

บทที่ 3

ลักษณะของสัญญาแพรนไฮส์ ข้อจำกัดภายใต้กฎหมายไทย
และความจำเป็นในการควบคุมและคุ้มครองธุรกิจแพรนไฮส์

3.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญาแพรนไฮส์

3.1.1 การเกิดสัญญา

สัญญาแพรนไฮส์เป็นสัญญาที่มีได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถทำขึ้นได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยที่สัญญานั้นจะมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างไรก็ได้แต่ต้องอยู่ภายในกรอบของมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ตามบรรพ 1 และบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นสัญญาแพรนไฮส์จึงเกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนาเสนอ สนองต่อตรงกันของแพรนไฮส์ชอร์ และแพรนไฮส์ซีโดยการตกลงดังกล่าวอาจตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้

ผู้ที่จะเป็นแพรนไฮส์ชอร์ได้นั้นต้องเป็นกิจการที่มีสินค้า และบริการที่พัฒนาจนประสบความสำเร็จมาแล้วในระดับหนึ่ง อีกทั้งยังต้องมีเอกลักษณ์เป็นที่รู้จักและมีการขยายตัวทางการค้าอย่างต่อเนื่อง สำหรับแพรนไฮส์ซีนั้นก่อนที่แพรนไฮส์ซีจะตกลงเข้าร่วมธุรกิจกับแพรนไฮส์ชอร์ แพรนไฮส์ซีต้องทำความเข้าใจถึงระบบแพรนไฮส์เพื่อให้ทราบถึงประโยชน์ ข้อดี ข้อเสียและข้อจำกัดต่างๆ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาแพรนไฮส์ และที่สำคัญแพรนไฮส์ซีจะต้องพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจแพรนไฮส์ที่ตนสนใจอย่างเพียงพอ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจก่อนทำการเจรจาต่อรองทำสัญญา

ความสัมพันธ์ในรูปแบบของแพรนไฮส์นั้น เป็นความสัมพันธ์ที่ค่อนข้างซับซ้อน ดังนั้นแพรนไฮส์ชอร์ส่วนใหญ่มักจะทำสัญญาแพรนไฮส์เป็นลายลักษณ์อักษรโดยวางข้อกำหนดต่างๆ ไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญาแพรนไฮส์ที่กำหนดขึ้นนั้น จะแตกต่างกันไปตามประเภทของธุรกิจและชนิดของสินค้า โดยเนื้อหาของสัญญาแพรนไฮส์ส่วนใหญ่มักจะเป็นไปตามความประสงค์ของแพรนไฮส์ชอร์

ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามแฟรนไชส์ซอร์จะต้องกำหนดเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ โดยองค์ประกอบของสัญญาควรประกอบด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้¹

1. ข้อบ่งชี้ถึงเจตนาของคู่กรณีซึ่งจะอยู่ในบทนำของสัญญา ข้อตกลงในส่วนนี้มักจะเป็นเหตุผลของการเข้าทำสัญญาในลักษณะที่ว่าแฟรนไชส์ซอร์เป็นเจ้าของสิทธิ แฟรนไชส์ซีต้องยอมรับถึงความเป็นเจ้าของสิทธิและอาจจะระบุว่าธุรกิจที่จะเข้าทำสัญญานั้นเป็นธุรกิจประเภทใด

2. คำจำกัดความเพื่อการตีความ ถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาบางคำอาจมีความหมายได้กว้างขวางหรือบางคำต้องกล่าวถึงหลายครั้ง หากคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะให้ถ้อยคำใดถ้อยคำหนึ่งมีความหมายโดยเฉพาะก็สมควรที่จะกำหนดเป็นบทนิยามไว้ในช่วงต้นของสัญญา เพื่อประโยชน์ในการเข้าใจความหมายที่ถูกต้องในสัญญา และขจัดปัญหาที่จะต้องระบุถ้อยคำที่ซ้ำซ้อนกันในสัญญา อนึ่ง หากมีเอกสารแนบท้ายสัญญาก็ควรระบุไว้ให้ชัดเจนและเอกสารแนบท้ายสัญญานั้นย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ใช้ประกอบในการตีความหรือการอ้างสิทธิตามสัญญาต่อไป

3. สิทธิที่แฟรนไชส์ซอร์ให้แก่แฟรนไชส์ซี ข้อความส่วนนี้เป็นข้อสัญญาที่มีความสำคัญ เพราะจะเป็นสิทธิในตัวสินค้าหรือบริการที่จะนำมาทำธุรกิจ จะระบุรายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของสินค้า เครื่องหมายการค้า ตราयीห่อ สูตร และกรรมวิธีการผลิตสินค้า รวมทั้งข้อห้ามไม่ให้แฟรนไชส์ซีนำสูตรและกรรมวิธีการผลิตไปเปิดเผยให้ผู้อื่นหรือนำไปใช้เพื่อการอื่น

4. อายุของสัญญาและวันที่มีผลบังคับใช้คือ ต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าสัญญาการให้สิทธินี้มีอายุการดำเนินธุรกิจได้กี่ปี เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เมื่อใดและสิ้นสุดสัญญาในวันใด

5. การครอบคลุมพื้นที่ในการใช้สิทธิตามสัญญา การให้สิทธิตามสัญญานั้นมักจะกำหนดขอบเขตอาณาบริเวณไว้ชัดเจนว่าจะให้ดำเนินธุรกิจภายในบริเวณใดบ้าง

6. การรับรองสิทธิของแฟรนไชส์ซอร์ เป็นการยืนยันว่าผู้ให้สิทธิมีสิทธิโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายและไม่เคยมอบสิทธิดังกล่าวให้ผู้อื่นดำเนินธุรกิจในพื้นที่บริเวณที่ตกลงทำสัญญาแฟรนไชส์กันนี้ หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นแฟรนไชส์ซอร์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่แฟรนไชส์ซีได้รับ นอกจากนี้แฟรนไชส์ซอร์จะต้องระบุให้ชัดเจนว่าหากมีการพัฒนา ปรับปรุง

¹ ศูนย์พัฒนาธุรกิจชุมชน ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เอกสารประกอบนิทรรศการ รู้เพื่อรวย ... โอกาสสร้างธุรกิจด้วยตนเอง ชุดธุรกิจแฟรนไชส์, 4-6 มิถุนายน 2542, น.13-17.

เปลี่ยนแปลงในสิ่งที่ดีขึ้น แพรนไฮส์ซีจะได้รับประโยชน์ในส่วนนั้นด้วยหรืออาจให้แพรนไฮส์ซีมีส่วนร่วมในการพัฒนาด้วย

7. ความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้น มักจะต้องการความเป็นอิสระต่อกัน ดังนั้นคู่สัญญาจึงไม่ประสงค์ที่จะให้นิติกรรมที่สร้างขึ้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับรูปของนายจ้าง ลูกจ้าง ตัวแทน หรือนายหน้า ทั้งนี้เพราะไม่ต้องการให้ส่งผลถึงความรับผิดชอบในเรื่องแรงงานหรือภาษีอากรในอนาคต

8. ข้อกำหนดในเรื่องการเลือกสถานที่และพัฒนาสถานที่ในสัญญา ควรกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิร่วมกันในการเลือกสถานที่ตั้งและการพัฒนาที่ตั้งธุรกิจ นอกจากนี้สิทธิในการกำหนดรายละเอียดในการก่อสร้างอาคารหรือการตกแต่งสถานที่ก็ควรกำหนดให้ชัดเจนว่าเป็นสิทธิของใคร

9. การส่งเสริมการตลาด ค่าใช้จ่ายในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ และการส่งเสริมการขาย ควรกำหนดให้ชัดเจนว่าใครจะรับผิดชอบส่วนไหนบ้าง แพรนไฮส์ซอร์จะทำอะไรให้บ้างในการส่งเสริมการตลาด แพรนไฮส์ซีจะต้องทำอะไรบ้างหรือทำอะไรได้บ้างในการส่งเสริมการตลาด หรือทำอะไรไม่ได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อให้รูปแบบการส่งเสริมการตลาดอยู่ในขอบเขตและมาตรฐานเดียวกัน

10. ระเบียบการดำเนินธุรกิจ ในสัญญาควรมีการกำหนดวิธีหรือระเบียบการดำเนินธุรกิจ เช่น วิธีการทำงาน วันทำงาน ระเบียบการแต่งกาย การผลิต การดูแลรักษาความสะอาด การบำรุงรักษาอาคารสถานที่ รวมทั้งการให้สิทธิแก่แพรนไฮส์ซอร์ที่จะเข้าไปตรวจสอบการดำเนินงานของแพรนไฮส์ซี และการกำหนดให้แพรนไฮส์ซีต้องปฏิบัติตามทุกอย่างให้เป็นไปตามกฎหมาย

11. การรักษามาตรฐานและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ แพรนไฮส์ซอร์จะต้องมีข้อกำหนดให้แพรนไฮส์ซีให้คำรับรองหรือรับประกันว่า สินค้าที่ผลิตได้จะต้องมีคุณภาพและมาตรฐานระดับเดียวกับที่แพรนไฮส์ซอร์ผลิตได้ และให้บริการทางด้านการตลาดและการดำเนินธุรกิจตามมาตรฐานของแพรนไฮส์ซอร์

12. ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเก็บรักษาสินค้า และที่มาของแหล่งวัตถุดิบในสัญญา ควรจะต้องกำหนดว่าแพรนไฮส์ซีจะต้องซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบหรืออุปกรณ์จากแพรนไฮส์ซอร์แต่เพียงผู้เดียวหรือไม่ ควรจะมีการเก็บรักษาสินค้าไว้ที่ใด ถ้าให้ซื้อสินค้าจากที่อื่นได้ควรจะมีบทบัญญัติในการควบคุมคุณภาพและการตรวจสอบด้วย

13. ระบบการเงิน สัญญาแพรนไฮส์ซีบางประเภทจะมีการควบคุมไม่ให้แพรนไฮส์ซีก่อภาระหนี้สินเกินกว่าอัตราส่วนที่กำหนด ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้แพรนไฮส์ซีไปสร้างหนี้สินที่อาจจะ

เป็นปัญหาทำให้การดำเนินงานประสบความสำเร็จได้ และอาจกำหนดวิธีการจัดทำบัญชีรวมตามระบบของแฟรนไชส์ชอร์

14. ข้อกำหนดในการคัดเลือกพนักงาน การฝึกอบรมและความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค ในสัญญาต้องกำหนดว่าใครจะเป็นผู้คัดเลือกพนักงานที่จะมาปฏิบัติงานในกิจกรรมของแฟรนไชส์ชอร์ กำหนดระยะเวลาในการฝึกอบรมพนักงาน และระยะเวลาในการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค ตลอดจนผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

15. การวิจัยและการพัฒนาสินค้า ในกรณีที่อนุญาตให้แฟรนไชส์ชอร์ทำงานวิจัยและพัฒนาสินค้าเพิ่มเติมจะต้องกำหนดว่าใครจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายส่วนไหน และใครจะเป็นเจ้าของสิทธิสินค้าใหม่ที่ผลิตได้นั้น

16. ระบบบัญชีและข้อมูลเพื่อการบริหาร แฟรนไชส์ชอร์มักจะกำหนดให้แฟรนไชส์ชอร์จัดทำบัญชีและข้อมูลเพื่อการบริหารตามรูปแบบที่กำหนดไว้ และกำหนดให้แฟรนไชส์ชอร์เข้าไปตรวจสอบได้ การกำหนดรอบระยะเวลาบัญชี การส่งรายงานผลการดำเนินงาน และการจ่ายค่าใช้สิทธิรายปี แฟรนไชส์ชอร์จะมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบบัญชีที่ดีและมีความน่าเชื่อถือ

17. กำหนดค่าตอบแทนที่แฟรนไชส์ชอร์จะต้องจ่ายซึ่งปกติจะประกอบด้วยค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise fee) ค่าธรรมเนียมผลการดำเนินการ (royalty fee) และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เช่นค่าใช้จ่ายในการเริ่มตั้งกิจการ ค่าฝึกอบรม ค่าส่งเสริมการตลาด เป็นต้น

18. ข้อกำหนดเกี่ยวกับภาวะภาษี ควรจะกำหนดว่าใครมีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องภาษีไว้ให้ชัดเจนว่าใครจะรับผิดชอบส่วนใด

19. การประกันภัย ถ้าจะต้องมีการประกันภัยเพื่อลดความเสี่ยงก็จะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าใครจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายและใครจะเป็นผู้รับผลประโยชน์

20. ข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับ สัญญาแฟรนไชส์มักจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าห้ามเปิดเผยความลับแก่บุคคลที่สามทั้งที่อยู่ในระหว่างสัญญาและหลังจากเลิกสัญญาไปแล้ว

21. ข้อห้ามทางการค้า สัญญาแฟรนไชส์มักจะกำหนดห้ามแฟรนไชส์ชอร์ไปดำเนินการอื่นที่เป็นการแข่งขันกับกิจการที่ซื้อแฟรนไชส์ไป ทั้งนี้ภายในบริเวณหรือในขอบเขตที่กำหนดไว้

22. การโอนสิทธิตามสัญญาให้บุคคลอื่น ส่วนใหญ่จะกระทำมิได้แต่ถ้าจะอนุญาตให้โอนสิทธิได้จะต้องกำหนดไว้ว่าจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากแฟรนไชส์ชอร์

23. การเลิกสัญญา ข้อกำหนดในการเลิกสัญญาต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่าหากเป็นการเลิกสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญาจะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นระยะเวลาเท่าไร หรือถ้าต้องเลิกสัญญาเพราะกระทำผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ฝ่ายบอกเลิกสัญญามีสิทธิเรียกร้องความเสียหาย

ได้ ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาอาจจะรวมถึงข้อห้ามหลังเลิกสัญญาในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น การห้ามทำธุรกิจชนิดเดียวกันมาแข่งขัน เป็นต้น

24. การคืนทรัพย์สิน เมื่อสัญญาสิ้นสุดลงทรัพย์สินอะไรบ้างที่ต้องส่งคืนให้แฟรนไชส์ชอร์ ในสภาพเช่นไรจะต้องระบุให้ชัดเจน

25. ข้อกำหนดอื่นๆ เป็นข้อสัญญาทั่วไป เช่น การบอกกล่าวต้องบอกด้วยวิธีใด การสละสิทธิ การแปลความ การระงับข้อพิพาทต้องกำหนดไว้ว่าใครจะเป็นผู้ชี้ขาดและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ

นอกเหนือจากรายละเอียดทั้งหมดที่ต้องระบุในสัญญาแล้ว แฟรนไชส์ชอร์แต่ละราย อาจมีเงื่อนไขพิเศษที่เป็นการเฉพาะสำหรับแต่ละธุรกิจที่แตกต่างกัน และต้องกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ นอกเหนือจากสัญญา ตัวอย่างเช่น คุณสมบัติของแฟรนไชส์ซี การชำระเงินมัดจำค่าสัญญา วิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีทั้งในด้านการผลิต การตลาดและระบบการจัดการ คุณสมบัติของบุคลากรตำแหน่งสำคัญๆ ในองค์กร การมีหลักประกันทางการเงิน การเข้าร่วมกิจกรรมของบริษัทแม่ เป็นต้น

3.1.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแฟรนไชส์นั้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงต้องเป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งจะมีลักษณะดังต่อไปนี้

3.1.2.1 สิทธิและหน้าที่ของแฟรนไชส์ชอร์

1. มีหน้าที่ในการถ่ายทอดในเรื่องรูปแบบของการทำงานทั้งหมด เช่น ระบบการผลิต ระบบการขาย ระบบการบริหารการตลาดให้แก่แฟรนไชส์ซี เพื่อให้รูปแบบ และวิธีการดำเนินธุรกิจในทุกๆ สาขาอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน

2. มีหน้าที่ในการส่งเสริมสนับสนุนแฟรนไชส์ซีโดยการให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวกในการทำธุรกิจ เช่น การฝึกอบรม การช่วยคัดเลือกสถานที่ การให้คำปรึกษาที่ต่อเนื่องโดยอาจจะอยู่ในรูปแบบหนังสือคู่มือการทำงาน

3. มีหน้าที่ในการพัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ แก้ไขปัญหาในการดำเนินงานของแฟรนไชส์ซี ให้คำแนะนำทางการตลาด โฆษณาประชาสัมพันธ์ธุรกิจ คุมสต็อกสินค้า เยี่ยมเยียนแฟรนไชส์ซี พัฒนาผลิตภัณฑ์อย่างต่อเนื่อง รวมถึงการจัดการประชุมประจำปี เป็นต้น

3.1.2.2 สิทธิและหน้าที่ของแฟรนไชส์ซี

1. มีสิทธิในการประกอบธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า สัญลักษณ์ทางการค้า หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นของแฟรนไชส์ซอร์
2. มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามวิธีการในการดำเนินธุรกิจเช่นเดียวกับแฟรนไชส์ซอร์ และยอมรับการช่วยเหลือต่างๆ จากแฟรนไชส์ซอร์ เช่น การฝึกอบรม การรับฟังคำปรึกษา เป็นต้น
3. มีหน้าที่ในการจ่ายค่าธรรมเนียมต่างๆ เช่น ค่าธรรมเนียมเริ่มต้นหรือค่าสิทธิแรกเข้า ค่าธรรมเนียมผลการดำเนินการหรือค่าธรรมเนียมที่จะเป็นค่าใช้จ่ายระหว่างดำเนินการให้กับแฟรนไชส์ซอร์ เพื่อเป็นค่าสิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือใช้ตราสินค้า หรือบริการ หรือเครื่องหมายการค้าหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด
4. มีหน้าที่ในการรักษาความลับทางการค้าของแฟรนไชส์ซอร์

3.1.3 การสิ้นสุดของสัญญา

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการเลิกสัญญาแฟรนไชส์ไว้โดยเฉพาะจึงต้องบังคับตามหลักทั่วไป กล่าวคือ บรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 2 หมวด 4 การเลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาเป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้สัญญาระงับสิ้นไป โดยจะมีการเลิกสัญญาได้นั้น นิติสัมพันธ์ตามสัญญาจะต้องมีอยู่และสมบูรณ์ทุกประการ

การสิ้นสุดของสัญญาสามารถอธิบายได้ 3 กรณี ดังนี้

1. สัญญาที่มีกำหนดระยะเวลา โดยหลักสัญญาจะสิ้นสุดตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา
2. สัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา สัญญาจะสิ้นสุดได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้สัญญาสิ้นสุดลง และเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาเช่าตามมาตรา 566² แต่เพียงมาตราเดียวที่กล่าวในเรื่องนี้ไว้

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 566 บัญญัติว่า “ถ้ากำหนดเวลาเช่าไม่ปรากฏในความที่ตกลงกันหรือไม่พึงสันนิษฐานได้ไซ้ร้ ท่านว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะบอกเลิกสัญญาเช่าในขณะที่เมื่อสุดระยะเวลาอันเป็นกำหนดชำระค่าเช่าก็ได้ทุกกระยะ แต่ต้องบอกกล่าวแก่อีกฝ่ายหนึ่งให้รู้ตัวก่อนชั่วกำหนดระยะเวลาชำระค่าเช่าระยะหนึ่งเป็นอย่างน้อยแต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้ากว่าสองเดือน”

กล่าวคือ กรณีสัญญาเช่าไม่มีกำหนดระยะเวลา คู่สัญญาอาจบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้โดยการบอกกล่าวล่วงหน้าแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งกำหนดระยะเวลาชำระค่าเช่า

3. การบอกเลิกสัญญาเมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย การเลิกสัญญาโดยวิธีนี้จะเกิดขึ้นได้โดยคู่สัญญาฝ่ายที่จะขอเลิกสัญญาต้องมีสิทธิในการเลิกสัญญาซึ่งอาจมีที่มาจาก 2 กรณี กล่าวคือ

3.1 ที่มาจากข้อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 386 กล่าวคือ ได้มีการระบุไว้ในสัญญาว่า ถ้ามีการผิดสัญญาหรือมีการไม่ชำระหนี้เป็นอย่างใดอย่างหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ ซึ่งการกำหนดสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้อาจกำหนดไว้สำหรับการผิดสัญญาแม้เพียงเล็กน้อยก็ได้

3.2 ที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งแยกเป็น
บททั่วไป ได้แก่

1) สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 387 นี้สามารถใช้ได้ทั้งกับการชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลา (แต่เวลาในการชำระหนี้ไม่มีใช้สาระสำคัญ) และการชำระหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลา เช่น สัญญาแพรรนไฮส์กำหนดให้แพรรนไฮส์จ่ายค่าสิทธิต่อเนื่องในอัตราร้อยละ 3 จากยอดขายแต่แพรรนไฮส์ไม่จ่ายค่าสิทธิดังกล่าว หรือตามสัญญาแพรรนไฮส์ แพรรนไฮส์ชอร์ต้องจัดส่งสินค้ามาให้แพรรนไฮส์ แต่แพรรนไฮส์ชอร์ไม่จัดส่งสินค้ามาให้ เป็นต้น

2) สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ตามเวลาในกรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) สิทธิบอกเลิกสัญญาเพราะการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ตามมาตรา 389 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทเฉพาะ ได้แก่ กฎหมายกำหนดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของผู้เช่ากรณีผู้ให้เช่าส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ไม่เหมาะแก่การใช้ประโยชน์³ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของผู้ให้เช่าซื้อกรณีที่ผู้เช่าซื้อไม่ชำระเงินสองงวดติดๆ กันหรือผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ⁴ หรือสิทธิ

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 548

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 574

ในการบอกเลิกสัญญาของผู้ให้ยืมในกรณีที่ผู้ยืมฝ่าฝืนหน้าที่ในการใช้ทรัพย์สิน⁵หรือไม่สงวนรักษาทรัพย์สิน⁶ เป็นต้น

สำหรับการใช้สิทธิในการเลิกสัญญานั้น เมื่อเกิดสิทธิในการที่จะเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิก็ต้องใช้สิทธินั้นด้วย สัญญาจึงจะถือว่าเลิกกันได้ ซึ่งการใช้สิทธินี้ทำได้โดยการที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิได้แสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าต้องการจะเลิกสัญญา โดยที่การแสดงเจตนาในการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนา กล่าวคือถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนา นั้นจะมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนา นั้น “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา⁷

3.1.4 ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาภายหลังสัญญาสิ้นสุด

เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแพรอนไซส์ภายหลังสัญญาสิ้นสุดไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นความสัมพันธ์ของคู่สัญญาภายหลังสัญญาสิ้นสุด จึงเป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวจะมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. แพรอนไซส์ต้องจ่ายเงินที่ค้างชำระแก่แพรอนไซส์ซอร์ให้ครบถ้วน เช่น ค่าสิทธิ ค่าการตลาดหรือค่าโฆษณาประชาสัมพันธ์ ค่าสินค้าวัตถุดิบ เป็นต้น
2. แพรอนไซส์จะต้องระงับการใช้สิทธิที่ได้มาโดยทันที ไม่ว่าจะ เป็นเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า โลโก้ สัญลักษณ์ต่างๆ รวมถึงการส่งคืนบรรดาสิ่งของ การโฆษณา คู่มือการทำงาน แผนผัง และวัสดุอื่นใดที่แพรอนไซส์ซอร์ได้จัดเตรียมไว้ให้ในระบบ
3. แพรอนไซส์จะต้องไม่กระทำการใดๆ ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับธุรกิจของแพรอนไซส์ซอร์ภายในระยะเวลาที่กำหนด
4. แพรอนไซส์จะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่ได้รับสิทธิมาจากแพรอนไซส์ซอร์

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 643

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 644

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169

3.1.5 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญญา

ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีกรตรากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ไว้ โดยเฉพาะนั้น การพิจารณาสีทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของคู่สัญญาเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาแฟรนไชส์โดยตรง หลังจากนั้นจึงพิจารณาว่าธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องอะไรบ้าง ซึ่งคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องนั้น อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ที่คู่สัญญาต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษ ได้แก่

3.1.5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาแฟรนไชส์นั้น สามารถนำมาใช้บังคับได้ในส่วนของการเกิดสัญญา คำเสนอสนอง การตีความ ผลของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การผิดสัญญา และการวิเคราะห์สัญญาในกรณีที่ว่าในระหว่างคู่สัญญานั้นได้มีการกระทำอันใดที่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะทำให้สัญญานั้นทั้งหมดหรือบางส่วนใช้บังคับไม่ได้หรือตกเป็นโมฆะหรือไม่ เช่น สัญญามีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ สัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ แม้ว่ากฎหมายไทยจะไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองแฟรนไชส์ซีให้ปลอดภัยจากการถูกกลั่นแกล้งของแฟรนไชส์ซอร์ อย่างเช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย หรือประเทศมาเลเซียก็ตาม แต่กฎหมายนิติกรรมสัญญาว่าด้วยการแสดงเจตนาได้มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้แสดงเจตนาอันเนื่องมาจากการถูกกลั่นแกล้ง หรือกรณีสำคัญผิดในคุณสมบัติอันใดอันหนึ่งอันคู่กรณีอีกฝ่ายมิได้รับรู้⁸ ซึ่งในส่วนขอข้อสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้น ก็สามารถนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเอกเทศสัญญาอื่นๆ มาปรับใช้ได้ เช่น กฎหมายลักษณะหนี้ ซื่อขาย เช่าทรัพย์ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนดให้แฟรนไชส์ซีซื้อวัสดุหรือสินค้าของตนเพื่อนำไปประกอบการผลิตหรือจำหน่าย ก็นำบทบัญญัติในเรื่องซื่อขาย เช่น ความรับผิดในการชำรุดบกพร่อง⁹ และความรับผิดในการรอนสิทธิ¹⁰ มาใช้บังคับได้ หรือกรณีการตั้งร้านอาจต้องทำสัญญาเช่า ต้องจ้างคนมาตกแต่งร้าน จ้างพนักงาน ต้องซื้อของเข้าร้าน ไม่ว่าจะ

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 475

เป็นการซื้อจากแฟรนไชส์ซอร์หรือผู้อื่น กรณีนี้จะตกอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยจ้างแรงงาน
จ้างทำของ เป็นต้น

3.1.5.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ลักษณะของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรมฯ ได้แก่

1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ¹¹
2. สัญญาสำเร็จรูป¹² ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้
ให้คำนิยามไว้ว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมี
การกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง
ฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน
3. สัญญาขายฝาก¹³
4. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงานและข้อตกลงจำกัดเสรีภาพ
ในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ¹⁴
5. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อ
ความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญาที่ทำ
ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ¹⁵
6. ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ¹⁶
7. ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัด
ความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา¹⁷
8. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด¹⁸

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4

¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 6

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 7

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8

¹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9

โดยทั่วไปฐานะของคู่สัญญาในสัญญาแพรอนไซส์นั้นจะมีความไม่เท่าเทียมกัน โดยที่แพรอนไซส์จะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองน้อยกว่า อีกทั้งสัญญาแพรอนไซส์นั้นก็จัดเป็นสัญญาสำเร็จรูป¹⁹ได้ประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า (แพรอนไซส์ซอร์) ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมุ่งหมายให้บุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญา (แพรอนไซส์ซี) สามารถแสดงเจตนาทำสัญญาตามเนื้อหาดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องทำการต่อรองหรือเจรจาใดๆ กันอีก กล่าวคือ แพรอนไซส์ซอร์จะกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ถ้าศาลเห็นว่าแพรอนไซส์ซอร์กำหนดเอาเปรียบแพรอนไซส์ซีเกินสมควร²⁰ ข้อสัญญานั้นก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งแค่ไหนเพียงใดจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลเป็นกรณีๆ ไป เช่น กรณีสัญญาระบุว่าเครื่องหมายการค้าที่ให้แพรอนไซส์ซีใช้นั้นถ้าภายหลังปรากฏว่าแพรอนไซส์ซอร์ไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริงแพรอนไซส์ซอร์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ หรือในกรณีที่แพรอนไซส์ซอร์ผิดสัญญาแพรอนไซส์ซีก็เรียกค่าเสียหายไม่ได้ หรือกำหนดให้แพรอนไซส์ซอร์บอกเลิกสัญญาแพรอนไซส์เมื่อใดก็ได้แม้ไม่มีความผิดของแพรอนไซส์ซี หรือในข้อสัญญากำหนดค่ารอยัลตี้ไว้แน่นอนแล้วแต่ตอนหลังมาเพิ่มอีก เท่ากับเพิ่มภาระให้กับแพรอนไซส์ซี หรือกำหนดว่าแพรอนไซส์ซอร์ต้องมีคู่มือการประกอบธุรกิจแพรอนไซส์ให้กับแพรอนไซส์ซี แต่เขียนต่อท้ายว่าแพรอนไซส์ซอร์มีสิทธิจะไม่ให้คู่มือก็ได้ เป็นต้น

