

บทที่ 4

ประเด็นปัญหาในการกำกับดูแลและส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

หลักพื้นฐานของการทำสัญญาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 อยู่บนพื้นฐานของหลักศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (autonomy of will-private autonomy) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) โดยประการแรก บุคคลแต่ละคนสามารถจะกำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน โดยการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอย่างอิสระตามเจตนาของบุคคล ประการที่สอง เสรีภาพของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในการที่จะเลือกเข้าเป็นคู่สัญญาหรือไม่ เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาและรูปแบบของสัญญา และประการสุดท้ายความสัมพันธ์ต่างๆที่เกิดจากสัญญาเป็นผลผลิตของเจตนาที่อิสระของบุคคล ซึ่งทำให้การบัญญัติกฎหมายแพ่งของไทยในส่วนของนิติกรรมสัญญาและหนี้ต่อมาได้รับอิทธิพลจากหลักการดังกล่าวนี้เอง ต่อมาในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ปรัชญาการณที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาก็คือ บทบาทของเจตนาของบุคคลในการเข้าทำสัญญาได้ลดความสำคัญลง รูปแบบในการทำสัญญาเปลี่ยนไป เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป แต่หลักกฎหมายสัญญาที่ถูกบัญญัติไว้ที่มีผลใช้บังคับอยู่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยสัญญาในรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นก็คือ "สัญญามาตรฐาน" (standard form contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract)

โดยที่แบบของสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากปัจจุบันมีความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจ ความรู้ทางเทคโนโลยีที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก สัญญาจึงเกิดขึ้นโดยขาดอำนาจการต่อรองและการเจรจาตกลงกันอย่างแท้จริง บทบัญญัติในกฎหมายสัญญาที่ใช้ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติชัดเจนให้การแสดงเจตนาที่ขาดอำนาจการต่อรองเป็นองค์ประกอบของความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมสัญญา การแสดงเจตนาย่อมสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงโดยใจสมัคร ไม่สำคัญผิด หรือถูกข่มขู่ หรือแสดงโดยกลฉ้อฉลและยังต้องเป็นเจตนาที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาอันจะทำให้การแสดงเจตนาอันนั้นมีผลผูกพันตามกฎหมายได้* กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำ

* ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ที่ให้ความหมายของนิติกรรมสัญญา และมาตราต่างๆในเรื่องการแสดงเจตนา มาตรา 154-171

สัญญาไว้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วคู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดต่างๆเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามข้อตกลงนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าสภาพสังคมในปัจจุบันเป็นสาเหตุสำคัญของกาเกิดรูปแบบสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพให้ความได้เปรียบกำหนดข้อสัญญาต่างๆไว้ล่วงหน้าซึ่งมีรูปแบบของข้อสัญญาที่ตายตัวไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้เป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ตามสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะในลักษณะที่กำหนดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนใหญ่หรือกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบหรือจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ทำให้ในบางครั้งข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เพราะเป็นข้อสัญญาที่ขาดความสมดุลในการปฏิบัติกาชำระหนี้ตามสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ลักษณะสำคัญของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่จะกำหนดไว้ในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปก็คือ¹

1. ข้อสัญญาไม่ว่าจะอยู่ในสัญญาประเภทใดจะมีลักษณะเหมือนเป็นเงื่อนไขทั่วไป หรือมาตรฐานทั่วไป เป็นเงื่อนไขของสัญญาที่ต้องมีอยู่เปลี่ยนแปลงไม่ได้
2. การใช้รูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปในวงการธุรกิจ มีส่วนคือช่วยทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน สัญญามีแบบเดียวในธุรกิจแต่ละประเภทและเกิดความก้าวหน้าในทางกฎหมายธุรกิจ ซึ่งเป็นการกำหนดข้อสัญญาตามความต้องการและความมุ่งหมายของประเภทธุรกิจนั้นๆ เช่น สัญญาแฟรนไชส์ สัญญา joint-venture เป็นต้น แต่ความอันตรายที่เกิดขึ้นก็คือ ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาที่เห็นได้ชัดเจน ฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพจึงกำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่ตนได้เปรียบกว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก
3. ความไม่เท่าเทียมกันในความรู้ เทคโนโลยีในด้านเศรษฐกิจทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการต้องปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาโดยปริยาย การมีโอกาสกำหนดข้อสัญญาต่างๆไว้ล่วงหน้าเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะที่ให้ผลประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปรียบในการได้ทำสัญญาไว้ก่อนล่วงหน้าโดยลักษณะของสัญญามักจะกำหนด

¹ ดารารพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์:2538), หน้า49-50.

เนื้อหาของสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างกันไปจากกฎหมายสัญญาโดยทั่วไป ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการบิดเบือนบทบัญญัติของกฎหมายและมีการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญา

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสภาพของสัญญาสมัยใหม่ที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นมูลเหตุทำให้เกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมขึ้น นักกฎหมายเอกชนจึงพิจารณาทิศทางแก้ปัญหาโดยเริ่มจากการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่แล้วคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นหลักทั่วไป แต่ต่อมาพิจารณาเห็นถึงความไม่คล่องตัวในการปรับใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่กว้าง ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการตีความทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและทั้งข้อสัญญาทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญาที่เสียเปรียบในกรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายสำคัญที่ออกมาควบคุมและคุ้มครองคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจต่อยกกว่าจากสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบโดยคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ก็คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยมอบอำนาจให้ศาลมีดุลยพินิจในการพิจารณาข้อสัญญาเฉพาะนิติกรรมบางประเภทตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 – มาตรา 9 เท่านั้น ซึ่งได้แก่

1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 4
2. สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4
3. สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4
4. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงานและข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5
5. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ตามสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 6
6. ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7
7. ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำให้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ตามมาตรา 8
8. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9

และจากการพิจารณาคำนิยามของสัญญาสำเร็จรูปในมาตรา 3* ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้น กล่าวได้ว่าสัญญาแพรนไฮส์จัดเป็นสัญญาสำเร็จรูปแบบหนึ่ง ดังนั้นสัญญาแพรนไฮส์จึงอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ด้วย หากสัญญาแพรนไฮส์มีข้อตกลงในลักษณะที่ถือว่าทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร** เช่น ผู้ให้สิทธิมีสิทธิบอกเลิกสัญญาแพรนไฮส์เมื่อใดก็ได้ที่ต้องการ เป็นต้น ศาลก็มีดุลยพินิจในการพิจารณาข้อตกลงและให้ความเป็นธรรมได้

โดยที่บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการเสริมต่อกับหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อันได้แก่

1. หลักสุจริต (มาตรา 5)*** ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องนี้ ฉะนั้นการมีความสัมพันธ์ทางหนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์และไว้วางใจระหว่างบุคคลว่าจะไม่เอาใจเอาเปรียบจนเกินไป
2. หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา (มาตรา 368)⁺ เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 655/2544 , คำพิพากษาฎีกาที่ 758/2521 การตีความตามความประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญาต้องแปลจากสัญญาทั้งฉบับ ไม่ใช่ยกเอาข้อความเฉพาะตอนใดตอนหนึ่งหรือสัญญาข้อใดข้อหนึ่งขึ้นมาแปล

* มาตรา 3 “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”...

** มาตรา 4 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า...หรือสัญญาสำเร็จรูป...ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป...ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร...ให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น..

*** มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

⁺ มาตรา 368 “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย”

3. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150)* ซึ่ง เป็นขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มี วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนไม่ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวมีความหมายกว้างมากและเป็นการยากที่จะจำกัดความที่ตายตัว ได้ จึงเป็นเรื่องที่ศาลต้องใช้วิจารณ์ตามพฤติการณ์และกาลสมัยด้วย

4. หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ (มาตรา 11)** โดย ปกติข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่นั้นมักจะกำหนดไม่ชัดเจน ไม่แน่นอนเนื่องจากผู้ร่างสัญญา สำเร็จรูปมักจะร่างข้อสัญญาที่ใช้คำกว้างๆสามารถครอบคลุมได้ทุกกรณี

ในการที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในภาคเอกชนนั้น กล่าวได้ว่าเป็นลักษณะของการแทรกแซงเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดๆให้อำนาจแก่รัฐเข้าไปกำกับ ดูแลโดยตรง แม้สัญญาแฟรนไชส์จะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ตามแต่ หากคำหนึ่งถึงลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ที่มักจะเป็นการพิพาท ระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิจึงทำให้การแทรกแซงของรัฐอาจจะต้องก้าวล่วงไปถึงระดับของ สัญญาระหว่างเอกชน จากหลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาที่อยู่ข้อสันนิษฐานที่ว่าคู่กรณี จะต้องมีความเท่าเทียมกันที่จะเจรจาตกลงกำหนดข้อผูกพันต่อกันอย่างเสรีภายใต้กรอบข้อจำกัด ของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็จะพบว่าในการประกอบธุรกิจ แฟรนไชส์นั้นผู้ให้สิทธิจะอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าผู้รับสิทธิอย่างมากไม่ว่าจะพิจารณาในด้านใด ดังนั้นความเป็นไปได้ที่ผู้ให้สิทธิจะใช้สถานะที่เหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาหรือข้อกำหนดใดๆให้ เป็นประโยชน์แก่ตนได้ไม่ยากนัก การคุ้มครองและกำกับดูแลคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่อยู่ใน รูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนั้นควรจะต้องอยู่ที่ต้นเหตุ คือ ขั้นตอนการทำ สัญญา ซึ่งก็คือ การเปิดเผยข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับแฟรนไชส์รวมทั้งการกำหนดเนื้อหาและ

* มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็น การพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ”

** มาตรา 11 “ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่ง จะเป็นผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้”

เงื่อนไขต่างๆในสัญญาแฟรนไชส์ ที่ควรจะต้องถูกกำกับดูแลจากภาครัฐเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุดระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลียหรือมาเลเซียมีกฎหมายมากำกับดูแลการประกอบกิจการแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของ การเปิดเผยข้อมูล, การเลิกสัญญาและข้อกำหนดอื่นๆในสัญญา ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติดังกล่าวจะแยกศึกษาเป็นปัญหาในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์และปัญหาในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ โดยนำประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาศึกษาควบคู่กัน

4.1 ปัญหาในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายโดยตรงมาใช้บังคับ นอกจากกฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาประเด็นปัญหาในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในส่วนของ การคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์และในส่วนของการข้อกำหนดต่างๆที่มีกำหนดอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์โดยฝ่ายผู้ให้สิทธิ รวมทั้งประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกและผู้บริโภคด้วยว่ากฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่สามารถปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใดโดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียเป็นหลัก

4.1.1 การเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์

การเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ต่อผู้รับสิทธิก่อนการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์นั้นถือเป็นการคุ้มครองผู้รับสิทธิที่สำคัญภายใต้กฎหมายแฟรนไชส์ของประเทศต่างๆไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลียหรือมาเลเซีย ซึ่งกำหนดไว้เป็นหน้าที่ที่สำคัญของผู้ให้สิทธิดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ส่วนในกฎหมายไทยยังไม่มีกฎเกณฑ์มากำกับดูแลในการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ก่อนการซื้อขายหรือทำสัญญาแฟรนไชส์ ดังเช่นในต่างประเทศ

สหรัฐอเมริกา

การซื้อขายแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นกฎหมายบังคับให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ทั้งในระดับสหพันธรัฐโดย Federal Trade Commission เรียกว่า FTC Rule และกฎหมายแฟรนไชส์ในระดับมลรัฐ (Franchise State Law) โดยกำหนดให้ผู้ให้สิทธิต้องทำการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้สิทธิและแฟรนไชส์ภายใต้รูปแบบและระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยการเปิดเผยนั้นจะต้องสมบูรณ์และถูกต้องตรงตามที่กำหนดไว้หรือเป็นไปตามรูปแบบที่พัฒนาขึ้นโดย North American Securities Administrators' Association (NASAA) จัดทำขึ้นที่เรียกว่า Uniform Franchise Offering Circular (UFOC) ซึ่งการตัดสินใจเลือกรูปแบบการเปิดเผยนี้ขึ้นอยู่กับผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์

▪ รูปแบบของการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์

FTC Rule

การเปิดเผยข้อมูลตามแบบที่ FTC Rule กำหนดนั้นมีทั้งสิ้น 20 หัวข้อ ได้แก่

- (1) แสดงข้อมูลในฐานะของผู้ให้สิทธิ
- (2) ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจของฝ่ายบริหารและเจ้าที่ระดับบริหาร
- (3) ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจของผู้ให้สิทธิ
- (4) ประวัติและการดำเนินการทางคดี
- (5) ประวัติที่เกี่ยวกับการล้มละลาย
- (6) รายละเอียดของแฟรนไชส์
- (7) เงินลงทุนเริ่มแรกสำหรับผู้รับสิทธิต้องชำระ
- (8) เงินลงทุนอื่นที่ผู้รับสิทธิต้องชำระ
- (9) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจของผู้รับสิทธิตามข้อกำหนดหรือ

แนะนำของผู้ให้สิทธิ

- (10) หน้าที่ในการจัดซื้อ
- (11) รายได้ของผู้ให้สิทธิจากค่าตอบแทนในการจัดซื้อโดยผู้รับสิทธิ
- (12) ข้อตกลงด้านการเงิน
- (13) ข้อจำกัดในการขาย
- (14) การมีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้รับสิทธิ
- (15) การเลิก, การยกเลิกและการต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์

- (16) ข้อมูลสถิติที่เกี่ยวข้องกับจำนวนของผู้รับสิทธิและแฟรนไชส์ของผู้ให้สิทธิ
- (17) การเลือกทำเลที่ตั้ง
- (18) โปรแกรมการฝึกอบรม
- (19) เครื่องหมายสัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์
- (20) ข้อมูลทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์

การเปิดเผยข้อมูลตามที่ FTC Rule กำหนดนั้นเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์โดยที่ผู้ให้สิทธิต้องเสนอต่อผู้รับสิทธิในการเสนอขายแฟรนไชส์ โดยบางมลรัฐที่มีกฎหมายแฟรนไชส์โดยเฉพาะก็อาจจะกำหนดรายละเอียดของข้อมูลเปิดเผยหรือกำหนดระยะเวลาจัดส่งที่แตกต่างกันไป แต่อย่างไรก็ตามจะต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่ FTC กำหนดไว้ ซึ่งหากผู้ให้สิทธิฝ่าฝืนข้อบังคับในการจัดเตรียมให้กับผู้รับสิทธิภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือข้อมูลไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายนั้น ซึ่งอาจถูกปรับเป็นเงินถึง\$10,000 ต่อวันต่อหนึ่งความผิด หรือในกฎหมายมลรัฐต่างๆ เช่น California Franchise Investment Law ซึ่งมีบทลงโทษบัญญัติไว้อย่างชัดเจนทั้งในทางแพ่งและทางอาญาเช่นเดียวกัน*

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า การเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นผู้ให้สิทธิหรือผู้ขายแฟรนไชส์ยังสามารถเปิดเผยข้อมูลต่อผู้รับสิทธิตามแบบของ North American Securities Administrators' Association (NASAA) จัดทำขึ้นที่เรียกว่า Uniform Franchise Offering Circular (UFOC) ก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดหรือขอบเขตของกฎหมายแต่ละมลรัฐด้วย

UFOC

การเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ตามแบบ UFOC ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับยอมรับในหลายมลรัฐและเป็นที่ยอมรับมากกว่าแบบของ FTC โดยตามแบบที่ UFOC กำหนดนั้นผู้ให้สิทธิจะต้องทำการเปิดเผยทั้งหมด 23 เรื่องดังนี้

* ตัวอย่างในมาตรา 31300. Any person who offers or sells , a franchise in violation of section 31101, 31110,31119, 31200, or 31202, shall be liable to the franchisee or subfranchisor, who may sue for damages caused thereby,...

- (1) ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์, ผู้เริ่มต้นและบริษัทในเครือ
- (2) ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจ
- (3) ประวัติทางคดี
- (4) การล้มละลาย
- (5) ค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์เบื้องต้น
- (6) ค่าธรรมเนียมอื่นๆ
- (7) การลงทุนเบื้องต้น
- (8) ข้อกำหนดในเรื่องแหล่งที่มาของสินค้า
- (9) สิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิ
- (10)การเงิน
- (11)สิทธิหน้าที่ของผู้ให้สิทธิ
- (12)อาณาเขตพื้นที่
- (13)เครื่องหมายการค้า
- (14)สิทธิบัตร , ลิขสิทธิ์ และกรรมสิทธิ์อื่นๆ
- (15)สิทธิหน้าที่ในการเข้าร่วมการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์
- (16)ข้อกำหนดในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการของผู้รับสิทธิ
- (17)การต่ออายุสัญญา, การเลิกสัญญา, การโอนและการยุติข้อโต้แย้ง
- (18)เครื่องหมายสัญลักษณ์
- (19)การอ้างสิทธิ์ในรายได้
- (20)รายชื่อร้านค้าแฟรนไชส์
- (21)ฐานะทางการเงิน
- (22)สัญญา
- (23)ใบสำคัญการรับรู้

ในการเตรียมการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ตามรูปแบบที่เหมาะสมของผู้ให้สิทธิมีความยุ่งยากและซับซ้อน เนื่องจากต้องคำนึงถึงข้อกำหนดของ FTC และ UFOC และกฎหมายของแต่ละมลรัฐด้วย กระบวนการเลือกรูปแบบของการเปิดเผยข้อมูลนั้นไม่ใช่เป็นการตัดสินใจที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับ หมายความว่า แม้ว่าผู้ให้สิทธิจะเลือกใช้รูปแบบตาม UFOC แต่กฎหมายสหพันธรัฐในการกำหนดเรื่องระยะเวลาจัดส่งเอกสารเปิดเผย, ข้อจำกัดในเรื่องการอ้าง

สิทธิในรายได้ รวมทั้งค่าปรับทางแพ่ง ฯลฯ ซึ่งหากผู้ให้สิทธิไม่ปฏิบัติตามกฎของ FTC ก็ยังคงใช้บังคับอยู่ ในทางปฏิบัติแล้วผู้ให้สิทธิส่วนใหญ่จะเลือกใช้การเปิดเผยข้อมูลในแบบ UFOC มากกว่าเพราะได้รับการยอมรับใน 16 มลรัฐซึ่งกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนและ/หรือเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์* ด้วย ในขณะที่รูปแบบของ FTC Rule ได้รับการยอมรับเฉพาะในมลรัฐฮาวาย, อิลลินอยส์, มิชิแกน, นิวเจอร์ซีย์, นอร์ท ดาโกต้าและวิสคอนซิน เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามทั้งนี้ผู้ให้สิทธิต้องคำนึงถึงกฎหมายของมลรัฐนั้นๆด้วย

■ ระยะเวลาในจัดส่งเอกสารเปิดเผยข้อมูล

ระยะเวลาในการที่ผู้ให้สิทธิจะต้องส่งเอกสารเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้แก่ผู้รับสิทธิไม่ว่าจะเป็นรูปแบบตาม FTC หรือ UFOC ก็ตาม ผู้ให้สิทธิจะต้องจัดส่งเอกสารดังกล่าวให้แก่ผู้รับสิทธิเมื่อมีการประชุมกันเป็นการส่วนตัวครั้งแรกหรือในเวลาที่ได้จัดทำเอกสารเปิดเผยนั้น (the time for making of disclosure) ซึ่งได้ถูกนิยามไว้ว่าเป็น 10 วันทำการก่อนจะที่

1. มีการกระทำโดยผู้รับสิทธิในสัญญาแฟรนไชส์หรือสัญญาใดๆที่จะเป็นการผูกมัดทางกฎหมายให้ผู้รับสิทธิเข้าไปเกี่ยวข้องกับการขายหรือการเสนอขายแฟรนไชส์นั้น
2. มีการชำระเงินใดๆโดยผู้รับสิทธิในคำตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการขายหรือการเสนอขายแฟรนไชส์ แต่ไม่รวมถึงการจ่ายเงินโดยสมัครใจของผู้รับสิทธิ เช่น ค่าธรรมเนียมทนายความหรือค่าที่ปรึกษาในการพิจารณาข้อเสนอในการลงทุน เป็นต้น

ในมลรัฐที่กำหนดให้มีการจดทะเบียนแฟรนไชส์ก่อนที่จะเสนอขายแฟรนไชส์นั้น เอกสารเปิดเผยหรือที่เรียกว่า Offering Circular หรือ Prospectus จะต้องจัดส่งถึงผู้รับสิทธิโดยมีการขึ้นทะเบียนไว้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะมีการประชุมในเวลาที่กำหนดไว้ในตามกฎหมายของ FTC นั้นต้องเข้าใจว่าการขึ้นทะเบียนดังกล่าวไม่ได้แสดงว่าเป็นการรับรองหรือขอแนะนำใดๆจากรัฐ

* ได้แก่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย, ฮาวาย, อิลลินอยส์, อินเดียน่า, แมริแลนด์, มิชิแกน, มินเนสโซต้า, นิวเจอร์ซีย์, นอร์ท ดาโกต้า, โอเรกอน, โรด ไอแลนด์, เซาท์ ดาโกต้า, เวอร์จิเนีย, วอชิงตัน, วิสคอนซิน และ เท็กซัส

▪ **เปรียบเทียบการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ที่สำคัญตามรูปแบบ ของ FTC และ UFOC เพื่อนำมาปรับใช้กับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย**

จะเห็นได้ว่า การเปิดเผยข้อมูลตามรูปแบบทั้งสองนั้นอาจมีการกำหนดให้เปิดเผยในรายละเอียดที่ไม่ตรงกัน เช่น ในเรื่องของประวัติการล้มละลายตามรูปแบบของ UFOC กำหนดให้เปิดเผยประวัติการล้มละลายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ 15 ปีที่ผ่านมา แต่ตามรูปแบบของ FTC กำหนดให้เปิดเผยเพียง 7 ปีที่ผ่านมาเท่านั้น เป็นต้น ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างการเปิดเผยข้อมูลในหัวข้อที่สำคัญของทั้งสองรูปแบบ เพื่อเป็นแนวทางในการวางมาตรการการเปิดเผยข้อมูลในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ไทย ดังนี้

1. **รายละเอียดของบริษัทผู้ให้สิทธิและบุคลากรที่สำคัญ** ตามรูปแบบของ UFOC ซึ่งจะต้องเปิดเผยและอธิบายครอบคลุมถึงประวัติความเป็นมาของการดำเนินการและธุรกิจของบริษัทรวมทั้งเจ้าหน้าที่คนก่อนและบริษัทสาขาที่เกี่ยวข้อง, การตลาด, ฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ที่สำคัญของบริษัท นอกจากนี้ยังต้องเปิดเผยถึงระเบียบกฎเกณฑ์เฉพาะต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ด้วย ส่วนรูปแบบของ FTC ก็กำหนดให้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้สิทธิและธุรกิจแฟรนไชส์เช่นกัน

2. **ประสบการณ์ทางธุรกิจ** ทั้ง FTC และ UFOC ต่างก็ให้เปิดเผยประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจทั้งในส่วนของเจ้าหน้าที่บริหารและบริษัทแม่ รวมถึงเจ้าหน้าที่สำคัญที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารธุรกิจของผู้ให้สิทธิหรือมีหน้าที่จัดหาบริการให้แก่ผู้รับสิทธิด้วย ซึ่งระยะเวลาของการกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลนี้ก็คือ 5 ปีที่ผ่านมา

3. **ประวัติทางการด้านคดีและการล้มละลายของแฟรนไชส์** รวมทั้งผู้ให้สิทธิ, เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือตัวแทนจำหน่ายด้วย ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้อง, คดีภายใต้สัญญาโตตุลาการหรือคดีปกครอง โดยต้องเปิดเผยถึงสถานะของคดี, ชื่อคดี, สถานที่พิพาท, ข้อกล่าวอ้าง การเปิดเผยข้อมูลเรื่องการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งภายใต้รูปแบบของ FTC จะต้องเปิดเผยเรื่องดังกล่าวย้อนหลังไปเป็นเวลา 7 ปี แต่ UFOC กำหนดให้ย้อนหลังไปถึง 10-15 ปี

4. **ค่าธรรมเนียมต่างๆหรือค่าใช้จ่ายขั้นต่ำ** ทั้งในรูปแบบตาม FTC และ UFOC ต่างก็กำหนดให้ผู้ให้สิทธิเปิดเผยข้อมูลเรื่องของค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายขั้นต่ำต่างๆที่ว่าที่ผู้รับสิทธิจะต้องจ่ายชำระให้กับผู้ให้สิทธิรวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น บุคคลภายนอกผู้จัดหาสินค้าและบริการ, ค่าจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ, ค่าเช่าที่ต้องจ่ายล่วงหน้า รวมทั้งค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์

ขั้นต้น ไม่ว่าจะค่าธรรมเนียมดังกล่าวจะสามารถรับชำระคืนจากผู้ให้สิทธิได้หรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ ตามรูปแบบทั้งสองยังกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลในเรื่องของค่าธรรมเนียมอื่นๆที่ผู้รับสิทธิจะต้องจ่าย ชำระให้กับผู้ให้สิทธิและผู้ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งค่าธรรมเนียมในการฝึกอบรม, ค่าธรรมเนียมการตรวจสอบบัญชี, ค่าธรรมเนียมการต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์ ฯลฯ

5. การลงทุนขั้นต้นในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ UFOC กำหนดให้ต้องทำการเปิดเผยอย่างชัดเจนนอกเหนือไปจากค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่าย โดยที่ผู้ให้สิทธิจะต้องเปิดเผยรายละเอียดโดยประมาณของการลงทุนขั้นต้นของผู้รับสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการชำระเงิน, ค่าอสังหาริมทรัพย์, อุปกรณ์เครื่องมือ, การซ่อมบำรุง, ค่าก่อสร้าง, ค่าธรรมเนียมทางด้านบัญชีและกฎหมาย, ค่าธรรมเนียมการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ซึ่งจะต้องจัดทำในรูปแบบของตาราง นอกจากนี้ยังต้องเปิดเผยในเรื่องของกองทุนการโฆษณาอีกด้วย

6. ข้อจำกัดแหล่งที่มาของสินค้าและบริการ ตามรูปแบบของ UFOC กำหนดให้ผู้ให้สิทธิเปิดเผยแหล่งที่มาของสินค้าที่ผู้รับสิทธิจะต้องจัดซื้อเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นการจัดซื้อหรือกระจายสินค้าของระบบแฟรนไชส์เอง โดยที่ผู้ให้สิทธิจะต้องเปิดเผยในการแถลงการณ์ทางการเงินว่าอัตราส่วนของรายได้ทั้งหมดจากการจัดซื้อและการเข้านั้นเป็นเท่าใด, รายได้ของสาขาที่ได้มาจากการขายและเข้านั้นด้วย ส่วน FTC กำหนดให้ผู้ให้สิทธิเปิดเผยรายละเอียดของอสังหาริมทรัพย์, อสังหาริมทรัพย์และบริการใดๆที่ผู้รับสิทธิถูกกำหนดให้ต้องจัดซื้อหรือเช่า ทั้งในเรื่องของรายชื่อของผู้ให้สิทธิ, ผู้ที่ต้องติดต่อในการดำเนินธุรกิจและเพื่อการดังกล่าว รวมทั้งรายละเอียดผลตอบแทนที่ผู้ให้สิทธิจะได้รับจากการนั้นด้วย

7. สิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิ นอกจากนี้ UFOC ยังกำหนดให้มีการเปิดเผยในส่วนของสิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิอย่างละเอียดโดยกำหนดไว้ 24 หัวข้อ เช่น การซื้อสินค้า/การเช่าใดๆ ก่อนการเปิดร้าน, สิทธิในการรับการฝึกอบรม, ค่าธรรมเนียม, การดำเนินตามมาตรฐานและนโยบาย, ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้า/บริการ, ข้อกำหนดเรื่องการรับประกันและการบริการลูกค้า, การบันทึกและการรายงาน, สิทธิและหน้าที่หลังจากที่สัญญาสิ้นสุดลง, การจำกัดการแข่งขัน เป็นต้น (ดูรายละเอียดได้ในเรื่องสิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิในบทที่ 3) รวมทั้งเงื่อนไขในการจำกัดเรื่องของสินค้าและบริการด้วย ส่วน FTC ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของผู้รับสิทธินอกจากการกำหนดให้เปิดเผยแต่เพียงในเรื่องของข้อจำกัดทางการดำเนินธุรกิจของผู้รับสิทธิ เช่น กลุ่มลูกค้า, อาณาเขต ฯลฯ แล้วสิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิก็จะปรากฏอยู่ในส่วนของรายละเอียดสัญญาแฟรนไชส์และสัญญาที่เกี่ยวข้องที่กำหนดให้มีการเปิดเผยด้วย

8. **สิทธิหน้าที่ของผู้ให้สิทธิ** ในรูปแบบของ UFOC อาจแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงก่อนเปิดดำเนินการ เช่น การเลือกและอนุมัติสถานที่ตั้ง, การคัดเลือกและการอบรมพนักงานของผู้รับสิทธิ ฯลฯ และช่วงระหว่างดำเนินการที่เป็นสิทธิหน้าที่ต่อเนื่อง เช่น การให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขปัญหาจากการดำเนินกิจการ, การจัดหาโฆษณา เป็นต้น ทั้งนี้ยังรวมถึงการเปิดเผยรายละเอียดที่เกี่ยวกับการฝึกอบรมในการจัดการและบริหารด้วย ส่วน FTC ก็กล่าวถึงในเรื่องของการเลือกและอนุมัติสถานที่, การฝึกอบรมเป็นสำคัญ

9. **การมีส่วนร่วมของผู้รับสิทธิ** รูปแบบทั้งสองต่างก็ให้มีการเปิดเผยในเรื่องของการมีส่วนร่วมของผู้รับสิทธิในการแฟรนไชส์ซึ่งถือว่าสิทธิและหน้าที่อย่างหนึ่งของผู้รับสิทธิ ไม่ว่าจะ เป็นหน้าที่ในการดำเนินกิจการ, การประกันภัยส่วนบุคคลและข้อตกลงในเรื่องการรักษาความลับหรือการไม่ทำธุรกิจแข่งขัน

