

ลักษณะทางกฎหมายของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

ในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์นั้น ทั้งผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ต่างก็เป็นเจ้าของกิจการและมีความเป็นอิสระในการบริหารงานภายใต้ข้อตกลงบางประการที่ระบุไว้ การรักษาความสัมพันธ์ที่ดีจึงเป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงถึงโดยที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องเข้าใจบทบาทและหน้าที่ของตน¹ สัญญาแฟรนไชส์ซึ่งเป็นตัวกำหนดสิทธิหน้าที่แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมากโดยทั่วไปแล้วคู่สัญญาแฟรนไชส์สามารถต่อรองข้อตกลงกันภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่ส่งเสริมหลักการเช่นว่านี้ก็คือ คู่สัญญาควรมีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อตกลงของสัญญาอาจทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียเปรียบก็ไม่ทำให้เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเสียไป ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในทางปฏิบัติสัญญาแฟรนไชส์นับเป็นสัญญาที่มีความละเอียดซับซ้อนและเป็นสัญญาแบบหนึ่งซึ่งมีรูปแบบเฉพาะของตัวเอง (Self-descriptive Contract)² เนื่องจากลักษณะ รูปแบบ และวิธีการในการดำเนินธุรกิจที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความใกล้ชิดกันมาก โดยผู้รับแฟรนไชส์จะต้องดำเนินธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของผู้ให้แฟรนไชส์ รวมทั้งต้องปฏิบัติตามแนวทาง รูปแบบ และนโยบายภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ให้แฟรนไชส์ตลอดระยะเวลาของสัญญา โดยสัญญาแฟรนไชส์มักจะมีเนื้อหาหลักที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน คือ ผู้รับแฟรนไชส์ตกลงจะประกอบธุรกิจในรูปแบบที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด โดยผู้ให้แฟรนไชส์จะจัดหาความช่วยเหลือในการจัดการด้านต่างๆ แก่ผู้รับแฟรนไชส์ และผู้รับแฟรนไชส์จะจ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์แก่ผู้ให้แฟรนไชส์ ส่วนข้อกำหนดในเรื่องการสิ้นสุดของสัญญาจะขึ้นอยู่กับ

¹ รายงานการวิจัย “โครงการสร้างระบบเชื่อมโยงผู้ผลิตกับผู้ค้ารายย่อยเพื่อส่งเสริมธุรกิจขนาดย่อมแบบครบวงจร” ฉบับที่ 2/3 การดำเนินธุรกิจในระบบแฟรนไชส์, ศูนย์พัฒนาธุรกิจชุมชน ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.4.

² ศิริพงศ์ ศุภกิจจานุสรณ์, “สัญญาแฟรนไชส์,” เอกสารภาษีอากร, ปีที่ 10 เล่มที่ 115, น. 116, (เมษายน 2534).

การตัดสินใจของผู้ให้แฟรนไชส์ฝ่ายเดียว³ ทั้งนี้ สัญญาแฟรนไชส์จะกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับต่างๆ ไว้มากมายเพื่อให้บรรลุต่อวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสัญญาแฟรนไชส์ส่วนใหญ่มักจะไม่เป็นธรรมในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ให้แฟรนไชส์อยู่เสมอ⁴

ปัญหาในการคุ้มครองการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ของผู้รับแฟรนไชส์และการควบคุมการเสนอขายแฟรนไชส์ของผู้ให้แฟรนไชส์นั้นถือว่าเป็นปัญหาที่สำคัญมากในปัจจุบัน เนื่องจากธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่มีลักษณะแตกต่างจากการประกอบธุรกิจโดยทั่วไป โดยเฉพาะในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาทำให้รายละเอียดของสัญญาหรือข้อตกลงมีความซับซ้อน การที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมปรากฏอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์จะส่งผลทำให้ผู้รับแฟรนไชส์จำนวนมากได้รับความเสียหายจากการเข้าทำธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งสาเหตุหลักในการเกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้ก็เนื่องมาจากการขาดความรู้ความชำนาญและอำนาจต่อรองในการทำสัญญาที่น้อยกว่าของผู้รับแฟรนไชส์นั่นเอง

1. มูลเหตุในการเกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

1.1 อำนาจต่อรองในการเจรจาทำสัญญา

ในการทำสัญญาแฟรนไชส์ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศผู้ให้แฟรนไชส์มักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองในการเจรจาทำสัญญา (Bargaining power) เหนือกว่าผู้รับแฟรนไชส์เสมอ โดยเฉพาะเมื่อผู้ให้แฟรนไชส์เป็นองค์กรทางธุรกิจที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับโดยทั่วไป⁵ แม้ว่าการทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศผู้ให้แฟรนไชส์อาจจะต้องการเงินลงทุนขยายธุรกิจจากผู้รับแฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ส่วนใหญ่ก็มักจะอยู่ในรูปขององค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีจำนวนเงินลงทุนสูง จึงมีฐานะ ประสบการณ์และความรู้ความชำนาญเป็นอย่างดีอยู่แล้วก็ตาม แต่การที่จะขยายธุรกิจแฟรนไชส์ได้ไปต่างประเทศ ธุรกิจดังกล่าวจะต้องมีชื่อเสียงแพร่หลาย

³ Joachim G. Frick, "Restrictions on The Termination of Franchise Agreements-A Foreigner's View," 101 Commercial Law Journal 81 (1996): 84-85.

⁴ Antony W. Dnes. "A Case-Study Analysis of Franchise Contracts," 22 Journal of Legal Studies 367 (1993): 367.

⁵ Joachim G. Frick, *supra* note 3, p. 90.

เป็นที่รู้จักอยู่แล้ว ผู้รับแฟรนไชส์จึงต้องการเข้าร่วมดำเนินธุรกิจกับผู้ให้แฟรนไชส์แม้จะต้องถูกบังคับให้ทำสัญญาที่ตนต้องเป็นฝ่ายเสียประโยชน์เพื่อแลกกับผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมีอำนาจต่อรองมหาศาลในการทำข้อสัญญาต่างๆ และอยู่ในฐานะที่สามารถกำหนดทางเลือกในการซื้อสินค้าและการดำเนินกระบวนการทางการตลาดของผู้รับแฟรนไชส์⁶ เนื่องจากผู้รับแฟรนไชส์จะมีค่าต้นทุนที่จม (sunk cost) หรือค่าต้นทุนคงที่ที่ไม่สามารถเรียกคืนได้ เช่น ค่าตกแต่งร้าน ค่าอุปกรณ์เครื่องมือ ค่าเครื่องจักรที่ซื้อมาแล้ว ขณะที่ผู้ให้แฟรนไชส์ก็จะมีสิทธิตามสัญญาในการเพิ่มต้นทุนหรือยกเลิกสัญญารวมทั้งกีดกันไม่ให้ผู้รับแฟรนไชส์มีโอกาสเข้าสู่ธุรกิจที่มีกำไรได้⁷ ผู้รับแฟรนไชส์จึงไม่มีอำนาจที่จะบีบบังคับให้ผู้ให้แฟรนไชส์ทำสัญญาแฟรนไชส์ในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้รับแฟรนไชส์ได้เลย⁸ ข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จึงมักจะเป็นไปในแนวทางที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องการอยู่เสมอ

ในทางปฏิบัติจึงเห็นได้ว่าผู้รับแฟรนไชส์อาจจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบเนื่องจากว่าไม่อยู่ในภาวะที่มีอำนาจต่อรองเท่ากับผู้ให้แฟรนไชส์ แม้ในทางทฤษฎีจะมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเท่าเทียมกันก็ตาม⁹ ดังนั้นสาเหตุหลักในการทำให้เกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศก็เนื่องมาจากอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Inequality in bargaining power) ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

⁶ Warren S. Grimes, "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and The Franchisor's Conflict of Interest," 67 Antitrust Law Journal 243 (1999): 246.

⁷ ศักดา ธนิตกุล, "การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และอังกฤษ: บทเรียนสำหรับประเทศไทย," วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 25, ฉบับที่ 1, น. 317-318 (กุมภาพันธ์ 2549).

⁸ Warren S. Grimes, *supra* note 6, p. 246.

⁹ ถาวร เกียรติพิทักษ์, "สัญญาแฟรนไชส์กับธุรกิจ," บทบัญญัติ, เล่มที่ 45 ตอน 3, น. 56 (กันยายน 2532).