3.1.5.3 กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ ของแพรอนไซส์ซอร์นั้นส่วนใหญ่จะเป็นการให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า และสิทธิบัตร ซึ่งคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะในเรื่องนั้นๆ เช่น ถ้าแพรอนไซส์ซอร์ต้องการให้แพรอนไซส์ซีใช้เครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตรของตนก็ต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า²¹ หรือสิทธิบัตร²² นั้นต่อทางราชการด้วย สำหรับทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นลิขสิทธิ์ในธุรกิจแพรอนไซส์ส่วนมากจะเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ เป็นต้น นอกเหนือจากเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร และลิขสิทธิ์แล้ว ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่มีในสัญญาแพรอนไซส์ ได้แก่ Know-how สูตร กรรมวิธีการผลิต หรือความรู้ในทางเทคโนโลยีต่างๆ เป็นต้น

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4

²¹ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68

²² พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 41

3.1.5.4 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

ฉะนั้นหากพิจารณาจากคำนิยามข้างต้นแล้วเมื่อนำมาปรับเข้ากับข้อมูลในธุรกิจแฟรนไชส์ จะเห็นได้ว่าความลับทางการค้าในธุรกิจแฟรนไชส์จึงต้องมีลักษณะดังนี้

1. เป็นข้อมูลทางการค้า
2. ข้อมูลทางการค้านั้นยังไม่เป็นที่รู้จักหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ตัวอย่างเช่น พนักงานในร้านแฟรนไชส์อาจมีหลายระดับตั้งแต่แฟรนไชส์ซี ผู้จัดการร้านหรือพนักงานทั่วไป ซึ่งแต่ละระดับจะได้รับการถ่ายทอดหรือฝึกสอนหรือรู้ข้อมูลของแฟรนไชส์ในระดับที่แตกต่างกัน
3. ข้อมูลทางการค้านั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ หมายความว่าหากข้อมูลเหล่านั้นถูกเปิดเผยก็จะหมดประโยชน์ทันที เช่น ข้อมูลต้นทุนสินค้า วัตถุดิบ หรือแผนการตลาดของแฟรนไชส์ชอร์ เป็นต้น

4. แฟรนไชส์ชอร์ต้องวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ดังนั้น คู่มือปฏิบัติงาน ข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ชอร์หรือเกี่ยวกับแฟรนไชส์ รายละเอียดของสูตรต่างๆ ในเรื่องของสินค้าหรือบริการ หรือแม้กระทั่งรายชื่อลูกค้า ก็ล้วนแล้วแต่เป็นความลับทางการค้าของแฟรนไชส์ชอร์ที่ควรจะต้องได้รับการคุ้มครองทั้งสิ้น โดยแฟรนไชส์ซีจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลความลับใดๆ หรือนำความลับนั้นไปใช้ในเชิงแข่งขันกับแฟรนไชส์ชอร์ ซึ่งหากแฟรนไชส์ซีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของแฟรนไชส์ชอร์ แฟรนไชส์ชอร์ก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนและขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำนั้นได้²³

แม้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าฯ จะไม่ได้เป็นกฎหมายแฟรนไชส์โดยตรงแต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่คุ้มครองแฟรนไชส์ชอร์ในเรื่องความลับทางการค้า นอกจากนั้นหากแฟรนไชส์ซีเป็นผู้เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของแฟรนไชส์ชอร์ แฟรนไชส์ชอร์ก็สามารถฟ้องในทางแพ่งฐานผิดสัญญาได้ เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์โดยทั่วไปจะมีข้อกำหนดให้แฟรนไชส์ซีมีหน้าที่ในการรักษาความลับอยู่แล้ว

²³ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 6

3.1.5.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ธุรกิจแพรนไฮส์ไม่ว่าจะเป็นแพรนไฮส์บริการหรือแพรนไฮส์ขายสินค้าต้องมีลูกค้าก็คือผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคนั้นจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กล่าวคือถ้าสินค้าที่แพรนไฮส์ขายให้ลูกค้าไม่ถูกต้อง หรือแพรนไฮส์ซอร์โฆษณากิจการเกินจริงก็ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค²⁴ นอกจากนี้ยังมีเครื่องมือในการคุ้มครองผู้บริโภคอีกหลายวิธี ยกตัวอย่างเช่น คณะกรรมการว่าด้วยฉลากมีอำนาจประกาศให้สินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งต้องปิดฉลากที่มีรายการตามที่คณะกรรมการกำหนดได้²⁵ หรือคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจประกาศกำหนดให้ธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ และเมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว สัญญาการประกอบธุรกิจนั้นจะต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด²⁶ ซึ่งในปัจจุบันคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้ออกประกาศกำหนดให้ธุรกิจบางประเภทเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าซื้อ²⁷ สัญญาบัตรเครดิต²⁸ เป็นต้น

3.1.5.6 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีเจตนารมณ์ที่จะรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาด เพราะเชื่อว่าการแข่งขันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจและผู้บริโภคจะได้รับผลประโยชน์สูงสุดในตลาดที่มีการแข่งขัน ในขณะที่ตลาดซึ่งปราศจากการแข่งขันจะทำให้เกิดความสูญเสียในทางเศรษฐกิจและเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคในที่สุด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับกับธุรกิจทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ ซึ่งธุรกิจแพรนไฮส์ก็อยู่ในกลุ่มพาณิชยกรรม หรือไม่ก็งานบริการแทบทั้งสิ้น ดังนั้นการทำธุรกิจแพรนไฮส์จะถูกควบคุมมิให้ใช้วิธีการที่กฎหมายถือว่าเป็นการผูกขาด ใช้อำนาจกำหนดหรือบังคับใช้วิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามถ้าหากมีความจำเป็นและมีเหตุผลสมควร

²⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 30

²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ

²⁷ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

²⁸ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่องให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

กฎหมายก็ยอมให้ทำได้โดยต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน โดยกฎหมายจะควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นแฟรนไชส์ซอร์หรือแฟรนไชส์ซีในเรื่องดังต่อไปนี้

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามที่คณะกรรมการกำหนด²⁹ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้³⁰

(1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม³¹ เช่น การกำหนดค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ หรือค่าสิทธิ หรือค่าการตลาด ไว้สูงเกินไปโดยไม่เป็นธรรม หรือบังคับให้แฟรนไชส์ซีซื้อสินค้าที่แพงเกินไป หรือการตั้งราคาขายสินค้าให้แฟรนไชส์ซีแต่ละรายไม่เท่ากัน เพราะมีความสัมพันธ์กับแฟรนไชส์คนนั้นมากกว่าคนนี้ (Price Discriminate) เป็นต้น

(2) กำหนดเงื่อนไขไม่เป็นธรรม³² เช่น บังคับแฟรนไชส์ซีว่าจะต้องขายสินค้าให้กับบุคคลใด หรือจะซื้อสินค้าจากบุคคลใด ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนดเท่านั้น จะซื้อขายกับคนอื่นไม่ได้เด็ดขาด (Exclusive Dealing) เช่น แฟรนไชส์วิดีโอให้เขาบังคับว่าต้องซื้อวิดีโอจากแฟรนไชส์ซอร์เท่านั้นห้ามซื้อจากบุคคลอื่น ทำให้แฟรนไชส์ซอร์ได้กำไรทั้งจากการขายสินค้า และยังได้ค่าสิทธิ (Royalty) จากยอดขายอีกด้วย ทั้งที่แฟรนไชส์ซีอาจซื้อจากคนอื่นที่ขายสินค้า

²⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ปัจจุบันมีประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท

³⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25

³¹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (1)

³² พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (2)

อย่างเดียวกันและมีราคาถูกกว่าได้ หรือแพรนาไซส์นมสดบังคับแพรนาไซส์ชีว่าต้องซื้อกระดาษทิชชูจากแพรนาไซส์ชอร์ฟวงไป (Tying Contract) ทั้งที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับนมสดเลย หรือแพรนาไซส์ชีจะกู้เงินมาทำแพรนาไซส์ก็ถูกบังคับให้ต้องกู้กับคนที่แพรนาไซส์ชอร์กำหนดเท่านั้น เป็นต้น

(3) กำหนดปริมาณสินค้า ระวัง ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลาย หรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด³³ เช่น แพรนาไซส์ชอร์หยุดผลิต หรือหยุดนำเข้าสินค้า พอสินค้าขาดตลาดก็อ้างกับแพรนาไซส์ชีขอขึ้นราคาสินค้า เป็นต้น

(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร³⁴ เช่น แพรนาไซส์คู่แข่งที่มาเปิดบริเวณใกล้เคียงกำลังรุ่งเรือง จึงกดดันเจ้าของที่เช่าให้ยกเลิกสัญญาเช่าของแพรนาไซส์คู่แข่ง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการกระทำทั้ง 4 รูปแบบนั้นต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นธรรมด้วยจึงจะผิดกฎหมายฉบับนี้ การพิจารณาว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป นอกจากนั้นสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า คณะกรรมการฯ มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ระวัง หยุด หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาดลงได้³⁵ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้อง

2. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด³⁶ ซึ่งพฤติกรรมในกลุ่มนี้เน้นที่การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพรนาไซส์ ซึ่งอาจจะเป็นการตกลงระหว่างแพรนาไซส์ชอร์ด้วยกัน หรือระหว่างแพรนาไซส์ชีด้วยกัน (Horizontal Agreement) หรือระหว่างแพรนาไซส์ชอร์กับแพรนาไซส์ชีก็ได้ (Verticle Agreement) ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้แยกเป็น 2 พวก คือ

(1) กลุ่มที่กฎหมายห้ามทำเด็ดขาด ไม่ว่าจะจะมีเหตุจำเป็นทางธุรกิจหรือไม่ ในทางวิชาการเรียกข้อตกลงแบบนี้ว่า “เป็นความผิดในตัวเอง” (Per se illegal) เช่น

³³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (3)

³⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4)

³⁵ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 30

³⁶ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27

- ข้อตกลงเกี่ยวกับราคา³⁷ (Price Fixing) คือตกลงกันว่าจะขายสินค้าในราคาเท่าไร ซึ่งอาจเป็นราคาเดียวกันหรือต่างกันได้ ข้อตกลงเหล่านี้จะพบในธุรกิจแฟรนไชส์ค่อนข้างมาก กล่าวคือ แฟรนไชส์ซอร์สมักจะกำหนดราคาขายมาให้แฟรนไชส์ซี ดังนั้นไม่ว่าผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าจากร้านสะดวกซื้อสาขาไหนราคาก็จะเท่ากัน นอกจากนี้ การตกลงว่าใครจะขายหรือซื้อสินค้าจำนวนเท่าไรหรือที่เรียกว่าการกำหนดโควตา ซึ่งจะกระทบต่อราคาสินค้าโดยทางอ้อมก็ถูกห้ามด้วยเช่นกัน

- การตกลงครอบครองตลาด³⁸ คือ การตกลงเข้าควบคุมตลาด เช่น แฟรนไชส์ซอร์สรายใดตกลงจะควบคุมตลาดไม่ให้แฟรนไชส์ซอร์สรายใหม่เกิดขึ้นได้ เช่น การตกลงลดราคาสินค้าลงจนแฟรนไชส์ซอร์สรายใหม่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ต่อมาค่อยมาขึ้นราคาขดเซยในภายหลัง เป็นต้น

- การตกลงฮั้วประมูล³⁹ เช่น แฟรนไชส์ซีสองรายตกลงฮั้วราคาที่จะเสนอต่อลูกค้า หรืออาจตกลงกันไม่ให้แฟรนไชส์ซีรายอื่นเข้าร่วมประมูลแข่งขัน เป็นต้น

(2) กลุ่มที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้แต่ต้องขออนุญาตก่อน เช่น

- การแบ่งเขตตลาด⁴⁰ คือ ตกลงว่าใครจะเป็นคนขายสินค้าในพื้นที่นั้นๆ หรือในพื้นที่นั้นๆ จะต้องซื้อสินค้าจากใคร ปกติแฟรนไชส์ซอร์สมักไม่ขายแฟรนไชส์ในพื้นที่ที่มีร้านของแฟรนไชส์ซีอยู่แล้ว เพราะจะแข่งขันเอง บางครั้งอาจตกลงแนวเขตกันชัดเจน เช่น ในรัศมี 2 กิโลเมตร แฟรนไชส์ซอร์จะไม่ให้แฟรนไชส์ซีอื่นเปิดร้านแข่งขัน หรืออาจตกลงเป็นจังหวัด หรือภาคเรียกว่า “แอเรียแฟรนไชส์” (Area Franchise) ก็ได้

- การจำกัดปริมาณสินค้า และการลดคุณภาพสินค้าหรือปริมาณสินค้า⁴¹ เช่น แฟรนไชส์ซีตกลงกันลดปริมาณสินค้าลงแล้วขึ้นราคาสินค้า แม้อาจดูเหมือนว่าแฟรนไชส์ซีจะมีรายได้ลดลงแต่อาจมีกำไรต่อหน่วยเพิ่มขึ้น

- การแต่งตั้งแฟรนไชส์ซีรายเดียว⁴² วิธีการนี้มักจะใช้ร่วมกับการตกลงแบ่งเขตพื้นที่ ข้อตกลงแบบนี้อาจไม่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เพราะแฟรนไชส์ซอร์ย์ย่อมต้องการขายแฟรนไชส์ให้ได้มากที่สุด แต่ข้อตกลงแบบนี้ก็อาจเกิดขึ้นได้ เช่น แฟรนไชส์ซอร์ตั้ง

³⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (1) (2)

³⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (3)

³⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (4)

⁴⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (5) (6)

⁴¹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (7) (8)

⁴² พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (9)

แฟรนไชส์ซีรายเดียว แล้วบังคับแฟรนไชส์ซีให้เปิดร้านตามจำนวนที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนด วิธีนี้จะทำให้ดูเหมือนมีร้านแฟรนไชส์มาก แต่ความจริงเจ้าของเดียวกันจึงไม่มีการแข่งขันในระหว่างกันเอง