10. **อาณาเขตที่ตั้ง** ตาม UFOC ผู้ให้สิทธิต้องเปิดเผยรายละเอียดของอาณาเขตพื้นที่ของผู้รับสิทธิไม่ว่าจะเป็นสิทธิพิเศษ (exclusive) หรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ยังต้องเปิดเผยรายละเอียดของสิทธิของผู้ให้สิทธิในการก่อตั้งแฟรนไชส์ของตัวเอง (company-owned unit), แผนรวมทั้งแผนการและช่องทางในการขยายแฟรนไชส์หรือการขยายแบบอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายทางการค้าที่เกี่ยวข้องด้วย

11. **ทรัพย์สินทางปัญญา** UFOC กำหนดให้มีการเปิดเผยเครื่องหมายการค้าหลักที่สำคัญที่ผู้ให้สิทธิแก่ผู้รับสิทธิเท่านั้น นอกจากนี้หากผู้ให้สิทธิอ้างถึงทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เช่น สิทธิบัตร, ลิขสิทธิ์ ในข้อมูลความลับหรือความลับทางการค้าก็ต้องมีการเปิดเผยถึงเงื่อนไขของทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวที่ผู้รับสิทธิอาจใช้ด้วย

12. **การเงิน** รูปแบบทั้งสองกำหนดให้ผู้ให้สิทธิต้องเปิดเผยในเรื่องการจัดการทางการเงินโดยผู้ให้สิทธิให้กับผู้รับสิทธิโดยต้องเปิดเผยอัตราดอกเบี้ย, การผัดนัด, ค่าใช้จ่ายทางศาล, ค่าทนายความ ด้วย

13. **การเลิกสัญญา, การต่ออายุสัญญา, การโอนสิทธิ** FTC กำหนดให้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุด, การยกเลิกหรือการต่ออายุสัญญาไว้ในส่วนของการเปิดเผยเงื่อนไขของสัญญาแฟรนไชส์และสัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเปิดเผยเรื่องสิทธิการเลิกสัญญาโดยผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ, เงื่อนไขการต่ออายุหรือทำสัญญาใหม่, การปฏิเสธการต่ออายุหรือทำสัญญาใหม่, สิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดลง เป็นต้น ส่วน UFOC แต่เดิมให้เปิดเผยเงื่อนไขดังกล่าวอย่างชัดเจน ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติม UFOC ก็ไม่ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลในเรื่องดังกล่าวซ้ำอีกในเอกสารเปิดเผยข้อมูล แต่ข้อมูลในเรื่องนี้จะเสนออยู่ในรูปแบบของ

ตารางที่สรุปสาระสำคัญของสัญญาแฟรนไชส์และสัญญาที่เกี่ยวข้องไว้ โดยมีการระบุไว้ว่าผู้รับสิทธิควรจะต้องอ่านเงื่อนไขทั้งหมดของสัญญาที่แนบมากับเอกสารเปิดเผยข้อมูลนี้

14. **เครื่องหมายสัญลักษณ์** ตามรูปแบบของ UFOC กำหนดให้เปิดเผยเฉพาะสัญลักษณ์ที่จะอนุญาตหรือที่สนับสนุนการลงทุนในแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิมีสิทธิที่จะใช้ชื่อของสัญลักษณ์นั้นในการโฆษณาต่อผู้บริโภค ซึ่งตาม FTC นั้นจะกำหนดให้เปิดเผยถึงชนิด, ประเภท และส่วนประกอบเพิ่มเติมของเครื่องหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวและสิทธิหน้าที่ที่มีต่อผู้ให้สิทธิ, การลงทุนทั้งหมดต่อเครื่องหมายดังกล่าวในการดำเนินกิจการแฟรนไชส์ รวมทั้งค่าธรรมเนียมที่ผู้รับสิทธิต้องจ่ายชำระด้วย

15. **การอ้างสิทธิในรายได้** กำหนดไว้ใน UFOC ว่าหากผู้ให้สิทธิจะเตรียมตัวอย่างของรายได้ที่จะได้รับจากแฟรนไชส์ให้กับผู้สิทธิก็ต้องเปิดเผยไว้ในเอกสารเปิดเผยข้อมูลด้วย

16. **รายชื่อของร้านค้า** FTC กำหนดให้มีการเปิดเผยจำนวนแฟรนไชส์และร้านค้าของผู้ให้สิทธิเองที่ดำเนินการอยู่จนถึงสิ้นปี โดยต้องระบุถึงชื่อ, ที่อยู่, เบอร์โทรศัพท์ รวมทั้งจำนวนแฟรนไชส์ที่เลิกสัญญา, ไม่ต่อสัญญาหรือซื้อแฟรนไชส์อีกครั้ง, จำนวนของแฟรนไชส์ที่ผู้ให้สิทธิปฏิเสธการต่อสัญญาในช่วงปีที่ผ่านมาและแฟรนไชส์ที่ถูกบอกเลิกสัญญาในระหว่างดำเนินการด้วย ซึ่งตาม UFOC ให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวในรูปของตารางและให้เปิดเผยในส่วน of จำนวนแฟรนไชส์และร้านค้าแฟรนไชส์ที่ผู้ให้สิทธิเป็นเจ้าของขายออกไป, ที่เปิดดำเนินการอยู่ และที่ปิดตัวลงภายในเวลา 3 ปีที่ผ่านมา

17. **ข้อมูลทางการเงินของผู้ให้สิทธิ** UFOC กำหนดให้เปิดเผยบัญชีงบดุล 2 ปีย้อนหลังซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่จะกำหนดให้ต้องผ่านการตรวจสอบบัญชีแล้วและต้องเปิดเผยในส่วน of แกลงการณ์การดำเนินการ, ผู้ถือหุ้นและกระแสเงินสดของผู้ให้สิทธิภายในเวลา 3 ปีด้วย ซึ่งคล้ายคลึงกับข้อกำหนดของ FTC

18. **สำเนาของสัญญาแฟรนไชส์และสัญญาที่เกี่ยวข้อง** UFOC กำหนดให้ผู้ให้สิทธิจัดเตรียมสำเนาของสัญญาแฟรนไชส์และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องในการเข้าสูการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้รับสิทธิ โดยให้แนบกับเอกสารเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเพื่อจัดส่งให้กับผู้รับสิทธิ

ออสเตรเลีย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียที่ปรากฏตาม Franchising Code of Conduct 1998 บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้สิทธิที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ในเรื่องต่างๆตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่อผู้รับสิทธิ

ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการเปิดเผยข้อมูลไม่ใช่เพียงแต่เป็นการให้ข้อมูลของผู้ให้สิทธิกับผู้รับสิทธิเพื่อช่วยในการตัดสินใจเท่านั้น แต่ยังเป็นจัดส่งข้อมูลที่ทันสมัยของผู้ให้สิทธิให้ผู้รับสิทธิที่ยังดำเนินกิจการแฟรนไชส์อยู่ด้วย

▪ รูปแบบ

โดยที่การเปิดเผยข้อมูลของออสเตรเลียนั้นแตกต่างจากประเทศอื่นๆตรงที่มีรูปแบบของการเปิดเผยทั้งแบบมาตรฐานและแบบสั้น ในมาตรา 6 และมาตรา 7 ของประมวลกฎหมายดังกล่าว โดยได้กำหนดให้เอกสารเปิดเผยข้อมูลอยู่ในรูปแบบมาตรฐานที่กำหนดไว้ท้ายบทบัญญัติ (Annexure 1) ซึ่งมีทั้งสิ้น 23 หัวข้อ ได้แก่

1. บทนำ
2. รายละเอียดผู้ให้สิทธิ
3. ประสบการณ์ในการทำธุรกิจ
4. การดำเนินคดี
5. การจ่ายค่าตอบแทนให้กับนายหน้า
6. ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน
7. ทรัพย์สินทางปัญญา
8. อาณาเขตและสถานที่ตั้งแฟรนไชส์
9. การจัดซื้อสินค้าและบริการให้ผู้รับสิทธิ
10. การจัดซื้อสินค้าและบริการโดยผู้รับสิทธิ
11. สถานที่ตั้งหรืออาณาเขต
12. กองทุนการตลาดหรือกองทุนความร่วมมืออื่นๆ
13. การจ่ายเงิน
14. ข้อมูลทางการเงิน
15. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้สิทธิ
16. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับสิทธิ
17. เงื่อนไขอื่นๆโดยสรุปของสัญญา
18. ข้อผูกพันในการลงนามสัญญาที่เกี่ยวข้อง
19. ข้อมูลเกี่ยวกับรายได้

20. รายละเอียดทางการเงิน
21. การปรับปรุงข้อมูล
22. ข้อมูลเปิดเผยที่เกี่ยวข้องอื่นๆ
23. ใบสำคัญการรับรู้

สำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ที่คาดว่าเงินหมุนเวียนทั้งปีน้อยกว่า 50,000 เหรียญตามทวิบัญญัติไว้ในมาตรา6(2) ผู้ให้สิทธิสามารถเลือกการเปิดเผยข้อมูลแบบสั้นได้ ซึ่งมีทั้งสิ้น 11 หัวข้อ (ที่ปรากฏตามAnnexure2) คือเปิดเผยเฉพาะข้อมูลในหัวข้อที่ 1,2,4,7,8,12,13,15,16,20 และ 23 ของ Annexure1 เท่านั้น

▪ ระยะเวลาในการจัดส่งเอกสารข้อมูลเปิดเผย

ระยะเวลาที่จะต้องจัดส่งเอกสารข้อมูลเปิดเผยให้กับผู้รับสิทธินั้น บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้ในมาตรา 10 ให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้สิทธิที่จะต้องจัดส่งสำเนาของประมวลกฎหมายแฟรนไชส์ (the Franchising code of Conduct) และเอกสารเปิดเผยข้อมูลให้กับผู้รับสิทธิอย่างน้อย 14 วันก่อนที่ผู้รับสิทธิจะ

- 1) เข้าสู่สัญญาแฟรนไชส์หรือข้อสัญญาอื่นๆที่จะเข้าสู่สัญญาแฟรนไชส์
- 2) มีการจ่ายชำระเงินใดๆที่ไม่สามารถรับชำระคืนได้ (ไม่ว่าจะเป็นเงินหรือค่าตอบแทนอื่นใด) ให้กับผู้ให้สิทธิหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้สิทธิในอันที่จะเกี่ยวข้องกับข้อเสนอของสัญญาแฟรนไชส์

มาเลเซีย

ในเรื่องรายละเอียดของเอกสารเปิดเผยข้อมูลในประเทศมาเลเซียนั้นไม่ได้ถูกระบุรายละเอียดไว้ในกฎหมายแฟรนไชส์ของมาเลเซีย ซึ่งก็คือ the Malaysian Franchise Act 1998 ดังเช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาหรือออสเตรเลีย จากการศึกษาพบว่าข้อมูลเปิดเผยที่ต้องจัดเตรียมให้กับผู้รับสิทธิในการขายแฟรนไชส์ในประเทศมาเลเซียนั้นมีทั้งสิ้น 18 หัวข้อ ดังนี้

1. ประวัติความเป็นมาของผู้ให้สิทธิ
2. ประสบการณ์ในการทำงานของผู้อำนวยความสะดวก/ผู้บริหาร
3. ประวัติของบริษัท

4. รายละเอียดของการทำธุรกิจแฟรนไชส์
5. เครื่องการคำหรือเครื่องหมายบริการของผู้ให้สิทธิ
6. จำนวนของผู้รับสิทธิในปัจจุบันและอัตราความสำเร็จ
7. การคัดเลือกและการอนุมัติสถานที่ตั้งของผู้ให้สิทธิ
8. การฝึกอบรมและการช่วยเหลือ
9. ข้อกำหนดในการปฏิบัติงานของผู้รับสิทธิ
10. ระดับความร่วมมือของผู้รับสิทธิ
11. การเลิก/การต่ออายุสัญญา
12. ข้อมูลทางการเงินของโครงการ
13. ข้อมูลสถิติทางการเงินของผู้ให้สิทธิ
14. ค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์และค่าธรรมเนียมอื่นๆ
15. การลงทุนเบื้องต้น
16. ข้อมูลความช่วยเหลือทางการเงิน
17. รายชื่อนายธนาคารของผู้ให้สิทธิ
18. การคาดการณ์ทางการเงิน/ยอดขายของผู้รับสิทธิ²

ซึ่งจะเห็นได้ชัดเจนว่าหลักการที่สำคัญของการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ในประเทศออสเตรเลียหรือมาเลเซียนั้นก็ไม่ได้แตกต่างไปจากการเปิดเผยข้อมูลของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างใด คงมีแต่เพียงรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้นที่แตกต่างออกไป ซึ่งไม่ขอกล่าวถึงในรายละเอียด

² Chad Perry , Modh Amy Azhar Hj. and Norsyema Hani Hj. The Structure of a Franchise Disclosure Document For New Franchise System In Malaysia [Online].

(n.d.)Available from:

<http://WWW.ANZMAC2001/anzmac/AUTHORS/pdfs/Harif.pdf>[2002.August 8]

ตารางเปรียบเทียบการข้อมูลเปิดเผยแฟรนไชส์ของประเทศต่างๆ

	หัวเรื่อง	สหรัฐอเมริกา	ออสเตรเลีย	มาเลเซีย
1	ระยะเวลาในการจัดส่งเอกสารเปิดเผยให้แก่ผู้รับสิทธิ	ครั้งแรกที่ประชุมส่วนตัวระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิหรือ 10 วันทำการ ก่อนที่เข้าสู่สัญญาหรือก่อนการชำระค่าตอบแทนในการขายหรือเสนอขาย	14 วันก่อนจะเข้าสู่สัญญา หรือมีการจ่ายชำระเงินที่ไม่สามารถเรียกคืนได้ให้กับผู้ให้สิทธิ	10 วันทำการก่อนลงนามในสัญญาแฟรนไชส์
2	ประวัติความเป็นมาของแฟรนไชส์และผู้ให้สิทธิ	√ ข้อที่ 1	√ ข้อที่ 2	√
3	ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจ	√ ข้อที่ 2	√ ข้อที่ 3	√
4	ประวัติในการดำเนินคดีและการล้มละลาย	√ ข้อที่ 3,4	√ ข้อที่ 4	X
5	รายละเอียดและจำนวนของผู้รับสิทธิคนก่อนและปัจจุบัน	X	√ ข้อที่ 6	√
6	เงินลงทุนขั้นต่ำ	√ ข้อที่ 5,7	√ ข้อที่ 13	√
7	รายละเอียดค่าธรรมเนียม	√ ข้อที่ 6	-	√
8	สิทธิหน้าที่ของผู้ให้สิทธิ	√ ข้อที่ 11	√ ข้อที่ 15	√
9	สิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิ	√ ข้อที่ 8,9,15	√ ข้อที่ 16,18	√
10	ข้อมูลทางการเงิน	√ ข้อที่ 10	√ ข้อที่ 14,20	√
11	อาณาเขตและสถานที่ตั้งของแฟรนไชส์	√ ข้อที่ 12	√ ข้อที่ 8,11	√
12	เครื่องหมายการค้า, ทรัพย์สินทางปัญญาอื่น	√ ข้อที่ 13,14	√ ข้อที่ 7	√

	หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	ออสเตรเลีย	มาเลเซีย
14	การต่อหรือการเลิกสัญญา	✓ ข้อที่ 17	✓ ข้อที่ 17	✓
15	สัญญาแฟรนไชส์และสัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้อง	✓ ข้อที่ 22	✓ ข้อที่ 17	X
16	ใบสำคัญการรับรู้	✓ ข้อที่ 23	✓ ข้อที่ 23	X
17	อื่นๆ	การคาดคะเนยอดขาย, กำไรหรือรายรับของผู้รับสิทธิ (19) การจัดการที่ปรากฏต่อสาธารณะ (18)	การจ่ายเงินให้กับตัวแทน (5) กองทุนการตลาดหรือความร่วมมืออื่นๆ (12) ข้อมูลของผลกำไรตอบแทน (19)	รายชื่อธนาคารของฝ่ายผู้ให้สิทธิ การคาดการณ์ทางการเงินและยอดขายของผู้รับสิทธิ

จากตารางเปรียบเทียบข้างต้นจะเห็นได้ว่า การเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะต้องเปิดเผยต่อผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ก่อนการเข้าทำสัญญานั้นโดยหลักแล้วจะมีความใกล้เคียงกัน เช่น รายละเอียดและประวัติความเป็นมาของแฟรนไชส์และผู้ให้สิทธิ, ประสบการณ์การดำเนินธุรกิจ, ประวัติการดำเนินคดีและล้มละลาย, เงินลงทุนและค่าธรรมเนียมต่างๆ, ข้อมูลทางการเงิน, สิทธิหน้าที่ของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ, การเลิกสัญญา, อาณาเขตที่คั่ง ฯลฯ ซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลเบื้องต้นที่สำคัญในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา ผู้วิจัยเห็นว่าสำหรับกิจการที่ต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมากและความรู้ความชำนาญในการดำเนินธุรกิจในระดับหนึ่งนั้น ผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิควรจะต้องได้ทราบข้อมูลแฟรนไชส์เบื้องต้นอย่างเพียงพอในการตัดสินใจ เช่น แฟรนไชส์แมคโดนัลด์, 7-อีเลฟเว่น, แบล็คแคนยอน เป็นต้น

แต่ข้อมูลเบื้องต้นบางอย่าง เช่น ประวัติการดำเนินคดีและล้มละลาย, รายละเอียดของผู้รับสิทธิที่เลิกกิจการไปแล้ว เป็นต้น อาจจะไม่มีความจำเป็นนักสำหรับกิจการบางอย่าง เช่น กิจการที่ใช้เงินลงทุนน้อยและมีการดำเนินธุรกิจที่ไม่ซับซ้อน เช่น ขายสี่ปะหมี่เกี๊ยว, ลูกชิ้นนายยังเพิ่ง, ไอคริมมหาชัย เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากิจการดังกล่าวอาจจัดได้ว่าเป็นกิจการ "กึ่งแฟรนไชส์" เท่านั้น ฉะนั้นการที่จะมีกฎเกณฑ์กำหนดให้ผู้ให้สิทธิต้องทำการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ต่อผู้รับสิทธินั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องกำหนดลักษณะและประเภทว่ากิจการใดบ้างที่

จัดว่าเป็นแฟรนไชส์หรือกึ่งแฟรนไชส์ รวมทั้งวางขอบเขตของกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นว่าจะใช้บังคับไปถึงหรือไม่ โดยพิจารณาประกอบกับความจำเป็นและความคล่องตัวในเชิงปฏิบัติธุรกิจด้วย

หลักการของการเปิดเผยข้อมูลข้างต้นอาจเทียบได้กับเรื่องหลักของความสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 156* ซึ่งหากผู้รับสิทธิเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์โดยสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญไม่ว่าจะเป็นสำคัญผิดในลักษณะของสัญญาหรือสำคัญผิดในคู่กรณีซึ่งก็คือ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ ก็ถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นจากเหตุดังกล่าวนั้นเป็นโมฆะ นอกจากนี้ยังมีเรื่องกลข้อฉล ที่มีหลักอยู่ว่าการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจงใจนิ่งเสียไม่ไขข้อความจริงซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้และหากมิได้นิ่งเสียเช่นนั้นนิติกรรมอันนั้นคงจะมีได้กระทำให้ถือว่าเป็นกลข้อฉล(มาตรา162) และการแสดงเจตนาอันได้มาเพราะกลข้อฉลนั้นให้ถือว่าเป็นโมฆียะ (มาตรา159) แต่ถ้าเป็นกลข้อฉลเพื่อจงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับเอาข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าที่เขาจะยอมรับโดยปกติคู่กรณีฝ่ายนั้นจะบอกล้างไม่ได้แต่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนได้ (มาตรา 161)

ด้วยลักษณะของการทำธุรกิจแฟรนไชส์ประกอบกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทำให้เกิดการเอาัดเอาเปรียบในการเข้าทำสัญญาได้ง่ายและเมื่อเกิดความเสียหายแล้วในปัจจุบันก็ต้องอาศัยหลักทั่วไปของนิติกรรมเรื่องกลข้อฉลมาแก้ไข ซึ่งการบอกล้างการทำสัญญาเนื่องมาจากการถูกกลข้อฉลได้จะต้องเป็นกลข้อฉลถึงขนาดที่ว่าหากมิได้มีกลข้อฉลเช่นนี้จะไม่มีการเข้าทำสัญญากันเลย และผู้เสียหายก็ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายถึงขนาดด้วย จึงถือว่าเป็นโมฆียะ แม้จะมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวแต่ก็มีใช่เป็นแนวทางในการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ต่อผู้รับสิทธิที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในธุรกิจแฟรนไชส์ได้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ไม่สามารถกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ได้ ดังกรณีของแฟรนไชส์ไทย 2 รายที่แสดงให้เห็นถึง

* มาตรา 156 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่งได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมและความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น

เหตุผลสำคัญที่ควรที่จะกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ที่จัดว่าเป็นข้อมูลสำคัญที่ผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิจะใช้ในการพิจารณาตัดสินใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ คือ กรณีของแฟรนไชส์เกษตรเพชรมิลค์และแฟรนไชส์ไบโอฮัท

กรณีเกษตรเพชรมิลค์³:

โดยที่บุคคลภายนอกเข้าใจว่าเป็นแฟรนไชส์ที่จำหน่ายและบริการส่งนมของ
โรงเรียนมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

โดยแผนผังโครงสร้างของการจำหน่ายนมมีดังนี้

โรงเรียนมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ → ตัวแทนจำหน่าย → ผู้บริโภคตามบ้าน, โรงเรียน
(ผู้ผลิต)

แต่ในความเป็นจริงแล้วช่องทางขายผ่านตัวแทนจำหน่ายยังแบ่งออกเป็น 2 ช่องทาง คือ บริษัทเกษตรเพชรมิลค์จำกัดและบริษัทแฮนด์ทูแฮนด์จำกัด เป็นผลให้ตัวแทนรายย่อยจะสามารถจำหน่ายนมขวดได้แต่ต้องติดต่อขอซื้อจากบริษัททั้งสองเท่านั้น ซึ่งบริษัทดังกล่าวจะเป็นผู้สั่งซื้อจากศูนย์แฟรนไชส์อีกทอดหนึ่ง

โดยบริษัทตัวแทนทั้งสองนั้นมีการแบ่งเขตกันชัดเจนคือ แฮนด์ทูแฮนด์ จะดูแลเขตนนทบุรีทั้งหมด และเกษตรเพชรมิลค์จะเป็นผู้ดูแลเขตกรุงเทพฯ (บริษัททั้งสองมีความเกี่ยวพันกันเป็นการส่วนตัว)

³ “เกษตรเพชรมิลค์ จบเร็วแบบคาดไม่ถึง.” แฟรนไชส์โฟกัส 1.1 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2540): 30-33.



จากปัญหาข้างต้นได้รับการอธิบายจากนายอนันต์ เสียมไธสง กรรมการผู้จัดการบริษัทเกษตร เพรชมิลค์ ว่าเป็นผู้ได้รับสิทธิจากมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ แต่เพียงผู้เดียวในการจัดจำหน่ายนมขวดโดยรับผิดชอบทั้งในเรื่องการตลาดและการจัดส่งและยังได้นำชื่อของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์มาใช้อ้างเพื่อความน่าเชื่อถืออีกด้วย

ในการซื้อหรือเข้าร่วมแฟรนไชส์นั้น ปรากฏว่าผู้รับสิทธิยังต้องเสียค่าใช้จ่ายบางประการนอกเหนือไปจากสัญญาอีก เช่น ถ้าหากผู้รับสิทธิรายใดต้องการจะชำระเงินค่านมเป็นรายสัปดาห์ จะต้องมีเงินประกันสินค้าไม่น้อยไปกว่าที่รับไป โดยต้องจ่ายในวันทำสัญญา ซึ่งบางรายต้องจ่ายมากถึง 300,000 บาท

นับตั้งแต่ปี 2539 บริษัทเกษตรเพรชมิลค์ จำกัด เริ่มขายแฟรนไชส์ ปรากฏว่ามีผู้สนใจสมัครถึง 14 ราย และในปี 2540 มีจำนวน 9 ราย และมี 4 รายที่ยังไม่ได้เริ่มดำเนินงานและยังไม่ได้รับสินค้า นอกจากนี้ยังขายสิทธิขายไปในต่างจังหวัดอีกด้วย

จากการที่ระบบการเงินของผู้ให้สิทธิมีปัญหาทำให้นายอนันต์ เสียมไธสง ต้องยืมเงินจากผู้รับสิทธิหลายราย นอกจากนี้ผู้รับสิทธิยังจะต้องประสบกับปัญหาการไม่ได้รับสินค้ามา

จำหน่ายเนื่องจากผู้ให้สิทธิอ้างว่าไม่มีสินค้า ต่อมาผู้รับสิทธิหลายรายจึงไปติดต่อสอบถามที่รายนามของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ จึงได้ทราบความจริงว่าโรงนมไม่เคยทราบว่ามี การให้สิทธิแบบแฟรนไชส์และบุคคลที่อ้างตัวว่าเป็นผู้ได้รับสิทธิจากมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์นั้นก็คิดค่างเงินค่านมของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์อยู่สูงกว่าบาท ทางโรงนมจึงไม่ส่งนมให้ หลังจากนั้นผู้รับสิทธิจึงแจ้งความจับและดำเนินคดีกับผู้อ้างตัวเป็นผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ดังกล่าวในข้อหาฉ้อโกงและคดีเช็ค

จากกรณีดังกล่าวเกิดจากสาเหตุ 3 ประการคือ

1. ไม่มีสิทธิที่แท้จริง (ผู้ลงทุนควรตรวจสอบให้ชัดเจนก่อนว่าผู้ให้สิทธิมีสิทธิที่แท้จริงในการขายแฟรนไชส์จากเจ้าของสิทธิหรือไม่)
2. ผู้ให้สิทธิขาดความสามารถในการบริหาร จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้น
3. เงินทุนการก่อตั้งแฟรนไชส์ของผู้ให้สิทธิควรอยู่ในฐานะที่มั่นคง

กรณีแฟรนไชส์ไบโออิท⁴:

นายการ์นต์ กาจพล เคยเป็นผู้แทนจำหน่ายเครื่องลดน้ำหนัก Bio-5 และอาหารลดน้ำหนักให้แก่โรงพยาบาลและคลินิกต่างๆ ต่อมาจึงจัดตั้งบริษัท บอด้ครีม ไบโอแอนติฟิต จำกัด ตั้งแต่ต้นปี 2539 โดยเป็นผู้ให้สิทธิในแฟรนไชส์ไบโออิท มีการแยกประเภทและลักษณะการลงทุนไว้ชัดเจน ดังนี้

ลักษณะการลงทุน

1. ห้องอาหาร จะเป็นการจำหน่ายอาหารลดน้ำหนักและอาหารตามสั่ง
2. ไดเอทสตรี特จำหน่ายผลิตภัณฑ์ลดน้ำหนัก หนังสือ วีดีโอเทปสำหรับลดน้ำหนัก
3. คอร์สลดน้ำหนัก ให้บริการลดน้ำหนักเป็นคอร์สระยะสั้น ระยะยาว รวมถึงให้เช่าเครื่องมือและอุปกรณ์ลดน้ำหนักไปใช้ที่บ้าน โดยมีพนักงานไปดูแล
4. ซุ้มไบโออิท เป็นรูปแบบใหม่ที่เพิ่งนำมาใช้ จำหน่ายผลิตภัณฑ์ลดน้ำหนักบางส่วน

⁴“บทสรุปแฟรนไชส์จอมปลอม,” แฟรนไชส์โฟกัส 1,2 (สิงหาคม-กันยายน 2540): 71-75.