1.2 การขาดความรู้ความเข้าใจในการทำธุรกิจแฟรนไชส์

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจก็มักจะมีรู้ความเชี่ยวชาญในธุรกิจของตนอย่างลึกซึ้ง จึงทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลต่างๆ ของธุรกิจแฟรนไชส์ของตนทั้งข้อดีและข้อเสียเป็นอย่างดี แม้ผู้รับแฟรนไชส์จะศึกษาเกี่ยวกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์มากเพียงไร ก็คงไม่เชี่ยวชาญเท่ากับผู้ให้แฟรนไชส์ ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงอาจกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงในสัญญาแฟรนไชส์โดยที่ผู้รับแฟรนไชส์อาจจะไม่รู้เลยหรืออาจจะรู้แต่ก็จำเป็นต้องยอมรับข้อสัญญาดังกล่าว อีกทั้งผู้รับแฟรนไชส์อาจถูกผู้ให้แฟรนไชส์หลอกลวงให้เข้าร่วมดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ต่างๆ ที่ธุรกิจดังกล่าวไม่มีคุณภาพและมาตรฐานพอที่จะให้ผู้รับแฟรนไชส์ก็ได้ เช่น การที่ผู้ให้แฟรนไชส์อาจแสดงว่าแฟรนไชส์นี้สามารถทำกำไรได้สูง แท้จริงแล้วอาจมีการปิดบังค่าใช้จ่ายอื่นที่ซ่อนเร้นได้

2. ลักษณะของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว อาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะมีอยู่ในความสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์อย่างแยกไม่ออก เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมต้องการที่จะปกป้องความน่าเชื่อถือทางการค้า (Good will) ของตน อย่างไรก็ตาม ด้วยอำนาจทางเศรษฐกิจและการเงินที่เหนือกว่าทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์อาจใช้การคุ้มครองสิทธิของตนนี้ไปในการบิดเบือนรูปแบบการแข่งขันในตลาดและทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ ผู้ประกอบการรายอื่นๆ และผู้บริโภคต้องเสียหาย¹⁰ ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมักใช้สัญญาแฟรนไชส์เป็นเครื่องมือในการเอารัดเอาเปรียบผู้รับแฟรนไชส์โดยไม่สมควรอยู่เสมอ โดยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่มักเกิดขึ้นในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศก็มีได้หลายลักษณะ ดังนี้¹¹

¹⁰ Warren S. Grimes, *supra* note 6, p. 243.

¹¹ Mark Abell, The international franchise option, (London: Waterlow Publishers, 1990), pp.56-59.

2.1 การห้ามทำธุรกิจแข่งขัน (Non-Competition)

เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ห้ามมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ทำการค้าแข่งขันหรือประกอบอาชีพประเภทเดียวกับผู้ให้แฟรนไชส์ภายในท้องที่และเวลาที่กำหนด เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์เสียหาย เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้พัฒนาระบบธุรกิจขึ้น การให้แฟรนไชส์จึงเป็นการให้สูตร ข้อมูลความลับ กรรมวิธีในการผลิต การใช้ทรัพย์สินทางปัญญา กลยุทธ์ทางตลาด และวิธีการดำเนินงานทั้งระบบของผู้ให้แฟรนไชส์ ตลอดจนความช่วยเหลือในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งเท่ากับว่าผู้รับแฟรนไชส์ล่วงรู้ความลับทางการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ทั้งหมดแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้วในสัญญาแฟรนไชส์จะมีข้อกำหนดในการรักษาความลับหรือที่เรียกว่า Confidentiality Clause ซึ่งกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์มีหน้าที่ในการรักษาความลับรวมทั้งจำกัดการใช้ความลับที่ได้ไปจากผู้ให้แฟรนไชส์ทั้งในระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์และหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแล้วเพื่อป้องกันมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้แฟรนไชส์

ดังนั้น การห้ามทำธุรกิจแข่งขันในลักษณะของการจำกัดการประกอบอาชีพในธุรกิจแฟรนไชส์จึงมีทั้งการจำกัดทั้งในระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์และหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำได้เพียงใดตามกฎหมายนั้นก็อาจต้องดูในเรื่องระยะเวลาและพื้นที่ที่จำกัดด้วย แต่กฎหมายส่วนใหญ่มักจะถือว่าการกระทำในลักษณะนี้จะเป็นความผิดทางกฎหมายในตัวเอง (per se illegal) อยู่แล้วเนื่องจากอาจถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้รับแฟรนไชส์

2.2 การผูกขาดการติดต่อ (Exclusive Dealing)

เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์วางข้อกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อสินค้าจากผู้ให้แฟรนไชส์และจะต้องขายเฉพาะสินค้าของผู้ให้แฟรนไชส์เท่านั้น โดยการผูกขาดการติดต่อนี้เป็นวิธีการที่สำคัญอย่างหนึ่งในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ โดยผู้ให้แฟรนไชส์จะกำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อสินค้าและวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ จากตน โดยในสัญญาแฟรนไชส์มักจะมีข้อตกลงผูกขาดการติดต่อนี้ควบคู่ไปกับข้อตกลงขายพ่วง¹² เพื่อให้แน่ใจว่าธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์จะมีคุณภาพและได้มาตรฐาน

¹² สรวิต ลิ้มปริงษ์, “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Competition Law: Problems regarding Exclusive Dealing),” บทบัญญัติ, เล่ม 58, ตอน 2, น. 46 (2545).