- การกำหนดเงื่อนไขเป็นอย่างเดียวกัน⁴³ ข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นรูปแบบของแฟรนไชส์ เนื่องจากแฟรนไชส์เป็นการซื้อรูปแบบธุรกิจ ดังนั้นจึงต้องมีรูปแบบที่เหมือนกัน แต่งร้านแบบเดียวกัน พนักงานใส่ชุดเหมือนกัน และได้รับการฝึกอบรมจากแฟรนไชส์ซอร์เหมือนกัน ต้องรักษามาตรฐานแฟรนไชส์เหมือนกัน

3. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใดๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง⁴⁴

4. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขีดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ⁴⁵

ในกรณีที่คณะกรรมการ เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือมาตรา 29 ให้คณะกรรมการ มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระวังหยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้⁴⁶ และบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนดังกล่าวมีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้⁴⁷ เช่น แฟรนไชส์ซีที่ถูกบังคับให้ซื้อสินค้าในราคาสูงเกินไป หรือคู่แข่งที่ถูกแก้งให้เลิกกิจการไป เป็นต้น

3.1.5.7 กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับธุรกิจนั้นโดยตรง

ระบบธุรกิจแฟรนไชส์อาจมีได้ในธุรกิจหลายประเภท ซึ่งในธุรกิจแต่ละประเภทรูปแบบอาจมีกฎหมายเฉพาะของธุรกิจนั้นเอง เช่น ถ้าเป็นแฟรนไชส์ขายเครื่องสำอาง และเครื่องสำอางนั้นเป็นเครื่องสำอางควบคุมตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2535 การผลิตเพื่อขายหรือการนำเข้าเพื่อ

⁴³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 (10)

⁴⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28

⁴⁵ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

⁴⁶ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 31

⁴⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 40

ขายก็ต้องขึ้นทะเบียนต่อเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาก่อน⁴⁸ หรือกรณีแฟรนไชส์ขายกาแฟ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 197) เรื่องกาแฟ ออกตามความในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ก็ได้กำหนดให้กาแฟที่ผลิตเพื่อจำหน่าย นำเข้าเพื่อจำหน่าย หรือที่จำหน่ายจะต้องมีคุณภาพและมาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนด หรือถ้าจะทำแฟรนไชส์ ร้านวิดีโอ ก็ต้องขอใบอนุญาตจากตำรวจที่กองทะเบียนก่อน หรือถ้าต้องมีการติดตั้งเครื่องจักร ก็อาจต้องขออนุญาตจากกระทรวงอุตสาหกรรม เป็นต้น

3.2 ข้อจำกัดภายใต้กฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่าการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทยมีข้อจำกัดทั้งในแง่มุมมองของสัญญาและในแง่มุมมองของกฎหมาย โดยจะพิจารณาดังต่อไปนี้

3.2.1 ข้อจำกัดของสัญญาแฟรนไชส์

3.2.1.1 การขาดบทบัญญัติในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลก่อนการตัดสินใจเข้าทำสัญญา

ในแง่มุมมองของสัญญานั้น เนื่องจากกลไกของระบบแฟรนไชส์ได้เอื้อให้แฟรนไชส์ซอร์มีอำนาจในการต่อรองที่สูงกว่า ทำให้มีการเอาเปรียบกันได้ง่าย เนื่องจากแฟรนไชส์ซอร์ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลต่างๆ ในทางธุรกิจทั้งข้อดีและข้อเสียเป็นอย่างดี และยังเป็นผู้ร่างและวางข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญา ดังนั้นการที่แฟรนไชส์ซีรับรื้อขนาดความรอบคอบ และไม่มีโอกาสศึกษาข้อมูลต่างๆ ให้เพียงพอ อีกทั้งแฟรนไชส์ซียังปราศจากอำนาจในการต่อรอง สิ่งเหล่านี้ทำให้แฟรนไชส์ซีต้องรับเอาข้อกำหนดที่หนักกว่าปกติได้ง่าย ยกตัวอย่างเช่น พฤติการณ์ที่แฟรนไชส์ซอร์จำนวนมากอาศัยโอกาสที่มีอำนาจในการต่อรองที่สูงกว่าในการทำสัญญาซื้อขายแฟรนไชส์ โดยแฟรนไชส์ซอร์จะแสดงว่าแฟรนไชส์ของตนสามารถทำกำไรได้สูง สามารถคืนทุนได้อย่างรวดเร็ว แท้จริงแล้วอาจมีการปิดบังค่าใช้จ่ายอื่นที่ซ่อนเร้น มีการอาศัยผู้มีชื่อเสียงเข้ามาส่งเสริมการขาย หรือสร้างสภาวะการณ์ให้ดูเหมือนว่า มีการแย่งกันเข้าซื้อ ทำให้แฟรนไชส์ซีโดนหลอกได้ง่าย และในแง่มุมมองของกฎหมายนั้น ประเทศไทยไม่มีกฎหมายบังคับให้แฟรนไชส์ซอร์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลในการดำเนินธุรกิจของตนแต่อย่างใด ดังนั้นเพื่อขจัดและป้องกันปัญหา

⁴⁸ พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ประกอบกับมาตรา 13

เช่นนี้จึงมีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายโดยกำหนดให้แพรนไซส์ซอร์มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลสำคัญอันจำเป็น เพื่อให้แพรนไซส์ซอร์ใช้ประกอบการตัดสินใจ และให้เวลาสำหรับการพิจารณาข้อมูลดังกล่าวในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

ดังนั้นเมื่อประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจแพรนไซส์โดยเฉพาะเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น แพรนไซส์ซอร์จึงต้องอาศัยหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเรียกร้องขอความเป็นธรรม ซึ่งบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ก็คือ บทบัญญัติในเรื่องความสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 ซึ่งความสำคัญผิดนั้น หมายถึงการเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปหรือไม่ต้องตามความเป็นจริง และนั่นก็คือความจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจหรือคิดเป็นอีกอย่างหนึ่ง และโดยความคิดหรือความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนี้ทำให้เขาแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม⁴⁹ ความสำคัญผิดนั้นมี 2 ประเภทคือความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามมาตรา 156 และความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมนั้น ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในกรณีอื่นๆ ที่อาจถือได้ว่าเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดแล้ว การแสดงเจตนาทำนิติกรรมดังกล่าวก็คงจะมีได้เกิดขึ้นเลย ซึ่งการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญนั้น สามารถพิจารณาจากนิติกรรมแต่ละประเภทที่ทำว่าอะไรเป็นสาระสำคัญเป็นการเฉพาะหรือไม่ ถ้ามีความสำคัญผิดในเรื่องนั้นก็ถือได้ว่าเป็นความสำคัญผิดที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งในสัญญาแพรนไซส์ซอร์นั้นสาระสำคัญของสัญญาคือ การให้สิทธิในการประกอบธุรกิจโดยมีค่าใช้สิทธิเป็นการตอบแทน หากแพรนไซส์ซอร์สำคัญผิดในสิ่งเหล่านี้ย่อมถือได้ว่าเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญ และผลของความสำคัญผิดดังกล่าวส่งผลให้นิติกรรมที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะ เพราะนิติกรรมนี้ได้แสดงเจตนาทำไปไม่ตรงกับเจตนาภายใน

สำหรับความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวนิติกรรมนั้นคงจะมีได้กระทำให้ขึ้น และผลของความสำคัญผิดดังกล่าวส่งผลให้นิติกรรมที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะ

⁴⁹ ศนันทกรรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11

อย่างไรก็ตามผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดไม่อาจยกเอาความเป็นโมฆะหรือความเป็นโมฆียะมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ หากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดนั้นเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวผู้แสดงเจตนาเอง⁵⁰ เช่น การที่ผู้แสดงเจตนามิได้ใช้ความระมัดระวังเลยแม้เพียงเล็กน้อย เช่น ไม่ได้อ่านสัญญาเลย เมื่อพิจารณาตามสัญญาแพรนไฮส์เห็นว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันทั้งสองฝ่าย อาจจะต้องพิจารณาว่าการที่แพรนไฮส์ชี้ตกลงเข้าทำสัญญานั้น ระดับของความระมัดระวังจะต้องอยู่ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งมีมาตรฐานสูงกว่าบุคคลธรรมดา ในบางกรณีอาจทำให้แพรนไฮส์ชี้อ้างความสำคัญผิดไม่ได้ด้วยเหตุผลที่ว่าความสำคัญผิดนั้นเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

นอกจากนี้ยังมีเรื่องการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อหรือหลอกลวงตามมาตรา 159 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกลล่อหรือหลอนั้น หมายถึงการที่บุคคลคนหนึ่งกระทำการหลอกลวงใดๆ ก็ตามที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความเป็นจริง (คือทำให้เขาสำคัญผิด) แล้วผู้ถูกหลอกลวงได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งมิฉะนั้นแล้วจะไม่ทำหรืออาจจะทำในเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป⁵¹ ดังนั้น กลล่อหรือหลอนั้นทำให้เจตนาเสื่อมเสียเพราะทำให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิด และความสำคัญผิดนี้มีความสำคัญเสมอเพราะมาจากกลล่อหรือหลอน จึงไม่จำเป็นที่ความสำคัญผิดนี้จะต้องเป็นความสำคัญผิดที่ปกติเป็นสาระสำคัญหรือไม่ แม้เป็นความสำคัญผิดในมูลเหตุซึ่งจูงใจก็ตามก็ถือได้ว่าจากความสำคัญผิดนั้นได้มีการหลงเชื่อ คือถึงขนาดแล้ว อย่างไรก็ตามกลล่อหรือหลอนซึ่งเป็นเหตุทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะนั้น จะต้องเป็นกลล่อหรือหลอนที่ถึงขนาดด้วย กล่าวคือ ทำให้ผู้ที่ถูกกลล่อหรือหลอนหลงเชื่อแล้วแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งหากไม่มีกลล่อหรือหลอนแล้วนิติกรรมนั้นก็ยังมีได้ทำขึ้นเลย

ในทางทฤษฎีกลล่อหรือหลอนมีอยู่ 2 ลักษณะ⁵² คือ

1. Dolus Malus เป็นกลล่อหรือหลอนที่ทำให้เจตนาทำนิติกรรมเสื่อมเสีย กรณีนี้เป็นกลล่อหรือหลอนที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งจะต้องประกอบด้วย การหลอกลวงและการหลงเชื่อถึงขนาดแสดงเจตนาทำนิติกรรม

2. Dolus Bonus เป็นเรื่องการหลอกลวงในการโฆษณาขายสินค้าหรือการให้บริการของตน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกล่าวเกินเลยความจริงไปบ้างเกี่ยวกับคุณภาพของ

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158

⁵¹ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49 , น.123.

⁵² เพิ่งอ้าง, น.129.

สินค้าหรือบริการ และเพราะเหตุที่ว่า การกล่าวเกินเลยนี้ดูเหมือนเป็นการหลอกลวง แต่การหลอกลวงเช่นนี้ยังเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถพิจารณาคำโฆษณาที่ว่า เชื่อหรือไม่ กล่าวคือเป็นการหลอกลวงที่ยังยอมรับได้สำหรับจารีตประเพณีทางการค้าซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักสุจริตด้วย การหลอกลวงประเภทนี้จึงไม่มีความสำคัญหรือไม่มีผลสำหรับความสมบูรณ์ของนิติกรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วในสัญญาแพรนไฮส์บางประเภทจะมีข้อกำหนดที่ว่าแพรนไฮส์ของตนสามารถคืนทุนได้ภายใน 3 เดือน แม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะทำให้แพรนไฮส์ซึ่งหลงเชื่อและตกลงเข้าทำสัญญากับแพรนไฮส์ซอร์ก็ตาม การกำหนดลักษณะดังกล่าวก็ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมแต่อย่างใด

กลข้อฉลนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) กลข้อฉลธรรมดาตามมาตรา 159 กลข้อฉลนี้อาจเกิดจากการหลอกลวงด้วยประการใดๆ ก็ได้ เช่น โดยการใช้คำพูด หรือโดยการใช้กลยุทธ์ เป็นต้น

2) กลข้อฉลโดยการนิ่งตามมาตรา 162 กลข้อฉลนี้จะเกิดขึ้นในกรณีของนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่ไขข้อความจริง เมื่อตนมีหน้าที่ต้องแจ้งความจริงนั้นจนทำให้อีกฝ่ายสำคัญผิดและได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมขึ้น และผลของการกระทำดังกล่าวนั้นจะเป็นกลข้อฉลหากพิสูจน์ได้ว่าถ้ามิได้นิ่งเสียเช่นนั้น นิติกรรมนั้นก็คงจะมีได้กระทำการขึ้น จะเห็นว่าการนิ่งเสียไม่ไขข้อความจริงอันจะถือว่าเป็นกลข้อฉลนั้นจะต้องเป็นการนิ่งในพฤติการณ์ที่คู่กรณีมีหน้าที่ควรจะบอกความจริง หรือเป็นการนิ่งประกอบด้วยพฤติการณ์อันแสดงออกซึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหลงเชื่อ ซึ่งข้อตกลงตามสัญญาแพรนไฮส์นั้นมิได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของแพรนไฮส์ซอร์ที่จะต้องบอกข้อความจริงเกี่ยวกับประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจของตน ข้อมูลทางการเงินของตน หรือความลับทางธุรกิจเกี่ยวกับต้นทุนการผลิต ดังนั้นการที่แพรนไฮส์ซอร์จงใจนิ่งเสียไม่บอกเรื่องดังกล่าวแก่แพรนไฮส์ซี การกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นกลข้อฉลโดยการนิ่งแต่อย่างใด

3) กลข้อฉลเพื่อเหตุตามมาตรา 161 เป็นลักษณะที่ถึงแม้จะไม่มีการกลข้อฉล ผู้ทำนิติกรรมก็ยังคงแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมอยู่ดี แต่เพราะกลข้อฉล ผู้ถูกกลข้อฉลจึงได้ทำนิติกรรมโดยมีข้อตกลง หรือเงื่อนไขที่ด้อยกว่าการทำนิติกรรมเพราะไม่ถูกกลข้อฉล ฉะนั้นในกรณีนี้นิติกรรมยังคงสมบูรณ์อยู่เพราะกลข้อฉลหรือการหลอกลวงนั้นไม่มีผลต่อการตัดสินใจเข้าทำนิติกรรม ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ทำกลข้อฉลนี้จึงเพียงแต่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเนื่องจากการทำกลข้อฉลที่ทำให้ผู้ถูกกลข้อฉลต้องรับภาระมากขึ้นเท่านั้น