5. ขายตรง รูปแบบนี้ยังอยู่ในขั้นตอนเตรียมการ โดยมีการจัดตั้งชมรม Pretty Watcher Club เพื่อเป็นศูนย์กลางในการประสานงาน

รูปแบบการขายสาขา

1. ลงทุนเอง – มีแห่งเดียวที่พหลโยธิน
2. ขายแฟรนไชส์

เงินลงทุน

(แบบครบวงจร)

1. Franchise fee 180,000 บาท
2. เครื่อง Bio-5 จำนวน 5 เครื่อง 80,000 บาท
3. ค่าประกันสินค้า 80,000 บาท (จ่ายก่อนเปิดบริการ 15 วัน)
4. Royalty fee 3% ต่อเดือน

(แบบแยกทำเฉพาะอย่าง)

1. Franchise fee 70,000 บาท
2. เครื่อง Bio-5 จำนวน 5 เครื่อง 80,000 บาท
3. Royalty fee 3% ต่อเดือน

* ระยะเวลาขึ้นอยู่กับข้อตกลงคือ 1-2 ปี

ผลตอบแทน

1. ในการขายผลิตภัณฑ์ จะได้รับเปอร์เซ็นต์จากการขายประมาณ 10-60%
2. สำหรับต่างจังหวัดที่ได้รับสิทธิแบบอาณาเขตในจังหวัดนั้น หากมีการขายแฟรนไชส์ต่อจะได้รับแบ่งค่าธรรมเนียมจากบริษัทแม่ 50:50 และได้รับส่วนแบ่งอีก 5% จากยอดสั่งซื้อสินค้าของผู้รับสิทธิที่อยู่ในความดูแลด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ

1. ผู้รับสิทธิไม่ประสบความสำเร็จในการทำศูนย์ไบโอฮัท จึงมีผู้ถอนตัวไป 10 กว่ารายจากประมาณ 30 ราย

2. ผู้รับสิทธิพบว่า หนังสือรับรองบริษัทของนายการ์นต์ กาจพล เพิ่งออกมาเมื่อปี 2539 แต่มีการขายแฟรนไชส์ตั้งแต่ปี 2538
3. สินค้าที่นำมาขายในร้านนั้นหาซื้อได้ตามท้องตลาดทั่วไปในราคาที่ถูกลงกว่ามาก เช่น เส้นก๋วยเตี๋ยวต้นทุนตามท้องตลาดอยู่ที่ 13-15 บาท แต่ซื้อจากผู้ให้สิทธิที่ 33 บาท เป็นต้น
4. ต่อมาผู้รับสิทธิมีการประชุมกันเพื่อหาทางออก เนื่องจากพบว่า หลังจากที่จ่ายเงินค่าธรรมเนียมจำนวน 180,000 บาทแล้วบางรายก็ไม่ได้รับการติดต่อจากผู้ให้สิทธิอีกเลยหรือไม่ได้ได้รับความช่วยเหลือตามที่ระบุไว้ในสัญญา

ต่อมาผู้รับสิทธิจำนวนหนึ่งจึงเข้าแจ้งความโดยแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ

1. กรณีที่นายการ์นต์ กาจพล ระบุว่าซื้อกิจการคืนหากเปิดศูนย์แล้วไม่ประสบความสำเร็จ โดยมีหลักฐานเป็นเช็คที่ไม่ผ่านการเบิกจ่ายจากธนาคารเพราะมีเงินในบัญชีไม่พอ
2. ผู้ที่แจ้งความฐานถูกหลอกหลวง ซึ่งหลังจากตรวจสอบประวัติแล้วพบว่าไม่ปรากฏชื่อนี้ในทะเบียนบุคคลของประเทศไทยและสารบบของกองทะเบียนตำรวจ แต่จากการตรวจลายนิ้วมือพบว่าเจ้าของลายนิ้วมือนั้นมีชื่อว่า นายธีระพงษ์ โสมเกศตริน ซึ่งเป็นผู้ต้องหาในคดียกยอกทรัพย์ เมื่อปี 2531

กรณีดังกล่าวเกิดจากสาเหตุ 4 ประการ คือ

1. ไม่มีการตรวจสอบถึงประวัติของแฟรนไชส์และผู้ให้สิทธิก่อนที่จะตัดสินใจซื้อ
2. ผู้ให้สิทธิขาดเงินทุนหมุนเวียน - แม้จะมีการเก็บค่าธรรมเนียมมากมาย
3. ขาดทีมเวิร์คไม่มีระบบการจัดการที่ดี - เพราะนายการ์นต์ กาจพล เป็นผู้ดำเนินการเองคนเดียวทั้งหมด
4. ไม่ติดตามช่วยเหลือผู้รับสิทธิตามสัญญา

จะเห็นได้ว่าจากกรณีศึกษาทั้งสองข้างต้นผู้รับสิทธิไม่ได้รับข้อมูลที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญในการที่จะพิจารณาเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์หรือซื้อแฟรนไชส์จากผู้ให้สิทธิ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสิทธิอันแท้จริงที่ได้รับมา, ประวัติความเป็นมาของแฟรนไชส์และผู้ให้สิทธิ, ประวัติทางด้านคดี, ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจ, ข้อมูลสถานะทางการเงินของผู้ให้สิทธิ, ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ รวมทั้งรายละเอียดของผู้รับสิทธิคนปัจจุบันและผู้ที่เกี่ยวข้องไปแล้ว ก็ตาม เมื่อเกิดกรณีปัญหาขึ้นทางที่จะเยียวยาแก้ไขก็คือการฟ้องร้องคดีทางแพ่งและทาง

อาญาเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ารัฐควรเข้ามาให้การคุ้มครองดูแลผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เพื่อป้องกันการเกิดปัญหาดังกล่าวมากกว่าการเยียวยาแก้ไขหลังจากเกิดปัญหาแล้ว

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาที่น่าสนใจในเรื่องของปัญหาความร่วมมือระหว่างแกรมมีและแฟรนไชส์ซีทาญา ซึ่งเป็นกรณีที่มีสาเหตุมิใช่เพียงเพราะไม่ได้รับการเปิดเผยข้อมูลดังเช่นทั้งสองกรณีข้างต้น แต่ยังคงแสดงให้เห็นถึงการขยายกิจการโดยระบบแฟรนไชส์ที่เรียกได้ว่าประสบความสำเร็จในต่างประเทศ แต่เมื่อนำมาขยายกิจการในประเทศไทยกลับประสบกับปัญหา

แกรมมี-ซีทาญา กรณีศึกษาปัญหาความร่วมมือ⁵:

การร่วมทุนเปิดร้าน"ซีทาญา"แฟรนไชส์ดังจากญี่ปุ่น เริ่มต้นเมื่อเดือนมกราคม 2539 โดยใช้ชื่อว่า ซีทาญา (TSUTAYA) อยู่ภายใต้การบริหารงานของ บริษัท แกรมมี ซีซีซี จำกัด ดำเนินการเปิดร้านซีทาญาที่หลังสวนและสีลม แต่ในขณะเดียวกันร้านซีทาญาเดิมที่เปิดอยู่ที่ สุขุมวิท 11 และสุขุมวิท 24 ที่เปิดขึ้นก่อนการร่วมทุนยังคงเป็นสิทธิ์ของบริษัทไทย ซีซีซี จำกัด (ซึ่งเป็นการร่วมทุนระหว่างเพรสซิเดนท์ กับ ซีซีซี เจแปน) ต่อมาหลังจากเปิดดำเนินการได้เพียง 6 เดือน ก็เกิดปัญหภายในดังนี้

1. ความคิดเห็นในการบริหารงานไม่ตรงกัน เพราะแต่ละฝ่ายก็มีทั้งประสบการณ์และประสบความสำเร็จในธุรกิจตนทั้งคู่ การที่ต้องปฏิบัติตาม know-how ของซีทาญา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องตกแต่งร้าน, การวางสินค้า, การวิเคราะห์ศักยภาพทำเล, การวิเคราะห์สินค้าหรือการจัดระบบสต็อกสินค้านั้นล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่ขัดแย้งที่เกิดขึ้นกับแกรมมีซึ่งมีความมั่นใจในศักยภาพการบริหารของตนเอง
2. การเปิดสาขาซ้ำซ้อน และยังมีเรื่องของการตกลงความเป็นเจ้าของอย่างชัดเจน เนื่องจากไม่ได้มีการตกลงอย่างชัดเจนถึงสาขาที่เกิดก่อนร่วมทุนทำให้เกิดความเข้าใจผิดระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ
3. ยังไม่มีการส่งมอบ know-how ที่สมบูรณ์แบบให้กับผู้รับสิทธิ (แกรมมี)

⁵ “แกรมมี-ซีทาญา กรณีศึกษาปัญหาความร่วมมือ,” แฟรนไชส์โฟกัส 1,1 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2540): 34-37.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องระบบซอฟต์แวร์ซึ่งผู้ให้สิทธิก็ออกมายอมรับว่าตอนที่ร่วมงานกันได้ให้เป็นภาษาญี่ปุ่น ซึ่งยังอยู่ในขั้นตอนแปลแต่ได้เกิดมีการถอนทุนอย่างรวดเร็วเกิดขึ้นก่อน

จากกรณีดังกล่าวนี้ปัญหาจึงเกิดจากทั้งตัวผู้ให้สิทธิที่ไม่มีการเตรียมการส่งมอบ know-how อย่างถูกต้องตั้งแต่เริ่มดำเนินการ, ผู้รับสิทธิก็ไม่มีลักษณะของการเป็นผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ที่จะต้องมีการยอมรับและปฏิบัติตามระบบของผู้ให้สิทธิ รวมทั้งความชัดเจนในข้อตกลงของสัญญาที่ไม่มีการแบ่งแยกสาขาหรือสัดส่วนที่ชัดเจน

ดังนั้นเหตุผลสำคัญที่รัฐควรจะไปกำกับดูแลในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก็เพื่อเป็นการป้องกันและช่วยลดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นดังกรณีศึกษาข้างต้น โดยแนวทางเบื้องต้นที่จะนำมากำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้น ก็คือการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิดังเช่นในต่างประเทศ โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรจะมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวโดยครอบคลุมในเบื้องต้นถึงเรื่องดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลเบื้องต้นของแฟรนไชส์
2. ประสบการณ์ทำงานของผู้ให้สิทธิและผู้บริหารระดับสูง
3. ประวัติการเป็นคดีความและล้มละลายที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์
4. ข้อมูลทางการเงินของแฟรนไชส์
5. ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการซื้อการจัดหาสินค้าและบริการ รวมทั้งวัสดุอุปกรณ์
6. เงินลงทุนเริ่มต้น
7. รายละเอียดของค่าธรรมเนียมต่างๆ
8. สิทธิหน้าที่ของผู้ให้สิทธิ
9. สิทธิหน้าที่ของผู้รับสิทธิ
10. รายละเอียดของผู้รับสิทธิคนปัจจุบันและผู้ที่เคยเลิกกิจการไป
11. สัญญาแฟรนไชส์และสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น สัญญาเช่าสถานที่
12. เงื่อนไขการเลิกสัญญา, การยกเลิก, การแก้ไข รวมทั้งการต่ออายุสัญญา
13. ในกรณีที่มีการคาดคะเนรายรับจากการประกอบการหรือกล่าวอ้างถึงรายรับของผู้รับสิทธิที่ประกอบการอยู่ในปัจจุบัน จะต้องแสดงหลักฐานหรือวิธีการคำนวณที่ก่อให้เกิดรายรับตามที่กล่าวอ้างด้วย

แนวทางเบื้องต้นตามที่ได้เสนอนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามีความจำเป็นที่ผู้ให้สิทธิควรจะต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้กับผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ให้ได้รับทราบก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาหรือกระทำการใดๆที่จะมีผลผูกพันในสัญญาแฟรนไชส์นั้น ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถปรับใช้ได้กับทุกธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจด้านอาหารเครื่องดื่ม, ธุรกิจการศึกษา, ธุรกิจความงาม, ธุรกิจขายสินค้าหรือบริการอื่นๆ เพราะเนื่องจากว่าแนวทางดังกล่าวเป็นข้อมูลเบื้องต้นที่จะแสดงให้เห็นถึงความน่าเชื่อถือ ความมั่นคง และความสำเร็จที่ผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิจะใช้ในการพิจารณาตัดสินใจเพื่อเข้าร่วมระบบแฟรนไชส์นั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามอาจจะมีข้อยกเว้นสำหรับบางธุรกิจ เช่น ขายสีเบะหมี่เกี๊ยว, ไอศกรีมมหาชัย ฯลฯ ที่อาจจัดได้ว่าเป็นธุรกิจกึ่งแฟรนไชส์ ในการเปิดเผยข้อมูลบางเรื่อง เช่น ประวัติทางคดีและการล้มละลาย หรือรายละเอียดของผู้รับสิทธิคนก่อน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าอาจจะไม่มีความจำเป็นเท่าใดนักในการที่จะนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาซื้อสิทธิดังกล่าว สาเหตุก็เนื่องมาจากว่ากิจการกึ่งแฟรนไชส์ดังกล่าวใช้เงินลงทุนไม่มากนักและมีวิธีการประกอบธุรกิจที่ไม่ซับซ้อนดังที่กล่าวแล้ว ซึ่งต้องพิจารณากันต่อไปว่าธุรกิจที่ถูกต้องว่าธุรกิจกึ่งแฟรนไชส์ จะตกอยู่ภายใต้การบังคับให้มีการเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามในการซื้อขายธุรกิจแฟรนไชส์โดยทั่วไปแล้วหากปราศจากซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแล้วก็อาจทำให้เกิดปัญหาดังเช่นกรณีศึกษาข้างต้นตามมากอีกมากมาย ซึ่งปัญหาในเรื่องการถูกลอกหลวงในการเสนอขายแฟรนไชส์นั้น กฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค อาจนำมาปรับใช้ได้ไปก่อนแต่จะต้องพิจารณาก่อนว่า ผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์นั้นจะได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การเยียวยาดังกล่าวนั้นก็เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายแล้ว

ประเทศไทย

ปัญหาในเรื่องการถูกลอกหลวงในการซื้อแฟรนไชส์จากโฆษณานั้น ดังที่กล่าวแล้วว่าจะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์นั้นถือว่าเป็นผู้บริโภคตามความหมายภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ โดยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ในมาตรา 3 นั้น ให้คำนิยามของ ผู้บริโภค ว่าหมายถึง ผู้ซื้อหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบแม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม และพิจารณาประกอบกับนิยามของคำว่า “บริการ” ว่าหมายถึง การรับจัดทำกรงาน การให้

สิทธิใดๆหรือการให้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆโดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น

แต่หากพิจารณา “ผู้บริโภค” ตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในมาตรา 3 ซึ่งได้นิยามไว้ว่าหมายถึง ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกัน หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้ความหมายรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

ตามความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่า ผู้รับสิทธิแพรอนไซส์ไม่ได้เป็นผู้บริโภคตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะเนื่องจากคำนิยามดังกล่าว นั้นผู้ที่เข้าทำสัญญาต้องมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สินหรือบริการ แต่ผู้รับสิทธิแพรอนไซส์ยังถือได้ว่าเป็นผู้บริโภค ตามคำนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อพิจารณาประกอบกับนิยามของคำว่าบริการและน่าจะได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในฐานะผู้บริโภคจากการถูกลอกหลวงจากการโฆษณาขายแพรอนไซส์ของผู้ให้สิทธิด้วย

สหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายที่ควบคุมในเรื่องดังกล่าวคือ กฎข้อบังคับของ the Federal Trade Commission (FTC Act) ที่ว่าด้วยเรื่องการโฆษณาหรือประกาศที่หลอกลวงที่ถือว่าเป็นความผิด* นอกจากนี้ยังมีกฎหมายระดับมลรัฐที่บัญญัติในเรื่องการเสนอข้อมูลเท็จ

* §52 (section 5) (a) It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement ---

(1) By United States mails, or in or having an effect upon commerce by any means, for the purpose of inducing, ... or

(2) By any means, for the purpose of inducing , or which is likely to induce , directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce of food, drugs, devices. or cosmetics.

ของแฟรนไชส์ที่เสนอขาย ดังเช่น Hawaii Investment Law* จะมีบทลงโทษหากมีการหลอกลวงหรือข้อฉ้อโกงทั้งในทางแพ่งและทางอาญาหรือตาม Michigan Franchise Investment Law** เป็นต้น

ออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย กฎหมายที่บัญญัติว่าด้วยการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้าเพื่อควบคุมการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้าและการผูกขาดรวมทั้งบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค คือ the Trade Practices Act 1974 ซึ่งมีการกำหนดเรื่องข้อความโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดไว้เช่นกัน ในมาตรา52*** เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการดำเนินการในทางการค้าหรือทางพาณิชย์ ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงหรือซึ่งอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง บทบัญญัตินี้ตั้งกล่าวมุ่งหมายคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ด้วย ดังเช่นในคดี Will Writers Guild Pty Ltd and Sidney James Murray ซึ่ง Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) พบว่าจำเลยได้ละเมิดบทบัญญัติของ the Franchising Code of Conduct โดยจำเลยได้กระทำให้ผู้รับสิทธิ

(b) The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title.

* 11482E-5 ... (b) It is unlawful for any person in connection with the offer, sale, or purchase of any franchise directly or indirectly: ... to make any untrue statement of a material fact in any offering circular ...

** 445.1525 Publication of false or misleading advertisement prohibited.
Sec. 25 A person shall not publish an advertisement concerning the offer or sale of a franchise in this state if the advertisement contains a statement that is false or misleading ...

*** §52 Misleading or deceptive conduct
(1) A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive...

แฟรนไชส์จำนวน 6 ราย เข้าใจผิดในเรื่องของความเสียหายหรือแง่มุมของข้อเท็จจริงอื่นๆในการประกอบธุรกิจดังกล่าวด้วย หรือในคดี Australian Industries Group Pty Ltd, trading as Half Price Shutters ที่จำเลยได้กระทำทำให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับศักยภาพของผลตอบแทนของธุรกิจแฟรนไชส์และยังได้กระทำการอย่างไม่มีเหตุผลเมื่อผู้รับสิทธิได้ร้องทุกข์เกี่ยวกับผลตอบแทนจากการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าว เป็นต้น

ประเด็นปัญหาในการคุ้มครองการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ของผู้รับสิทธิ รวมทั้งการควบคุมการเสนอขายแฟรนไชส์ของผู้ให้สิทธินั้น ขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายออกมากำกับดูแลเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะดังเช่นในต่างประเทศ แม้จะมีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นบททั่วไปและพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็สามารถคุ้มครองได้เพียงในระดับหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่มีลักษณะแตกต่างจากการประกอบธุรกิจโดยทั่วไปโดยเฉพาะในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทำให้รายละเอียดของสัญญาหรือข้อตกลงมีความซับซ้อน ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาเข้าร่วมธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยส่วนหนึ่งจึงมาจากการที่เราไม่มีกฎหมายแฟรนไชส์ออกมาคุ้มครองผู้รับสิทธิอย่างจริงจังโดยเฉพาะการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์จึงทำให้ผู้รับสิทธิจำนวนไม่น้อยต้องถูกหลอกลวงให้เข้าทำสัญญาโดยที่แฟรนไชส์ดังกล่าวอาจไม่มีจริงหรือไม่ได้มีร้านค้าแฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จดังที่กล่าวอ้าง รวมทั้งบางแฟรนไชส์ยังไม่มีระบบแฟรนไชส์ที่มีมาตรฐานเพียงพอที่จะถ่ายทอดให้แก่ผู้รับสิทธิอื่นๆ ผู้รับสิทธิทั้งหลายจึงควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐในการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์มากขึ้น

นอกจากประเด็นปัญหาในเรื่องของการขาดความคุ้มครองในส่วนของการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ดังกล่าวข้างต้น ข้อบังคับหรือเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ที่โดยมากจะถูกกำหนดโดยฝ่ายผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ก็อาจจะละเมิดต่อกฎหมายได้ ฉะนั้นจึงจะทำการศึกษาถึงข้อบังคับและเงื่อนไขที่มักพบในสัญญาแฟรนไชส์ว่ากฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่นั้นสามารถใช้บังคับได้หรือไม่

4.1.2 ข้อบังคับของสัญญา

โดยทั่วไปคู่สัญญาแฟรนไชส์สามารถต่อรองข้อตกลงกันภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แม้ว่าข้อตกลงอาจทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียเปรียบก็ไม่ทำให้เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเสียไป แต่ข้อสัญญานั้นต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่

เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะผลของการขัดต่อหลักดังกล่าวคือการไม่มีสภาพบังคับซึ่งกฎหมายไม่ยอมรับบังคับให้ อันเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าสัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่มีความละเอียดซับซ้อน เนื่องจากลักษณะ รูปแบบและวิธีการในการดำเนินธุรกิจที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความใกล้ชิดกันมาก โดยผู้รับสิทธิจะต้องดำเนินธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายทางพาณิชย์อื่นใดของผู้ให้สิทธิ รวมทั้งต้องปฏิบัติตามแนวทาง รูปแบบและนโยบายภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ให้สิทธิอย่างใกล้ชิดและผู้ให้สิทธิต้องควบคุม ดูแลและให้การช่วยเหลือผู้รับสิทธิตลอดระยะเวลาของสัญญา ทำให้สัญญาแฟรนไชส์มักจะกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับต่างๆไว้มากมาย โดยอาจมีบางข้อกำหนดเป็นการเอาวัดเอาเปรียบผู้รับสิทธิได้

จะเห็นว่าข้อบังคับของสัญญาแฟรนไชส์ไทยและต่างประเทศจะมีการกำหนดที่คล้ายคลึงกันในหลักการและข้อปฏิบัติในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งอาจเนื่องมาจากการที่เรารับเอาวิธีการดำเนินธุรกิจนี้มาจากต่างประเทศนั่นเอง ซึ่งข้อกำหนดบางข้ออาจถือว่าเป็นการละเมิดพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้ารวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ในการพิจารณาปัญหาในการคุ้มครองผู้รับสิทธิแฟรนไชส์จากข้อบังคับของสัญญานั้นจะนำกฎหมายบางประเทศที่ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวมาศึกษาควบคู่กัน

4.1.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการขายพ่วง (Tying Arrangement)

การขายพ่วง ได้แก่ การที่ผู้ขายสินค้าชนิดหนึ่งกำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับให้ผู้ที่ต้องการซื้อสินค้าชนิดนั้นจะต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งจากผู้ขายไปพร้อมๆกันไปด้วยโดยอาจจะบังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าชนิดหลังในจำนวนเท่ากันหรือในอัตราส่วนตามที่ผู้ขายกำหนด ตามปกติผู้ซื้ออาจจะไม่ต้องการซื้อสินค้าชนิดหลังจากผู้ขายก็ได้หากผู้ขายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าสินค้าชนิดแรกที่ผู้ซื้อต้องการซื้อเป็น “สินค้าที่มีการพ่วง” (Tying Product) และเรียกสินค้าชนิดหลังที่ถูกบังคับให้ซื้อเป็น “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” (Tied Product)⁶

การพ่วงขายในธุรกิจแฟรนไชส์ ก็คือ การที่ผู้ให้สิทธิบังคับให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้า

⁶ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายแข่งขันทางการค้า. (กรุงเทพมหานคร: เม็ดสีการพิมพ์, 2543), 151-152.

อย่างที่สองหรือมากกว่านั้นติดไปด้วยทั้งที่ผู้รับสิทธิไม่ต้องการซื้อสินค้าชิ้นที่สองหรือสามารถซื้อสินค้าดังกล่าวได้จากแหล่งอื่นที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันในราคาที่ถูกลง แต่หากผู้รับสิทธิไม่ตกลงที่จะซื้อสินค้าชิ้นที่สองจากผู้ให้สิทธิ ผู้ให้สิทธิก็จะไม่ขายสินค้าที่ต้องการให้ ฉะนั้นจึงศึกษาว่าการขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์สามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายไทยหรือไม่

ประเทศไทย

โดยทั่วไปการขายพ่วงอาจก่อให้เกิดผลในทางลบต่อการแข่งขันอย่างเสรีและอาจเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายสร้าง“อำนาจเหนือตลาด”^{*} สำหรับสินค้าบางอย่าง นอกจากนี้ยังเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าเนื่องจากการขายพ่วงนั้นทำให้ผู้ซื้อถูก

* ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด”หมายความว่า ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

โดยเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2546 ผลการประชุมของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีมติเห็นชอบหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 สำหรับธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก ดังนี้

1. ขอบเขตตลาด กำหนดเป็นขอบเขตตลาดเดียวกันทั้งประเทศและเป็นตลาดเฉพาะร้านค้าปลีกสมัยใหม่ 5 ประเภท คือ ดิสเคานท์สโตร์ ห้างสรรพสินค้า ซูเปอร์มาร์เก็ต ร้านสะดวกซื้อ ร้านค้าเฉพาะอย่าง

2. ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีกซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดให้หมายถึง (1) ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป และยอดเงินขายตั้งแต่ 27,000 ล้านบาทขึ้นไปในปีที่ผ่านมา หรือ (2) ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรก มีส่วนแบ่งการตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 33.33 ขึ้นไป และยอดเงินขายรวมกันตั้งแต่ 45,000 ล้านบาทขึ้นไปในปีที่ผ่านมา กรณีผู้ประกอบธุรกิจรายใดใน 3 ราย มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะได้รับการยกเว้นไม่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในการคำนวณส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายให้ใช้ตัวเลขทั้ง 3 ราย

บังคับให้ต้องซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วยทั้งๆที่ผู้ซื้ออาจต้องการแต่เพียงสินค้าที่มีการพ่วงเท่านั้น แต่ในขณะเดียวกันการขายพ่วงอาจทำให้การประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพดีขึ้น เช่น เป็นการประหยัดขนาด คือ อาจทำให้ผู้ประกอบการเสียค่าใช้จ่ายบางประการต่อการจำหน่ายสินค้าที่ถูกพ่วงน้อยลง เช่น ค่าโฆษณา ทำให้เป็นการลดต้นทุนการผลิตและจำหน่ายสินค้านั้น ธุรกิจแฟรนไชส์มีกลยุทธ์การขายพ่วงมาตั้งแต่อดีตเนื่องจากผู้ให้สิทธิเป็นผู้ลงทุนในการพัฒนาสินค้า และเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชส์ให้เป็นที่ยอมรับของผู้บริโภค เมื่อผู้ให้สิทธิให้สิทธิแฟรนไชส์กับผู้รับสิทธิรายหนึ่งรายใดเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานเดิมจะทำให้ชื่อเสียงของแฟรนไชส์โดยรวมเสียไปด้วยโดยปกติผู้ให้สิทธิจึงวางเงื่อนไขบังคับให้ผู้รับสิทธิต้องซื้ออุปกรณ์การผลิตหรือวัตถุดิบต่างๆตลอดจนสินค้าสำเร็จรูปจากผู้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว การขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์จึงอาจถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ดังที่จะพิจารณาต่อไป

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย มาตรา 25^{*} ได้กำหนดพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการทำธุรกิจที่จะถูกควบคุมได้ 4 ลักษณะ คือ

1. การกำหนดราคา (มาตรา 25 (1))
2. การกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจ (มาตรา 25 (2))
3. การจำกัดปริมาณสินค้า (มาตรา 25 (3)) และ
4. การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น (มาตรา 25 (4))

* มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
 - (1) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือการให้บริการ ...
 - (2) ระบุ ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ ... เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
 - (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

โดยการกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจตามมาตรา 25 (2) นั้นผู้ประกอบการมีสิทธิกำหนดเงื่อนไขกับคู่ค้าของตนได้ แต่กฎหมายจะควบคุมการกำหนดเงื่อนไขของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้านของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับ หรือการให้บริการ หรือในการจัดการสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจ การขายพ่วงจึงตกอยู่ภายใต้มาตราดังกล่าวซึ่งมีองค์ประกอบดังนี้

1. เป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด
2. ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้บังคับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า ได้รับหรือการให้บริการซึ่งรวมถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดวางข้อบังคับให้ลูกค้าที่จะซื้อสินค้าที่มีการพ่วงต้องซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วย

3. การบังคับดังกล่าวเป็นการ "ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม" ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปตามความหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีของการขายพ่วงเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้าหรือเครื่องหมายการค้าดังกล่าวนั้น แม้ว่าจะมีวิธีอื่นในการควบคุมคุณภาพ เช่น การวางข้อกำหนดหรือแนวทางในการผลิตสินค้าหรือใช้เครื่องจักร โดยระบุแหล่งวัตถุดิบ คุณภาพและมาตรฐานของเครื่องมือและอุปกรณ์ที่จะนำมาใช้ แต่หากกรณีดังกล่าวเป็นวิธีที่มีการเพิ่มทุนสูงมากและผู้ประกอบการต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากในการตรวจตราและควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือไม่ทำให้ต้นทุนที่ต้องเสียไปไม่คุ้มกับประโยชน์ที่จะได้รับ ในขณะที่การขายพ่วงใช้ต้นทุนต่ำกว่าเนื่องจากผู้ประกอบการเป็นผู้จัดหาวัตถุดิบสินค้าหรือบริการเองและสามารถควบคุมคุณภาพได้ง่ายกว่าซึ่งทำให้เกิดประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจก็ไม่ถือว่าการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับ "อย่างไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม" ซึ่งต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (2)

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีบทบัญญัติห้ามผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ใช้วิธีการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมและมีผลจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์รวมทั้งผู้ประกอบการรายอื่นในมาตรา 29* ซึ่งในมาตรา 29 นี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้

* มาตรา 29 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรี

วางแผนทางการกระทำที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 และขณะนี้ อยู่ในระหว่างการปรับปรุงแก้ไข อันได้แก่*

1. การกำหนดราคาขายต่ำเกินควร (Unfair Low Price Sales) โดยขายต่ำกว่า ใบบ้างหนึ่ง เว้นแต่เป็นการขายที่มีความจำเป็นสามารถอธิบายเหตุผลได้ เช่น สินค้าใกล้หมดอายุ เป็นต้น
2. การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเขาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร ในลักษณะทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งได้กำหนดการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะดังกล่าวไว้ เช่น การบังคับให้คู่ค้าซื้อ ขายสินค้าหรือบริการ (Coercion to Purchase) หรือ การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจหรือการทำข้อตกลงพิเศษที่มีลักษณะจำกัดโอกาสในการประกอบธุรกิจของคู่ค้า เช่น ห้ามคู่ค้าขายสินค้าให้คู่แข่ง เป็นต้น
3. การปฏิบัติกับคู่ค้าที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยกำหนดเงื่อนไขหรือราคาที่แตกต่างกัน (Price Discrimination) หรือการปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจด้วยโดยไม่มีเหตุอันสมควร
4. การกระทำด้วยประการใดๆ ให้ได้มา ซึ่งข้อมูลหรือความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของคู่ค้า
5. การบังคับหรือชักจูงให้ลูกค้าต้องประกอบธุรกิจกับตนเอง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การเสนอประโยชน์ที่ไม่สมเหตุผลในทางการค้าให้การบังคับซื้อสินค้าอื่นพ่วงไปกับสินค้าที่ต้องการซื้อ (Tying Purchase)

ซึ่งโดยปกติการบังคับผู้รับสิทธิโดยการขายพ่วงนั้นเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และยังจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้รับสิทธิอีกด้วย โดยในการพิจารณาว่าการขายพ่วงในธุรกิจแพนโซนั้นสามารถกระทำได้หรือไม่ก็ต้องพิจารณาทั้งในมาตรา 25 ในกรณีที่ผู้ให้สิทธิเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่แม้จะไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหากกระทำการที่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 29 และแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าข้างต้นก็จะถือว่าผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นกัน

อย่างเป็นทางการและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

* ดูรายละเอียดทั้งหมดที่ภาคผนวก

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามการขายฟองอย่างเด็ดขาดหรือกำหนดให้การขายฟองเป็นความผิดในตัวเอง (Per se illegal) การที่จะวินิจฉัยศาลจึงใช้หลักเหตุและผล (Rule of Reason) โดยวิเคราะห์ถึง

- (1) วัตถุประสงค์ที่ผู้ประกอบการนำกลยุทธการขายฟองมาใช้
- (2) ผลกระทบจากการนำกลยุทธการขายฟองมาใช้ต่อกลไกการแข่งขันอย่างเสรีในตลาด โดยควรต้องพิจารณาผลกระทบทั้งในตลาดของ "สินค้าที่มีการฟอง" และตลาดของ "สินค้าที่ถูกนำไปฟอง" ว่ามีสภาพเช่นไรและเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร
- (3) เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ต้องการจะป้องกันมิให้ผู้ประกอบการจัดทำกรบิตเบือนกลไกการแข่งขันในตลาดโดยวิธีการอันมิชอบ ทำให้ปริมาณสินค้าและราคาในตลาดไม่เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ⁷

ระบบแฟรนไชส์มักจะรวมสิทธิ ลิขสิทธิ์ หรือเครื่องหมายการค้าด้วย ผู้รับสิทธิจึงต้องรักษาคุณภาพและมาตรฐานของผู้ให้สิทธิไว้ให้ได้ การบังคับให้ผู้รับสิทธิต้องซื้อวัตถุดิบจากผู้ให้สิทธิจึงอาจเพื่อต้องการให้สินค้าหรือบริการของผู้รับสิทธิได้คุณภาพตามมาตรฐานของผู้ให้สิทธิก็ได้ แต่หากการบังคับซื้อวัตถุดิบใดๆที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการของผู้ให้สิทธิแต่เป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาในตลาดซึ่งเป็นการตัดทางเลือกและโอกาสของทั้งผู้ผลิตและผู้รับสิทธิเอง กรณีนี้ผู้ให้สิทธิไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้ออ้างได้ แต่อย่างไรก็ตามในธุรกิจแฟรนไชส์มีลักษณะที่พิเศษกว่าธุรกิจอื่น คือเหตุผลในการรักษาคุณภาพและมาตรฐานแฟรนไชส์ซึ่งเป็นข้อที่ผู้ให้สิทธิอ้างเพื่อใช้วิธีฟองขายได้

สหรัฐอเมริกา

ปัญหาขายฟองดังกล่าวเกิดขึ้นในต่างประเทศมาเป็นเวลานาน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถือเป็นต้นกำเนิดธุรกิจแฟรนไชส์โดยการกระทำการขายฟองจะอยู่ภายใต้กฎหมายดังนี้ คือ the Clayton Act^{*}, the Sherman Act^{**}, และ the FTC Act^{***} และกฎหมายมลรัฐใน

⁷ สรวิศ ลิมปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), 174-175.

