est donc :

— indivisible ;

— complémentaire du savoir-faire lié au concept ;

— nécessaire et même indispensable.

Conclusion

La présente controverse a donc pour but de démontrer qu'un système de franchise doit comprendre non pas un savoir-faire, mais deux :

— un savoir-faire lié au concept franchisé,

— un savoir-faire de l'organisation du franchiseur.

Deux savoir-faire sinon rien !

Le premier est transmis au franchisé dès la mise en place du contrat de franchise, le second est mis à sa disposition tout au long de son exécution.

Ces deux savoir-faire sont :

— distincts,

— complémentaires,

— aussi importants l'un que l'autre.

Ensemble ils constituent le « SAVOIR-RÉUSSIR ».

Olivier GAST
Avocat à la cour

LU AU JOURNAL OFFICIEL

Affaires étrangères

— Décret n° 95-438 du 14 avril 1995 portant publication de la convention européenne sur la circulation transfrontière (ensemble avec l'annexe) faite à Strasbourg le 5 mai 1989 et signé par la France le 12 février 1991 (J.O. du 23 avril 1995, p. 6342).

— Décret n° 95-499 du 12 avril 1995 portant publication du règlement modifié concernant le transport international ferroviaire des marchandises dangereuses (R.I.D.) et qui constitue l'annexe I à l'appendice B (règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises C.I.M.) de la convention du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) (J.O. du 3 mai 1995, p. 6925).

— Décret n° 95-500 du 12 avril 1995 portant publication des annexes A, volume I et B, volume II, modifiées de l'accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par route (A.D.R.) du 30 septembre 1957 (J.O. du 3 mai 1995, p. 6926).

— Décret n° 95-529 du 2 mai 1995 portant publication des modifications aux annexes I et II de la convention de Washington du 3 mai 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction, telles qu'adoptées à la suite des procédures postales communiquées par le secrétariat de la CITES le 15 septembre 1992 (J.O. du 6 mai 1995, p. 7189).

Budget

— Décret n° 95-448 du 24 avril 1995 relatif aux transmissions d'informations entre l'administration fiscale et les collectivités locales prévues par l'art. L. 135-B du Livre des procédures fiscales (J.O. du 26 avril 1995, p. 6470).

— Décret n° 95-495 du 25 avril 1995 modifiant et complétant le décret n° 92-1429 du 30 décembre 1992 pris pour l'application des articles 32 et 109 de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992 relative à l'abolition des frontières fiscales à l'intérieur de la Communauté économique européenne et en matière de taxe sur la valeur ajoutée et de droits indirects (J.O. du 2 mai 1995, p. 6891).