ตามให้ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด นอกจากนี้ การทำข้อตกลงดังกล่าวจะทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มั่นใจว่าจะมีแหล่งระบายสินค้าที่แน่นอนและผู้รับแฟรนไชส์ก็มั่นใจได้ว่าจะมีสินค้าตามปริมาณที่ตนต้องการ

อย่างไรก็ตาม การจะถือว่าการผูกขาดการติดต่อในธุรกิจแฟรนไชส์จะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ กฎหมายในประเทศต่างๆ มักจะดูควบคู่ไปกับเงื่อนไขทางการตลาด ความจำเป็นของผู้ให้แฟรนไชส์และพื้นฐานทางเศรษฐกิจ รวมทั้งจะต้องไม่เป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้า (Barrier to Entry) ให้กับคู่แข่งรายอื่นๆ ในการที่จะเข้าสู่ตลาดการค้าปลีกสินค้า เนื่องจากจะส่งผลทำให้ผู้บริโภคขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าและกระทบต่อการแข่งขันในตลาดด้วย

2.3 ข้อตกลงขายพ่วง (Tying Arrangement)

เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับว่าผู้รับแฟรนไชส์รายใดที่ต้องการซื้อสินค้าหลักจะต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งพ่วงด้วย หรืออาจมีการกำหนดเงื่อนไขว่าผู้รับแฟรนไชส์จะต้องไม่ซื้อสินค้าที่จะถูกพ่วงจากผู้ประกอบการรายอื่น ทั้งๆ ที่ผู้รับแฟรนไชส์อาจจะต้องการซื้อแต่สินค้าหลักเท่านั้น โดยอาจจะบังคับให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อสินค้าชนิดหลังในจำนวนเท่ากันหรือในอัตราส่วนตามที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด สินค้าชนิดแรกที่ผู้รับแฟรนไชส์ต้องการซื้อเรียกว่า “สินค้าที่มีการพ่วง” (Tying Product) ส่วนสินค้าชนิดหลังที่ถูกบังคับให้ซื้อเรียกว่า “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” (Tied Product)¹³ ซึ่งข้อตกลงชนิดนี้มักจะเป็นเงื่อนไขที่ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องยินยอมก่อนที่จะได้รับสิทธิแฟรนไชส์โดยผู้รับแฟรนไชส์ไม่มีอำนาจต่อรองใดๆ ผู้รับแฟรนไชส์จะมีทางเลือกแค่ว่าจะยอมทำตามข้อตกลงหรือไม่รับสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์เลย ดังนั้น ข้อตกลงพ่วงขายนี้จึงเป็นแหล่งรายได้มหาศาลแก่ผู้ให้แฟรนไชส์

ข้อตกลงขายพ่วงนี้ถือว่าเป็นกลยุทธ์หนึ่งของสัญญาแฟรนไชส์ เนื่องจากการให้แฟรนไชส์จะรวมถึงการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างแยกไม่ออก ผู้ให้แฟรนไชส์จึงจำเป็นต้องรักษาคุณภาพและมาตรฐานของธุรกิจแฟรนไชส์ของตนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันเพื่อรักษาชื่อเสียงของตน รวมถึงในหลายกรณีก็เป็นวิธีการที่ผู้ให้แฟรนไชส์ใช้เพื่อให้ผู้รับแฟรนไชส์เป็นแหล่งระบายสินค้าของตนโดยไม่เกี่ยวข้องกับการควบคุมคุณภาพหรือมาตรฐานของสินค้าแต่อย่างใด

¹³ Janet L. McDavid and Richard M. Steuer, “The Revival of Franchise Antitrust Claims,” 67 *Antitrust Law Journal* 209 (1999): 210.