^{*} Clayton Act § 3 "it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, ... , supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use,

เรื่องการต่อต้านการผูกขาดบัญญัติห้ามมิให้ผู้ให้สิทธิกำหนดให้ผู้รับสิทธิซื้อหรือเช่าสินค้าหรือบริการจากผู้ให้สิทธิถ้าหากการกระทำดังกล่าวไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าข้อจำกัดนั้นมีเหตุผลที่จำเป็นเพียงพอสำหรับวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามพื้นฐานของธุรกิจและจะต้องไม่มีผลกระทบอย่างมากในการแข่งขันด้วย* ศาลสหรัฐอเมริกามองปัญหาการขายพ่วงในธุรกิจ

consumption, or resale within the United States ... or fix a price charged therefor, or discount form , or rebate upon such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, ... or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease , sale, or contract for sale or such condition , agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

** Sherman Act §1 " Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or if any other person, one hundred thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments,...

*** FTC Act § 5 " (a)(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are declared unlawful.

(2)The commission is empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations , except banks....., from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

* ตัวอย่างเช่น Ind Code Ann § 23-2-2.7-1(1) (ห้ามมิให้กำหนดสถานที่การจัดซื้อสินค้าหรือบริการที่เมื่อเปรียบเทียบถึงคุณภาพแล้วสามารถซื้อหาได้จากแหล่งอื่นนอกจากที่กำหนดโดยผู้ให้สิทธิ) Mich Stat Ann §19.854(27)(b) (บัญญัติห้ามมิให้รับจดทะเบียนแฟรนไชส์ที่ข้อตกลงมีการกำหนดการจัดซื้อจากแหล่งที่กำหนด ถ้าสินค้าหรือบริการนั้นไม่ใช่

แฟรนไชส์ว่าเครื่องหมายการค้ากับตัวสินค้าในระบบแฟรนไชส์ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ฉะนั้นผู้ให้สิทธิไม่มีสิทธิบังคับให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบจากผู้ให้สิทธิเพื่อเป็นการรักษาคุณภาพและสินค้าของแฟรนไชส์นั้น เช่น คดี Siegel V. Chicken Delight, Inc.^{*} ศาลได้ตัดสินว่าอุปกรณ์ทอดไก่ อุปกรณ์ในการบรรจุหีบห่อหรือเครื่องปรุงไม่ใช่เรื่องเดียวกับการให้ใช้เครื่องหมายการค้า ผู้ให้สิทธิไม่มีสิทธิบังคับให้ผู้รับสิทธิต้องซื้ออุปกรณ์เหล่านั้นในการประกอบธุรกิจด้วยซึ่งศาลได้ตัดสินว่าผู้ให้สิทธิกระทำผิดตามกฎหมายผูกขาด และถือว่าการขายพ่วงเป็นความผิดในตัวเอง (Per se illegal) คือไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลสมควรว่าต้องทำหรือไม่ นอกจากนี้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกายังได้วางหลักที่สำคัญที่จะแสดงว่าการกระทำการขายพ่วงเป็นความผิดในตัวเอง^{**} ซึ่งต้องประกอบด้วย

1. สินค้าทั้งสองชนิดต้องเป็นสินค้าที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน โดยการซื้อสินค้าชนิดหนึ่งต้องมีเงื่อนไขบนการซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งด้วย
2. การมีอำนาจทางการตลาดที่เพียงพอในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) เพื่อจำกัดการแข่งขันในสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงนั้น (Tied product)
3. ผลกระทบที่เกิดขึ้นมีอิทธิพลต่อปริมาณของสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงในตลาด

ในคดี Principle V. Mcdonal's Corp.^{***} ศาลไม่ได้ใช้ข้อพิจารณาดังกล่าวซึ่งในคดีนี้จำเลยกำหนดเงื่อนไขในการให้แฟรนไชส์ว่า ผู้รับสิทธิจะต้องเช่าสถานที่ประกอบธุรกิจจากผู้ให้สิทธิ (จำเลย) ด้วย ซึ่งศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงของแฟรนไชส์สมัยใหม่คือมีเพียงแค่พิจารณาว่าสินค้าพ่วงนั้นเป็นสิ่งเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าในความรู้สึกของผู้บริโภคหรือไม่เท่านั้น แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าสินค้าเหล่านั้นเป็นส่วนประกอบร่วมของการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นหรือไม่ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ให้สิทธิบังคับผู้รับสิทธิให้เช่าสถานที่จากตนเองได้เพราะเป็นส่วนประกอบสำคัญในการทำแฟรนไชส์ จึงไม่ผิดกฎหมายผูกขาด หรือหากเป็นในเรื่องของอำนาจของผู้ให้สิทธิที่ใช้วิธีการขายพ่วงที่เกิดจากสัญญาแฟรนไชส์ ศาลจะต้องทำการเปรียบเทียบดูว่า

ทั้งหมดของธุรกิจแฟรนไชส์หรือข้อจำกัดในการจัดซื้อนั้นไม่มีความจำเป็นต่อการปกป้องเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ)

^{*} 448F2d 43 (9th Cir 1991), cert denied, 405 US 955 (1972).

^{**} 1997 WL 526 213 (3d Cir 1997) .

^{***} 631 F2d 303 (4th Cir 1980), cert denied, 451 US 970 (1981).

อำนาจของผู้ให้สิทธิทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาว่าเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ หากมีอำนาจตั้งแต่ก่อนการทำสัญญาและไปใช้วิธีการขายพ่วงก็ถือว่าผิดกฎหมายผูกขาดแต่หากอำนาจเกิดจากสัญญาก็ถือว่าไม่ผิดกฎหมายผูกขาดแต่อย่างใด ดังที่เกิดในคดี Queen City Pizza, Inc V. Domino Pizza,* อย่างไรก็ตามก่อนการทำสัญญาผู้ให้สิทธิต้องให้ข้อมูลที่ครบถ้วนแก่ผู้ที่จะรับสิทธิไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการบังคับซื้อวัตถุดิบจากใคร, เกี่ยวข้องกับผู้ให้สิทธิอย่างไร ฯลฯ ซึ่งหากผู้รับสิทธิรู้อยู่ก่อนการเข้าทำสัญญาแล้วจะมาฟ้องศาลในภายหลังว่าผู้ให้สิทธิผิดกฎหมายผูกขาดไม่ได้

ต่อมาในปี 1992 ศาลได้วางหลักใหม่เกี่ยวกับการขายพ่วงไว้ในคดี Digital Equipment Corp. V. Uniq Digital Technologies, Inc.** ว่า การขายพ่วงในสัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้เป็นความผิดในตัวเองแต่ต้องดูเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องใช้วิธีขายพ่วงด้วย คือ ดูความสมเหตุสมผลของการกระทำที่เรียกว่าหลัก Rule of Reason นอกจากคดีดังกล่าวแล้วศาลสหรัฐอเมริกายังได้วางหลักเกณฑ์ใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงไว้อีกมาก เช่น หากสินค้าที่บังคับขายพ่วงนั้นเกี่ยวข้องเป็นอย่างเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าจนแยกออกจากกันไม่ได้และเป็นส่วนสำคัญของความสำเร็จของการทำแฟรนไชส์ ศาลเห็นว่าให้ใช้วิธีการขายพ่วงได้

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์ประเภทต่างๆ ประกอบคำพิพากษาในคดีต่างๆ แล้วจะเห็นว่า การพิจารณาเกี่ยวกับตัวสินค้าในธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ควรพิจารณาแต่เพียงว่าเครื่องหมายการค้าเป็นสินค้าหลักและสินค้าอื่นนั้นเป็นสินค้าพ่วง แต่ควรพิจารณาถึงลักษณะของการทำแฟรนไชส์แต่ละประเภทด้วย เช่น แฟรนไชส์สินค้าและชื่อทางการค้า (Product and Trade name Franchising) สำคัญสำคัญของแฟรนไชส์ประเภทนี้คือ การขายสินค้าหรือผลิตและขายสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้ให้สิทธิ, ส่วนแฟรนไชส์รูปแบบทางธุรกิจ (Business Format Franchising) นอกจากจะเป็นการให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าแล้วยังเป็นการขายวิธีการทางธุรกิจอีกด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้จะเรียกรวมว่าเป็นสินค้าเดียวกับเครื่องหมายการค้า โดยเรียกรวมว่าแฟรนไชส์ ส่วนสินค้าอื่นๆ นอกจากนี้อาจจะต้องพิจารณาว่าธุรกิจแฟรนไชส์อื่นในลักษณะเดียวกันได้ขายสินค้านั้นรวมไปกับแฟรนไชส์ด้วยหรือไม่ ถ้าหากไม่ก็ต้องถือว่าสินค้านั้น

* 124 F.3d 430 (3d Cir.1997)

** 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996).

เป็นสินค้าที่แยกต่างหากจากสินค้าหลักซึ่งก็คือแฟรนไชส์ เว้นเสียแต่ว่าสินค้านั้นถือเป็นสาระสำคัญของแฟรนไชส์นั่นเอง⁸

ออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกฎหมายที่บัญญัติว่าด้วยการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันก็คือ the Trade Practices Act 1974 (TPA) โดยกำหนดไว้ว่าการทำสัญญา (contracts) การตกลงร่วมกัน (arrangements) และการทำความเข้าใจร่วมกัน (understandings) รวมทั้งข้อตกลง (covenants) ซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขัน การทำข้อตกลงผูกมัด (exclusive dealing) และการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในกรณีที่การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์หรือจะส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมากเท่านั้น สำหรับข้อตกลงพ่วงขายถือว่าเป็นข้อตกลงที่อยู่ในลักษณะของข้อตกลงผูกมัดรูปแบบหนึ่งตามมาตรา 47* ซึ่งจะถือ

⁸ มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขายตามสัญญาแฟรนไชส์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีการศึกษา 2535), หน้า 84.

* sec 47 of Trade Practices Act – Exclusive Dealing

- (1) Subject to this section, a corporation shall not, in trade or commerce, engage in the practice of exclusive dealing.
- (2) A corporation engages in the practice of exclusive dealing if the corporation—
 - (a) supplies, or offers to supply, goods or services;
 - (b) supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or...
- (3) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses—
 - (a) to supply goods or services to a person;
 - (b) to supply goods or services to a person at a particular price; or...
- (4) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation—
 - (a) acquires, or offers to acquire, goods or services; or
 - (b) acquires, or offers to acquire, goods or services at a particular price, on the condition that the person from whom the corporation acquires or offers to acquire

ว่าผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์หรือน่าจะมีผลเป็นการทำให้ลดการแข่งขันอย่างมากเช่นกัน ข้อตกลงขายพ่วงถือเป็นการกระทำที่ถูกละเมิดตามมาตรา 47 ของ TPA นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Third line forcing และ Full line forcing ซึ่งจะทำการศึกษาในประเด็นปัญหาเฉพาะต่อไป

นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดวิธีการที่ผู้ประกอบการซึ่งทำข้อตกลงขายพ่วงที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันให้สามารถกระทำการเช่นนั้นต่อไปได้ โดยการขออนุญาต (Authorization) จากคณะกรรมการทางการค้า (the Trade Practices Commission) ด้วยเหตุผลที่ว่ากระทำการเช่นนั้นก่อให้เกิดผลดีต่อสาธารณะมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น ซึ่งการขออนุญาตจะทำให้ข้อตกลงขายพ่วงสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าการกระทำนั้นจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันก็ตาม นอกจากนี้วิธีการขออนุญาตแล้วผู้ประกอบการซึ่งทำข้อตกลงขายพ่วงยังอาจนำเอาข้อตกลงดังกล่าวแจ้งให้ The Trade Practices Commission ทราบและขึ้นทะเบียนไว้เรียกว่าวิธีการนี้ว่า Notification ซึ่งการกระทำเช่นนี้จะมีผลทำให้การทำข้อตกลงขายพ่วงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตราบเท่าที่คณะกรรมการทางการค้าจะเห็นว่าข้อตกลงขายพ่วงดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมากและก่อให้เกิดผลเสียต่อสาธารณะมากกว่าผลดีที่เกิดขึ้นและได้ออกคำสั่งยกเลิกเสีย

จากที่ได้ศึกษากฎหมายและคำพิพากษาของไทยและต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันการขายพ่วงของประเทศต่างๆมีลักษณะแตกต่างกันออกไป ในประเทศที่เห็นว่าการแข่งขันเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อระบบเศรษฐกิจก็จะบัญญัติกฎหมายห้ามการทำข้อตกลงการขายพ่วงไว้อย่างเข้มงวดโดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตามศาลได้พิจารณาหลักเหตุและผล (Rule of Reason) และนำมาใช้กับการทำข้อตกลงขายพ่วงในบางกรณี สำหรับประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติกฎหมายห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงขายพ่วงในลักษณะเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ก็ได้พัฒนาระบบ Authorization ขึ้น ซึ่งอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถทำข้อตกลงขายพ่วงได้หากก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและระบบ Notification โดยยินยอมให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินธุรกิจ

the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate will not supply goods or services,...

ได้อย่างต่อเนื่องโดยการนำเอาข้อตกลงขายพ่วงไปจดทะเบียนและสามารถบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวได้ตราบเท่าที่รัฐไม่ลังเล

สำหรับประเทศไทยนั้นการขายพ่วงมิใช่เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ถือว่าเป็นการกระทำผิดอย่างเด็ดขาด (per se illegal) คือ มิใช่เป็นความผิดที่ต้องห้ามโดยกฎหมายเสียทีเดียว แต่ต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและต้องเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องแฟรนไชส์นั้นแม้จะยังไม่มีข้อยุติในเรื่องดังกล่าวแต่การขายพ่วงน่าจะใช้ได้อย่างจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องการเพื่อรักษาคุณภาพและมาตรฐานของแฟรนไชส์เท่านั้น หมายความว่าสิ่งที่บังคับพ่วงขายต้องเป็นสิ่งที่มียุทธศาสตร์เพียงพอที่จะทำให้ชื่อเสียงของแฟรนไชส์เสียหายได้อย่างมีนัยสำคัญและนอกจากนี้แล้วภายใต้กฎหมายไทย การกระทำในลักษณะขายพ่วงยังต้องพิจารณาตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ปรากฏอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์นั้นๆด้วย

โดยจะต้องพิจารณาถึงในส่วนของประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ* เช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตรและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ จะเห็นว่า มีกล่าวไว้ในเรื่องของการกระทำการขายพ่วงให้กับผู้รับอนุญาตเพื่อเป็นการรักษาคุณภาพและมาตรฐานของทรัพย์สินทางปัญญาตามที่ผู้ให้อนุญาตกำหนดไว้ เช่น ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ว่าการพิจารณาว่าเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15(5)** มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ให้พิจารณาเป็นกรณีๆไป ซึ่งหากเงื่อนไขดังกล่าวมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดก็จะถือว่าเป็นเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม เช่น กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ใน

* ดูรายละเอียดกฎกระทรวงฉบับเต็มได้ที่ภาคผนวก

** มาตรา 15 ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิ แต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้...

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนด ในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

การพิจารณาว่าเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง (5) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

การผลิตสำเนางานที่ได้รับอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากผู้อำนวยการที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดไม่ว่าวัสดุที่ใช้ในนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้น เพื่อให้ได้สำเนาตามมาตรฐานที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด...

ตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามมาตรา 39(1)* มาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 39(1) หรือมาตรา 65 ทศ ประกอบด้วยมาตรา 39(1) แล้วแต่กรณี โดยให้พิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นรายกรณีไป ซึ่งหากเงื่อนไขใดมีข้อจำกัดในลักษณะดังที่กำหนดไว้ เช่น กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือจากผู้อำนวยการที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร อนุญาตไม่ว่าวัสดุที่ใช้ในนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้น เพื่อให้ได้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร...

ในส่วนของเครื่องหมายการค้านั้นเจ้าของหรือผู้อนุญาตสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้ได้รับอนุญาตอาจร่วมกันร้องขอต่อนายทะเบียนให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการจดทะเบียนในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตได้

4.1.2.2 ข้อผูกมัดพิเศษการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่น (Exclusive Dealing)

การวางข้อจำกัดในการห้ามทำธุรกิจแข่งขันกับคู่ค้ารายอื่น ซึ่งลักษณะโดยทั่วไปของการกระทำดังกล่าวนั้นจะเป็นการตกลงให้ผู้ซื้อตกลงว่าจะซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายเท่านั้นภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือการที่ผู้ประกอบการได้วางข้อกำหนดให้ผู้รับสินค้าจาก

* มาตรา 39 (1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ตนไปขายต่อจะต้องจำหน่ายสินค้าเฉพาะของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวเท่านั้นและห้ามมิให้ผู้ที่ได้รับสินค้านั้นจำหน่ายสินค้าของผู้ที่เป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวด้วย โดยอาจมีการระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้ที่น่าไปขายต่อในหลายรูปแบบ เช่น สัญญาตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า (Agent Contract) , สัญญาตั้งผู้แทนจำหน่าย (Dealer) เป็นต้น

ประเด็นปัญหา คือ ข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นในสัญญาแฟรนไชส์มีดีกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่

ในสัญญาแฟรนไชส์ก็มักมีการจำกัดสิทธิของผู้รับสิทธิมิให้เกี่ยวข้องกับ การกระทำอันเป็นการแข่งขันในระหว่างระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์ โดยข้อกำหนดดังกล่าวอาจ อยู่ในรูปของข้อจำกัดหรือข้อตกลงห้ามทำธุรกิจแข่งขันอย่างใดอย่างหนึ่งคือ ผู้ให้สิทธิให้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์แก่ผู้รับสิทธิและจำหน่ายสินค้าของผู้ให้สิทธิ โดยผู้ให้สิทธิห้ามผู้รับสิทธิจำหน่ายสินค้าของบริษัทอื่นนั่นเอง

ประเทศไทย

ข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นนี้ก็ถือได้ว่าเป็นการวางข้อกำหนดที่จำกัดโอกาสในการซื้อหรือขายสินค้าตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของ ไทย มาตรา 25 (2) เนื่องจากผลของการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นทำให้ผู้ประกอบการที่ซื้อสินค้าจากผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่สามารถซื้อสินค้าจากผู้ผลิตสินค้ารายอื่นมาจำหน่ายได้และทำให้ผู้ประกอบการนั้นจะต้องขายแต่เฉพาะสินค้าของผู้มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับแนวทางพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการวางแผน หลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดด้วย* นอกจากการพิจารณาข้อจำกัดดังกล่าวตามมาตรา 25(2) ซึ่งเป็นการที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดมิให้กำหนดเงื่อนไขในการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือขายสินค้า รวมทั้งการได้รับและการให้บริการแล้ว ข้อจำกัดในลักษณะของข้อผูกมัดดังกล่าวนี้ ต้องพิจารณาตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยว่ามีลักษณะเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งมีผลเป็นการทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทาง

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในเชิงอรรถ หน้า 110.

การค้าได้วางแนวทางถึงการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก ตามมาตรา 29 ไว้ ซึ่งในขณะนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขโดยหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งที่ดีถือเป็นการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม คือ การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ในลักษณะทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือเพื่อบังคับผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจหรือการทำข้อตกลงพิเศษที่มีลักษณะจำกัดโอกาสในการประกอบธุรกิจของคู่ค้า เช่น ห้ามคู่ค้าขายสินค้าให้แก่คู่แข่งชั้นนั้นก็เป็นการกระทำที่ดีถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย

แต่อย่างไรก็ตามข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นนี้เป็น การกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจดังเช่นการขายพ่วง (Tying Arrangement) และตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเดียวกัน ฉะนั้นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญของความผิดตามมาตรานี้ก็คือ การวางข้อกำหนดดังกล่าวต้องเป็นการวางข้อกำหนด“อย่างไม่เป็นธรรม”ด้วยจึงจะทำให้เป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายเป็นการใช้หลักเหตุและผล (Rule of Reason) ประกอบการพิจารณาพฤติกรรมดังกล่าวในแต่ละกรณี

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงผูกมัดพิเศษดังกล่าวที่ผู้ให้สิทธินำมาใช้บังคับกับผู้รับสิทธิในธุรกิจแฟรนไชส์จะขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึง มาตรา 25 ก่อนหากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อยู่ในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้วางหลักเกณฑ์ไว้แล้ว ดังเช่นกรณีของการขายพ่วง นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาลักษณะข้อจำกัดดังกล่าวภายใต้มาตรา 29 ประกอบกับแนวทางตามที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้วางไว้ว่า การกระทำใดที่ดีถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบ้าง ซึ่งดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าในมาตรา 29* นี้ มิได้ใช้จำกัดเฉพาะกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น แต่

* การกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่

1. การกำหนดราคาขายต่ำเกินควร
2. การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ได้แก่ (1) การบังคับให้คู่ค้าซื้อ ขายสินค้าหรือบริการ

(2) การบังคับให้คู่ค้าส่งพนักงานของคู่ค้าไปประจำ ณ สถานที่ขายของตนเอง...

(6) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจหรือการทำข้อตกลงพิเศษที่มีลักษณะจำกัด

โอกาสในการประกอบธุรกิจของคู่ค้า เช่น ห้ามคู่ค้าขายสินค้าให้แก่คู่แข่ง...

ยังรวมถึงผู้ประกอบการรายย่อยด้วย ซึ่งข้อตกลงผูกมัดพิเศษดังกล่าวที่นำมาใช้ในธุรกิจแฟรนไชส์ นั้นผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะกระทำภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเป็นการจำกัดที่มีเหตุผลอันสมควรในการกำหนดข้อตกลงดังกล่าวก็เพื่อความเป็นมาตรฐานเดียวกันของแฟรนไชส์ ทั้งระบบ เพราะหากผู้รับสิทธินำสินค้าหรือบริการอื่นๆของผู้ประกอบการรายอื่นมาจำหน่ายหรือ บริการแล้วก็จะทำให้ไม่ได้คุณภาพและมาตรฐานของแฟรนไชส์หรือตามระบบที่ผู้ให้สิทธิวางไว้ ซึ่งอาจหมายถึงชื่อเสียงของแฟรนไชส์ทั้งระบบก็ว่าได้

นอกจากนี้ผู้ผลิตอาจจะนำข้อข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้า รายอื่นมาใช้ควบคู่กับการจำกัดการแข่งขันประเภทอื่นก็ได้ เช่น ผู้ให้สิทธิให้สิทธิแก่ผู้รับสิทธิในการ ใช้เครื่องหมายการค้าและจำหน่ายสินค้าของผู้ให้สิทธิโดยผู้ให้สิทธิห้ามผู้รับสิทธิจำหน่ายสินค้า ของบริษัทอื่น ในกรณีเช่นนี้ ผู้ให้สิทธิได้ทำการพ่วงขายสิทธิในเครื่องหมายการค้าควบคู่ไปกับ สินค้าของตน ในขณะที่เดียวกันก็กำหนดข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามมิให้ผู้รับสิทธิตาม สัญญาแฟรนไชส์ทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นพร้อมกันไปด้วย

สหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามการทำธุรกิจกับคู่ค้าราย อื่นไม่ว่าจะอยู่ในรูปของข้อจำกัดหรือข้อตกลงห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นก็ตามจะได้รับการ พิจารณาภายใต้หลักเหตุและผล (Rule of Reason) ดังเช่นในคดี Ungar V. Dunkin' Donuts of America^{*}, Capital Temporaries, Inc. V. Olsten Corp.,^{**} หรือในคดี Interstate automatic Transmission Co. V. W.H. McAlpine Co.,^{***} นอกจากนี้ศาลได้ตระหนักถึงความสำคัญของ ค่าตอบแทนในทางธุรกิจในเรื่องของการใช้ข้อข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้าราย อื่นในสัญญาแฟรนไชส์และพบว่าค่าตอบแทนเหล่านั้นถูกบังคับภายใต้กฎหมายต่อต้านการ ผูกขาด ดังเช่นในคดี Capital Temporaries, supra; Postal Instant Press V. Jackson⁺ หรือใน คดี Joyce Beverages of New York, Inc. V. Royal Crown Cola Co.⁺⁺ โดยทั่วไปศาลจะ

^{*} 531 F.2d 1211 (3d Cir.), cert. Denied, 429 U.S. 823 (1976).

^{**} 506 F.2d 658 (2d Cir. 1974).

^{***} 1982-1 Trade Cas. (CCH) 64, 538 (N.D. Ohio 1981).

⁺ 658 F. Supp. 739 (D.Colo.1987).

⁺⁺ 555 F. Supp. 271 (S.D.N.Y. 1983).

อนุญาตให้มีการกำหนดข้อกำหนดดังกล่าวได้ในสัญญาแฟรนไชส์หากไม่ได้แสดงว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุผล

ออสเตรเลีย

ส่วนข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นนั้นปรากฏในมาตรา 47 ของ TPA ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจในทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมในลักษณะการห้ามทำธุรกิจแข่งขันกับคู่ค้ารายอื่น หากว่ามีผลหรือน่าจะมีผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก ซึ่งกฎหมายได้กำหนดรูปแบบไว้หลายรูปแบบดังต่อไปนี้

1. ผู้ขายสินค้าเสนอขายสินค้าต่อลูกค้าโดยกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องไม่รับสินค้าจากคู่แข่งของผู้ขาย
2. ผู้ขายขายสินค้าหรือเสนอส่วนลดพิเศษให้ลูกค้าโดยมีเงื่อนไขว่าลูกค้ารายนั้นจะต้องไม่ขายสินค้านั้นต่อไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในที่ใดที่หนึ่งตามที่ตกลงกัน
3. ผู้ขายสินค้าปฏิเสธการเสนอขายสินค้าต่อลูกค้าของตนด้วยเหตุที่ว่าผู้ซื้อหรือลูกค้า (ก) ได้ซื้อหรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ซื้อสินค้าจากผู้แข่งขันกับผู้ขาย
(ข) ได้ขายต่อหรือไม่ตกลงที่จะไม่ขายต่อซึ่งสินค้าจากผู้แข่งขันกับผู้ขาย
(ค) ได้ขายต่อหรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ขายต่อซึ่งสินค้าที่ซื้อจากผู้ขายไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในที่ใดที่หนึ่ง
4. ผู้ซื้อตกลงรับซื้อหรือจะรับซื้อสินค้าของผู้ขาย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ขายจะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในที่ใดที่หนึ่ง
5. ผู้ขายสินค้าตกลงขายสินค้าหรือให้ส่วนลดพิเศษแก่ลูกค้าของตนโดยกำหนดเงื่อนไขว่าลูกค้าผู้นั้นจะต้องรับซื้อสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งจากผู้อื่นด้วย
6. ผู้ให้เช่าสถานที่ประกอบธุรกิจปฏิเสธที่จะให้เช่าหรือต่อสัญญาเช่าใหม่เพราะเหตุว่าผู้เช่าได้ซื้อหรือรับขายสินค้าของคู่แข่งกับผู้ให้เช่า⁹

ดังนั้นการประกอบธุรกิจโดยกำหนดข้อห้ามดังกล่าวจะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อปรากฏชัดว่ามีวัตถุประสงค์หรือก่อให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมากเท่านั้น เช่น ในคดี

⁹ สุธีร์ ศุภนิตย์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย,” วารสารนิติศาสตร์ 16,1 (มีนาคม 2529): 73-74.