ด้วยลักษณะของสัญญาแพรนไฮส์ซีที่สร้างขึ้นโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทำให้แพรนไฮส์ซอร์สามารถเอาใจเปรียบแพรนไฮส์ซีได้ง่าย และเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น

ก็ต้องอาศัยหลักทั่วไปของนิติกรรมในส่วนของ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด และการแสดงเจตนา เพราะถูกกลล่อลวงเข้ามาแก้ไข โดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งจะทำให้ นิติกรรมตกเป็นโมฆียะนั้น จะต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็น สาระสำคัญ หากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวนิติกรรมนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น และกลล่อลวง ซึ่งจะเป็นเหตุทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะนั้นจะต้องเป็นกลล่อลวงที่ถึงขนาดด้วย กล่าวคือทำให้ ผู้ที่ถูกกลล่อลวงหลงเชื่อแล้วแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมซึ่งหากไม่มีกลล่อลวงนี้แล้วนิติกรรมนั้นก็คง จะมีได้กระทำขึ้น เมื่อกฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้แพรนไฮส์ซึ่งเป็นผู้เสียหายก็มีหน้าที่ที่จะต้อง พิสูจน์ถึงการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด หรือการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อลวงนอกจากนั้นยังมี ภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกด้วย จะเห็นได้ว่าเป็นการพิสูจน์ยากและถือเป็นการ ยึดถ่วงแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ กล่าวคือเป็นกฎหมายที่เข้าไปกำกับดูแลหลังจากที่ได้มี การตกลงเข้าทำสัญญาแล้วส่งผลให้แพรนไฮส์ที่มีความเสี่ยงสูงในการตัดสินใจเข้าทำธุรกิจ แพรนไฮส์ ดังนั้นแม้จะมีบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน การคุ้มครองแพรนไฮส์อยู่บ้างแต่ก็มีใช่เป็นแนวทางในการเปิดเผยข้อมูลของแพรนไฮส์ซอร์ต่อ แพรนไฮส์ซึ่งจะสามารถนำมาปรับใช้ในธุรกิจแพรนไฮส์ได้ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ ไม่สามารถกำกับดูแลการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลแพรนไฮส์ เพื่อเป็นการคุ้มครองแพรนไฮส์ซึ่งได้ ดังตัวอย่างดังนี้

กรณีแรก แพรนไฮส์ไทยไบโอฮัท⁵³

นายการันต์ กาจพล เคยเป็นผู้แทนจำหน่ายเครื่องลดน้ำหนัก Bio-5 และอาหารลด น้ำหนักให้แก่โรงพยาบาลและคลินิกต่างๆ ต่อมาจึงจัดตั้งบริษัท บอดีคริม ไบโอแอนดพิต จำกัด ตั้งแต่ต้นปี 2539 โดยเป็นผู้ให้สิทธิในแพรนไฮส์ไบโอฮัท (แพรนไฮส์ซอร์) มีการแยกประเภทและ ลักษณะการลงทุนไว้ชัดเจน ดังนี้

ลักษณะการลงทุน

1. ห้องอาหาร จะเป็นการจำหน่ายอาหารลดน้ำหนัก และอาหารตามสั่ง
2. ไดเอทสโตร์ จำหน่ายผลิตภัณฑ์ลดน้ำหนัก หนังสือ วีดีโอเทปสำหรับลดน้ำหนัก
3. คอร์ลดน้ำหนักให้บริการลดน้ำหนักเป็นคอร์สระยะสั้น ระยะยาว รวมถึงการให้เช่า เครื่องมือและอุปกรณ์ลดน้ำหนักไปใช้ที่บ้าน โดยมีพนักงานไปดูแล
4. ซุ้มไบโอฮัท เป็นรูปแบบใหม่ที่เพิ่งนำมาใช้ จำหน่ายผลิตภัณฑ์ลดน้ำหนักบางส่วน

⁵³ “บทสรุปแพรนไฮส์จอมปลอม,” แพรนไฮส์โฟกัส 1, 2 (สิงหาคม-กันยายน 2540), น.71-75.

5. ขยายตรง รูปแบบนี้ยังอยู่ในขั้นตอนเตรียมการ

รูปแบบการขยายสาขา

1. ลงทุนเอง

2. ขยายแฟรนไชส์

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

ระยะเวลา ขึ้นอยู่กับข้อตกลงคือ 1-2 ปี

ผลตอบแทน

1. ในการขายผลิตภัณฑ์ จะได้รับเปอร์เซ็นต์จากการขายประมาณ 10-60 %

2. สำหรับต่างจังหวัดที่ได้รับสิทธิแบบซัพแฟรนไชส์ในจังหวัดนั้น หากมีการขายแฟรนไชส์ต่อจะได้รับแบ่งค่าธรรมเนียมจากบริษัทแม่ 50: 50 และได้รับส่วนแบ่งอีก 5 % จากยอดสั่งซื้อสินค้าของผู้รับสิทธิ (ซัพแฟรนไชส์ซี) ที่อยู่ในความดูแลด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ

1. แฟรนไชส์ซีไม่ประสบความสำเร็จในการทำศูนย์ไบโอฮัท จึงมีผู้ถอนตัวไป 10 กว่าราย จากประมาณ 30 กว่าราย

2. บริษัทของนายการ์นต์ กาจพล จัดตั้งขึ้นเมื่อปี 2539 แต่มีการขายแฟรนไชส์ตั้งแต่ปี 2538

3. สินค้าที่นำมาขายในร้านนั้นหาซื้อได้ตามท้องตลาดทั่วไปในราคาที่ถูกลงกว่ามาก เช่น เส้นก๋วยเตี๋ยวมีต้นทุนตามท้องตลาดอยู่ที่ 13-15 บาท แต่ซื้อจากแฟรนไชส์ซอร์รี่ในราคา 33 บาท เป็นต้น

4. หลังจากแฟรนไชส์ที่จ่ายเงินค่าธรรมเนียมจำนวน 180,000 บาทแล้ว แฟรนไชส์ที่บางรายก็ไม่ได้รับการติดต่อจากแฟรนไชส์ซอร์อีกเลย หรือไม่ได้ได้รับความช่วยเหลือตามที่ระบุไว้ในสัญญา

กรณีดังกล่าวเกิดจากสาเหตุ 4 ประการ คือ

1. แฟรนไชส์ที่ไม่ตรวจสอบประวัติของธุรกิจแฟรนไชส์และแฟรนไชส์ซอร์ก่อนที่จะตัดสินใจซื้อแฟรนไชส์
2. แฟรนไชส์ซอร์ขาดเงินทุนหมุนเวียน
3. ขาดทีมเวิร์คไม่มีระบบการจัดการที่ดี เพราะนายการ์นต์ กาจพล เป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด
4. แฟรนไชส์ซอร์ไม่ติดตามช่วยเหลือแฟรนไชส์ที่ตามสัญญา

กรณีที่สอง ธุรกิจแฟรนไชส์ที่เข้าข่ายแชร์ลูกโซ่⁵⁴

นายบุญชัย หลีระพันธ์ นายกสสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย เปิดเผยถึงสถานการณ์ของธุรกิจแฟรนไชส์ในขณะนี้ว่าอัตราการหลอกลวงผู้บริโภคและแฟรนไชส์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยล่าสุดมีผู้บริโภคมาร้องเรียนกับสมาคมฯ ถึงความไม่ชอบมาพากลของผู้ประกอบการ 2 ราย คือ ร้านก๋วยเตี๋ยวบางกอกและธุรกิจที่ให้บริการด้านโปรษณีย์รายหนึ่งที่ขยายธุรกิจในรูปแบบของแฟรนไชส์แต่ไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบของแฟรนไชส์ที่มีการถ่ายทอดองค์ความรู้ให้กับแฟรนไชส์ การเก็บค่าแรกเข้า และค่ารอยัลตี้ฟี แต่ได้ดำเนินธุรกิจเข้าข่ายแชร์ลูกโซ่ อาศัยประกอบธุรกิจโดยวิธีเงินต่อเงิน ทั้งนี้ผู้ประกอบการร้านก๋วยเตี๋ยวบางกอกได้ทำการขยายธุรกิจด้วยวิธีการรับสมัครผู้ที่สนใจจะลงทุนในธุรกิจก๋วยเตี๋ยวบางกอกซึ่งต้องจ่ายเงินลงทุนประมาณ 45,000 บาท โดยที่ผู้ลงทุนไม่ต้องลงมือเปิดร้านขายก๋วยเตี๋ยวเองแต่ทางบริษัทจะเป็นผู้จัดการธุรกิจเองทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นการทำงานขายก๋วยเตี๋ยวหรือคนดูแลร้านโดยเมื่อถึงช่วงสิ้นเดือนผู้ลงทุนจะได้รับเงินปันผลจากแฟรนไชส์ซอร์ประมาณ 10,000 บาท เป็นเวลานาน 10 เดือน และต้องจ่ายเงินอีก 45,000 บาท เพื่อเป็นทุนใหม่อีกครั้งพร้อมรับเงินปันผลอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเหมือนกับผู้ประกอบการธุรกิจด้านโปรษณีย์รายหนึ่งที่ดำเนินธุรกิจในลักษณะเดียวกัน

จากกรณีดังกล่าวถือว่าไม่ใช่ธุรกิจแฟรนไชส์แต่เป็นการหลอกลวงผู้บริโภคว่าเป็นธุรกิจแฟรนไชส์ให้ผู้บริโภคหลงเชื่อและนำเงินมาลงทุน ซึ่งเป็นการนำเงินมาต่อเงิน และไม่ใช่ธุรกิจแฟรนไชส์ที่แท้จริง ซึ่งในกรณีของก๋วยเตี๋ยวบางกอกปัจจุบันได้ขยายสาขาในลักษณะนี้ไป

⁵⁴ http://pcoc.moc.go.th/pcocsys/view_news.aspx?data_id=270&control_id=8&pv=14&view=1, July 2007.

แล้วประมาณ 400-500 แห่ง โดยสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทยได้แก้ปัญหาเฉพาะหน้าไปบางส่วนด้วยการให้ความรู้กับผู้ประกอบการในเรื่องการลงทุนในธุรกิจแฟรนไชส์ที่ถูกต้อง

จะเห็นได้ว่าจากกรณีศึกษาข้างต้น ปัญหาส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากการที่แฟรนไชส์ซีไม่ได้รับข้อมูลที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญในการที่จะพิจารณาเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์จากแฟรนไชส์ซอร์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสิทธิอันแท้จริงที่ได้รับมา ประวัติความเป็นมาของธุรกิจแฟรนไชส์และแฟรนไชส์ซอร์ ประวัติทางด้านคดี ประสบการณ์ในการดำเนินธุรกิจ ข้อมูลสถานะทางการเงินของแฟรนไชส์ซอร์ เป็นต้น เมื่อเกิดกรณีปัญหาขึ้นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่มีเพียงวิธีเดียว คือ การฟ้องคดีเท่านั้น

มีตัวอย่างอีกกรณีหนึ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าแฟรนไชส์ซอร์มีอำนาจในการต่อรองที่สูงกว่ามาก และด้วยเหตุดังกล่าวทำให้แฟรนไชส์ซีอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบเป็นอย่างมาก กล่าวคือแฟรนไชส์ร้านสะดวกซื้อที่มีชื่อเสียงแห่งหนึ่ง⁵⁵ ได้ให้สิทธิแฟรนไชส์แก่แฟรนไชส์ซีรายหนึ่ง ซึ่งแฟรนไชส์ซีรายนี้ได้เปิดสาขาภายใต้ชื่อทางการค้าของแฟรนไชส์ซอร์ประมาณ 5 แห่ง ซึ่งแต่ละสาขามีรายได้ประมาณ 50,000-60,000 บาท ต่อวัน บางสาขาที่เปิดใหม่สามารถจำหน่ายได้มากถึง 100,000 บาทต่อวัน สำหรับกำไรนั้นจะมีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับประเภทของสินค้าที่ขาย หากขายน้ำได้มากก็จะมีกำไรที่มากด้วยเช่นกัน ต่อมาเมื่อมีคู่แข่งเพิ่มมากขึ้นทำให้ยอดขายของร้านลดน้อยลงครั้งต่อครั้ง ยิ่งไปกว่านั้นแฟรนไชส์ซอร์ก็ขอส่วนแบ่งกำไรเพิ่มขึ้นจากเดิมที่เก็บอยู่ (อาจมีข้อสัญญาที่กำหนดให้แฟรนไชส์ซอร์มีสิทธิทำได้) ซึ่งแฟรนไชส์ซีรายนี้เห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงไม่ยอมรับเงื่อนไขดังกล่าวเป็นเหตุให้แฟรนไชส์ซอร์ยึดเครื่องเก็บเงินจากสาขาทั้ง 5 แห่ง พร้อมกับงดส่งสินค้าให้กับแฟรนไชส์ซีรายนี้ทำให้แฟรนไชส์ซีรายนี้ต้องซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์เอง ซึ่งซัพพลายเออร์บางรายก็ยอมส่งสินค้าให้แต่ซัพพลายเออร์บางรายก็ไม่ยอมส่งสินค้าให้เพราะเกรงว่าแฟรนไชส์ซอร์จะไม่ส่งซื้อสินค้าจากตน เนื่องจากปริมาณการสั่งซื้อของแฟรนไชส์ซอร์ดังกล่าว แต่ครั้งมีจำนวนมากมายมหาศาลจนซัพพลายเออร์ไม่กล้าที่จะส่งสินค้าให้แฟรนไชส์ซีรายนี้ เพราะกลัวถูกตัดสิทธิจากการเป็นซัพพลายเออร์ของแฟรนไชส์ซอร์ได้ ในที่สุดแฟรนไชส์ซีรายนี้ต้องเผชิญปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานภายในร้านของตนเอง เนื่องจากระบบการบริหารคลังสินค้าและบริหารงานอื่นแปรปรวน อย่างไรก็ตามแฟรนไชส์ซอร์เองก็เกรงว่าจะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของตนจึงเจรจาเพื่อขอซื้อกิจการของแฟรนไชส์ซีทั้ง 5 สาขา ด้วยมูลค่าประมาณ

⁵⁵ “นิตยสารวาร กับวันจนตรอกของ 7-11,” *Thaicon*, ปีที่ 1 ฉบับที่ 5 (เมษายน 2542), น. 17-20.