2.4 การจำกัดพื้นที่และกลุ่มลูกค้า (Territorial and Customer Restriction)

เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดให้ผู้รับแฟรนไชส์ขายสินค้าแต่เฉพาะในเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้เท่านั้น นอกจากนี้ผู้ให้แฟรนไชส์ก็ยังสามารถกำหนดประเภทของลูกค้าที่จะจัดจำหน่ายหรือจะขายสินค้าให้ โดยผู้ให้แฟรนไชส์มักจะทำการจำกัดพื้นที่และกลุ่มลูกค้าในการประกอบธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์อยู่เสมอ เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์จะมีการประเมินความสามารถทางการตลาด เป้าหมาย ลูกค้า และการลงทุนไว้ล่วงหน้าเพื่อลดความเสี่ยงในการลงทุน การจำกัดพื้นที่และกลุ่มลูกค้าถือว่าการจัดสรรกันเองในระบบแฟรนไชส์นั้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการจัดจำหน่ายให้ได้สูงสุด และเป็นการจำกัดให้ผู้รับแฟรนไชส์ต้องค้าขายภายในพื้นที่ที่กำหนดและลดการแข่งขันภายใน (Intrabrand competition) ระหว่างผู้รับแฟรนไชส์ด้วยกันเอง และเพื่อที่จะรักษาลูกค้าบางประเภทไว้สำหรับผู้ให้แฟรนไชส์จะทำการจัดจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการด้วยตัวเองอีกส่วนหนึ่ง

2.5 การกำหนดราคาขายสินค้า (Resale Price Fixing)

เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อไปจากตนให้ผู้รับแฟรนไชส์จำหน่ายสินค้าต่อให้แก่ผู้ซื้อในราคาตามที่กำหนดไว้ การกำหนดราคาขายปลีกนี้อาจเป็นการกำหนดราคาสินค้าไว้เป็นที่แน่นอน หรืออาจเป็นการกำหนดราคาสินค้าขั้นต่ำหรือขั้นสูง (Minimum or maximum price) ที่ผู้รับแฟรนไชส์จะนำไปขายต่อได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ให้แฟรนไชส์จะกำหนดในเรื่องราคาของสินค้าหรือบริการอยู่แล้วเพื่อความเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ

นอกจากข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่กล่าวถึงข้างต้นแล้ว สัญญาแฟรนไชส์อาจปรากฏข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมต่อผู้รับแฟรนไชส์ในรูปแบบอื่นๆ ได้อีก เช่น การบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ที่มักกำหนดให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถบอกเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ ด้วยเหตุที่ผู้ให้แฟรนไชส์ต้องการนำธุรกิจแฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จไปทำการขายต่อในราคาที่สูงขึ้น¹⁴ ซึ่งจะทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ได้รับความเสียหายอย่างมาก เนื่องจากในการลงทุนทำสัญญาแฟรนไชส์นั้น ระยะเวลาคืนทุนของผู้รับแฟรนไชส์ถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญมาก ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องมีการคิดคำนวณว่าเงินที่ได้ลงทุนเข้าร่วมกับธุรกิจแฟรนไชส์นั้น เมื่อไรจะได้รับผลกำไรกลับมา หากผู้ให้

¹⁴ Burger King V. Family Dining, 426 F. Supp. 485 F.D. Pa., aff'd, 566 F.2d 1186 (3d Cir. 1977).

แฟรนไชส์มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ ผู้รับแฟรนไชส์อาจจะยังไม่ได้ผลตอบแทนในการดำเนินธุรกิจเลยก็เป็นได้

3. ผลกระทบจากการใช้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

3.1 ด้านผู้ให้แฟรนไชส์

การขายตลาดโดยวิธีการให้แฟรนไชส์นั้นเป็นวิธีที่รวดเร็วและไม่ต้องใช้เงินทุนของตนเอง ซึ่งจะลดความเสี่ยงในการหนี้สินและลดปัญหาด้านบุคลากร อีกทั้งไม่ว่าธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์จะประสบความสำเร็จหรือไม่ ผู้รับแฟรนไชส์ก็ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ซึ่งอาจรวมทั้งส่วนแบ่งในการประกอบกิจการให้แก่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นอัตราที่แน่นอนอยู่แล้ว โดยปกติแล้วผู้ให้แฟรนไชส์มักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้รับแฟรนไชส์ ซึ่งอาจเกิดจากการมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าหรือมีความรู้ความชำนาญที่มากกว่า ดังนั้น ผู้ให้แฟรนไชส์จึงมักจะทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ตนได้ประโยชน์จนเกินสมควรอยู่เสมอ เช่น ข้อตกลงขายพ่วงยอมเป็นการทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์มีแหล่งระบายสินค้าที่ตนผลิตขึ้นอย่างแน่นอน หรือการที่สัญญาแฟรนไชส์ไม่มีการคุ้มครองด้านพื้นที่การขายของผู้รับแฟรนไชส์ยอมทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถใช้ผู้รับแฟรนไชส์เป็นผู้ทดลองดำเนินธุรกิจในสถานที่ซึ่งตนไม่แน่ใจที่จะลงทุนและเมื่อผู้รับแฟรนไชส์ประสบความสำเร็จแล้ว ผู้ให้แฟรนไชส์ค่อยหาวิธีเข้าไปดำเนินธุรกิจของตนในพื้นที่ดังกล่าว เป็นต้น ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์จึงถือเป็นแหล่งที่มาของรายได้อันมหาศาลแก่ผู้ให้แฟรนไชส์ และเมื่อมีการทำสัญญาแฟรนไชส์ขึ้นจึงเป็นการรับประกันได้ว่าผู้ให้แฟรนไชส์จะมีรายได้ที่แน่นอน แม้ว่าการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้รับแฟรนไชส์อาจจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม

3.2 ด้านผู้รับแฟรนไชส์

แม้สัญญาแฟรนไชส์จะทำขึ้นโดยเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่โดยสภาพความเป็นจริงผู้รับแฟรนไชส์ก็มักจะมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ให้แฟรนไชส์ รวมทั้งการที่มีความรู้ในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ที่ไม่เท่าเทียมกับผู้ให้แฟรนไชส์ ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์มักจะต้องเป็นฝ่ายเสียประโยชน์เสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะเกี่ยวข้อง

กับการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ให้แฟรนไชส์ การผูกขาดในการใช้สิทธิให้แฟรนไชส์จึงเป็นสิ่งที่ทำได้โดยได้รับการยกเว้นจากข้อบังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในบางประการ แต่การแทรกแซงหรือการผูกขาดทางการค้าที่เกินขอบเขตความจำเป็นก็อาจถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่จำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าของผู้รับแฟรนไชส์ได้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อสัญญาที่ผู้ให้แฟรนไชส์มักจะกำหนดเป็นมาตรฐานในสัญญาแฟรนไชส์แล้วจะเห็นได้ว่าข้อสัญญาที่ตามปกติจะกำหนดไว้ในสัญญาแฟรนไชส์นั้นบางกรณีอาจมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ทั้งในแนวนอนและแนวตั้ง¹⁵ เช่น ข้อตกลงที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนดว่าหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงห้ามมิให้ผู้รับแฟรนไชส์ประกอบธุรกิจในลักษณะเดียวกับธุรกิจของผู้ให้แฟรนไชส์ภายในเวลาที่กำหนดก็ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีขึ้นในระหว่างผู้ประกอบการอาชีพซึ่งปกติจะต้องแข่งขันกันจึงอาจจะถือได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน ส่วนข้อตกลงประเภทที่กำหนดราคาขายสินค้า การจำกัดพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้า การผูกขาดการติดต่อ ข้อตกลงขายพ่วง หรือการห้ามทำธุรกิจแข่งขันกับผู้ให้แฟรนไชส์ในระหว่างอายุของสัญญาก็อาจจัดได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง¹⁶ ที่จะมีผลทำให้เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการซึ่งตามปกติไม่ได้ทำการแข่งขันซึ่งกันและกัน

¹⁵ การจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือการผูกขาดทางการค้าอาจเกิดขึ้นได้ในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายต่างๆ ในตลาด โดยความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆ นั้น ตามปกติอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. ความสัมพันธ์ในแนวนอน (Horizontal) เป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ตามปกติต้องแข่งขันซึ่งกันและกัน ในอันที่จะต่อสู้แย่งชิงลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดเพื่อที่จะให้ได้จำนวนลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้

2. ความสัมพันธ์ในแนวตั้ง (Vertical) เป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ตามปกติไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน แต่จะมีส่วนเกี่ยวพันในการประกอบธุรกิจระหว่างกัน โดยอาจจะอยู่ในรูปของผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ค้าปลีก โดยอาจจะกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้เป็นคู่ค้าซึ่งกันและกัน และมีหน้าที่ในวงจรทางเศรษฐกิจคนละหน้าที่หรือคนละส่วนกัน, โปรดดู สรวิศ ลิ้มปริงค์, กฎหมายแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, (กรุงเทพมหานคร: เม็ดสีการพิมพ์, 2543), น. 118-119.

¹⁶ Joachim G. Frick, *supra* note 3, p. 85.