Cool and Sons Pty. Ltd. v. O'Brien Glass Industries Ltd.* การกระทำที่จัดอยู่ในลักษณะของ ข้อตกลงผูกมัดตามมาตรา 47 นั้นมีหลายรูปแบบ เช่น ข้อตกลงขายพ่วงดังที่กล่าวไว้ข้างต้น, ข้อจำกัดในเรื่องขอบเขตของตลาดผู้จัดจำหน่าย, การขายสินค้าที่มีข้อจำกัดที่ผู้บริโภคที่ซื้อสินค้า นั้นอาจนำไปขายต่อหรือสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาสินค้าหรือบริการบนเงื่อนไขที่ผู้บริโภคจะไม่ ซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าวจากคู่แข่ง เป็นต้น

ในข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการซื้อหรือขายสินค้าในการห้ามประกอบธุรกิจกับคู่ค้า รายอื่นนั้นสามารถขออนุญาตต่อคณะกรรมการทางการค้า (The Trade Practices Commission) ได้ ซึ่งเป็นวิธีการอนุญาต (Authorization) ให้ผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติอื่นว่า ด้วยการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันได้รับยกเว้นให้สามารถกระทำการดังกล่าวต่อไปโดยไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมาย ซึ่งการขออนุญาตดังกล่าวจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด ในมาตรา 89** โดยคณะกรรมการจะให้โดยจำกัดเวลาหรือกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ นอกจากนี้ยังมีวิธี Notification ตามมาตรา 93*** ซึ่งเป็นอีกวิธีการหนึ่งซึ่งมีผลให้ผู้ประกอบการที่

* (1981) T.P.R.S.313. 84

** section 89: Procedure for applications and the keeping of a register
 (1) An application for an authorization, a minor variation of an authorization, a revocation of an authorization or a revocation of an authorization and the substitution of another authorization, shall be made in writing as prescribed.
 (2) If the Commission receives such an application, the Commission must cause notice of the receipt of that application to be made public in such manner as it thinks fit...

*** Section 93: Notification of exclusive dealing
 (1) Subject to subsection (2), a corporation that engages, or proposes to engage, in conduct of a kind referred to in subsection 47(2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) or (9) may give to the Commission notice, as prescribed, setting out particulars of the conduct or proposed conduct.
 (2) A corporation may not give a notice for conduct or proposed conduct if:
 (a) the corporation applied for an authorisation for the conduct or proposed conduct;
 and

ประกอบธุรกิจที่มีข้อกำหนดดังกล่าวได้รับการยกเว้นให้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นต่อไปได้โดยไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายเพียงแต่แจ้งให้ the Trade Practices Commission ทราบเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ดังเช่นกรณีของข้อกำหนดการขายพวง

จากการที่ได้ศึกษาข้อกำหนดดังกล่าวตามกฎหมายไทย, กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและ ออสเตรเลีย รวมทั้งคำพิพากษาและความเห็นของศาลที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวแล้วผู้วิจัยเห็นว่าข้อกำหนดข้อผูกมัดพิเศษในการห้ามทำธุรกิจกับคู่ค้ารายอื่นในธุรกิจแฟรนไชส์จึงน่าจะสามารถกระทำได้อย่างได้ขอบเขตที่กฎหมายยอมรับซึ่งก็คือ การวางข้อกำหนดดังกล่าวอย่างเป็นทางการที่กฎหมายแต่ละประเทศได้กำหนดวิธีการขออนุญาต

(b) the Commission or the Trade Practices Commission made a determination dismissing the application or granting an authorisation (whether or not the authorisation is still in force); and...

(3) If the Commission is satisfied that the engaging by a corporation in conduct or proposed conduct of a kind described in subsection 47(2), (3), (4) or (5) or paragraph 47(8)(a) or (b) or (9)(a), (b) or (c) and referred to in a notice given by the corporation to the Commission under subsection (1) has or would have the purpose or has or is likely to have, or would have or be likely to have, the effect of substantially lessening competition within the meaning of section 47 and that in all the circumstances: ...

(3A) If: (a) a corporation has notified the Commission under subsection (1) of conduct or proposed conduct described in subsection 47(6) or (7) or paragraph 47(8)(c) or (9)(d); and

(b) the Commission is satisfied that the likely benefit to the public from the conduct or proposed conduct will not outweigh the likely detriment to the public from the conduct or proposed conduct;

the Commission may give the corporation a written notice stating that the Commission is so satisfied.

(3B) The Commission must also give the corporation a written statement of its reasons for giving notice when the Commission gives the notice...

(Authorization) และการแจ้ง (Notification) ต่อคณะกรรมการทางการค้าในเรื่องของการใช้ข้อจำกัดดังกล่าว ดังเช่นกรณีของการขายพ่วงข้างต้น

4.1.2.3 ปัญหาในเรื่องข้อกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบและสัมภาระ

(Specific sources)

นอกจากปัญหาดังกล่าวข้างต้นแล้วปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์ก็คือ ปัญหาในเรื่องข้อกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์มักจะกำหนดให้ผู้รับสิทธิต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากแหล่งที่ผู้ให้สิทธิกำหนดอนุญาตไว้หรือจากผู้ให้สิทธิเองเท่านั้นโดยที่ลักษณะเฉพาะของธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมีข้อผูกพันให้ผู้รับสิทธิต้องเป็นคู่ค้ากับผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เท่านั้น ตามสัญญาแฟรนไชส์ในเรื่องธุรกิจการซื้อขายสินค้าระหว่างคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกันเป็นกรณีพิเศษ กล่าวคือ ผู้ให้สิทธิจะต้องพยายามในอันที่จะจัดหาวัตถุดิบและสัมภาระเพื่อผลิตภัณฑ์หรือบริการเพื่อการจำหน่ายและให้บริการที่มีคุณภาพของผู้รับสิทธิและในทำนองเดียวกันผู้รับสิทธิจะต้องพยายามส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์และบริการให้ดีที่สุด ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาแฟรนไชส์มักจะกำหนดให้ผู้รับสิทธิถูกผูกมัดให้ต้องซื้อวัตถุดิบและสัมภาระหรือผลิตภัณฑ์ใดๆตามที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้สามารถกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่

ประเทศไทย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 27* ผู้ประกอบธุรกิจ

* มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้...

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35

รายใดรายหนึ่งจะกระทำการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัด การแข่งขันในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ โดยในอนุมาตรา 10 บัญญัติห้ามถึงการกำหนด เงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบ เดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน เช่น การกำหนดสัดส่วนในการให้ส่วนลดแก่ลูกค้า หรือระยะเวลาใน การให้เครดิตแก่ลูกค้าเพื่อลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการแข่งขันลงโดยการกำหนดเงื่อนไขและวิธีการ ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกันนี้ยังเป็นพฤติกรรมที่ใช้กันเป็นปกติในการประกอบ ธุรกิจแฟรนไชส์โดยผู้ให้สิทธิจะกำหนดให้ผู้รับสิทธิทุกรายต้องซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบจากผู้ให้สิทธิ หรือจากบุคคลที่ผู้ให้สิทธิกำหนดเท่านั้น

ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้ถือเป็น พฤติกรรมที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ผู้ให้สิทธิที่ประสงค์จะทำการตกลงเช่นนี้อาจขออนุญาต (Authorization) ต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35* โดยต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องทำ ข้อตกลงนี้ เช่น เพื่อที่จะควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการที่จะกำหนดข้อจำกัดในเรื่องการกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบ และสัมภาระในสัญญาแฟรนไชส์นั้นต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา 29 ด้วยว่า การจำกัด ดังกล่าวเป็นผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ ประกอบธุรกิจอื่นหรือไม่ ประกอบกับแนวทางของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ได้วาง กฎเกณฑ์การกระทำในลักษณะต่างๆที่จัดได้ว่าต้องห้ามตามมาตรา 29 นี้ไว้ (ขณะนี้อยู่ในระหว่าง การพิจารณาปรับปรุงแก้ไข) ซึ่งพบว่าการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้ประกอบธุรกิจ อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ในลักษณะทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการ ประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจนั้น รวมทั้งการบังคับให้คู่ค้าซื้อ ขายสินค้า หรือบริการ (Coercion to Purchase) เช่น การบังคับให้ออกค่าใช้จ่ายโฆษณาเพื่อ

* มาตรา 35 ผู้ประกอบธุรกิจใดประสงค์จะขออนุญาตกระทำการตามมาตรา 26 หรือ มาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ให้ยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

คำขออย่างน้อยต้อง

- (1) มีเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำ
- (2) ระบุวิธีดำเนินการ
- (3) กำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ

ส่งเสริมการขายสินค้าของตนเอง โดยไม่เกิดผลต่อยอดขายหรือการบังคับให้ซื้อบริการข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจโดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรืออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการที่ผู้ให้สิทธิแพรนไฮส์บังคับให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือบริการจากแหล่งที่ตนกำหนดหรือจากผู้ให้สิทธิเองนั้นก็เพื่อรักษาคุณภาพและมาตรฐานของแพรนไฮส์ จึงถือว่าเป็นการกระทำที่มีเหตุผลอันสมควร นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วก็จะพบว่าในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นผู้ให้อนุญาตสามารถกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบสินค้าหรือบริการต่อผู้รับอนุญาตได้เพื่อรักษาคุณภาพและมาตรฐานของทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆของผู้อนุญาตตามที่ปรากฏในกฎกระทรวงด้วย*

ระบบแพรนไฮส์มักจะรวมลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้าด้วย ผู้รับสิทธิ จึงต้องรักษาคุณภาพและมาตรฐานของผู้ให้สิทธิไว้ให้ได้ การบังคับให้ผู้รับสิทธิต้องซื้อวัตถุดิบจากผู้ให้สิทธิจึงอาจเพื่อต้องการให้สินค้าหรือบริการของผู้รับสิทธิได้คุณภาพตามมาตรฐานของผู้ให้สิทธิก็ได้ แต่หากการบังคับซื้อวัตถุดิบใดๆที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการของผู้ให้สิทธิแต่เป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาในตลาดซึ่งเป็นการตัดทางเลือกและโอกาสของทั้งผู้ผลิตและผู้รับสิทธิเอง กรณีนี้ผู้ให้สิทธิไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้ออ้างได้ แต่อย่างไรก็ตามในธุรกิจแพรนไฮส์มีลักษณะที่พิเศษกว่าธุรกิจอื่น คือเหตุผลในการรักษาคุณภาพและมาตรฐานแพรนไฮส์ซึ่งเป็นข้อที่ผู้ให้สิทธิอ้างเพื่อการกระทำดังกล่าวได้นั้นเอง

สหรัฐอเมริกา

ส่วนการกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบและสัมภาระในสัญญาแพรนไฮส์ ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นข้อกำหนดดังกล่าวสามารถกระทำได้ ซึ่งการกำหนดให้ผู้รับสิทธิต้องซื้อวัตถุดิบหรือสัมภาระจากแหล่งที่ผู้ให้สิทธิกำหนดหรือจากผู้ให้สิทธิเองเพื่อเป็นการควบคุมคุณภาพของสินค้าและบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าของผู้ให้สิทธิซึ่งไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดที่ไม่สมเหตุสมผล แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้สิทธิจะต้องกระทำการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเมื่อจะกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวในสัญญาแพรนไฮส์ ในคดี Kentucky Fried Chicken Corp. V. Diversified Packaging Corp. ** ศาลได้ตัดสินว่าข้อกำหนดในเรื่องแหล่งที่มาของวัตถุดิบโดยการอนุญาตของ

* ดูรายละเอียดได้ที่ภาคผนวก

** 549 F2d 368, 372 (5th Cir 1977).

ผู้ให้สิทธิ (Kentucky Fried Chicken) นั้นไม่ถือว่าเป็นกฤษฎีกาการขายฟองที่เป็นความผิดในตัวเอง (per se illegal) และไม่ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายภายใต้หลักแห่งเหตุและผล ในคดีนี้ศาลยังพบว่า การกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างซีฟฟลายเออร์ที่จำหน่ายวัตถุดิบให้กับผู้รับสิทธิด้วยและไม่เป็นการกีดขวางการเข้าสู่ตลาดของซีฟฟลายเออร์รายอื่น เพราะแหล่งที่ผู้ให้สิทธิกำหนดไว้มีถึง 10 แห่งซึ่งถือว่าเป็นทางเลือกที่หลากหลายประกอบกับผู้ให้สิทธิให้โอกาสผู้รับสิทธิเสนอแหล่งซื้อสินค้าหรือบริการเข้ามาให้ผู้ให้สิทธิพิจารณาอนุญาตได้ รวมทั้งไม่ได้เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตในการกำหนดให้ผู้รับสิทธิของตนต้องซื้อวัตถุดิบและสัมภาระจากแหล่งที่กำหนดด้วย เพราะศาลให้ข้อสังเกตว่าการบังคับซื้อดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายต่อเมื่อผู้ให้สิทธิมีผลประโยชน์ทางการเงินที่จะได้รับจากการบังคับให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ให้สิทธิเท่านั้น

ฮอลเดรลีย์

ภายใต้ TPA ข้อจำกัดในการกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบและสัมภาระในสัญญาแฟรนไชส์จัดอยู่ในรูปแบบหนึ่งของข้อตกลงผูกมัด (exclusive dealing) ดังที่ปรากฏในมาตรา 47 เช่นเดียวกับประเด็นปัญหาข้างต้น ซึ่งถือเป็นข้อตกลงขายฟองแบบหนึ่งด้วยดังที่กล่าวไว้ว่าลักษณะของข้อตกลงการขายฟองตาม TPA นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกคือข้อกำหนดที่บังคับให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือบริการจากแหล่งที่กำหนดไว้ กรณีที่สองคือกรณีที่ผู้ให้สิทธิกำหนดให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ให้สิทธิเท่านั้น

ในกรณีแรกนั้นข้อกำหนดดังกล่าวอาจจัดให้อยู่ในลักษณะของ “Third Line Forcing” ในแฟรนไชส์นั้นเป็นกรณีที่ผู้ให้สิทธิเป็นผู้จัดเตรียมหรือกำหนดแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับสิทธิจะต้องซื้อสินค้าหรือบริการนั้นจากบุคคลภายนอกที่ผู้ให้สิทธิระบุไว้ เช่น ข้อกำหนดในสัญญาแฟรนไชส์ที่กำหนดให้ผู้รับสิทธิจะต้องมีนโยบายประกันภัยจากบริษัทประกันภัยที่ผู้ให้สิทธิระบุไว้ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวถือว่ากระทำผิดกฎหมายโดยเด็ดขาด (per se illegal) แต่อย่างไรก็ตามหากสัญญาดังกล่าวได้ระบุเงื่อนไขหรือคุณสมบัติของบริษัทประกันภัยที่สามารถให้บริการได้ไว้อย่างกว้าง ข้อกำหนดก็ไม่ควรจะขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากว่าบริษัทประกันภัยที่ระบุนั้นอาจจะไม่ได้มาจากการแต่งตั้งของผู้ให้สิทธิเพียงแต่กำหนดคุณสมบัติของบริษัทประกันภัยไว้เท่านั้น แต่หากเป็นกรณีของผู้ให้สิทธิกำหนดให้ผู้รับสิทธิซื้อสินค้าหรือบริการจากบุคคลที่สามอาจถูกจัดเป็นลักษณะของ third line forcing และถือว่าขัดต่อ TPA ได้

ตามมาตรา 47(6),(7),(8)(c) และ (9)(d)*

* (6) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation-

(a) supplies, or offers to supply, goods or services;

(b) supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or...

on the condition that the person to whom the corporation supplies or offers or proposed to supply the goods or services or, if that person is a body corporate related to the body corporate will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person.

(7) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses-

(a) to supply goods or services to a person;

(b) to supply goods or services at a particular price to a person; or...

for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person.

(8) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation grants or renews, or makes it known that it will not exercise a power or right to terminate, a lease of, or a license in respect of, land or a building on the condition that another party to the lease or license or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate-

...(c) will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

(9) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuse to grant or renew, or exercises a power or right to terminate, a lease of, or a license in respect of, land or a building or part of a building for the reason that another party to the lease or license or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate-

กรณีที่สองข้อกำหนดดังกล่าวเรียกว่า Full Line Forcing ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ให้สิทธิกำหนดเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ว่าผู้รับสิทธิจะต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ให้สิทธิเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจะละเมิดต่อ TPA เมื่อการกระทำนั้นมีผลต่อการลดการแข่งขันอย่างมาก โดยการพิจารณาว่า “การลดการแข่งขันอย่างมาก” นั้นจะต้องวิเคราะห์ถึงตลาดและผลตอบแทนของปัญหาในการปฏิบัติที่ทำให้การลดการแข่งขันอย่างมากในตลาดนั้น ซึ่งผู้ให้สิทธิจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบต่างๆ เช่น ระดับความเข้มข้นของตลาด (คือความยากง่ายที่ผู้แข่งขันคนอื่นเข้ามาในตลาดเดียวกับผู้รับสิทธิ) และความแตกต่างของสินค้า เป็นต้น เช่นในคดี Trade Practices Commission V. Massey Ferguson (Australia) Limited (1983) นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังอาจฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องของการกระทำอันไม่สมควร (unconscionable provision) ถ้าหากข้อกำหนดดังกล่าวไม่ถือเป็นการปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจตามกฎหมายและผู้รับสิทธิสามารถจัดหาสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันได้จากที่อื่นในราคาที่ต่ำกว่า

ข้อสำคัญของความแตกต่างของข้อจำกัดรูปแบบทั้งสองข้างต้น ก็คือ หากข้อจำกัดใดเป็นในลักษณะของ Third line forcing ก็จะได้ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในตัวเอง (per se illegal) ที่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของ TPA โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่จะเกิดขึ้น ในทางกลับกันการกระทำที่จัดว่าเป็น Full line forcing จะไม่ถือว่าเป็นความผิดโดยเด็ดขาดถ้าหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมากตาม TPA

จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดในเรื่องของการกำหนดแหล่งที่มาของวัตถุดิบหรือสัมภาระ โดยผู้ให้สิทธิในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้แต่ต้องมีเหตุอันสมควร เช่น เพื่อเป็นการรักษาคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าหรือบริการของแฟรนไชส์ ส่วนในประเทศออสเตรเลียต้องพิจารณาว่าข้อจำกัดนั้นจัดอยู่ในลักษณะของ third line forcing หรือ full line forcing เป็นอันดับแรกเนื่องจากผลทางกฎหมายของการกระทำทั้งสองไม่เหมือนกัน ส่วนประเทศไทยข้อจำกัดดังกล่าวอยู่ภายใต้มาตรา 27 อนุมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดย

...(d) has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

ข้อจำกัดดังกล่าวนั้นถือเป็นพฤติกรรมที่ปกติในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์รายใดที่ประสงค์จะใช้ข้อกำหนดดังกล่าวสามารถขออนุญาต (Authorization) ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตามมาตรา 35

4.1.2.4 ปัญหาในเรื่องการกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

การร่วมกันกำหนดราคาเป็นการทำข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่า นั้นที่จะขายสินค้าหรือบริการในราคาที่ตกลงกันได้ซึ่งอาจเป็นการกำหนดในทางขึ้น ลด หรือรักษา ระดับราคาสินค้าก็ได้และไม่จำเป็นต้องกำหนดเป็นราคาเดียวกันโดยอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายขายสินค้าในราคาที่ตกลงกันก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำใดๆที่มีผลกระทบต่อราคาของสินค้าหรือบริการนั้น เช่น การกำหนดราคาขั้นสูงหรือขั้นต่ำ (Maximum or minimum price), การจำกัดปริมาณของสินค้าของตน (Limitation on their own output) หรือการกำหนดราคาสินค้าตามคุณภาพสินค้า เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการแทรกแซงการทำงานของกลไกราคา

การร่วมกันกำหนดราคาเป็นปัญหาที่พบได้ในธุรกิจแฟรนไชส์เช่นเดียวกับธุรกิจอื่นๆ ซึ่งอาจพบได้ในความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวระนาบ(Horizontal) * และในแนวตั้ง (Vertical) ** แต่ถึงแม้ว่าการดำเนินธุรกิจโดยส่วนใหญ่จะระมัดระวังในการร่วมกันกำหนดราคาในแนวระนาบ แต่ในธุรกิจแฟรนไชส์จะไม่ค่อยพบปัญหาดังกล่าวในความสัมพันธ์แนวระนาบเท่าใดนัก มักจะพบในความสัมพันธ์แนวตั้งซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิมากกว่า ที่เรียกว่า การกำหนดราคาขายต่อ ซึ่งเป็นกรณีของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ให้สิทธิวางข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้รับสิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ที่ซื้อสินค้าไปจากตนเพื่อนำไปจำหน่ายต่อ จะต้องจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในราคาตามที่กำหนดไว้

* เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ตามปกติต้องแข่งขันซึ่งกันและกัน ในอันที่จะแย่งชิงลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดเพื่อที่จะให้ได้จำนวนลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด

** เป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ตามปกติไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน แต่จะเกี่ยวเนื่องในการประกอบธุรกิจระหว่างกัน โดยอาจจะรวมอยู่ในรูปของผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ค้าปลีก โดยอาจจะกล่าวได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้เป็นคู่ค้าซึ่งกันและกัน และมีหน้าที่ในวงจรทางเศรษฐกิจคนละส่วนกัน

โดยปกติสัญญาแฟรนไชส์เป็นเครื่องมือควบคุมราคาหรือมาตรฐานในสินค้าและบริการหรือทั้งสองกรณีขึ้นอยู่กับประเภทของแฟรนไชส์นั้นๆ ในทางปฏิบัติทั่วไปผู้ให้สิทธิจะเป็นผู้กำหนดในเรื่องราคาของสินค้าหรือการบริการของแฟรนไชส์อยู่แล้วเพื่อความเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ ปัญหาที่มีอยู่ว่าการกำหนดราคาขายต่อของผู้ให้สิทธิในธุรกิจแฟรนไชส์สามารถกระทำได้หรือไม่

ประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 กำหนดข้อห้ามไว้ในลักษณะเป็นการบังคับผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ โดยมีได้กำหนดลักษณะหรือคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจตามความหมายของมาตรา 27 นี้ไว้ โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงอาจครอบคลุมทั้งกรณีของความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการทั้งแนวระนาบและแนวตั้ง โดยในอนุมาตรา (1) ได้ห้ามผู้ประกอบการมิให้ร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน บทบัญญัติดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงการที่ผู้ผลิตกำหนดให้ผู้ค้าปลีกขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคในราคาที่กำหนดด้วย ผลจากการศึกษาพบว่ากรณีที่ผู้ผลิตนำข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งมาใช้นั้นมิได้เกิดจากความต้องการจะบิดเบือนกลไกของตลาด โดยการทำให้ปริมาณสินค้าน้อยกว่าความต้องการและทำให้สินค้ามีราคาสูงขึ้นแต่อย่างใด แต่ผู้ผลิตส่วนใหญ่เพียงต้องการให้การจัดจำหน่ายสินค้าของตนมีประสิทธิภาพและสามารถแข่งขันกับสินค้าของคู่แข่งเท่านั้น ซึ่งผลกระทบเชิงลบที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวจะมึ้น้อยมากเมื่อเทียบกับผลกระทบเชิงบวกซึ่งทำให้การแข่งขันเพิ่มขึ้น

ฉะนั้นเมื่อพิจารณาตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ในเรื่องของการกำหนดราคาขายต่อของผู้ให้สิทธิในระบบแฟรนไชส์แล้วจะเห็นว่า มาตราดังกล่าวบัญญัติห้ามผู้ประกอบการรายหนึ่ง “รวม” กับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งกระทำการดังกล่าว แต่ในกรณีของการกำหนดราคาขายต่อนั้นเป็นการที่ผู้ให้สิทธิกำหนดราคาแต่เพียงฝ่ายเดียวและที่สำคัญการกำหนดราคาขายต่อไม่ว่าจะเป็นในธุรกิจแฟรนไชส์หรือไม่นั้นก็ถือเป็นการเพิ่มปริมาณการแข่งขันในตลาดมากกว่าการจำกัดการแข่งขัน ดังนั้นตามความหมายและเจตนารมณ์ของมาตรา 27 จึงไม่ควรถือว่าการกำหนดราคาขายต่อนั้นเป็นการกระทำต้องห้ามภายใต้มาตราดังกล่าว ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อจะสามารถกระทำได้หรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาตามมาตรา 27 ข้างต้นแล้ว มาตราที่สำคัญที่ต้องคำนึงถึงก็คือ มาตรา 29 ซึ่งเป็นการวางหลักกว้างๆไว้

ว่าห้ามผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง...หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น...ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อตามแนวทางพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาปรับปรุงแก้ไข) ได้วางหลักเกณฑ์ของการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม* เว้นแต่ราคาที่ให้ขายนั้นเป็นราคาแนะนำที่ไม่มีเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตาม

ผู้วิจัยเห็นว่าแม้การกำหนดราคาขายต่อของผู้ให้สิทธิที่ผู้รับสิทธิจะต้องปฏิบัติตามจะเข้าลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพราะการกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวนั้นมิใช่ถือว่าการกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ประกอบกับหากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในมาตรา 27 แล้วจะเห็นว่าประสงค์จะห้ามการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผลให้ปริมาณสินค้าในตลาดลดน้อยลงกว่าปริมาณของความต้องการสินค้านั้นโดยมิได้เป็นไปตามกลไกทางการตลาด อันจะทำให้ราคาของสินค้านั้นสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น แต่การกำหนดราคาขายต่อมิได้ต้องการให้ปริมาณสินค้านั้นน้อยลงกว่าความต้องการในตลาดดังที่กล่าวข้างต้นจึงควรจะถือว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งในรูปแบบนี้มิใช่การจำกัดหรือการลดการแข่งขันตามความหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด อีกทั้งในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้รับสิทธิเป็นผู้ได้รับสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการรวมทั้งระบบในการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นๆจากผู้ให้สิทธิ นั่นจึงหมายความว่าทั้งวิธีการดำเนินงาน,รูปแบบการดำเนินธุรกิจต่างๆ ตลอดจนมาตรฐานและราคาของสินค้าและบริการต้องเป็นไปในลักษณะเดียวกันทั้งระบบ ฉะนั้นหากผู้ให้สิทธิไม่อนุญาตให้ผู้รับสิทธิกำหนดราคาได้เองแล้วผู้รับสิทธิจะกระทำมิได้ แม้ในกฎหมายของไทยไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องนี้โดยตรง แต่หากยึดถือตามสัญญาแฟรนไชส์แล้วก็กล่าวได้ว่าผู้รับสิทธิต้องจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการในราคา

* การกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่...

1. การกำหนดราคาขายต่ำเกินควร
2. การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเขาเปรียบผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร...ดัง

ต่อไปนี้...

(7) การให้ลูกค้าต้องขายสินค้าในราคาที่กำหนด เว้นแต่ราคาที่ให้ขายนั้นเป็นราคาแนะนำที่ไม่มีเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตาม...

ผู้ให้สิทธิกำหนดขึ้นเพื่อความเป็นมาตรฐานเดียวกันดังนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงไม่จำเป็นต้องเข้าไปควบคุมหากผู้ผลิตจะนำการจำกัดดังกล่าวมาใช้

สหรัฐอเมริกา

ตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าในสหรัฐอเมริกาถือเป็นความผิดในตัวเอง (per se illegal) ดังนั้นผู้ให้สิทธิจึงมีอำนาจในการแนะนำการกำหนดราคาแต่มิใช่การกำหนดราคา ในปี 1997 ศาลสูงได้พิพากษาว่าการกำหนดราคาสูงสุด (maximum price fixing) ไม่ถือว่าเป็นความผิดโดยเด็ดขาดภายใต้ มาตรา 1 แห่ง the Sherman Act อีกต่อไป แต่การกระทำดังกล่าวต้องได้รับการพิจารณาภายใต้หลักของเหตุและผล (Rule of Reason) ฉะนั้นการกำหนดราคาภายใต้หลักการดังกล่าว จะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อการกำหนดราคาระนั้นไม่สมเหตุผลภายใต้การแข่งขันทางการค้า ดังเช่นในคดี Oil V. Kahn* ที่ Kahn เป็นผู้รับสิทธิในการจำหน่ายน้ำมันซึ่งเช่าสถานีน้ำมันจากบริษัท State Oil Company โดยมีข้อตกลงว่าผู้รับสิทธิจะต้องซื้อน้ำมันจากผู้ให้สิทธิในราคาขายปลีกที่ผู้ให้สิทธิแนะนำให้ซึ่งหักออกด้วยส่วนต่างที่กำหนดไว้และยังกำหนดให้กำไรที่ผู้รับสิทธิได้รับจากที่ขายได้มากกว่าราคาที่ผู้ให้สิทธิแนะนำไว้จะต้องหักคืนให้กับผู้ให้สิทธิด้วย หลังจากที่ Kahn ถูกไล่ที่เนื่องจากไม่ชำระค่าเช่าตามสัญญา เขาได้ฟ้องร้อง State Oil Company ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกีดกันเขาในเรื่องการขึ้นราคา โดยอ้างว่าเป็นการทำละเมิดมาตรา 1 แห่ง the Sherman Act ซึ่งได้รับการพิจารณาว่าผู้จัดซื้อหรือผู้ให้สิทธิที่กำหนดราคาไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาขั้นสูงสุดด้วยเหตุประการใดก็ตามถือว่าเป็นข้อจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุผลหรือไม่ ผลจากคดีนี้ทำให้ผู้ให้สิทธิสามารถกำหนดราคาขายต่อในลักษณะของการกำหนดราคาสูงสุดที่เหมาะสมในการขายให้กับผู้รับสิทธิได้ซึ่งผู้ให้สิทธิต้องแสดงให้เห็นด้วยว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขันทางการค้า และหลังจากนั้นการกำหนดราคาขายต่อก็สามารถทำได้แต่เฉพาะการกำหนดราคาสูงสุดเท่านั้น หมายความว่าผู้ให้สิทธิไม่สามารถกำหนดราคาเฉพาะเจาะจงได้เพราะเนื่องจากว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับการกำหนดราคาต่ำสุดที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดนั่นเอง

* Oil V. Kahn , 118 S. Ct. 275 (1997).

ออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียการกำหนดราคาค้าปลีกนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 48* แห่ง the Trade Practices Act 1974 ห้ามมิให้ผู้ประกอบการวางมาตรการในการรักษาระดับราคาขายปลีกโดยเด็ดขาดโดยไม่คำนึงถึงว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ การวางมาตรการรักษาระดับราคาค้าปลีกเป็นการกำหนดราคาขายสินค้าขั้นต่ำในระดับของการจำหน่ายสินค้า กล่าวคือผู้ส่งสินค้าจะกำหนดราคาของสินค้าให้ผู้ขายสินค้านั้นขายตามราคาหรือไม่ต่ำกว่าราคาขายที่ผู้ส่งสินค้าเป็นผู้กำหนด ส่วนมากจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตสินค้ากำหนดราคาขายของสินค้าต่อผู้ขายส่งว่าจะต้องไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้ขายปลีกในราคาต่ำกว่าที่กำหนดไว้หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายส่งกำหนดราคาสินค้าให้ผู้ขายปลีกขายตามราคาที่กำหนดหรือต้องไม่ต่ำกว่าราคาที่กำหนด การปฏิบัติเช่นนี้เป็นการจำกัดอำนาจอิสระของผู้ค้าในการกำหนดราคาขายสินค้าตามที่เห็นสมควรซึ่งเป็นการควบคุมผู้ค้าในตลาดของสินค้าชนิดนั้นและจำกัดอำนาจการประกอบธุรกิจของผู้ค้าปลีกไปด้วยในตัว เช่นในคดี Trade Practices Commission V. Stihl Chain Saws (Aust) Pty Ltd.** หรือในธุรกิจแฟรนไชส์ในคดี Ron Hodgson (Holdings) Pty Ltd. V. Westco Motors (Distributors) Pty Ltd. (1980) ที่โจทก์ (ดีลเลอร์แฟรนไชส์ของ Mazda Motor) สามารถจำกัดจำเลย(ผู้แทนจำหน่าย) โดยการยกเลิกอำนาจในการจำหน่ายบนพื้นฐานที่ว่าจำเลยจะต้องรักษาไว้ซึ่งราคาขายต่อของโจทก์นั้นโดยไม่คำนึงถึงว่าจำเลยนั้นมีเหตุผลทางธุรกิจที่ดีสำหรับการกระทำดังกล่าวเพียงใด ซึ่งในคดีนี้จำเลยถูกปรับเป็นเงิน \$70,000

การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำสุด (minimum resale price maintenance) จึงเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม TPA แต่การแนะนำราคาขายต่อ (recommended resale price) สามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามราคาดังกล่าวจะต้องเป็นการแนะนำจริงๆและจะต้องไม่เป็นการบังคับเหมือนกับกรณีของการกำหนดราคาขั้นต่ำด้วย ส่วนการกำหนดราคาขายต่อสูงสุด (maximum resale price) โดยที่กำหนดให้ผู้ที่น่าไปขายต่อนั้นไม่ขายเกินไปกว่าราคาที่กำหนด

* section 48 Resale price maintenance

...A corporation or other person shall not engage in the practice of resale price maintenance.

** (1978) T.P.R.S. 305. 14p. 305.32.

สามารถกระทำได้อันนี้เพื่อที่จะป้องกันการคิดราคาของผู้ที่ขายต่อมากเกินไป ฉะนั้นการกำหนดราคาสูงสุดสำหรับสินค้าหรือบริการในธุรกิจแฟรนไชส์ก็สามารถทำได้เช่นกัน

ฉะนั้นข้อกำหนดในเรื่องของการกำหนดราคาขายต่อที่ขัดต่อ TPA จึงไม่สามารถขออนุญาต (Authorization) หรือการแจ้ง (Notification) ต่อคณะกรรมการการค้าได้เหมือนกับข้อกำหนดในเรื่องของการขายพ่วงหรือข้อผูกมัดพิเศษอื่นๆ ดังข้างต้น

ข้อกำหนดเรื่องราคาขายต่อนั้นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียมีลักษณะเดียวกัน คือ การกำหนดราคาขายต่อที่เป็นการกำหนดราคาเฉพาะหรือเป็นการกำหนดราคาขั้นต่ำสุดนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายผูกขาดของประเทศนั้นเนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมาก ส่วนข้อกำหนดราคาขายต่อสูงสุดนั้นสามารถทำได้ ส่วนข้อกำหนดดังกล่าวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ตามมาตรา 27 นั้นไม่ถือว่าการกำหนดราคาขายต่อเป็นการกระทำที่ต้องห้ามเนื่องจากการกำหนดราคาขายต่อในธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธินั้นไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพราะมิใช่เป็นการร่วมกันกำหนดราคาเนื่องจากการกระทำของผู้ให้สิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวประกอบกับการกำหนดราคาดังกล่าวถือเป็นการเพิ่มปริมาณการแข่งขันในตลาดให้มากกว่าการจำกัดการแข่งขัน นอกจากนี้การทำธุรกิจแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิจะต้องปฏิบัติตามวิธีการดำเนินงานและนโยบายของผู้ให้สิทธิ เพื่อความเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้รับสิทธิจึงต้องขายสินค้าหรือบริการตามราคาของผู้ให้สิทธิเป็นผู้กำหนดไว้

จะเห็นได้ว่าประเด็นปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ที่เสนอไปข้างต้น กฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่สามารถรองรับได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เช่น ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาที่อาจเป็นการเอาเปรียบผู้รับสิทธิที่มีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, กฎหมายว่าด้วยสัญญาไม่เป็นธรรม หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้ารองรับแม้ว่าจะยังไม่ครอบคลุมหรือนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งหมดก็ตาม แต่ที่น่าสังเกตอย่างยิ่งก็คือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้รับสิทธิหรือผู้ซื้อแฟรนไชส์ในเรื่องของการจดทะเบียนแฟรนไชส์หรือการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิควรจะได้รับทราบก่อนมีการลงนามในสัญญาใดๆ ดังเช่นในต่างประเทศ ประเทศไทยยังไม่มีกฎเกณฑ์หรือกฎหมายใดบัญญัติในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน

4.1.2.5 ความลับทางการค้า (Trade Secret, Confidentiality Clause)

ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ข้อกำหนดหนึ่งที่ฝ่ายผู้ให้สิทธิมักจะกำหนดไว้เสมอ ก็คือ การรักษาความลับ (Confidentiality Clause) เนื่องจากในธุรกิจแฟรนไชส์ผู้ให้สิทธิต้องถ่ายทอดความรู้และความลับในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ให้กับผู้รับสิทธิซึ่งกว่าที่ผู้ให้สิทธิจะพัฒนาข้อมูลต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ได้ต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายมากมาย ฉะนั้นการรักษาความลับจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ การรักษาความลับนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะห้ามเผยแพร่เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการใช้ความลับนั้นทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้สิทธิ (Non-Competition Clause) หรือใช้ความลับนั้นเมื่อสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงด้วย ซึ่งข้อตกลงห้ามทำธุรกิจแข่งขันนี้ก็มักจะใช้บังคับในระหว่างระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์และตลอดช่วงระยะเวลาภายหลังจากเลิกสัญญาแฟรนไชส์แล้ว

ประเทศไทย

ในกฎหมายไทยได้มีการให้ความคุ้มครองความลับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 โดยประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดให้การเปิดเผยความลับของผู้อื่นเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 323 และมาตรา 324 โดยความผิดตามมาตรา 323 มีขอบเขตกว้างไม่จำกัดเฉพาะความลับทางการค้าเท่านั้น แต่รวมถึงการเปิดเผยความลับทุกอย่างที่เจ้าของความลับประสงค์จะปกปิดมิให้ผู้อื่นล่วงรู้ ส่วนความผิดตามมาตรา 324 นั้นมีขอบเขตแคบกว่าคือจะจำกัดเฉพาะการเปิดเผยหรือใช้ความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบหรือนิมิตในวิทยาศาสตร์ของผู้อื่นเท่านั้น ไม่รวมถึงความลับในทางพาณิชย์กรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมและความลับในธุรกิจบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า ซึ่งผู้ที่กระทำผิดก็จำกัดเฉพาะแต่บุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่, วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจและได้ล่วงรู้ความลับนั้นเนื่องจากตำแหน่งหน้าที่นั้น นอกจากนี้การคุ้มครองทางแพ่งของความลับทางการค้ายังอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องสัญญาและละเมิด กล่าวคือ นายจ้างที่เป็นเจ้าของธุรกิจการค้าอาจทำสัญญากับลูกจ้างหรือผู้ร่วมลงทุนไม่ให้เปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้ล่วงรู้มาในขณะที่ทำงานกับนายจ้างก็ได้ ซึ่งหากคู่สัญญานำความลับไปเปิดเผยหรือนำไปใช้ นายจ้างก็มีสิทธิฟ้องร้องได้แต่ข้อสัญญาดังกล่าวจะผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น¹⁰ จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้กฎหมายอาญาและแพ่งข้างต้นยังไม่

¹⁰ ประสพสุข บุญเดช, “กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.”

ครอบคลุมทุกเรื่องรวมทั้งความลับในธุรกิจแฟรนไชส์ด้วย ฉะนั้นในปี พ.ศ. 2545 จึงมีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองความลับทางการค้าออกมาใช้บังคับ คือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

“ความลับทางการค้า” พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้ให้นิยามไว้ในมาตรา 3 ซึ่งจะต้องเป็นข้อมูลการค้า* ซึ่ง

- (1) ยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว
- (2) เป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ และ
- (3) เป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

ฉะนั้นหากพิจารณาจากคำนิยามข้างต้นแล้วเมื่อนำมาปรับเข้ากับข้อมูลในธุรกิจแฟรนไชส์ จะเห็นว่าความลับทางการค้าในธุรกิจแฟรนไชส์จึงต้องมีลักษณะดังนี้¹¹

1. เป็นข้อมูลทางการค้า
2. ข้อมูลทางการค้านั้นยังไม่เป็นที่รู้จักหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ตัวอย่างเช่น พนักงานในร้านแฟรนไชส์อาจมีหลายระดับ ตั้งแต่ผู้รับสิทธิ, ผู้จัดการร้านหรือพนักงานทั่วไป ซึ่งแต่ละระดับจะได้รับการถ่ายทอดหรือฝึกสอน หรือรู้ข้อมูลของแฟรนไชส์ในระดับที่แตกต่างกัน
3. ข้อมูลทางการค้านั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ หมายความว่าหากข้อมูลเหล่านั้นถูกเปิดเผยก็จะหมดประโยชน์ทันที เช่น ข้อมูลต้นทุนสินค้า, วัตถุดิบ หรือแผนการตลาดของผู้ให้สิทธิ เป็นต้น

บทบัญญัติ 58.4 (สิงหาคม 2545): 3.

* มาตรา 3 “ข้อมูลทางการค้า” หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความเรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดไว้ในรูปใดๆ และให้ความหมายรวมถึงสูตร รูปแบบงานที่ได้รับรวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการเทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย

¹¹สมชาย รัตนเชื้อสกุล, พลิกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์.

(กรุงเทพฯ: สยามศิลป์การพิมพ์, 2546), หน้า 86-88.

4. ผู้ให้สิทธิแพรนไฮส์ต้องวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ไม่ว่าจะเป็นคู่มือปฏิบัติการ, ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้สิทธิหรือเกี่ยวกับแพรนไฮส์, รายละเอียดของสูตรต่างๆในเรื่องของสินค้าหรือบริการ แม้กระทั่งรายชื่อลูกค้า ก็ล้วนแล้วแต่เป็นความลับทางการค้าของผู้ให้สิทธิแพรนไฮส์ที่ควรจะต้องได้รับการคุ้มครอง โดยผู้รับสิทธิจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลความลับใดๆหรือแม้กระทั่งการนำความลับนั้นไปในเชิงแข่งขันกับผู้ให้สิทธิซึ่งจะกล่าวต่อไป ดังนั้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าโดยผู้รับสิทธิจึงเป็นเหตุให้ผู้ให้สิทธิที่เป็นผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนและขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำนั้นได้ตามมาตรา 6 ซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้

- (1) เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ความลับทางการค้า
- (2) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้น
- (3) มีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน และ
- (4) ผู้กระทำต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกันด้วย

แม้กฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้เป็นกฎหมายแพรนไฮส์โดยตรงแต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่คุ้มครองผู้ให้สิทธิในเรื่องความลับทางการค้า ฉะนั้นหากผู้รับสิทธิเป็นผู้เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้ให้สิทธิ ผู้ให้สิทธิสามารถฟ้องในทางแพ่งฐานผิดสัญญาได้เนื่องจากว่าสัญญาแพรนไฮส์โดยทั่วไปจะมีข้อกำหนดในการรักษาความลับอยู่แล้ว หรือหากบุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำก็สามารถฟ้องในเรื่องละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานในการฟ้องร้องด้วย

สหรัฐอเมริกา&ออสเตรเลีย

ความลับทางธุรกิจเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับการประสบความสำเร็จในการประกอบธุรกิจ ในธุรกิจแพรนไฮส์ก็เช่นกันไม่ใช่เพียงแค่เป็นการปกป้องระบบแพรนไฮส์เท่านั้นแต่ยังเป็นการปกป้องการลงทุนของผู้รับสิทธิแต่ละบุคคลด้วย ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายหลายฉบับที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าแต่กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวไม่ได้อยู่ในรูปแบบเดียวกัน อีกทั้งกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าของแต่ละมลรัฐนั้นยังมีบทบาทสำคัญมากกว่ากฎหมายของสหพันธรัฐ โดยในบางมลรัฐกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้ามีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีและในอีกหลายๆมลรัฐกฎหมายดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของการ

รวมหลักกฎหมายลักษณะละเมิด (Restatement of Torts) มาเป็นกฎหมายที่ใช้คุ้มครองความลับทางการค้าในมลรัฐของตนหรือบางมลรัฐได้นำประมวลกฎหมายแบบแผนของกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า (Uniform of Trade Secret Act) ที่ถูกร่างขึ้นภายใต้กฎหมายสหพันธรัฐมาใช้ในการคุ้มครองทำให้คำนิยามหรือความหมายของความลับทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันไป*

แต่มลรัฐส่วนใหญ่ได้ปรับใช้ the Uniform Trade Secret Act (UTSA) ** ซึ่งช่วยในการแยกแยะส่วนประกอบของระบบแฟรนไชส์ว่าสิ่งใดที่จัดเป็นความลับทางการค้าได้ แม้

* จากการรวบรวมหลักกฎหมายลักษณะละเมิด (Restatement of Torts) มีการกำหนดความหมายของความลับทางการค้าไว้ในมาตรา 57 ว่า "ความลับทางการค้าอาจประกอบไปด้วยสูตรชนิดใดชนิดหนึ่ง รูปแบบ เครื่องมือหรือการรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ในการดำเนินธุรกิจของผู้หนึ่งผู้ใดและทำให้เขามีโอกาสในการได้รับประโยชน์เหนือคู่แข่งทางการค้าซึ่งมิได้ทราบหรือใช้ข้อมูลที่มีอยู่เช่นเดียวกัน ในการนี้อาจจะเป็นสูตรที่ใช้สำหรับส่วนผสมทางเคมี กระบวนการผลิต... หรือแม้แต่รายชื่อของลูกค้า ซึ่งมีความแตกต่างจากข้อมูลที่เป็นความลับในทางธุรกิจของผู้อื่น ...

ส่วนประมวลแบบแผนกฎหมายความลับทางการค้า (Uniform of Trade Secret Act) ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 4 ว่า "ความลับทางการค้ามีความหมายถึงข้อมูลที่รวบรวมไปถึงสูตรรูปแบบ การรวบรวม โปรแกรม เครื่องมือ วิธีการ เทคนิคหรือกระบวนการที่

(i) ได้มาซึ่งคุณค่าในทางเศรษฐกิจโดยตัวของมันเอง เป็นความจริงหรือมีความเป็นไปได้จากสิ่งที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปและไม่เป็นสิ่งที่สามารถค้นคว้าได้อย่างพร้อมสรรพโดยวิธีการที่เหมาะสม ซึ่งผู้คนโดยทั่วไปสามารถได้รับข้อมูลที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือการใช้ความลับ และ

(ii) เป็นสิ่งที่ได้มาโดยพยายามอย่างสมเหตุสมผลภายใต้สถานการณ์ในการรักษาไว้ซึ่งความลับ"

** ปัจจุบันมี 41 มลรัฐที่นำรูปแบบของ UTSA ไปบังคับใช้ (Alaska , Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, D.of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Mississippi, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Mexico, N.Carolina, N.Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, S.Carolina, S.Dakota, Utah, Vermont, Virginia, Washington, W.Virginia and Wisconsin) มี

กรรมสิทธิ์ในระบบแฟรนไชส์และข้อมูลแฟรนไชส์ใดที่ไม่ได้จัดอยู่ในประเภทความลับทางการค้าแต่ก็ยังคงคุ้มครองภายใต้ข้อจำกัดหรือข้อตกลงภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ได้

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าที่ใช้ในประเทศออสเตรเลียนั้นไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใดคงได้แต่ยึดถือเอาจากหลักคำตัดสินของศาล Common Law เป็นสำคัญและมีคดีเกิดขึ้นบ้างเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่มีการให้คำนิยามทางกฎหมายแก่ความลับทางการค้าในกฎหมายออสเตรเลีย อย่างไรก็ตามก็มีการยอมรับโดยให้ลักษณะของข้อมูลลับไว้ในคดี Ansell Rubber company V. Allied Rubber Industrial Ltd., V.R. 37 (1967) และในคดี Mense and Ampere Electric Manufacturing Company V. Milenkovic V.R. 784 (1973) ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้

1. ข้อมูลนั้นจะต้องไม่ใช่กันอยู่ทั่วไปหรือเป็นทรัพย์สินของส่วนรวมและความรับรู้ของประชาชน

2. แม้ว่าจะมีการโฆษณาหรือตรวจสอบโดยสาธารณชนก็ตาม แต่จะต้องไม่เป็นที่เข้าใจหรือเปิดเผยอย่างชัดเจน ยกเว้นแต่ผู้เป็นเจ้าของเท่านั้น

3. นายจ้างหรือผู้เป็นเจ้าของข้อมูลลับหรือความลับทางการค้าหรือ Know-How จะต้องรักษาด้วยตัวเองไม่ให้เป็นที่รับรู้โดยคู่แข่ง

4. ข้อมูลเหล่านี้จะต้องเกี่ยวกับการค้า

ตามกฎหมาย common law ตั้งแต่ความลับทางการค้าได้ถูกคุ้มครองแม้ว่าจะไม่อยู่ในข้อตกลงในการจำกัดสิทธิ์ก็ตาม โดยในคดี Printers and Finishers Ltd. V. Holloway ซึ่งถือว่าเป็นคดีต้นแบบในการนิยามคำว่า "Know-How" ที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดสิทธิ์ใดๆโดยนายจ้างคนก่อนพยายามหาบทบัญญัติที่จะป้องกันจำเลยจากการใช้หรือการเปิดเผยกรรมวิธี หรือลักษณะเฉพาะของขั้นตอนการผลิต ซึ่งผู้พิพากษา Cross เห็นว่าประเภทของข้อมูลเหล่านั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองหากปราศจากข้อตกลง ทำให้เห็นว่าจากคำตัดสินของศาลในคดีดังกล่าวรูปแบบของความลับทางการค้าจะต้องมีข้อตกลงเพื่อที่จะได้รับการคุ้มครอง ในทางกลับกันความเห็นนี้ต้องการสนับสนุนจากผู้พิพากษาท่านอื่นซึ่งอ้างว่าความสามารถเฉพาะตัวของลูกจ้างรวมทั้งความรู้ความสามารถในการดำเนินธุรกิจของนายจ้างไม่สามารถถูกจำกัดได้แม้จะเป็นตาม

2 มลรัฐที่ไม่ได้นำรูปแบบดังกล่าวไปปรับใช้คือ Alabama และ Massachusetts , มลรัฐนอกเหนือจากข้างต้นอยู่ภายใต้กฎหมาย common law ได้แก่ New Jersey, New York, Pennsylvania, Tennessee, Texas และ Wyoming

ข้อตกลงก็ตามเช่นในคดี Herbert Morris Ltd. V. Saxelby ตามความเห็นของ Lord Shaw และในคดีเดียวกันนั้น Lord Atkinson ได้เสนอความเห็นคล้ายกันซึ่งดูเหมือนว่าจะให้ความสำคัญกับระดับของประเภทข้อมูลที่ไม่สามารถแยกออกจากความรู้สึกทั่วไปของผู้ที่ทำงานได้ แต่ท้ายที่สุดการใช้ประโยชน์จากความแตกต่างดังกล่าวยังคงมีความสำคัญในการตัดสินของแต่ละคดี

ในคดีที่ถือว่าเป็นการพัฒนาจากทฤษฎีหลายทฤษฎีข้างต้นก็คือ Commercial Plastics Ltd. V. Vincent ซึ่งจำเลยที่เป็นลูกจ้างมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลความลับทางการค้าทั้งหมดของโจทก์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตแต่เป็นไปไม่ได้ว่าจำเลยจะสามารถจำสูตรต่างๆได้ทั้งหมด จำเลยจึงมีเพียง know how และ/หรือทักษะส่วนตัว (personal skill) เท่านั้น ศาลอุทธรณ์อังกฤษตัดสินว่า แม้ว่าความจำธรรมชาติของจำเลยในขั้นตอนการผลิตเหล่านั้นจะไม่ได้ประกอบไปด้วยทักษะส่วนตัวเท่านั้น ความรู้นั้นยังควรจะได้รับคุ้มครองโดยข้อจำกัดด้วยเหตุผลที่ว่าลักษณะเด่นเฉพาะ (distinctive feature) นี้ ประกอบด้วยการค้นพบใหม่ซึ่งเป็นวิธีการที่มีประโยชน์มากขึ้นหรือค้นพบเครื่องกลไกสำหรับการผลิต ซึ่งค่าแกลงดังกล่าวค่อนข้างจะคลุมเครือดูเหมือนว่าความหมายก็คือ การให้ความสำคัญทางพาณิชย์ของข้อมูลมากกว่าการพิจารณาว่าข้อมูลดังกล่าวควรจะได้รับคุ้มครองหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามคดีต่างๆที่เกิดขึ้นมิใช่ไม่มีข้อจำกัด ดังเช่นในคดี Drake International Ltd. V. Miller* ศาลตัดสินว่า ความรู้ของที่ปรึกษากฎหมายของตัวแทนการจ้างงานที่ได้ทราบมานั้นไม่ได้เป็นข้อมูลลับแต่เป็นความรู้ในระบบของโจทก์และขั้นตอนการดำเนินงาน ดังนั้นข้อตกลงห้ามทำธุรกิจแข่งขันไม่ได้รองรับการปกป้องผลประโยชน์โดยตรงกันข้ามกับคดี Cook's Australian Directories Pty Ltd. V. Stratton** ที่ผู้จัดการเขตของบริษัทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการตีพิมพ์หนังสือรวบรวมรายชื่อได้ถูกจำกัดในข้อตกลงเรื่องการห้ามทำธุรกิจแข่งขัน ศาลให้เหตุผลว่าจำเลยมีตำแหน่งที่สามารถรับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาและเกี่ยวกับบุคคลผู้ที่ถูกปฏิเสธการโฆษณา ซึ่งเรียกได้ว่าข้อมูลดังกล่าวนี้เป็นข้อมูลทั่วไปในองค์กรของธุรกิจและในคดี Littlewoods Organization Ltd. V. Hamis ข้อมูลกลยุทธ์ทางการตลาดที่อยู่ในครอบครองของลูกจ้างที่ถูกตัดสินว่าเป็นข้อมูลลับที่ถูกคุ้มครองเหมือนกับคดีของสหรัฐอเมริกาที่แสดงให้เห็นว่า

* (1976), 9 O.R. (2d) 652,21 C.P.R. , see also Drake Personnel Ltd. V. Beddison (1979) V.R. 13 (Vic S.C.) , Weight Watchers of Man. Ltd. V. Peter (1979), 6 Man.R.(2d)44 (Man. Q.B.)

** (1946) 47 S.R. (N.S.W.) 189 (N.S.W.S.C.).

สิทธิของนายจ้างที่ป้องกันตนเองจากการแข่งขันของลูกจ้างหลังจากที่สัญญาจ้างสิ้นสุดซึ่งมีทักษะเฉพาะตัวแม้ว่าความรู้นั้นจะไม่ใช่ความลับทางการค้า ศาลออสเตรเลียก็มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดในเรื่องการรักษาความลับนี้เช่นกัน เช่น Schindler Lifts Australia Pty Ltd., V. Debelak (1989) 89 ALR 275 , Robert Howes & Associates Pty Ltd., V. Ross Mcconnel Kitchen & Co Pty Ltd., (1979) เป็นต้น¹²

กรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าในสัญญาแฟรนไชส์ เช่น ในคดี Gold Messenger, Inc. V. McGuay, 937 P.2d 907 (1997) ในสัญญาแฟรนไชส์ระบุข้อตกลงว่าหลังจากเลิกสัญญาแฟรนไชส์แล้ว ห้ามมิให้ผู้รับสิทธิทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้สิทธิทั้งทางตรงและทางอ้อมเป็นเวลา 3 ปี ภายในรัศมี 50 ไมล์จากอาณาเขตของแฟรนไชส์ผู้ให้สิทธิ ปรากฏว่าหลังจากที่สัญญาสิ้นสุดลงจำเลยได้ประกอบธุรกิจแข่งขันชื่อว่า Penny Power ในคดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ให้สิทธิเป็นเจ้าของเทคนิค,ความรู้,ความลับทางการค้าและขั้นตอนการผลิตซึ่งใช้ในความสัมพันธ์แฟรนไชส์และยังเป็นผู้พัฒนาระบบการดำเนินธุรกิจรวมทั้งรูปแบบธุรกิจ,บัญชี,การจัดการและการควบคุมตรวจสอบอีกด้วย ในขณะที่คู่สัญญาทั้งสองปรารถนาเข้าสู่ข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าว จากที่กล่าวไปข้างต้นทำให้เห็นว่าเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันผู้รับสิทธิจากการใช้ข้อมูลความลับที่อยู่ในคู่มือปฏิบัติการ (operation manual) ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองความลับทางการค้าของผู้ให้สิทธินั่นเอง ดังนั้นศาลจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่าในคู่มือปฏิบัติการนั้นไม่ได้มีความลับทางการค้าใดๆ ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าสัญญาแฟรนไชส์แสดงออกชัดเจนว่าข้อมูล,ความรู้และ know how ที่บรรจุอยู่ในคู่มือนั้นเป็นความลับและศาลยังพบว่าผู้ให้สิทธิ (โจทก์) มีขั้นตอนในการคุ้มครองความลับทางการค้านั้นแตกต่างจากข้อมูลทั่วไปหรือในคดีอื่นๆ เช่น Allen V. Hub Cap Heaven, Inc.,* หรือในคดี Motor City Bagels, L.L.C. V. American Bagel Co..**

¹²เรียบเรียงจาก Trebilcock M.J., The common law of Restraint of Trade: A Legal and Economic analysis. (Toronto: Carswell, 1986), p.112-113.

* 225 Ga. App.533. 484 S.E. 2d 259 (1997)

** (1999) WL 382.612.

4.1.2.6 การห้ามมิให้ทำธุรกิจแข่งขัน (Non-Competition Clause)

ดังที่กล่าวแล้วว่าการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ให้สิทธิต้องถ่ายทอดระบบ ความรู้ เทคโนโลยีและความลับทางการค้าต่างๆให้กับผู้รับสิทธิในการดำเนินธุรกิจ ถ้าหากสัญญาแฟรนไชส์เลิกกันไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตามผู้รับสิทธิยังต้องรักษาความลับทางการค้าไว้ นอกจากนี้ในสัญญาแฟรนไชส์ยังมีข้อห้ามผู้รับสิทธิในการทำธุรกิจแข่งขันด้วยซึ่งโดยส่วนใหญ่ห้ามผู้รับสิทธิทำธุรกิจประเภทเดียวกันหลังจากที่เลิกสัญญาแฟรนไชส์แล้ว บางแฟรนไชส์ก็จะมีข้อกำหนดห้ามเกี่ยวข้องกับธุรกิจประเภทเดียวกันนั้นทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือบางแฟรนไชส์ก็มีข้อห้ามดังกล่าวรวมไปถึงญาติพี่น้องของผู้รับสิทธิด้วย นอกจากนี้จะห้ามเกี่ยวกับตัวบุคคลแล้วบางสัญญาจะห้ามในเรื่องพื้นที่และระยะเวลาในการทำธุรกิจแข่งขันด้วย

จะเห็นได้ว่าข้อห้ามการทำธุรกิจแข่งขันนั้นมีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองความลับทางการค้า เนื่องจากว่าในการประกอบธุรกิจใดๆที่มีการถ่ายทอดความรู้รวมทั้งความลับทางการค้า เช่น ในธุรกิจแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิจะได้รับการถ่ายทอดทั้งความรู้และความลับในการทำธุรกิจจากผู้ให้สิทธิ ที่อาจเกิดปัญหาในเรื่องของผู้รับสิทธิทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้สิทธิเนื่องจากตนมีความรู้ในธุรกิจดังกล่าว นอกจากนี้ยังได้รู้ถึงข้อมูลอันเป็นความลับในทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็นสูตร, รายชื่อลูกค้าฯลฯ ที่จะสามารถนำมาประกอบธุรกิจแข่งขันได้จึงเป็นเรื่องปกติทั่วไปที่ในสัญญาแฟรนไชส์ที่จะมีข้อห้ามในเรื่องดังกล่าว

ดังที่กล่าวแล้วว่าความลับทางการค้ามีอยู่หลายแบบหลายประเภท ส่วนความลับทางการค้าในธุรกิจแฟรนไชส์นั้นต้องมีลักษณะดังนี้

1. เป็นข้อมูลทางการค้า
 2. ข้อมูลทางการค้านั้นยังไม่เป็นที่รู้จักหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว
 3. ข้อมูลทางการค้านั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับหมายความว่าหากข้อมูลเหล่านั้นถูกเปิดเผยก็จะหมดประโยชน์ทันที เช่น ข้อมูลต้นทุนสินค้า, วัตถุดิบ หรือแผนการตลาดของผู้ให้สิทธิ เป็นต้น
 4. ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ต้องวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ
- ฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นคู่มือปฏิบัติการ, ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้สิทธิหรือเกี่ยวกับแฟรนไชส์

และผู้ให้สิทธิ เช่น กระบวนการดำเนินธุรกิจ, การจัดการต่างๆ, การเงิน เป็นต้น รายละเอียดของสูตรและเทคนิคต่างๆในเรื่องของสินค้าหรือบริการ, นโยบายการตลาด แม้กระทั่งรายชื่อลูกค้าก็ล้วนแล้วแต่เป็นความลับทางการค้าของผู้ให้สิทธิแพรอนไซส์ที่ควรจะต้องได้รับการคุ้มครอง โดยผู้รับสิทธิจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลความลับใดๆหรือแม้กระทั่งการนำความลับนั้นไปในเชิงแข่งขันกับผู้ให้สิทธิ

ประเทศไทย

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายแพรอนไซส์บังคับใช้และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ยังคงมีอุปสรรคในบางเรื่องเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวยังไม่สามารถปรับใช้ได้กับธุรกิจแพรอนไซส์อย่างครอบคลุมทั้งหมด ฉะนั้นในเรื่องของข้อบังคับดังกล่าวจึงยังต้องอาศัยกฎหมายแพ่งที่เป็นกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ก่อนโดยหลักเกณฑ์ของการห้ามทำธุรกิจแข่งขันนั้นต้องพิจารณาว่าข้อห้ามดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่* และยังปรากฏอยู่ในความสัมพันธ์ของหุ้นส่วนตามมาตรา 1038 ที่ว่าห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพดูจะเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายยอมรับและให้ความสำคัญแก่การจำกัดสิทธิในลักษณะนี้ไว้ นอกจากนี้ศาลไทยได้วางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นธรรมของข้อห้ามประเภทนี้ไว้ในคำพิพากษาที่ผ่านมาโดยต้องคำนึงถึงสาระสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ บุคคลที่ถูกห้าม, พื้นที่ขอบเขตที่ถูกห้าม, ประเภทกิจการ และระยะเวลาที่ถูกห้าม ซึ่งจะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของสัญญาแพรอนไซส์ได้บ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1356 / 2479 โจทก์จ้างจำเลยทำงานในร้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่าเมื่อจำเลยออกจากร้านโจทก์ไปแล้วห้ามมิให้จำเลยทำการเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ หรือในบริเวณ 600 เส้นจากกรุงเทพฯ ดังนี้ เฉพาะข้อสัญญาที่ห้ามจำเลยเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ นั้นไม่เป็นการเกินสมควร หากเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะไม่

* ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519 ข้อสัญญาที่ว่า โจทก์ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่น จำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจของโจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีเงื่อนไขที่บริษัทโจทก์ได้ประโยชน์ตามสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพราะจำเลยไปฝึกงานโจทก์ต้องออกค่าใช้จ่ายให้จำเลยทั้งสิ้น จำเลยได้ความรู้ความชำนาญจากการฝึกงานทั้งมีโอกาสใช้ความรู้ความชำนาญให้เป็นประโยชน์แก่ตนยิ่งขึ้น.... ทั้งบริษัทโจทก์มิได้กำหนดให้จำเลยต้องทำงานอยู่กับโจทก์ตลอดชีวิต.....

คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 ข้อสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยทั้งสองความว่า "9. ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปนี้ โดยมีได้รับความยินยอมจากบริษัท (ข) ภายในกำหนดระยะเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง... (2) เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือดำเนินการ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทซึ่งตนได้เคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท" มิได้เป็นการห้ามจำเลยทั้งสองมิให้กระทำโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์และเฉพาะส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ ทั้งกำหนดระยะเวลาที่ห้ามไว้ก็เพียง 24 เดือนนับแต่จำเลยทั้งสองพ้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดหน้ในการงดเว้นการกระทำที่กำหนดโดยเจตนาของคู่กรณีเช่นนี้ ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นและกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่ เป็นไปโดยชอบในเชิงของการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดทางทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาด จนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ

ต่อมาในคำพิพากษาฎีกาที่ 1275/2543 ลูกจ้างมีตำแหน่งผู้จัดการบริษัทขนส่งระหว่างประเทศโดยมีสัญญาว่าภายในระยะเวลา 5 ปี จะไม่ทำงานในบริษัทคู่แข่งในประเทศไทย เวียดนาม กัมพูชา ลาว และพม่า แต่เมื่อลาออกจากงานได้ไปทำงานที่บริษัทคู่แข่ง ลูกจ้างต่อสู้คดีว่าสัญญานี้ใช้บังคับไม่ได้ ศาลแรงงานชั้นต้นพิพากษาให้ลูกจ้างชนะคดี นายจ้างจึงอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาตัดสินว่าสัญญาระบุห้ามทำธุรกิจบางอย่างเท่านั้นไม่ได้ห้ามทำทุกอย่างแบบไม่มีขอบเขตจำกัดและพื้นที่ที่ห้ามก็เฉพาะกลุ่มประเทศในแหลมอินโดจีนเท่านั้น ไม่ถึงกับเป็นการตัดอาชีพของลูกจ้างทั้งหมดเสียทีเดียว จึงใช้บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ

จากคำตัดสินของศาลข้างต้น หากนำมาเทียบเคียงกับข้อห้ามทำธุรกิจแข่งขันเมื่อเลิกสัญญาแฟรนไชส์แล้ว อาจพิจารณาได้ดังนี้

1. พื้นที่ที่ห้ามทำธุรกิจแข่งขัน ซึ่งต้องดูประเภทของธุรกิจและผลกระทบที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ หากกำหนดไว้กว้างจนเกินไปก็อาจตกเป็นโมฆะได้ เช่น ถ้าเป็นธุรกิจที่ทำในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยเฉพาะแล้ว หากผู้รับสิทธิไปทำธุรกิจแข่งขันนอกพื้นที่ที่ไม่มีผลกระทบกับแฟรนไชส์เดิมที่มีอยู่ในพื้นที่เช่นนี้ หากมีข้อห้ามการทำธุรกิจแข่งขัน ข้อสัญญานั้นจะเป็นโมฆะ
2. ระยะเวลาที่ห้ามทำธุรกิจแข่งขัน เนื่องจากว่าผู้รับสิทธิได้รับความลับของผู้ให้สิทธิหากผู้รับสิทธิทำธุรกิจแข่งขันก็จะเป็นการเอาเปรียบผู้ให้สิทธิจนเกินไป ฉะนั้นสิ่งที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งในเรื่องระยะเวลานี้ก็คือ ความรวดเร็วในการเปลี่ยนแปลงข้อมูลความลับทางการค้าที่ใช้ในธุรกิจแฟรนไชส์นั้น ซึ่งมีส่วนในการพิจารณาเรื่องระยะเวลาอย่างมาก หมายถึง หากข้อมูลดังกล่าวจะไม่มีประโยชน์เมื่อเวลาผ่านไปไม่ว่าจะเป็น 1 เดือนหรือ 1 ปี ข้อห้ามในเรื่องระยะเวลาก็ไม่ควรห้ามเป็นเวลานานๆ จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543 อาจยึดเป็นแนวทางได้ว่าถ้าสัญญาแฟรนไชส์มีข้อห้ามทำธุรกิจแข่งขันไม่เกิน 5 ปี น่าจะใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาที่ทำให้ข้อมูลเปลี่ยนแปลงหรือล้าสมัยน่าจะเป็นเหตุผลที่ผู้รับสิทธิหยิบยกขึ้นมาให้ศาลพิจารณาได้
3. บุคคลที่ถูกห้าม โดยทั่วไปบุคคลที่จะถูกบังคับตามสัญญาคือคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์เท่านั้น แม้สัญญาแฟรนไชส์ระบุข้อห้ามดังกล่าวโดยรวมไปถึงคู่สมรสหรือญาติพี่น้องก็จะมีผลบังคับถึงได้ หากผู้รับสิทธิไปกระทำธุรกิจแข่งขันดังกล่าวโดยผ่านบุคคลเหล่านั้น ก็อาจถือว่าผิดสัญญาซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายตัวการ-ตัวแทนได้
4. ประเภทธุรกิจที่ถูกห้าม ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการปิดทางทำมาหากินของอีกฝ่ายเด็ดขาดจนไม่อาจดำรงอยู่ได้และควรจะจำกัดการห้ามเฉพาะเป็นงานที่ผู้รับสิทธิเคยเกี่ยวข้องเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามหลักการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลข้างต้นก็อาจยังถือไม่ได้ว่าเป็นบรรทัดฐานในเรื่องของการห้ามทำธุรกิจแข่งขันที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับสัญญาแฟรนไชส์เสมอไปเพราะยังไม่มีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับข้อตกลงห้ามทำธุรกิจแข่งขันในธุรกิจแฟรนไชส์โดยตรงและอาจมีการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวเนื่องมาจากสถานการณ์ในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลารวมทั้งองค์ประกอบอื่นๆอีกด้วย

นอกจากนี้ข้อจำกัดในการห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์นั้นยังจะต้องพิจารณาภายใต้ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่เป็นหลักทั่วไปแล้วยังอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย เพราะนอกจากสัญญาแฟรนไชส์จัดเป็นสัญญาสำเร็จรูปประเภทหนึ่งที่เกิดอยู่ภายใต้การบังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงานและข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพนั้นก็ปรากฏในมาตรา 5* ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย ซึ่งองค์ประกอบที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมี 3 ข้อ¹³ คือ

1. เป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ
2. ข้อตกลงนั้นจะต้องไม่เป็นโมฆะ คือ หากเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รุนแรงจนเกินไปก็จะตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ก่อนแล้ว
3. เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

ปัจจัยที่จะต้องนำสืบให้ปรากฏตามองค์ประกอบข้างต้นนี้มีอยู่ 3 ด้านคือ

1. ระยะเวลาและเขตพื้นที่ของการถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
2. โอกาสและความสามารถที่จะทำนิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือในรูปแบบอื่น
3. ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายทุกอย่าง (Lawful Interest) ของคู่สัญญา

* มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
 “ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

¹³ นกมล ปกรณ์นิมิตดี, “ปัญหาขอบเขตและการใช้พรบ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542). หน้า 126-127.

ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดข้อจำกัดห้ามทำธุรกิจแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ นั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาความลับทางการค้าของผู้ให้สิทธิไม่ให้ถูกเปิดเผยหรือเผยแพร่โดยการ ประกอบธุรกิจการค้าโดยผู้รับสิทธิไม่ว่าจะอยู่ในระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์หรือหลังจากที่เลิก สัญญาไปแล้วก็ตาม เนื่องจากสิ่งที่จัดว่าเป็นความลับทางการค้าในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ นั้นมีมากมายหลากหลายดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น การที่จะกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวจึงต้อง พิจารณาด้วยว่ามีความสัมพันธ์กับความลับทางการค้าด้วยหรือไม่ นอกจากนี้การพิจารณาว่า ข้อจำกัดดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ภายใต้กฎหมายไทยหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงหลัก ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดย ข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รุนแรงเกินไปซึ่งอาจทำให้ตกเป็นโมฆะได้ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาข้อจำกัดดังกล่าวตามมาตรา 5 ของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ด้วยว่าข้อจำกัดดังกล่าวนั้นจะต้องไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ คือ ไม่ใช่เป็นทางตัดทำมาหากินของผู้รับ สิทธิแฟรนไชส์เสียเลย ซึ่งอาจจะใช้แนวคำพิพากษาของศาลข้างต้นมาประกอบการพิจารณาใน การกำหนดข้อจำกัดห้ามทำธุรกิจแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ด้วย

สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย

ในปัจจุบัน ศาล common law ยังคงต่อต้านการบังคับใช้สัญญาที่เป็นการจำกัด ทางการค้า แต่ข้อตกลงหนึ่งที่ได้รับการยกเว้นก็คือ ข้อตกลงห้ามทำธุรกิจแข่งขันไม่ว่าจะเป็น ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่เลิกสัญญาไปแล้วหรือ ผู้ขายที่ตกลงว่าจะไม่เข้าทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ ซื้อ รวมทั้งกรณีของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์และผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ด้วยซึ่งมักปรากฏอยู่เสมอในข้อ สัญญาแฟรนไชส์ โดยการกำหนดข้อตกลงในการห้ามการแข่งขันทั้งในขณะที่อยู่ในสัญญา แฟรนไชส์ (in-term non-competition covenants) และหลังจากที่สิ้นสุดสัญญาแฟรนไชส์แล้ว (post-term non-competition covenants)

แต่เดิมคดี common law ที่เกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้าที่เกิดขึ้นคือ ในปี 1414 ที่ เรียกว่า Dyer's Case ซึ่งจำเลยได้อ้างสิทธิต่อศาลที่ว่ามีหน้าที่ที่ต้องกระทำตามสัญญาที่ห้ามมิให้ ดำเนินธุรกิจเป็นระยะเวลา 6 เดือนในเขตเมืองของโจทก์นั้นศาลเห็นว่าจำเลยจะต้องถูกคัดค้าน เพราะเงื่อนไขดังกล่าวผิดกฎหมาย ต่อมาคดี Rogers V. Parry ในปี 1611 ศาลได้แบ่งแยก ระหว่างข้อจำกัดทั่วไปที่มีผลเป็นโมฆะกับข้อจำกัดในเรื่องเวลาและสถานที่ที่อาจมีผลใช้บังคับได้

หากมีเหตุผลที่เพียงพอ อีก 2 ทศวรรษต่อมาในคดี Nordenfelt V. Maxim-Nordenfelt Guns and Ammunition Co., Lim. ศาลเห็นว่าการแบ่งแยกดังกล่าวควรจะแบ่งแยกเป็นข้อจำกัดที่สมเหตุสมผลและไม่สมเหตุสมผล จึงทำให้ในทางปฏิบัติข้อตกลงที่น่าจะใช้บังคับได้ก็คือ ข้อจำกัดที่ทำเพื่อค่าตอบแทนซึ่งก็คือการพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะ (the public interest) เท่าๆกับประโยชน์ของคู่สัญญา (the parties interest) และข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องไม่กว้างจนเกินความจำเป็นในการปกป้องผลประโยชน์ดังกล่าว

ตามความเห็นของ Lord Atkinson ในคดี Herbert Morris Ltd. V. Saxelby นายจ้างจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าข้อจำกัดดังกล่าวมีเหตุผลที่เพียงพอในการปกป้องบางสิ่งบางอย่างซึ่งเขามีสิทธิที่จะปกป้อง ดังนั้นในทางปฏิบัติหากพบว่าข้อจำกัดนั้น 1. มีระยะเวลาที่ยาวนานจนเกินไป 2. ครอบคลุมถึงประเภทของกิจกรรมของลูกจ้างกว้างจนเกินไป และ 3. ครอบคลุมพื้นที่ในการจำกัดกว้างจนเกินไปกว่าการที่ศาลจะพิจารณาถึงเหตุผลในความจำเป็นของการปกป้องผลประโยชน์ตามกฎหมายของนายจ้าง ข้อจำกัดนั้นก็ไม่สามารถใช้บังคับได้¹⁴ หลักการข้างต้นของ Lord Atkinson ยังคงมีอิทธิพลต่อศาล common law ในหลายๆประเทศ ไม่เพียงแต่ในเรื่องความสัมพันธ์ในสัญญาจ้างงานเท่านั้นยังรวมถึงรูปแบบของข้อตกลงในการจำกัดสิทธิอื่นๆด้วย

ดังที่กล่าวแล้วว่าข้อตกลงในการห้ามทำธุรกิจนั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับข้อตกลงห้ามเปิดเผยความลับทางการค้า เนื่องจากเหตุผลที่สำคัญของการทำธุรกิจแข่งขันก็คือ การนำเอาความลับทางการค้าที่ผู้รับสิทธิได้เรียนรู้มาจากผู้ให้สิทธิไปประกอบธุรกิจของตนเอง ตามแนวทางการพิจารณาของศาล common law ข้อตกลงในการห้ามทำธุรกิจแข่งขันในธุรกิจแฟรนไชส์นั้นจะไม่สามารถใช้บังคับได้หากไม่มีหลักฐานหรือพิสูจน์ได้ว่าการใช้ข้อมูลความลับของผู้ให้สิทธิ ดังเช่นในคดี Servpro Industries, Inc. V. Schmidt, 1997 ซึ่งข้อจำกัดในการห้ามทำธุรกิจแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ที่ป้องกันผู้รับสิทธิเดิม (ex-franchisee) จากการแข่งขันในธุรกิจชนิดเดียวกันกับผู้ให้สิทธิภายในระยะเวลา 2 ปีนับจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงและภายในรัศมี 10 ไมล์จากพื้นที่ที่ผู้รับสิทธิดำเนินธุรกิจอยู่ ศาลปฏิเสธการบังคับใช้ข้อกำหนดดังกล่าวเนื่องจากว่า Servpro ไม่สามารถพิสูจน์ถึงผลประโยชน์ทางธุรกิจตามกฎหมายสำหรับการกำหนดไม่ให้มีการแข่งขันได้ซึ่งกูดวิลล์ (goodwill) ไม่ใช่ผลประโยชน์ที่สามารถปกป้องได้ในความสัมพันธ์แฟรนไชส์เพราะแฟรนไชส์ไม่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายธุรกิจ นอกจากนี้ยังไม่มีหลักฐานในการใช้ความลับทางธุรกิจ

¹⁴ เรียบเรียงจาก Trebilcock, M.J., The Common law of Restraint of Trade (Toronto: Carswell, 1986), p.70 -73.

อีกด้วยคือจากการพิจารณาหลักฐานนั้นแสดงให้เห็นว่าการประกอบธุรกิจแข่งขันในรัศมี 10 ไมล์ นั้น ในส่วนของคู่มือของ Servpro เทคนิคหรือคู่มือในการฝึกอบรมไม่ได้ถูกนำมาใช้เลย¹⁵

จากการศึกษาประเด็นปัญหาความลับทางการค้าและข้อจำกัดในการห้ามทำ ธุรกิจแข่งขันในธุรกิจแฟรนไชส์ จะพบว่าในประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องนี้โดยเฉพาะ แต่ในประเด็นของความลับทางการค้าสามารถนำพระราชบัญญัติความลับทางการค้ามาใช้สำหรับ ประเด็นปัญหานี้ที่อาจเกิดขึ้นในธุรกิจแฟรนไชส์ไทยแม้จะไม่ใช่มติกฎหมายที่เกี่ยวกับแฟรนไชส์ โดยตรงก็ตาม ส่วนประเด็นในเรื่องข้อจำกัดห้ามการทำธุรกิจแข่งขันนั้นก็ต้องนำแนวทางตามคำ พิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นในคดีข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีแฟรนไชส์ เช่นเดียวกับในประเทศ สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียซึ่งยึดถือตามกฎหมาย common law โดยมีคำพิพากษาของศาล เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตัดสิน แต่จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลไทย และศาล common law นั้นมีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ใกล้เคียงกัน คือ ใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของ พื้นที่และระยะเวลาในการจำกัดเป็นหลัก แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มีคดีแฟรนไชส์ขึ้นสู่การ พิพากษาของศาลในประเด็นดังกล่าวเป็นที่เชื่อได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคงไม่แตกต่างกัน

4.1.3 ปัญหาความรับผิดของคู่สัญญาแฟรนไชส์กับบุคคลภายนอก

ความรับผิดของคู่สัญญาในธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีต่อบุคคลภายนอกนั้นจะ ทำการศึกษาออกเป็น 2 เรื่อง คือ ในเรื่องของการเข้าทำสัญญาและการทำละเมิดของผู้รับสิทธิ แฟรนไชส์ ดังนี้

4.1.3.1 การเข้าทำสัญญา

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิแฟรนไชส์จะมีผลต่อความผูกพันต่อผู้ ให้สิทธิในเรื่องของการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกของผู้รับสิทธิเพียงใดนั้น ตามกฎหมาย ไทยจะต้องพิจารณาถึงหลักความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้คนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง

¹⁵ เรียบเรียงจาก Servpro Industries, Inc. V. Schmidt, 1997[Online](n.d.)

และพาณิชย์ที่จะนำมาศึกษาก็คือ ในเรื่องของความรับผิดของนายจ้างในละเมิดที่ถูกจ้างได้กระทำ ตามมาตรา 425 และ 427 ซึ่งโดยทั่วไปหลักความรับผิดดังกล่าวนั้นมาจาก

- 1) นายจ้างต้องรับผิดในผลแห่งงานที่ตนได้ประโยชน์ เนื่องจากนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงานของลูกค้าจึงควรทำหน้าที่ป้องกันความเสียหายได้ดีที่สุด
- 2) นายจ้างมีฐานะเหนือกว่าจึงสมควรรับภาระไปก่อนและสามารถไล่เบียดได้ในภายหลัง
- 3) หลักที่ถือว่าลูกค้าจ้างได้กระทำไปเปรียบเสมือนนายจ้างได้กระทำนั้นทำให้นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำของลูกค้า
- 4) นายจ้างสามารถกระจายความรับผิดออกไปได้โดยวิธีอื่นๆ เช่น การประกันภัย¹⁶

ในส่วนของความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนนั้น กฎหมายได้บัญญัติในนำบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมาใช้โดยอนุโลม เนื่องจากว่าตัวแทนกระทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการเช่นเดียวกับลูกจ้างและตัวการเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการกระทำการดังกล่าวซึ่งถือว่าเป็นการกระทำในนามของตัวการ แม้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะมีอำนาจในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของผู้รับสิทธิก็ตามแต่การควบคุมดังกล่าวเป็นไปเพื่อการรักษาคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าและบริการเพื่อรักษาชื่อเสียงและค่านิยมของผู้บริโภคที่มีต่อเครื่องหมายการค้า นั้น ดังที่กล่าวไปแล้วว่าความสัมพันธ์ของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ไม่ได้มีลักษณะของความเป็นนายจ้างลูกจ้างหรือตัวการตัวแทนแต่อย่างใด

ในกฎหมาย common law นั้น ในกรณีที่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ทำสัญญากับบุคคลภายนอกหรือมีความสัมพันธ์ใดๆที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดได้ ผู้รับสิทธินั้นจะต้องรับผิดตามสัญญาโดยลำพังเสมือนว่าตนไม่ได้รับสิทธิแฟรนไชส์ เช่น แฟรนไชส์ร้านอาหารผู้รับสิทธิจะต้องรับผิดชอบลูกค้าหากอาหารที่ปรุงขึ้นผิดสุขลักษณะแม้ว่าจะเป็นกิจการแฟรนไชส์ก็ตาม นอกจากนี้ผู้รับสิทธิยังต้องรับผิดตามสัญญาที่ตนทำขึ้นในนามของตนเองอีกด้วย แต่หากมีการใช้อำนาจควบคุมมากเกินไปจนสมควรอาจทำให้ความสัมพันธ์เป็นลักษณะการจ้างงานได้แม้ว่าไม่มีสัญญาโดยแจ้งชัดก็ตามเพราะมีระดับความผูกพันที่สูงขึ้นไป ซึ่งหลักการดังกล่าวมาจากแนววินิจฉัยของศาลในระบบ common law แต่ตามหลักการของไทยยังไม่ปรากฏว่าศาลใช้แนว

¹⁶ ถวิลวงษ์ ภาวะพิงค์, "ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 93.

วินิจฉัยในเรื่องระดับความสัมพันธ์ที่สูงขึ้นในการตัดสินใจเพื่อการรับผิดชอบในการกระทำของ คู่สัญญา

จากการศึกษาพบว่าตามปกติผู้ให้สิทธิไม่น่าจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์กับบุคคลภายนอกในเรื่องของการเข้าทำสัญญา เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิแฟรนไชส์มีใช้ลักษณะของความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้างหรือตัวการตัวแทน แต่หากมีการควบคุมเกินความจำเป็นก็อาจทำให้ผู้ให้สิทธิต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับสิทธิได้

4.1.3.2 การทำละเมิด

กฎหมายว่าด้วยละเมิดอาจนำมาใช้บังคับกับผู้ให้สิทธิหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ ถ้ามีการละเมิดเกิดขึ้นโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทั้งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลภายนอกจนได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 อันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยมากละเมิดที่เกิดขึ้นผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบเองเพราะถือเป็นผู้รับสิทธิแฟรนไชส์นั้นเป็นคู่สัญญาอิสระไม่ได้มีความผูกพันร่วมกับผู้ให้สิทธิแต่อย่างใด เว้นแต่ในบางกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุแห่งการละเมิดนั้นมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้สิทธิ เช่น ในวัสดุที่ผู้ให้สิทธินำมาผลิต ประกอบหรือวิธีการดำเนินการตามสิทธิที่เป็นแฟรนไชส์ รวมทั้งสินค้าที่ผู้ให้สิทธิส่งมาให้ผู้รับสิทธิจำหน่ายโดยไม่ได้เป็นความผิดของผู้รับสิทธิแต่อย่างใด เช่นนี้ผู้ให้สิทธิจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ซื้อสินค้าหรือใช้บริการเพราะเนื่องจากว่าผู้ให้สิทธินั้นย่อมรับรองอยู่ในตัวแล้วถึงความสมบูรณ์และความถูกต้องของแฟรนไชส์ตนเพราะโดยปกติแล้วผู้ให้สิทธิมีสิทธิตรวจตรากระบวนการผลิตหรือการดำเนินธุรกิจของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เพื่อควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าหรือบริการอยู่แล้ว

จากการพิจารณาในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิที่ไม่ใช่ในลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างหรือตัวการตัวแทนในกรณีของการทำละเมิดก็เช่นเดียวกับการเข้าทำสัญญาใดๆกับบุคคลภายนอกซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ไม่น่าจะต้องร่วมรับผิดชอบใดๆจากการกระทำละเมิดของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์แต่อย่างใด

ในกฎหมาย common law ก็เช่นเดียวกันหลักการในเรื่องการทำละเมิดที่มีต่อบุคคลภายนอกของคู่สัญญานั้นเหมือนกับกรณีของการเข้าทำสัญญาของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์กับบุคคลภายนอก ซึ่งกรณีผู้รับสิทธิก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกอันเป็นการทำละเมิด ผู้รับสิทธิจะต้องรับผิดชอบโดยลำพัง ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์นั้นไม่ต้องร่วมรับผิดชอบเนื่องจากลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในความสัมพันธ์ของแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธินั้นทำธุรกิจเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากผู้ให้สิทธิ หากผู้รับสิทธิมีการทำละเมิดขึ้นก็ต้องรับผิดชอบ

จึงอาจสรุปได้ว่าความรับผิดของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ต่อบุคคลภายนอกนั้น หากเป็นกรณีปกติทั่วไปผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำของตนเองทั้งที่เป็นเรื่องการเข้าทำสัญญาหรือการทำละเมิดก็ตามเพราะถือเสมือนว่าผู้รับสิทธิเป็นคู่สัญญาอิสระที่มีอำนาจประกอบการด้วยตนเองและไม่ได้เป็นตัวแทนของผู้ให้สิทธิแต่อย่างใด สัญญาแฟรนไชส์ไม่อาจยกเว้นความรับผิดเหล่านี้ได้เพราะแม้ไม่ใช่การทำธุรกิจภายใต้ระบบแฟรนไชส์ ผู้รับสิทธิก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าวอยู่ ยกเว้นในกรณีที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้ เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องของการรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ดังกล่าวต่อไป

4.1.4 การคุ้มครองผู้บริโภค

โดยทั่วไปผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิแฟรนไชส์มีความเป็นตัวการตัวแทนกันอยู่ในสายตาของบุคคลภายนอกหรือผู้บริโภคอยู่แล้วเนื่องจากลักษณะ, วิธีการและรูปแบบในการดำเนินธุรกิจที่เหมือนกันและอยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการเดียวกัน แต่หากได้พิจารณาตามที่กล่าวไว้ในลักษณะของสัญญาตัวแทนกับสัญญาแฟรนไชส์ในบทที่ 2 จะเห็นว่าโดยทั่วไปผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ไม่ได้เป็นตัวแทนของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ในลักษณะสัญญาตัวแทน เนื่องจากหลักการเบื้องต้นของความสัมพันธ์ของสัญญาทั้งสองไม่เหมือนกัน ความสัมพันธ์ของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ จึงไม่ใช่ความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทน

การศึกษาประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับผู้บริโภคจากสินค้าหรือบริการของผู้รับสิทธิแฟรนไชส์หรือจากการโฆษณาที่สร้างขึ้นโดยผู้ให้สิทธิ จะแบ่งออกเป็น 3 เรื่อง ได้แก่ 1. การควบคุมการประกอบการ 2. ความรับผิดในผลิตภัณฑ์ และ 3. การโฆษณา

4.1.4.1 การควบคุมการประกอบกิจการ

ในเรื่องของการควบคุมการประกอบกิจการของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ที่มีต่อผู้รับสิทธินั้น กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติไว้แต่อย่างใดคงจะมีเพียงแต่ในเรื่องของการควบคุมการประกอบกิจการที่ผู้ให้สิทธิอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้ารวมทั้งเครื่องหมายบริการที่ต้องมีการควบคุมคุณภาพ มิฉะนั้นอาจถูกเพิกถอนการให้ใช้สิทธินั้น* ในระบบแฟรนไชส์ก็เช่นกันผู้ให้สิทธิมีหน้าที่ต้องควบคุมคุณภาพของสินค้าและบริการของผู้รับสิทธิให้เป็นไปตามมาตรฐานของผู้ให้สิทธิภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของผู้ให้สิทธินั้นซึ่งในด้านของผู้รับสิทธิก็เปรียบเสมือนว่าตนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น** จึงมีภาระหน้าที่ในการป้องกันการละเมิดจากบุคคลอื่น และต้องรักษาชื่อเสียงและค่านิยมต่อสินค้าและบริการภายใต้เครื่องหมายสินค้าหรือเครื่องหมายบริการนั้น ดังนั้นผู้ให้สิทธิจึงมีหน้าที่ในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของผู้รับสิทธิในธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อคงไว้ซึ่งคุณภาพและมาตรฐานของผู้ให้สิทธิที่มีต่อค่านิยมของผู้บริโภค

ตามกฎหมาย common law โดยทั่วไปการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้รับสิทธิจะเป็นเจ้าของกิจการเองหมายความว่า เป็นผู้ลงทุนเอง, การซื้อสินค้าหรือวัสดุอุปกรณ์ก็จะรับผิดชอบเองหรืออาจเพียงแค่ทำตามคำแนะนำหรืออนุญาตจากผู้ให้สิทธิเท่านั้นรวมทั้งการเสี่ยงภัยในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ที่ออกในรูปแบบของผลประกอบการไม่ว่าจะเป็นกำไรหรือขาดทุนก็จะเกิดผลโดยตรงต่อผู้รับสิทธิเองทั้งสิ้น ดังจะเห็นได้ชัดเจนหากผลประกอบการขาดทุน ผู้รับสิทธิก็ยังคงต้องมีหน้าที่ในการจ่ายค่าสิทธิต่างๆให้แก่ผู้ให้สิทธิเช่นเดิม จากลักษณะความสัมพันธ์ที่ออกมาในรูปของความเป็นอิสระจากกันของคู่สัญญาข้างต้น แต่ยังคงถูกควบคุมและตรวจสอบการดำเนินธุรกิจจากผู้ให้สิทธิอาจเรียกได้ว่าเป็นความอิสระแบบกึ่งอิสระ(quasi-independent) การเป็นคู่สัญญาอิสระภายใต้สัญญาแฟรนไชส์จึงทำให้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ไม่ถูกผูกพันให้ต้องรับ

* พรบ.เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 มาตรา 72...
นายทะเบียนอาจร้องขอต่อคณะกรรมการให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้
เครื่องหมายการค้าได้ หากแสดงได้ว่า ... (2) เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นไม่อาจควบคุม
คุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้อย่างแท้จริงต่อไป...