10 ล้านบาท เพื่อแลกกับภาพลักษณ์ของแฟรนไชส์ชอร์ที่มีต่อสาธารณะ ในที่สุดเรื่องราวก็จบลง ด้วยการที่แฟรนไชส์ชอร์รายนี้ยอมขายกิจการให้แฟรนไชส์ชอร์ดังกล่าว

จะเห็นได้ว่ากรณีปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ใคร่ครวญที่แฟรนไชส์ชอร์รายนี้มีฐานะทางการเงินที่ดี เพราะหากเป็นแฟรนไชส์ชอร์รายอื่นที่ไม่มีเงินทุนพอ อาจต้องปล่อยให้แบรนด์เนมของตนต้องถูกลดเครดิตลง ในขณะที่แฟรนไชส์ชอร์ก็ต้องรับภาระแบบไร้ทางแก้ไข เงินทุนที่ลงไปแล้วอาจต้องสูญเสียบ้าง

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายไทยจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้แฟรนไชส์ชอร์จะต้องทำหนังสือชี้ชวนให้กับผู้ที่ประสงค์จะซื้อแฟรนไชส์ ซึ่งในหนังสือชี้ชวนดังกล่าวจะปรากฏรายละเอียดของข้อมูลที่แฟรนไชส์ชอร์เปิดเผย เพื่อจัดส่งให้ผู้ที่จะซื้อแฟรนไชส์ได้ใช้ประกอบการพิจารณาลงทุนก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้นแฟรนไชส์ชอร์ที่มีคุณภาพและประสบความสำเร็จมักจะทำหนังสือชี้ชวนเพื่อให้ผู้ที่ประสงค์จะซื้อแฟรนไชส์ใช้ประกอบการพิจารณาเข้าลงทุนในธุรกิจแฟรนไชส์ของตนขึ้นมาเองโดยสมัครใจ เพื่อเป็นการเชิญชวนและให้รายละเอียดแก่ผู้ที่ต้องการจะลงทุนในธุรกิจแฟรนไชส์ของตน อย่างไรก็ตามข้อมูลที่แฟรนไชส์ชอร์เปิดเผยแก่ผู้ที่ประสงค์จะซื้อแฟรนไชส์ก็เป็นเพียงรายละเอียดของข้อมูลต่างๆ โดยย่อเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นข้อมูลพื้นฐานที่เกี่ยวกับลักษณะของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และข้อกำหนดในการขอเข้ารับสิทธิมิใช่เป็นการเปิดเผยข้อมูลในรายการอันเป็นสาระสำคัญและจำเป็นต่อการพิจารณาตัดสินใจที่สามารถบอกถึงโอกาสในการประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวในการเข้าลงทุน เช่น ประวัติของแฟรนไชส์ชอร์ ผลประกอบการ ฐานะทางการเงินของแฟรนไชส์ชอร์ และเงื่อนไขในการควบคุมคุณภาพ เป็นต้น

3.2.1.2 สัญญาแฟรนไชส์ที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อแฟรนไชส์ซี

สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่มักจะมีกำหนดระยะเวลาในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งจะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาอาจมีกำหนดระยะเวลา 5 ปี หรือ 10 ปีแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามอาจมีการเลิกสัญญากันก่อนหน้านั้นได้ซึ่งการแสดงเจตนาในการบอกเลิกสัญญานั้น อาจเกิดจากแฟรนไชส์ชอร์หรือแฟรนไชส์ซีก็ได้ การเลิกสัญญาแฟรนไชส์ในที่นี้หมายถึงการระงับความผูกพันตามสัญญาแฟรนไชส์ที่จะมีในเวลาสืบต่อไป รวมถึงขณะเมื่อครบกำหนดอายุสัญญาก็จะไม่มีการต่อสัญญากันอีก ซึ่งสาเหตุส่วนใหญ่ของการบอกเลิกสัญญามักจะมีสาเหตุมาจากการผิดสัญญา

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เนื่องจากระยะเวลาตามสัญญาเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะสละประโยชน์แห่งเงื่อนไข

เวลาให้กระทบกระทั่งกันถึงประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ กล่าวคือคู่สัญญาแพรนไฮส์ จะบอกเลิกสัญญาตามอำเภอใจไม่ได้ อย่างไรก็ตามถ้ามีการตกลงกันในสัญญาโดยคู่สัญญายินยอมสละประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลาเอาไว้ ก็จะต้องเป็นไปตามเจตนาเช่นว่านั้น และศาลก็เห็นว่าไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นข้อตกลงที่สามารถใช้บังคับได้ เช่น การที่แพรนไฮส์ชอร์กำหนดไว้ในสัญญาว่าแพรนไฮส์ชอร์มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีเมื่อมีเหตุผลอันสมควร ซึ่งการตกลงในลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลเสียเป็นอย่างมากต่อแพรนไฮส์ซีซึ่งมีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่า เพราะฝ่ายที่มีอำนาจกำหนดเงื่อนไขอันเป็นประโยชน์ดังกล่าวก็คือฝ่ายแพรนไฮส์ชอร์นั่นเอง ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาแพรนไฮส์ไว้โดยเฉพาะ โดยกำหนดถึงสาเหตุในการเลิกสัญญา และควรกำหนดว่าจะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนที่จะมีการบอกเลิกสัญญากรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ผิดสัญญาอีกด้วย ซึ่งการกำหนดดังกล่าวจะสามารถแก้ไขปัญญาที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีได้กำหนดไว้ในกรณีสัญญาแพรนไฮส์ที่มีกำหนดระยะเวลาและเมื่อครบกำหนดระยะเวลาแล้ว ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาจะเป็นอย่างไร ดังเช่น สัญญาเช่า มาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า “ในเมื่อสิ้นกำหนดเวลาเช่าซึ่งได้ตกลงกันไว้แล้ว ถ้าผู้เช่ายังครอบครองทรัพย์สินอยู่ และผู้ให้เช่ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วงไซ้ร้ ท่านให้ถือว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาใหม่ต่อไปไม่มีกำหนดเวลา “หรือ สัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 581 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า “ถ้าระยะเวลาที่ได้ตกลงว่าจ้างกันนั้นสิ้นสุดลงแล้ว ลูกจ้างยังคงทำงานอยู่ต่อไปอีก และนายจ้างรู้ดังนั้นก็ไม่ต้องทักท้วงไซ้ร้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาจ้างกันใหม่โดยความอย่างเดียวกันกับสัญญาเดิม” เป็นต้น ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้เพื่อให้คู่สัญญาทราบสิทธิและหน้าที่ของตนหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงในสัญญากำหนดไว้ชัดเจน

3.2.1.3 ข้อสัญญาแพรนไฮส์อาจกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่แพรนไฮส์ซีเกินสมควร

ในเรื่องข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไฮส์ โดยข้อตกลงพ่วงขาย⁵⁶ หมายถึง การขายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าชนิดที่สองจากผู้ขายควบคู่ไปด้วย ดังนั้นในการพ่วงขายนั้นจะต้องมีสินค้า 2 ชนิด ชนิดแรกเรียกว่าสินค้าหลัก เป็นสินค้าที่ผู้ซื้อต้องการ และชนิดที่สองซึ่งเรียกว่าสินค้าพ่วง เป็นสินค้าซึ่งโดยปกติแล้วผู้ซื้อไม่ต้องการ

⁵⁶ มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแพรนไฮส์,” น. 23.

สัญญาแพรรนไฮส์เป็นสัญญาที่อนุญาตให้แพรรนไฮส์ซื้อมาดำเนินการภายใต้ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้าร่วมกับแพรรนไฮส์ซอร์ และแพรรนไฮส์ซอร์ควบคุมการดำเนินการธุรกิจของแพรรนไฮส์ซอร์อย่างใกล้ชิดและต่อเนื่องตลอดอายุของสัญญา ทำให้แพรรนไฮส์ซอร์รักษาความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้าได้โดยผู้บริโภคทั่วไปนั้นเชื่อว่า สินค้าที่ขายโดยแพรรนไฮส์ซอร์เป็นสินค้าของแพรรนไฮส์ซอร์เองทำให้ในสัญญาแพรรนไฮส์ แพรรนไฮส์ซอร์มักจะวางข้อกำหนดให้แพรรนไฮส์ซอร์ซื้อวัตถุดิบสินค้า เครื่องมืออุปกรณ์ เครื่องปรุง รวมถึงการเช่า เช่าช่วงสถานที่อาคารในการประกอบธุรกิจจากแพรรนไฮส์ซอร์หรือบุคคลที่แพรรนไฮส์ซอร์กำหนดซึ่งมีลักษณะเป็นการขายพ่วงนั่นเอง โดยแพรรนไฮส์ซอร์จะให้เหตุผลว่าเพื่อที่จะรักษารูปแบบเดียวกันของสินค้า รวมถึงคุณภาพและมาตรฐานของแพรรนไฮส์ไว้ และแพรรนไฮส์ซอร์ก็อาศัยเหตุผลดังกล่าวแสวงหากำไรจากการขายสินค้าเป็นชุด (Package Sale) ซึ่งในสินค้าเป็นชุดนั้นอาจมีสินค้าบางชนิดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การรักษาคุณภาพของสินค้า ความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า หรือชื่อเสียงทางการค้าของระบบแพรรนไฮส์นั้นเลย โดยเป็นสินค้าที่แพรรนไฮส์ซอร์สามารถหาซื้อได้ในตลาดทั่วไปซึ่งมีราคาถูกกว่า หรือมีคุณภาพที่ดีกว่า การกระทำเช่นนี้ทำให้แพรรนไฮส์ซอร์ใช้จ่ายเงินมากขึ้นในการประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้าของแพรรนไฮส์ซอร์ และขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าที่เหมือนกันจากผู้อื่นในราคาที่ต่ำกว่า จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงพ่วงขายเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งในตลาดสินค้าหลักและสินค้าพ่วง โดยการขยายอำนาจการผูกขาดจากสินค้าหนึ่งไปยังสินค้าอีกชนิดหนึ่ง

เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจแพรรนไฮส์โดยเฉพาะจึงต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ กล่าวคือ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นจากความสมัครใจ โดยคู่สัญญามีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ในการทำสัญญา โดยสัญญาเกิดจากการทำคำเสนอสนองต้องตรงกัน คู่สัญญามีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา กำหนดเงื่อนไขในสัญญา และเมื่อคู่สัญญากำหนดไว้เช่นใดก็ต้องปฏิบัติตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) ซึ่งแม้คู่สัญญาทำข้อตกลงที่ผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายแล้ว กฎหมายก็ยังยอมรับบังคับให้เว้นแต่ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นผลให้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ⁵⁷ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าข้อตกลงพ่วงขายซึ่งเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งเท่าที่ผ่านมาศาลฎีกาก็ยังไม่เคยตัดสินว่าข้อตกลงจำกัด

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

การแข่งขันในลักษณะต่างๆ เป็นโมฆะ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้มาตรการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงขาดความเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับข้อตกลงฟ่งขายในสัญญาแฟรนไชส์

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการกระทำอันมีลักษณะเป็นการฟ่งขายไว้ในมาตรา 25⁵⁸ กล่าวคือห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าหรือการได้รับหรือให้บริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น อย่างไรก็ตามข้อตกลงฟ่งขายจะต้องห้ามตามกฎหมายต่อเมื่อการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการบังคับนั้น “ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม” ดังนั้นกฎหมายไม่ได้ห้ามการฟ่งขายอย่างเด็ดขาดหรือกำหนดให้การฟ่งขายเป็นความผิดในตัวเอง สำหรับข้อตกลงฟ่งขายในสัญญาแฟรนไชส์ที่มีขึ้นเพื่อรักษาคุณภาพของสินค้า ความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า หรือชื่อเสียงทางการค้าของระบบแฟรนไชส์ไว้ นั้น ข้อตกลงดังกล่าวมิได้มีขึ้นเพื่อใช้อำนาจเหนือตลาดในการบิดเบือนกลไกตลาดโดยมิชอบและมิได้มีวัตถุประสงค์ให้ปริมาณสินค้าในตลาดลดต่ำกว่าปริมาณความต้องการในตลาดในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามกลไกตลาดที่แท้จริง ดังนั้นการฟ่งขายในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ถึงว่าไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมตามมาตรา 25 (2) แต่อย่างใด⁵⁹ อย่างไรก็ตามกรณีที่แฟรนไชส์เซอร์แสวงหากำไรจากการขายสินค้าเป็นชุดซึ่งในสินค้าเป็นชุดนั้นอาจมีสินค้าบางชนิดที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพของสินค้า ความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้า หรือชื่อเสียงทางการค้าของระบบแฟรนไชส์นั้น ถือเป็นการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 25 (2) แต่ผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีความผิดตามมาตรานี้ได้จะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด⁶⁰ ซึ่งต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาด (สินค้าหลัก (Tying Product)) ในปีที่ผ่านมาร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทำให้ไม่สามารถนำมาใช้กับผู้ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ดังกล่าวได้ เนื่องจากมิได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

⁵⁸ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ “... (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตน...ต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ...จากผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

⁵⁹ สรวีศ ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), น. 179-180.

⁶⁰ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29.

จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้ไว้ ทำให้ขอบเขตในการบังคับใช้แคบลง และมีผลใช้บังคับได้น้อย เนื่องจากในประเทศไทยธุรกิจประเภทหนึ่งจะมีผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย และแต่ละรายจะมีส่วนแบ่งตลาดเฉลี่ยกันไป มีธุรกิจน้อยรายที่มีผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

3.2.2 ข้อจำกัดทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาในเรื่องข้อจำกัดของกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ข้อจำกัดที่สำคัญที่สุดคือประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ดังนั้นในการพิจารณาตัดสินปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้น จึงทำได้โดยนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นๆ มาใช้บังคับ โดยกฎหมายแต่ละฉบับที่นำมาปรับใช้กับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นก็จะมีข้อจำกัดในตัวของมันเองในเรื่องดังต่อไปนี้

3.2.2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักทั่วไปเรื่องนิติกรรมสัญญาในส่วนของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดและการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อจะเข้ามาแก้ไขปัญหากรณีมีความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีที่แฟรนไชส์ซอร์ทำสัญญาแฟรนไชส์ที่เอาเปรียบแฟรนไชส์ซี ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ คือ เข้าไปกำกับดูแลหลังจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญาแล้ว ส่งผลให้แฟรนไชส์ซีมีความเสี่ยงสูงในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ นอกจากนั้นเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแฟรนไชส์ซีซึ่งเป็นผู้เสียหายก็มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ถึงการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดหรือการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อ และยังมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกด้วย

3.2.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ถือว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าทางเศรษฐกิจไม่ให้ตกเป็นเหยื่อของความไม่ยุติธรรมจนเกินไป อย่างไรก็ตามคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลจึงสามารถใช้ดุลยพินิจในการที่จะกำหนดให้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ดังนั้นหากไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้ยังขาดความชัดเจนแน่นอนทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่อาจทราบได้ว่าแค่ไหนเพียงไรที่จะเข้าข่าย “ที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” และการกำหนดให้ศาลมีดุลยพินิจในการที่จะกำหนดว่าแค่

ไหนเพียงไรจึงจะ “เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” นั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เพราะในข้อเท็จจริงเดียวกันผู้พิพากษาแต่ละท่านอาจตัดสินแตกต่างกันไป

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ได้ ทุกกรณี ซึ่งส่วนใหญ่ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาที่เกิดก่อนทำสัญญา เช่น แฟรนไชส์ที่ไม่ทราบข้อมูลในการดำเนินธุรกิจของแฟรนไชส์หรืออย่างเพียงพอ เป็นต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการคุ้มครองและการกำกับดูแลคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่อยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนั้นควรจะอยู่ที่ต้นเหตุ คือกฎหมายควรให้ความคุ้มครองตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญาโดยการกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับแฟรนไชส์ รวมทั้งการกำหนดเนื้อหาและเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาแฟรนไชส์ที่ควรจะต้องถูกกำกับดูแลจากภาครัฐเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

3.2.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ เมื่อธุรกิจแฟรนไชส์ไม่มีกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาแฟรนไชส์ คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ⁶¹ และกฎหมายที่จะนำมาปรับกับข้อพิพาทก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เป็นต้น ซึ่งศาลได้อธิบายว่า⁶² สัญญาแฟรนไชส์ซึ่งกฎหมายในเชิงธุรกิจการค้า หมายถึง กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้บุคคลอื่นขายสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าชื่อนั้นและจำเลยได้ใช้ชื่อและเครื่องหมาย พร้อมประกาศนียบัตรของโจทก์ตลอดระยะเวลาที่ได้รับสิทธิตามสัญญา โดยจำเลยจะได้รับการติดตั้งป้ายเครื่องหมาย 1 ชุด รวมถึงป้ายโฆษณาเพื่อจำหน่ายอีกจำนวน 5 ชุดจากโจทก์ นอกจากนี้จำเลยจะได้รับการสนับสนุนด้าน การผลิตน้ำแข็ง ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องผลิตน้ำแข็งรวมทั้งอุปกรณ์ที่โจทก์จะติดตั้งให้พร้อมประกอบธุรกิจ ได้รับการดูแลบำรุงรักษา อุปกรณ์ ได้รับความสะดวกในการจัดซื้อสินค้าหรืออุปกรณ์เพื่อประกอบธุรกิจ และได้รับการฝึกอบรมเพื่อดำเนินธุรกิจ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ระบุว่าเพื่อให้จำเลยผู้รับอนุญาตได้เป็นเจ้าของกิจการและดูแลธุรกิจของตนเองในการผลิตและจำหน่ายน้ำแข็งภายใต้มาตรฐานอย่างเดียวกับข้อกำหนดของโจทก์ผู้อนุญาตแล้ว สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้

⁶¹ คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ทป 32/2544

⁶² คดีหมายเลขแดงที่ ทป 1/2543 ระหว่างบริษัทนิวตันฟู้ดส์ อีควิปเมนท์ จำกัด (โจทก์) และนายบรรพต แก้วมณีรัตน์ (จำเลย)

เครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 ดังนั้นจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏการจดทะเบียนเท่ากับเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

นอกจากนั้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาได้วินิจฉัยว่า⁶³ สัญญาแฟรนไชส์ระหว่างโจทก์และจำเลยมีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 แม้ว่าข้อความในสัญญาจะระบุให้สิทธิประโยชน์อื่นแก่จำเลยด้วย เช่น การได้รับการสนับสนุนทางการผลิตน้ำแข็ง ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องผลิตน้ำแข็ง รวมทั้งอุปกรณ์อื่นๆ ที่โจทก์ติดตั้งให้ ได้รับการดูแลและบำรุงรักษาเครื่องผลิตน้ำแข็ง ได้รับคู่มือการดำเนินธุรกิจ ตลอดจนได้รับคำปรึกษาและคำแนะนำในการดำเนินธุรกิจจากโจทก์ ตามคดีนี้คู่สัญญาไม่ได้นำสัญญาไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ถือว่าเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระค่าบำรุงรักษาระบบการผลิตและการโฆษณาสินค้าที่ค้างชำระและค่าเสียหายเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งจำเลยต้องส่งคืนเครื่องทำน้ำแข็งและอุปกรณ์ต่างๆ ในฐานะลามิครวได้

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการวินิจฉัยว่าสัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทใดประเภทหนึ่ง ซึ่งตามกรณีที่เกิดขึ้นข้างต้นเป็นเรื่องของการอนุญาต ให้ใช้สิทธิเครื่องหมายการค้าแต่เพียงอย่างเดียว แต่ในทางปฏิบัติสัญญาแฟรนไชส์อาจประกอบด้วย การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท เช่น เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตรและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ด้วย อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายบางประการขึ้นได้อีก หากคู่สัญญาได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแฟรนไชส์เป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนกับนายทะเบียนไม่ครอบคลุมทุกประเภทของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมไว้ จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายประการใด ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแฟรนไชส์ที่ประกอบด้วย การอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและสิทธิตามสิทธิบัตรอยู่ในฉบับเดียวกัน แต่คู่สัญญาได้นำสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวไปจดทะเบียนเฉพาะการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่มิได้นำไปจดทะเบียนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร เป็นต้น

ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติบางประการที่กำหนดให้รัฐเข้าไปแทรกแซงในการเข้าตรวจสอบคุณสมบัติของคู่สัญญาและกำกับดูแลให้เป็นไปด้วยความเป็นธรรมในลักษณะเดียวกับ

⁶³ คดีหมายเลขแดงที่ ทป 23/2544 ระหว่างบริษัท นิวตันฟู้ดส์ อีควิปเมนท์ จำกัด (โจทก์) และนายมานพ มงคลวัฒน์ (จำเลย)

การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการให้แพรนไซส์ของต่างประเทศ เช่น การขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้คนอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนซึ่งต้องแสดงรายการอย่างน้อย 2 รายการ คือ เงื่อนไขหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้ขอจดทะเบียนที่จะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้ขอจดทะเบียนและสินค้าที่จะได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า⁶⁴ จะเห็นได้ว่าการแสดงข้อมูลดังกล่าวก็จำกัดอยู่เฉพาะข้อมูลที่เป็นรายละเอียดของเครื่องหมายการค้า บุคคลที่ขอจดทะเบียนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการขอจดทะเบียน หรือในกรณีของการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตน หรือจะโอนสิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่นที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁶⁵ ซึ่งกฎหมายห้ามมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็น การจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม⁶⁶ เช่น ค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร จะสูงเกินควรไม่ได้ หรือการจำกัดปริมาณการผลิตหรือกำหนดการขายของสินค้า หรือกำหนดราคาขายของสินค้า⁶⁷ เป็นต้น แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตที่เป็นสิทธิบัตรเท่านั้นและต้องเป็นสิทธิบัตรที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยด้วย ดังนั้นกฎหมายที่กล่าวถึงข้างต้นก็เป็นเพียงการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะส่วนคือ ในส่วนของเครื่องหมายการค้า และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้สำหรับแพรนไซส์โดยเฉพาะ ซึ่งยังขาดการกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับธุรกิจแพรนไซส์ สภาพการประกอบธุรกิจ ประวัติของแพรนไซส์ซอร์ และการดำเนินงานของแพรนไซส์ซอร์อย่างละเอียด

3.2.2.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ปัญหาในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแพรนไซส์นั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าแพรนไซส์ที่นั้นถือว่าเป็นผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ ในมาตรา 3 ให้คำนิยามของ “ผู้บริโภค” หมายถึง ผู้ซื้อหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบแม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตามและ

⁶⁴ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 วรรค 3

⁶⁵ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 41 วรรค

⁶⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 39 (1)

⁶⁷ กฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2529) ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2529 ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อสินค้าเพื่อขาย หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย” เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งแพรนไฮส์ซอร์และแพรนไฮส์ซีต่างถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ดังนั้นแพรนไฮส์ซีไม่ถือเป็นผู้บริโภคตามนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคแต่อย่างใด เนื่องจากแพรนไฮส์ซีหมายถึงผู้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจ⁶⁸ จึงมีสิทธิประกอบธุรกิจได้ภายใต้ระบบธุรกิจของแพรนไฮส์ซอร์ ดังนั้นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างแพรนไฮส์ซอร์และแพรนไฮส์ซี จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้ก็มีผลใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ ไม่ว่าจะเป็นแพรนไฮส์ซอร์หรือแพรนไฮส์ซีในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้บริโภค (ประชาชนทั่วไป ที่ซื้อสินค้าหรือรับบริการในธุรกิจแพรนไฮส์) ในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา การคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก และการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ยกตัวอย่างเช่น หากแพรนไฮส์ซอร์หรือแพรนไฮส์ซีประสงค์จะทำการโฆษณา โฆษณานั้นจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม⁶⁹ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้สินค้าที่ผลิตเพื่อขายโดยโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานและสินค้าที่ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก⁷⁰ และฉลากของสินค้าที่ควบคุมฉลากจะต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด⁷¹ และในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้⁷² อย่างไรก็ตามปัจจุบันมิได้มีการประกาศให้ธุรกิจแพรนไฮส์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแต่อย่างใด ดังนั้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างแพรนไฮส์ซอร์และแพรนไฮส์ซีได้

⁶⁸ ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแพรนไฮส์ พ.ศ. ... มาตรา 4

⁶⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22

⁷⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 30

⁷¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 31

⁷² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ

3.2.2.5 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

ปัญหาที่คู่สัญญาโดยเฉพาะแฟรนไชส์ซอร์มักจะยกขึ้นอ้างเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมในการให้แฟรนไชส์ คือการที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นกรณีการฟ้องขาย การกำหนดเขตพื้นที่ หรือการกำหนดราคาขายปลีก เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ก็ยังมีปัญหาที่ต้องทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ออกกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้แฟรนไชส์หลายประการ เช่น บทบัญญัติในการพิจารณาการร่วมมือกันกระทำการอันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 27 นั้นก็ยังไม่ชัดเจนว่าเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับการจำกัดการแข่งขันแบบแนวนอนหรือแนวตั้ง หรือถ้อยคำ “โดยเสรีอย่างเป็นธรรม” หรือ “เกิดความเสียหาย” ในมาตรา 29 ที่มีลักษณะกว้าง และไม่มีความชัดเจนว่าหมายถึงพฤติกรรมอย่างไรและความเสียหายอย่างไร ตลอดจนถ้อยคำที่เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่างๆ เช่น “อย่างไม่เป็นธรรม หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร” ที่กำหนดในมาตรา 25 ก็ทำให้เกิดปัญหาการตีความเช่นกัน อีกทั้งการที่กำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด⁷³ ที่ต้องมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละห้าสิบนั้น เป็นการทำให้ผลบังคับใช้กฎหมายแคบลง คือจะบังคับได้เฉพาะผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่เท่านั้น ซึ่งในประเทศไทยผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดในสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบนั้น ยังมีอยู่เป็นจำนวนน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมด

นอกจากนี้ประเทศไทยยังขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการเข้าตรวจสอบคุณสมบัติของแฟรนไชส์ซอร์และการกำกับดูแลการซื้อขายแฟรนไชส์ อย่างไรก็ตามเมื่อเดือนมิถุนายนพ.ศ. 2548 ที่ผ่านมามีการจัดทำเครื่องหมายผู้ประกอบการแฟรนไชส์ (Franchise Identification Mark)⁷⁴ ขึ้น โดยเครื่องหมายนี้จัดทำโดยสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และเอสเอ็มอีไทย ซึ่งเครื่องหมายดังกล่าวจะเป็นสัญลักษณ์ที่บ่งบอกว่าผู้ประกอบการหรือธุรกิจนั้นๆ ดำเนินการอยู่ภายใต้ระบบแฟรนไชส์ โดยผู้มีสิทธิใช้เครื่องหมายนี้จะต้องเป็นสมาชิกของสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์และจะต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาตามที่สมาคมดังกล่าวกำหนด ทั้งนี้สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์จะต้องตรวจสอบว่าผู้ที่ขอใช้เครื่องหมายมีความรู้เกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์นั้นๆ ดีแค่ไหน มีความพร้อมในการเป็นแฟรนไชส์ซอร์อย่างไร มีคู่มือแฟรนไชส์หรือไม่ โดยจะทำการทบทวนสิทธิ

⁷³ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29

⁷⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “เครื่องหมายผู้ประกอบการแฟรนไชส์,” วารสารธรรมนิติ, ฉบับกฎหมายธุรกิจ ปีที่ 3 ฉบับที่ 32 (สิงหาคม 2548), น.30-33.