การที่ข้อสัญญาต่างๆ ในสัญญาแฟรนไชส์อาจมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า นั้น จึงอาจส่งผลกระทบต่อผู้รับแฟรนไชส์และภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศ กล่าวคือ ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับหากไม่ถูกจำกัดการแข่งขัน ผู้ให้แฟรนไชส์ที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดก็จะสามารถควบคุมปริมาณและทิศทางราคาของสินค้าในตลาดได้ รวมทั้งอาจมีผลต่อการที่ผู้บริโภคจะต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการในราคาที่สูงกว่าปกติเนื่องจากต้นทุนในการประกอบธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์สูงขึ้นและผู้บริโภคมีทางเลือกน้อยลง แต่เมื่อคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในการประสบความสำเร็จของธุรกิจแฟรนไชส์แล้ว กฎหมายแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่จึงยินยอมให้ผู้ให้แฟรนไชส์ทำการควบคุมผู้รับแฟรนไชส์บางประการ แม้จะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าต่อผู้รับแฟรนไชส์ก็ตาม¹⁷ ข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าจึงอาจเป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้ตามกฎหมายหากทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควร แต่การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะที่เกินขอบเขตความจำเป็นและสาระสำคัญตามลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์ย่อมส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์และผู้รับแฟรนไชส์ จนทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างกันอยู่เสมอ

ตัวอย่างเช่นในกรณีของแฟรนไชส์ Pizza Hut ในประเทศไทย ซึ่งเกิดข้อพิพาทกันขึ้นระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์ คือ Tricon Global Restaurant (เดิมชื่อว่า บริษัท เป๊ปซี่ โค) เจ้าของแฟรนไชส์ Pizza Hut, Kentucky Fried Chicken (KFC) และทาโก เบล ซึ่งเป็นบริษัทในประเทศไทย สหรัฐอเมริกาและผู้รับแฟรนไชส์ Pizza Hut ในประเทศไทย (ขณะที่กิจการ KFC ในประเทศไทย Tricon ได้ร่วมลงทุนกับเครือเจริญโภคภัณฑ์หรือ ซี.พี.) โดยข้อพิพาทเริ่มต้นจากการที่สัญญาแฟรนไชส์เดิมห้ามผู้รับแฟรนไชส์เพียงแค่งานดำเนินธุรกิจอาหารที่เป็นคู่แข่งกับพิซซ่าเท่านั้น ดังนั้น ผู้รับแฟรนไชส์ในประเทศไทยจึงเข้าใจมาตลอดว่าผู้ให้แฟรนไชส์ห้ามไม่ให้ผู้รับแฟรนไชส์นำธุรกิจพิซซ่าอื่นๆ มาขายแข่งขันกับ Pizza Hut เท่านั้นแต่ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าผู้รับแฟรนไชส์จะเกี่ยวข้องกับธุรกิจอาหารอื่นๆ ไม่ได้ ในปี 1997 เมื่อผู้รับแฟรนไชส์ต้องการขยายธุรกิจของตนในประเทศไทย ผู้รับแฟรนไชส์จึงได้ติดต่อกับ Chicken Treat ซึ่งเป็นธุรกิจไก่ทอดที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย เพื่อจะขอรับแฟรนไชส์มาประกอบกิจการในประเทศไทย เมื่อ Tricon ทราบว่าผู้รับแฟรนไชส์ Pizza Hut ของตนจะดำเนินธุรกิจไก่ทอดในประเทศไทยด้วย Tricon ก็คัดค้านอย่างหนักเนื่องจากเห็นว่าผู้รับแฟรนไชส์ได้ทำธุรกิจ Pizza Hut กับ Tricon มานานกว่า 20 ปี ย่อมล่วงรู้ข้อมูลภายในของ KFC เป็นอย่างดี จึงจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นต่อ Tricon ขณะที่ผู้รับ

¹⁷ Roger D. Blair and Amanda K. Esquibel, "Maximum Resale Price Restraints in Franchising," 65 *Antitrust Law Journal* 157 (1996):157.