** พรบ.เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 มาตรา 70
การใช้เครื่องหมายการค้าโดยผู้ได้รับอนุญาตสำหรับสินค้าในการประกอบธุรกิจของตนตามที่ได้
อนุญาตไว้ ให้ถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น

ผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่นโดยกฎหมาย ดังที่ปรากฏในคดี Ready Mixed Concrete (south east) V. Minister of Pensions and National Insurance *

โดยที่การควบคุมการประกอบการเป็นข้อยกเว้นที่ผู้ให้สิทธิแพรนไซส์สามารถเข้าควบคุมการประกอบการของผู้รับสิทธิแพรนไซส์ในฐานะที่ไม่ใช่เป็นคู่สัญญาอิสระหากแต่เป็นผู้ดำเนินกิจการแทนผู้ให้สิทธิหรือเป็นลูกจ้างของผู้ให้สิทธิซึ่งเป็นกรณีที่ผู้รับสิทธิทำสัญญาในนามของผู้ให้สิทธิ จึงทำให้ผู้ให้สิทธิสามารถเข้าควบคุมการดำเนินงานได้เต็มที่ รวมทั้งในเรื่องของการจ้างหรือเลิกจ้างบุคลากรของผู้รับสิทธิแพรนไซส์ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ให้สิทธิจึงอาจมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือผู้บริโภคของผู้รับสิทธิแพรนไซส์ หากเกิดการกระทำที่เอาผิดเอาเปรียบ ซึ่งอาจจะต้องถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในคำแนะนำของการบริการ หรือผลิตภัณฑ์ เช่น ในคดี Will V. Arthur Murray Inc., **

4.1.4.2 ความรับผิดในผลิตภัณฑ์

ความรับผิดในผลิตภัณฑ์ หรือ product liability นั้น โดยทั่วไปหมายถึง ความรับผิดทางแพ่งของผู้ผลิตสินค้าเพื่อความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินอื่นของบุคคลอื่น เกิดขึ้นทางสินค้าขาดความปลอดภัย¹⁸ ปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้รับสิทธิเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าที่ผู้ให้สิทธิประกอบขึ้นหรือส่งมาเพื่อจำหน่าย ถ้าหากผลิตภัณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคแล้ว ผู้ให้สิทธิจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์หรือหลักกฎหมายละเมิด ขณะนี้ประเทศไทยมีร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้า พ.ศ..... ซึ่งอยู่ในชั้นพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงกล่าวได้ว่าในปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิด

* Ready Mixed Concrete (south east) V. Minister of Pensions and National Insurance (1968) 2 Q.B. 497

** Will V. Arthur Murray Inc., (N.Y. civil court) 67 Misc 2d 417 , 324 NYS 2d 381.

¹⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อความปลอดภัยอันเกิดจากสินค้าขาดความปลอดภัย(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า16.

ผิดในผลิตภัณฑ์เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามผู้ที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวสามารถก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายหรือผู้ผลิตได้ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องผู้ขายให้รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ซื้อขาย คือ มาตรา 472* และมาตรา 473** แต่ก็อาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง เช่น กฎหมายลักษณะซื้อขายดังกล่าวใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาคือผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น หากผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้าจากผู้ขายก็ไม่สามารถฟ้องร้องได้เท่ากับว่าความรับผิดในผลิตภัณฑ์ในกฎหมายลักษณะซื้อขายของไทยยังไม่ครอบคลุมถึงผู้บริโภคตามความเป็นจริง ไม่ว่าจะ เป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้ซื้อหรือบุคคลภายนอก เช่น เพื่อนหรือแขกของผู้ซื้อ เป็นต้น และการฟ้องร้องตามหลักกฎหมายละเมิดตามมาตรา 420*** ซึ่งผู้ผลิตหรือผู้ขายอาจไม่มีการกระทำใดๆ ในขณะที่เกิดความเสียหายขึ้นอันต่างจากกรณีละเมิดทั่วไป แต่หากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าในขณะที่ผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในความครอบครองของผู้ขายมีความผิดปกติอันก่อให้เกิดความเสียหายได้ซึ่งอาจปรับเข้ากับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ได้ด้วย¹⁹ นอกจากนี้การฟ้องร้องคดีดังกล่าวยังอาศัยบทบัญญัติตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510, พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 รวมทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในมาตรการเกี่ยวกับสินค้าอันตรายแต่บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดความรับผิดเป็นพิเศษหรือเป็น

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 ในกรณีที่ทรัพย์สินค้าซื้อขายบกพร่อง... อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติที่ดี ... ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด... ทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าคุณชำรุดบกพร่องมีอยู่

** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดในกรณี ... (1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากใช้ความระมัดระวัง .. (2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาสินค้านั้นไว้โดยไม่อิดเอื้อน...

*** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้ใจจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

¹⁹ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544), หน้า 50.

เฉพาะแก่ผู้บริโภค แต่เป็นการวางมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายโดยให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่จะดำเนินการ

ฉะนั้นผู้รับสิทธิแฟรนไชส์หากเป็นประเภทของ Product Franchise ผู้ให้สิทธิจะมีฐานะทำนองเดียวกับโรงงานผู้ผลิตและผู้รับสิทธิก็เสมือนผู้ค้าปลีก หากสินค้าเกิดความชำรุดบกพร่องขึ้น กฎหมายที่ผู้เสียหายจะฟ้องร้องให้ผู้ผลิตที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาซื้อขายรับผิดชอบนั้นยังไม่ได้ต้องเป็นหน้าที่ในการพิสูจน์ของผู้เสียหายเองแต่ผู้รับสิทธิอาจจะต้องรับผิดในฐานะของผู้ขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องซื้อขายเพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิได้

ความรับผิดในผลิตภัณฑ์นั้น แต่เดิมระบบ common law ถือเป็นแนวทางปฏิบัติมาตลอดว่าผู้เสียหายจากการใช้ผลิตภัณฑ์ต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ผลิตหรือผู้ขายจึงจะฟ้องร้องได้ ต่อมาแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิของผู้เสียหายที่อาจเรียกร้องแม้ไม่มีความผูกพันตามสัญญาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางก่อให้เกิดหลักที่ถือว่าแม้มิได้ประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น หลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ใน The Restatement-2nd of Torts ของสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดให้ผู้ขายมีความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากผลิตภัณฑ์โดยไม่กำหนดว่าผู้เสียหายต้องเป็นผู้ซื้อ* ต่อมาได้พัฒนาความรับผิดตามสัญญา ระหว่างผู้ผลิตผู้ขายและผู้บริโภคมาสู่กฎหมายลายลักษณ์อักษรในปีค.ศ.1972 คือ The Uniform

* Section 402A (1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2)The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.

Commercial Code หรือ U.C.C. ซึ่งแบ่งความรับผิดออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่ต้องการความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา (Privity of Contract) และประเภทความรับผิดตามคำรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) ที่เป็นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดแม้คู่สัญญาจะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันก็ตาม ดังนั้นในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาผู้เสียหายกรณีบริโภคสินค้าหรือผลิตภัณฑ์จึงมีทางเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นทั้งคดีแพ่งทั้งทางสัญญาและละเมิด

ส่วนในความสัมพันธ์แพรอนไซส์นั้นโดยปกติผู้ให้สิทธิจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือลูกค้าในกรณีที่ได้รับ ความเสียหายอันเนื่องมาจากผู้รับสิทธิแพรอนไซส์ เพราะผู้รับสิทธิเป็นคู่สัญญาอิสระและไม่ได้เป็นตัวแทนของผู้ให้สิทธิ แต่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่นในกรณีที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมีบทบัญญัติป้องกันมิให้ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายหรือผู้บริการเอาเปรียบผู้บริโภคในด้านสินค้าหรือบริการที่เสื่อมประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีผู้รับสิทธิแพรอนไซส์ประเภทตัวแทนจำหน่ายสินค้าของผู้ให้สิทธิ ผู้รับสิทธิแพรอนไซส์เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าที่ผู้ให้สิทธิประกอบขึ้นหรือส่งมาเพื่อการจำหน่าย ถ้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคแล้ว ผู้ให้สิทธิอาจจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์หรือละเมิดอันเกิดจากอันตรายของสินค้า ในทำนองเดียวกันถ้าหากผู้ให้สิทธิแพรอนไซส์เป็นผู้กำหนดมาตรฐานในการผลิตให้กับผู้รับสิทธิ ผู้ให้สิทธิก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากผลิตภัณฑ์ราวกับว่าเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายเอง ดังเช่นในคดี Carter V. Joseph Bancroft & son Co.,*

ความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ของออสเตรเลียก็ไม่แตกต่างไปจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law เช่น อังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา คืออาจอาศัยหลักความรับผิดทางสัญญาเฉพาะในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นคู่สัญญากับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายหรืออาศัยหลักความรับผิดทางละเมิด แต่ทั้งสองกรณีต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญญา (Privity of contract) ด้วยซึ่งถือว่าอุปสรรคอย่างหนึ่ง จึงมีแนวคำพิพากษาในคดี Rylands V. Fletcher , Donoghue V. Stevenson ศาลวางหลักไว้ว่าในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไปได้บริโภค ผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งอาจได้รับความเสียหายอันเกิดจากผลิตภัณฑ์นั้นๆ กฎหมายที่สำคัญของออสเตรเลียในเรื่องดังกล่าวนี้คือ Sales of Goods Act ของมลรัฐต่างๆของออสเตรเลียซึ่งกำหนดหน้าที่ความรับผิดของผู้ขายไว้และที่สำคัญคือ Trade Practices Act 1974 ในส่วน Part VA ซึ่งตามหลักดังกล่าวผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าต้องรับผิด

* (D C E D Pa) 360F Supp1 103.

ทางแพ่งของผู้ประกอบธุรกิจ ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องซึ่ง
 คุ้มครองผู้บริโภคที่แม้จะไม่ได้ซื้อสินค้าจากผู้ผลิตโดยตรงด้วย นอกจากนี้ยังอาศัยความรับผิดชอบ
 ทางละเมิดโดยการหลอกลวง ถ้าผู้ผลิตหรือผู้ขายจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการให้
 ข้อมูลที่เกี่ยวกับสินค้าคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงเป็นเหตุให้ผู้ซื้อหลงเชื่อ และยังห้าม
 ผู้ประกอบการค้าทำการหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่ายด้วย
 ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็นำมาปรับใช้กับผู้บริโภคและผู้ให้สิทธิแพรนไซส์ด้วยกัน

4.1.4.3 การโฆษณา

สิทธิของผู้บริโภคที่สำคัญอีกสิ่งหนึ่งก็คือ การได้รับข้อมูลข่าวสารรวมทั้งข้อมูล
 ข่าวสารที่เกี่ยวกับสรรพคุณของสินค้าหรือบริการ ซึ่งก็คือ การโฆษณานั้นเอง ซึ่งการโฆษณานั้นจะ
 อยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องการโฆษณาเป็นหลัก* การดำเนินการส่งเสริมการขาย
 ของธุรกิจในระบบแพรนไซส์มักจะมีทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับภูมิภาค และระดับประเทศ ซึ่งการ
 ส่งเสริมการขายเหล่านี้เป็นข้อมูลที่มีอิทธิพลในระดับหนึ่งต่อการตัดสินใจซื้อหรือรับบริการจาก
 แพรนไซส์ซึ่งการโฆษณาในระบบแพรนไซส์นั้นมักจะมาจากเงินกองทุนโฆษณาที่ผู้บริโภคมีหน้าที่
 จะต้องจ่ายเป็นค่าธรรมเนียม (ส่วนมากคิดเป็นเปอร์เซ็นต์จากยอดขาย) ให้กับผู้ให้สิทธิซึ่งจะเป็น
 ผู้ดำเนินการด้านการโฆษณาให้ ดังนั้นหากมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการโฆษณาดังกล่าวผู้ให้สิทธิ
 ที่เป็นผู้จัดทำกรโฆษณาจึงต้องรับผิดชอบ ส่วนผู้บริโภคจะต้องร่วมรับผิดชอบด้วยหรือไม่นั้นผู้วิจัยเห็นว่า
 ต้องพิจารณาว่า การโฆษณานั้นปรากฏอยู่ในบริเวณที่ผู้บริโภคเปิดกิจการหรือไม่ หากใช้
 ผู้บริโภคก็มีหน้าที่ที่จะระมัดระวังการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับกิจการของตนประกอบกับตนเป็นผู้
 ร่วมออกค่าใช้จ่ายในการจัดให้มีการโฆษณานั้นด้วย เช่นเดียวกับกรณีที่ผู้บริโภคเป็นผู้จัดให้มีการ
 โฆษณาในระดับท้องถิ่นเอง ซึ่งในกรณีนี้หากต้องมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการโฆษณา ผู้ให้สิทธิก็

* พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.
 คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่2) พ.ศ. 2541 มาตรา 4 ได้บัญญัติรองรับสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภคไว้ 4
 ประการ คือ (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับ
 สินค้าและบริการ (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการ (3) สิทธิที่จะได้รับความ
 ปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ (3ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (4)
 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับสิทธิเช่นกันเนื่องจากโดยปกติการโฆษณาที่ผู้รับสิทธิจัดทำขึ้นเองจะต้องได้รับการตรวจสอบและอนุมัติจากผู้ให้สิทธิเพื่อควมมีมาตรฐานและการส่งเสริมภาพพจน์ของแฟรนไชส์

การสนับสนุนของผู้ให้สิทธิที่มีต่อผู้รับสิทธิในธุรกิจแฟรนไชส์ประการหนึ่ง ก็คือการโฆษณาแฟรนไชส์นั้นโดยอาจเป็นในระดับภูมิภาคหรือท้องถิ่น หรืออาจให้ผู้รับสิทธิเป็นผู้จัดทำโฆษณาเองในระดับภูมิภาคก็ได้ ในกฎหมายลักษณะละเมิดคือ The Restatement – 2nd of Torts ของสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงการประกอบธุรกิจการขายโดยโฆษณาหรือเสนอข้อมูลที่ไม่ถูกต้องต่อสาธารณะจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายของผู้บริโภคผลิตภัณฑ์เป็นความผิดทางละเมิดด้วย* นอกจากนี้ยังมีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ก็คือ the Federal Trade Commission (FTC) โดยมีอำนาจปฏิบัติการทางการผูกขาดทางการค้าและการค้าอันไม่เป็นธรรมรวมทั้งการโฆษณาหลอกลวงอื่น ๆ ด้วย

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องการโฆษณาของออสเตรเลียบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 5 ของ TPA 1974 ดังที่กล่าวไปแล้วว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณา ในมาตราหลักของข้อความโฆษณาที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดคือใน มาตรา 52 ส่วนมาตราอื่น ๆ นั้นถือเป็นบทกำหนดความผิดเฉพาะกรณี ซึ่งในมาตราดังกล่าวนั้นห้ามผู้ประกอบการดำเนินการในทางการค้า การพาณิชย์ซึ่งจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวงหรือซึ่งอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง รวมทั้งการนิ่งเงียบไม่เปิดเผยข้อความจริงที่ปรากฏในข้อความโฆษณาอาจเป็นการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าและบริการได้เช่นกัน** นอกจากนี้ยังรวมถึง

* Section 402B One engaged in the business of selling chattels who, by advertising, labels, or otherwise, makes to the public a misrepresentation of material fact concerning the character or quality of a chattel sold by him is subject to liability for physical harm to a consumer of the chattel caused by justifiable reliance upon the misrepresentation, even though

(a) it is not made fraudulently or negligently, and

(b) the consumer has not bought the chattel from or entered into any contractual relation with the seller.

** เช่นในคดี Elconnex Pty Ltd., V. Gerard Industries Pty Ltd., (1992) ATPR

ข้อความโฆษณาที่จริงกึ่งเท็จ(Half-truth) และข้อความโฆษณาเกินความจริง(Puffery) ซึ่งในประเทศออสเตรเลียถือเป็นข้อความที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภค เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของไทยในมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เช่นกันว่าข้อความโฆษณาที่เกินความจริงถือว่าเป็นข้อความที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคต้องห้ามในการโฆษณา ส่วนข้อความโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคนั้นยังอาจเป็นข้อความที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 53 ซึ่งเป็นบทกำหนดฐานความผิดเฉพาะกรณี ได้แก่ บทบัญญัติซึ่งกำหนดความผิดเฉพาะเกี่ยวกับข้อความโฆษณาที่เกี่ยวกับมาตรฐาน คุณภาพ ส่วนประกอบ แบบ แหล่งกำเนิดและการรับรองสินค้าและบริการ* ฉะนั้นการโฆษณาของแฟรนไชส์ก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของ TPA ด้วยเช่นเดียวกัน

4.1.5 ข้อจำกัดของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการทำธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศไทย ทำให้สัญญาแฟรนไชส์มีบทบาทที่สำคัญมากขึ้น แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบังคับใช้กับการทำธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะจึงยังทำให้มีปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดบ้างมาใช้บังคับกับสัญญานี้และใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใด จากการศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้น ทำให้พอจะมองเห็นได้ว่ามีกฎหมายหลายฉบับที่คู่สัญญาต้องคำนึงถึงและปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของตน เช่น กฎหมายแพ่งในส่วนของนิติกรรมสัญญา, ลักษณะซื้อขาย, ลักษณะละเมิด, กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, กฎหมายความลับทางการค้า รวมทั้งกฎหมายเฉพาะอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2510, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2535 เป็นต้น

และเมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเด็นปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ที่เสนอไปข้างต้น กฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่สามารถรองรับได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เช่น ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดในสัญญาที่อาจเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคที่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, กฎหมายว่าด้วยสัญญาไม่เป็นธรรม หรือ

* เช่นในคดี Mark Foys Pty Ltd V. TVSN (Pacific) Ltd (2000) FCA 1626 , TPC V. QDSV Holding Pty Ltd., (1995) ATPR.

กฎหมายแข่งขันทางการค้า แม้ว่าจะยังไม่ครอบคลุมหรือนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งหมดก็ตาม แต่ที่น่าสังเกตอย่างยิ่งก็คือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้รับสิทธิหรือผู้ซื้อแฟรนไชส์ในเรื่องของการจดทะเบียนแฟรนไชส์หรือการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ที่ควรจะได้รับทราบข้อมูลที่สำคัญเพื่อช่วยในการตัดสินใจเข้าร่วมระบบแฟรนไชส์ก่อนมีการลงนามในสัญญาใดๆ ดังเช่นในต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีกฎเกณฑ์หรือกฎหมายใดบัญญัติในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน แต่ก็ดูเหมือนว่ายังขาดหลักเกณฑ์สำคัญเพื่อใช้บังคับโดยตรงกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์และเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์

ดังนั้นข้อจำกัดของกฎหมายไทยที่บังคับใช้กับการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ก็คือ ในส่วนของกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้บังคับได้โดยเฉพาะในเรื่องของการควบคุมการเสนอขายแฟรนไชส์โดยกำหนดในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลหรือในเรื่องของการกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ขายแฟรนไชส์(ผู้ให้สิทธิ) และผู้ซื้อแฟรนไชส์(ผู้รับสิทธิ) เพื่อป้องกันมิให้ผู้ซื้อแฟรนไชส์ถูกหลอกลวง ข้อฉลหรือกฎเกณฑ์ในการจดทะเบียนแฟรนไชส์ก่อนออกเสนอขายดังเช่นในต่างประเทศ

4.2 ปัญหาในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเพิ่มมากขึ้น เนื่องมาจากรัฐบาลมีนโยบายส่งเสริมกิจการขนาดกลางและเล็ก (Small Medium Business and Enterprenuer - SMEs) ทำให้แฟรนไชส์ได้รับการสนับสนุนเพิ่มมากขึ้นด้วย รวมทั้งในภาคเอกชนที่มีการขยายกิจการโดยวิธีแฟรนไชส์และจัดกิจกรรมเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์เป็นระยะๆ แต่อย่างไรก็ดีแม้จะได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมจากทั้งภาครัฐและเอกชนมากขึ้นก็ยังคงพบว่าการส่งเสริมในปัจจุบันยังขาดการสนับสนุนในด้านอื่นๆ อีก โดยการศึกษาในหัวข้อนี้จะแบ่งออกเป็นปัญหาในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ของภาครัฐและของภาคเอกชน

4.2.1 ภาครัฐ

เป็นที่ทราบกันดีกว่าขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายแฟรนไชส์ที่คุ้มครองในเรื่องการซื้อขายแฟรนไชส์โดยเฉพาะผู้ซื้อจึงต้องตรวจสอบแฟรนไชส์ที่สนิใจนั้นๆด้วยตนเองทั้งในเรื่องการดำเนินธุรกิจของผู้ขายแฟรนไชส์ไม่ว่าจะเป็นเรื่องชื่อเสียง, ความน่าเชื่อถือ, ประวัติทางด้านการดำเนินคดีและด้านการเงิน, การให้การอบรมและรวมทั้งในเรื่องสัญญาและข้อตกลงอื่นๆด้วย

หากเกิดการหลอกลวงของผู้ขายแฟรนไชส์หรือผู้ให้สิทธิไม่ว่าจะโดยการโฆษณาหรือการเอาผิดเอาเปรียบจากสัญญาต่อผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิ จึงเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ง่ายเพราะไม่มีกฎหมายที่ใดๆควบคุมการซื้อขายแฟรนไชส์เหล่านี้ทำให้ผู้ซื้อแฟรนไชส์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่บังคับให้ผู้ขายแฟรนไชส์ต้องจดทะเบียนในเรื่องการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ศาลมีอำนาจพิจารณาถึงข้อสัญญาที่เอาผิดเอาเปรียบผู้รับสิทธิก็เป็นแต่เพียงการเยียวยาหลังจากเกิดปัญหาขึ้นแล้วเท่านั้น

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 เป็นต้นมา รัฐบาลได้ให้ความสำคัญกับการสนับสนุนธุรกิจแฟรนไชส์มากขึ้นเพราะส่วนหนึ่งมาจากการที่ธุรกิจแฟรนไชส์อยู่ในข่ายของโครงการส่งเสริม SMEs ที่รัฐบาลให้การสนับสนุน ซึ่งหน่วยงานหลักๆของภาครัฐที่ให้การสนับสนุนคือ กรมการค้าภายในโดยจัดให้มีการให้ความรู้กับผู้สนใจที่จะเป็นผู้ประกอบการแฟรนไชส์, กรมส่งเสริมการค้าส่งออกที่ผลักดันให้ธุรกิจแฟรนไชส์ไทยออกไปขายในต่างประเทศ หรือสถาบันพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สถาบันSMEs) เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่สนับสนุนในด้านการเงินในการสนับสนุนธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมขนาดย่อม(บอย.) ภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวงการคลังและกระทรวงอุตสาหกรรม รวมทั้งธนาคารต่างๆ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีหลายหน่วยงานของภาครัฐที่ให้การสนับสนุนธุรกิจแฟรนไชส์ดังที่กล่าวไปข้างต้น แต่เมื่อเทียบกับประเทศต่างๆที่ให้การสนับสนุนแฟรนไชส์ดังเช่นในประเทศไทยก็ยังนับว่าเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนในระดับต้นเท่านั้น เช่น ในประเทศมาเลเซียทางรัฐบาลเข้ามามีบทบาทโดยให้ความสำคัญในธุรกิจแฟรนไชส์เป็นอันดับต้นๆโดยเป็นธุรกิจหลักในการพัฒนาและขยายธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการให้กองทุนจำนวนมากเพื่อช่วยเหลือทั้งผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ นอกจากนี้มาเลเซียยังมีกระทรวงพัฒนาผู้ประกอบการ (Malaysian Ministry of Entrepreneur) ร่วมกับสมาคมแฟรนไชส์ของมาเลเซียที่คอยให้การ

สนับสนุน ความก้าวหน้าของรัฐบาลมาเลเซียอีกประการหนึ่งก็คือ การออกกฎหมายควบคุมแฟรนไชส์ในปี 1998 ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการอุปสรรคต่อการทำธุรกิจแฟรนไชส์ของชาวต่างชาติที่จะเข้าไปสู่ตลาดมาเลเซีย เช่น เรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่กฎหมายให้อำนาจรัฐบาลในการขอเอกสารเพิ่มเติมอื่นๆเพื่อการจดทะเบียนแฟรนไชส์ได้ซึ่งเฉพาะแต่ผู้ให้สิทธิหรือมาสเตอร์แฟรนไชส์ต่างชาติเท่านั้น หรือในเรื่องของการตรวจสอบฐานะทางการเงินโดยประยุกต์ใช้ตามมาตรฐานแบบบัญชีของมาเลเซีย ซึ่งบทบาทของอำนาจรัฐของมาเลเซียสามารถจะพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติแฟรนไชส์ที่เสนอเข้าประเทศได้ แต่อย่างไรก็ตามการออกกฎหมายดังกล่าวก็มิได้ทำให้แฟรนไชส์ของมาเลเซียมีความเข้มแข็งมากขึ้นในระยะยาว

ฉะนั้นผู้วิจัยเห็นว่าบทบาทของภาครัฐในการสนับสนุนธุรกิจแฟรนไชส์โดยผ่านทางหน่วยงานของรัฐต่างๆ ทั้งการให้การอบรมเรื่องแฟรนไชส์หรือการสนับสนุนด้านการเงินนั้นมิได้อยู่ในระดับหนึ่ง แต่ที่สำคัญรัฐยังไม่เห็นถึงความสำคัญในการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์รวมทั้งการควบคุมการขายแฟรนไชส์อย่างเพียงพอ จึงทำให้ยังมีธุรกิจแฟรนไชส์อีกมากที่หลอกลวงผู้ที่สนใจเพียงเพื่อหวังเอาเงินค่าธรรมเนียมหรือทำให้ผู้รับสิทธิต้องประสบความล้มเหลวเนื่องจากการเข้าร่วมแฟรนไชส์ที่ยังไม่เป็นระบบแฟรนไชส์ที่แท้จริง ซึ่งจะส่งผลต่อภาพพจน์ของธุรกิจแฟรนไชส์โดยรวมและยังมีผลต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศระดับหนึ่งด้วย

4.2.2 ภาคเอกชน

ในปัจจุบันการสนับสนุนธุรกิจแฟรนไชส์จากภาคเอกชนจะอยู่ในรูปของสมาคมต่างๆ เช่น สมาคมแฟรนไชส์ไทยและสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์ไทยที่มีบทบาททางด้านแฟรนไชส์มาหลายปีแต่การสนับสนุนดังกล่าวจะเป็นทางด้านการศึกษาและข้อมูล ข่าวสารด้านแฟรนไชส์เป็นหลัก แต่ทั้งสองสมาคมนี้ก็ยังไม่ได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐเท่าใดนัก

ในต่างประเทศ ไม่ว่าจะสหรัฐอเมริกาหรือออสเตรเลียจะมีการรวมตัวกันของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิก่อตั้งเป็นสมาคมเพื่อทำกิจกรรมต่างๆและปกป้องรักษาสิทธิของสมาชิก เช่น the International Franchise Association (IFA), The American Franchisee Association, Malaysian Franchise Association , เป็นต้น ซึ่งจะมีกฎเกณฑ์และข้อบังคับที่ถือเป็นเรื่องปฏิบัติของทั้งผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิด้วย แต่ในภาคเอกชนของไทยยังไม่มีการรวมตัวของฝ่ายผู้ให้สิทธิ

หรือผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เป็นองค์กรใหญ่อย่างในต่างประเทศ ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากธุรกิจแฟรนไชส์ไทยเพิ่งได้รับความสนใจและสนับสนุนอย่างจริงจังเมื่อไม่นานมานี้

จะเห็นได้ว่าแม้ความช่วยเหลือจากหน่วยงานหรือสมาคมต่างๆจะมีอยู่หลายแห่งและหลายรูปแบบก็ตาม แต่สำหรับผู้สนใจที่จะเข้าร่วมระบบแฟรนไชส์หรือจะพัฒนาธุรกิจของตนสู่ระบบแฟรนไชส์ จะต้องได้รับการช่วยเหลือและสนับสนุนจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนอย่างเต็มที่ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการให้ความรู้ความเข้าใจ, การปรึกษาปัญหา, การวางระบบ, การจัดการจากผู้ชำนาญการเฉพาะ รวมทั้งด้านเงินทุนและที่สำคัญการโฆษณาประชาสัมพันธ์กิจการที่จะทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์ประสบความสำเร็จได้อย่างมีประสิทธิภาพ