ในการใช้เครื่องหมายทุกๆ 2 ปี อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าเครื่องหมายผู้ประกอบการแฟรนไชส์ดังกล่าวมีข้อจำกัด เนื่องจากมีการใช้ในวงแคบเฉพาะผู้ที่เป็สมาชิกของสมาคมธุรกิจแฟรนไชส์เท่านั้น

จากข้อจำกัดดังกล่าวทำให้คู่สัญญาไม่อาจกำหนดบทบาทหรือคาดคะเนผลที่อาจเกิดขึ้นได้ทำให้สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและผลทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์เกิดความไม่แน่นอนส่งผลให้มีการกำหนดข้อควบคุมในสัญญามากเกินไปจนจำเป็โดยฝ่ายแฟรนไชส์ซอร์สนั้นอาจกำหนดค่าตอบแทนสูงเพื่อเป็นการบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้⁷⁵

3.2.3 ข้อจำกัดของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่าความล้มเหลวของธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเกิดจากการเริ่มสร้างแนวความคิดให้ธุรกิจไม่ถูกต้อง ขาดความต่อเนื่อง ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมักเกิดขึ้นซ้ำไปซ้ำมา จึงจำเป็นต้องสร้างความเข้าใจกับแฟรนไชส์ซอร์ผู้ขายธุรกิจและแฟรนไชส์ซีที่เป็นผู้ลงทุน การทำความเข้าใจที่ถูกต้องจะทำให้ระบบทั้งหมดเกิดระบบที่แท้จริง เนื่องจากระบบแฟรนไชส์เป็นระบบงานที่อำนวยความสะดวกธุรกิจขนาดเล็กที่รวมตัวกันสร้างพลัง สร้างมาตรฐานในการทำงาน และนำเสนอสินค้าที่มีมาตรฐานให้กับผู้บริโภค

ในการวิเคราะห์ปัญหาเบื้องต้นของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ อาจกล่าวสรุปได้เป็นข้อๆ ดังนี้

3.2.3.1 ปัญหาเรื่องการขาดความรู้ความเข้าใจในระบบแฟรนไชส์

การเริ่มต้นของธุรกิจในการเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ไม่ถูกต้อง โดยมีที่มาจากการมีทัศนคติที่ไม่ถูกต้องในเรื่องระบบแฟรนไชส์ การมีแนวคิดทางธุรกิจไม่ชัดเจน รวมถึงลักษณะของธุรกิจไม่เหมาะสมกับระบบแฟรนไชส์และพื้นฐานทางธุรกิจไม่ดีพอ อันเนื่องมาจากการขาดการประเมินความพร้อมและความเหมาะสมของธุรกิจก่อนเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ การทำตามคนอื่นโดยเห็นคนอื่นทำแฟรนไชส์แล้วประสบความสำเร็จจึงทำตาม ซึ่งรากเหง้าหลักของปัญหาก็คือการขาดความรู้ความเข้าใจ และการไม่มีวิสัยทัศน์ (Vision) ในการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั่นเอง

3.2.3.2 ปัญหาจากการจัดการแฟรนไชส์ซี

แฟรนไชส์ซีในประเทศไทยยังขาดประสบการณ์ กล่าวคือ ในการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นแฟรนไชส์ซอร์จะต้องมีการเรียกเก็บค่าสิทธิต่างๆ ซึ่งตรงนี้แฟรนไชส์ซีส่วนใหญ่ก็จะขาดความเข้าใจ

⁷⁵ สุจินต์ ชัยมั่งคณานนท์ และกิติพงษ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์, ธุรกิจแฟรนไชส์ มิติใหม่ของวงการค้าและการลงทุน, (กรุงเทพมหานคร: คู่แข่งธุรกิจ, 2537), น. 21.

ว่าทำไมตนเองต้องจ่ายค่าสิทธิต่างๆ หลายขั้นตอน และยังมีมองความคุ้มค่านี้ไม่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาขึ้นคือแฟรนไชส์ซีไม่เสียค่าสิทธิตามที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนดและการที่แฟรนไชส์ซอร์ไม่สามารถเก็บค่าสิทธิได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยก็ทำให้ธุรกิจไม่สามารถพัฒนารูปแบบของแฟรนไชส์ได้อย่างต่อเนื่อง ภาพพจน์หรือการพัฒนาผลิตภัณฑ์ก็ค่อยๆ แย่ลงจนในที่สุดก็ต้องปิดกิจการไป นอกจากนั้นการเลือกบุคคลที่จะมาซื้อแฟรนไชส์นั้นที่ผ่านมามักเน้นในเรื่องของเงินทุนเท่านั้น ผู้ลงทุนในแฟรนไชส์ก็เข้าใจผิดคิดว่าแค่ลงทุนอย่างเดียวก็เพียงพอไม่ได้เอาใจใส่พัฒนาคุณภาพของบริการของตนเองทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร

3.2.3.3 ปัญหาในเรื่องแนวความคิดทางธุรกิจที่ไม่ชัดเจน

แฟรนไชส์ซอร์รายใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นมักจะสร้างแนวคิดของธุรกิจสินค้าและบริการของตนเองไม่ชัดเจนทำให้ผู้บริโภคแยกไม่ออกว่าแตกต่างจากบริษัทคู่แข่งอย่างไร ส่งผลให้ไม่สามารถทำการตลาดแข่งขันกับบริษัทคู่แข่งได้ การวางแนวความคิดของธุรกิจเป็นการเลือกพื้นฐานขั้นแรกว่าผลิตภัณฑ์และบริการของธุรกิจที่จะนำเสนอต่อลูกค้าเป็นแบบใดและอะไรคือคุณค่าของสินค้าและบริการที่แท้จริงเพราะความคิดดังกล่าวจะมีผลต่อการออกแบบรูปแบบของตัวผลิตภัณฑ์หรือบริการพื้นที่ของร้านค้าและระยะเวลาทำการ โดยจะต้องทำการศึกษากลุ่มลูกค้าให้เข้าใจตลาดและความต้องการของลูกค้าเสียก่อน โดยส่วนใหญ่แล้วแฟรนไชส์ที่ล้มเหลวมักจะคิดแต่เพียงสร้างธุรกิจที่เน้นตัวผลิตภัณฑ์และราคาเป็นหลัก โดยลืมที่จะทำความเข้าใจบริการซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญมากในปัจจุบัน

3.2.3.4 ปัญหาที่เกิดจากการบริหารและควบคุมงานสาขา

ข้อผิดพลาดที่พบบ่อยที่สุดก็คือ การเปิดสาขาที่เน้นแต่ตัวผลิตภัณฑ์ วิธีการผลิต แต่ไม่มีการควบคุมในเรื่องการวางรูปแบบวิธีการทำงานของสาขา ซึ่งส่วนใหญ่จะนำเอารูปแบบสำนักงานใหญ่เข้ามาใช้ซึ่งเป็นที่ที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากการเปิดสาขานั้นจะมีวิธีการที่แตกต่างกับรูปแบบสำนักงานใหญ่ และถ้าขาดการควบคุมรูปแบบวิธีการทำงานของสาขาแล้วก็จะทำให้ระบบงานสาขาเป็นไปอย่างขาดตอนและขาดการพัฒนา ดังนั้นควรมีการวางรูปแบบของการทำงานในระบบสาขาโดยสร้างพื้นฐานความเข้าใจระหว่างกันเป็นอันดับแรก นอกจากนั้นระบบการสอนงาน คู่มือการปฏิบัติงานต้องมีรายละเอียดพอสมควรและต้องสร้างขั้นตอนการฝึกอบรมให้ได้มาตรฐานตั้งแต่การอบรมทั่วไป การอบรมเพื่อพัฒนางาน และการอบรมแนวทางธุรกิจใหม่ที่จะต้องกำหนดให้ชัดเจนซึ่งจะทำให้แฟรนไชส์ซีเข้าใจในระบบและสามารถทำตามหลักการได้อย่างจริงจัง และการทำงานในระบบสาขาต้องมีรูปแบบการทำงานที่แน่นอนวัดผลได้ แฟรนไชส์ซอร์ต้องมีระบบงานที่ช่วยเหลือเกื้อกูลสาขาซึ่งเป็นแฟรนไชส์ซี โดยจะต้องมีส่วน

การส่งเสริมงานสาขาให้ชัดเจน มีการวัดผลควบคุมคุณภาพสินค้า มีระบบการควบคุมสินค้า ระบบการบริหารการเงิน การบัญชี การบริหารข้อมูลเพื่อการพัฒนาตลาดรวมถึงการจัดการ บุคลากรด้วย ในขณะที่เดียวกันแฟรนไชส์ชอร์จะต้องสร้างความสัมพันธ์ที่ดีกับผู้ร่วมลงทุนหรือ แฟรนไชส์ซีเพราะนักธุรกิจที่อาศัยระบบแฟรนไชส์ มักต้องการพัฒนาธุรกิจและตนเองควบคู่ไปกับ ผลกำไรขององค์กรที่ตนเองดูแล ทีมงานจึงควรจะต้องมีความเข้าใจและหาประสบการณ์ทำงานร่วมกัน แบบทีมงานในลักษณะพิเศษนี้ นอกจากนั้นการสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างแฟรนไชส์ชอร์กับ คู่ค้าไม่ว่าจะเป็นผู้ส่งวัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือแม้แต่งานดูแลรักษาซ่อมแซมให้เกิดความเข้าใจ ในการทำงานร่วมกัน มีการสร้างข้อตกลงแน่นอนชัดเจนว่าคู่ค้าจะต้องติดต่อซื้อขายกับ แฟรนไชส์ชอร์เท่านั้นจะทำการซื้อขายกับแฟรนไชส์ซีโดยตรงไม่ได้ ซึ่งถ้าขาดข้อตกลงในส่วนนี้ไป ก็อาจเป็นสาเหตุให้แฟรนไชส์ซีเห็นความไม่คุ้มค่าต่อการจ่ายค่าบริการงานต่างๆ ให้กับแฟรนไชส์ชอร์ และทำให้ธุรกิจแฟรนไชส์ล้มเหลวได้

3.3 ความจำเป็นในการควบคุมและคุ้มครองธุรกิจแฟรนไชส์

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาแฟรนไชส์ เป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญา สามารถทำขึ้นได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และในแง่มุมมองของสัญญานั้นเนื่องจากกลไกของ ระบบแฟรนไชส์ได้เอื้อให้แฟรนไชส์ชอร์มีอำนาจการต่อรองสูงกว่าทำให้มีการเอาเปรียบกันได้ง่าย เนื่องจากแฟรนไชส์ชอร์ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลต่างๆ ในทางธุรกิจทั้งข้อดีและข้อเสีย เป็นอย่างดี และยังเป็นผู้ร่างและวางข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาไว้ล่วงหน้า ดังนั้นการที่แฟรนไชส์ซี ไร้ร่องรัดความรอบคอบ และไม่มีโอกาสศึกษาข้อมูลต่างๆ ให้เพียงพอ สิ่งเหล่านี้ทำให้แฟรนไชส์ ซีต้องรับเอาข้อกำหนดที่หนักกว่าปกติได้ง่ายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งกฎหมายที่ใช้อยู่ใน ปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะ ต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ก็ยังคงมีข้อจำกัดใน การปรับใช้กับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ประกอบกับการพิจารณาตามหลักสากลจะเห็นได้ว่าใน

ปัจจุบันมีประเทศต่างๆ ประมาณ 20 ประเทศ⁷⁶ที่มีกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย แคนาดา อิตาลี สเปน ฝรั่งเศส มาเลเซีย เกาหลีใต้ สาธารณรัฐประชาชนจีน อินโดนีเซีย บราซิล เม็กซิโก รัสเซีย คาซัคสถาน โรมาเนีย เบลารุส อัลบาเนีย จอร์เจีย เอสโตเนีย ซึ่งสามารถสรุปแนวทางการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศดังกล่าวข้างต้นได้ 3 แนวทาง คือ

1. การเปิดเผยข้อมูล (ก่อนทำสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขาย หรือ การจ่ายเงิน)
2. การจดทะเบียนแฟรนไชส์ก่อนขาย
3. ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี (สิทธิ หน้าที่ ข้อห้าม แบบ เงื่อนไขสัญญาที่ต้องมี และการสิ้นสุดของสัญญา)

โดยประเทศส่วนใหญ่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยใช้แนวทางในเรื่อง การเปิดเผยข้อมูล มีบางประเทศใช้แนวทางการเปิดเผยข้อมูลและการจดทะเบียนประกอบกัน เช่น สหรัฐอเมริกา อินโดนีเซีย เม็กซิโก สเปน มีบางประเทศใช้แนวทางการเปิดเผยข้อมูลและการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีประกอบกัน เช่น ออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา มีบางประเทศใช้ทุกแนวทางประกอบกัน เช่น มาเลเซีย และมีบางประเทศใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งเพียงแนวทางเดียว เช่น ฝรั่งเศส (เปิดเผยข้อมูล) รัสเซีย (จดทะเบียน) คาซัคสถาน (ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี)

นอกจากนั้นในระดับระหว่างประเทศโดย UNIDROIT⁷⁷ ยังมีการรับรองใน The UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangement ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1998⁷⁸ เรื่องแนะนำในการให้แฟรนไชส์หลักระหว่างประเทศ โดยหลักการดังกล่าว

⁷⁶ กองนิติการ กลุ่มงานกฎหมายทะเบียนธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

⁷⁷ เป็นองค์การระหว่างประเทศระหว่างรัฐบาลอิสระ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี 1926 ปัจจุบันมีสมาชิกทั้งหมด 59 ประเทศมีขึ้นเพื่อทำกฎหมายแพ่งให้เป็นเอกภาพ โดยทำหน้าที่ในด้านวิชาการ เป็นผู้ผลักดันให้เกิดการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเพื่อร่างกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือข้อตกลง ร่วมกัน เพื่อนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างชนชาติของแต่ละรัฐ

⁷⁸ ธาราทิพย์ นิงสานนท์, “แม่แบบกฎหมายของ UNIDROIT ในการเปิดเผยข้อมูล สำหรับการให้แฟรนไชส์ระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 59.

มีเนื้อหาที่จำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ โดยชี้ให้เห็นประเด็นสำคัญในการเจรจาต่อรองเมื่อตัดสินใจเข้าทำสัญญา รวมทั้งสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายทั้งก่อนและภายหลังทำสัญญาทำให้คู่สัญญาทราบขั้นตอนการดำเนินงานในการขยายธุรกิจไปยังตลาดต่างประเทศ และการประเมินความเสี่ยงทางการเงินและทางกฎหมายในแต่ละประเทศ ต่อมาในปี ค.ศ. 2001 UNIDROIT ได้จัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์หรือ UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law⁷⁹ โดยกำหนดให้แฟรนไชส์ซอร์ต้องทำการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนและธุรกิจที่จะให้แฟรนไชส์แก่ผู้ที่เข้ามารับแฟรนไชส์ (Prospective Franchise) ทราบก่อนที่จะเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์

จากข้อจำกัดต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ประกอบกับแนวโน้มของกฎหมายประเทศต่างๆ ผู้เขียนจึงเห็นว่าถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยควรมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อให้นิติสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีเป็นไปอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือมีกฎหมายที่เหมาะสมรองรับและสามารถเรียกร้องสิทธิได้จริง ทำให้หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแฟรนไชส์เกิดความชัดเจนและเป็นธรรม ตลอดจนรองรับการขยายตัวที่เพิ่มขึ้นของธุรกิจแฟรนไชส์

⁷⁹ UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law ประกอบ Explanatory Report: Commentary on the provisions of the Model Law pp. 17-45, <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>>, June 2007.