แฟรนไชส์ก็ได้ตอบว่าผู้ถือแฟรนไชส์ของ Tricon ในสหรัฐอเมริกาและทวีปยุโรปไม่ถูกผูกมัดด้วยเงื่อนไขแบบเดียวกับเขา อีกทั้งยังสามารถเข้ามาแข่งขันกับเขาในประเทศไทยได้ด้วยถ้าต้องการรวมทั้งกลุ่มซี.พี. เอง ก็เป็นเจ้าของเครือข่าย Chester Grill และไก่ย่างห้าดาวด้วยแต่ก็ไม่เห็นว่าจะมีปัญหาแต่อย่างใด ต่อมาในปี 1998 ผู้รับแฟรนไชส์เริ่มต้นเจรจากับ Tricon เรื่องสัญญาแฟรนไชส์ฉบับใหม่เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์ที่มีอยู่กำลังจะหมดลงในเดือนมกราคม ปี 2000 โดยตามข้อตกลงใหม่ที่ Tricon ได้เสนอให้ผู้รับแฟรนไชส์นั้น Tricon จะขอเพิ่มค่ารอยัลตี้ขึ้นอีก 50% ส่วนแบ่งยอดขายผู้รับแฟรนไชส์ต้องจ่าย 6% (จากเดิมจ่าย 4%) และเพิ่มค่าธรรมเนียมเบื้องต้นอีก 100% รวมทั้งยกเลิกเงื่อนไขในการปกป้องพื้นที่การขาย ซึ่งเท่ากับว่า Tricon เองจะมาเปิดร้าน Pizza Hut ประทับกับสาขาของผู้รับแฟรนไชส์ในประเทศไทยเมื่อใดก็ได้ (ซึ่งต่างจากผู้รับแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายบังคับเกี่ยวกับข้อตกลงในการแบ่งพื้นที่การขาย) นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอาหารไม่ว่าที่ไหนในโลก ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องขออนุญาตจาก Tricon ก่อนทุกครั้ง เนื่องจากตามข้อตกลงการถือแฟรนไชส์ฉบับใหม่ของ Tricon ที่ใช้ในการให้แฟรนไชส์ทั่วโลก ระบุว่า ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องได้รับอนุญาตจาก Tricon หากต้องการดำเนินธุรกิจอาหารประเภทอื่น แม้ว่าจะเป็นอาหารประเภทที่ไม่ใช่คู่แข่งกับพิซซ่า ไก่ทอด และอาหารเม็กซิกันก็ตาม เมื่อข้อตกลงในสัญญาใหม่แตกต่างจากสัญญาเดิมอย่างมาก ผู้รับแฟรนไชส์จึงไม่ยินยอมตามข้อตกลงใหม่นี้ การเจรจาต่อสัญญาจึงยืดเยื้อออกไปจนกระทั่งในเดือนตุลาคม ปี 1999 ผู้รับแฟรนไชส์จึงประกาศที่จะเปิดร้าน Chicken Treat ขึ้นในประเทศไทย เนื่องจากเชื่อว่าเงื่อนไขห้ามเปิดธุรกิจอื่นขึ้นมาแข่งขันตามที่ Tricon กำหนดขึ้นไม่น่าจะทำได้ในประเทศไทย ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ปีเดียวกัน Tricon ประกาศลงในหนังสือพิมพ์ว่า หากผู้รับแฟรนไชส์ไม่ตกลงตามเงื่อนไขใหม่ที่ Tricon เสนอภายในวันที่ 17 มกราคม 2000 Tricon จะเป็นผู้ดำเนินการ Pizza Hut ในประเทศไทยเสียเอง ผู้รับแฟรนไชส์จึงยื่นเรื่องฟ้อง Tricon ต่อศาลมลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจตามสัญญาและแจ้งให้ Tricon ทราบว่าวันที่ที่สัญญาสิ้นสุดลงในวันที่ 21 มกราคม 2000 ผู้รับแฟรนไชส์จะปลดป้าย Pizza Hut ออกทันทีและจะจำหน่ายพิซซ่าแบรนด์ใหม่ของตนเอง แต่ Tricon ได้ขอคำสั่งศาลห้ามไม่ให้ผู้รับแฟรนไชส์ปลดป้ายออก ขณะที่คดีกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล Tricon กลับเปิดร้าน Pizza Hut ของตนขึ้นในประเทศไทย และบางสาขาอยู่ถัดจากร้านของผู้รับแฟรนไชส์ไปเพียงไม่กี่กิโลเมตรนั้น ในเดือนพฤศจิกายน ปี 2000 ข้อพิพาทยุติลงด้วยการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงยอมความกัน โดยตกลงกันว่าผู้รับแฟรนไชส์จะเปิดร้าน Pizza Hut ถึงเดือนมกราคม ปี 2001 เท่านั้น จากนั้นผู้รับแฟรนไชส์จะปลดป้าย Pizza Hut ลงและปิดกิจการทุกแห่งเป็นเวลา 45 วัน

เพื่อเปลี่ยนชื่อใหม่เป็น The Pizza Company ส่วน Tricon จะเปิดผู้ดำเนินกิจการ Pizza Hut ในประเทศไทยต่อไปเอง¹⁸

จากข้อพิพาทของ Pizza Hut ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการที่ผู้ให้แฟรนไชส์เป็นบริษัทใหญ่และมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักไปทั่วโลกทำให้มีอำนาจในการต่อรองเพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์เพื่อประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมและจำกัดโอกาสทางธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์อย่างไม่สมควรอย่างยิ่ง โดยที่ผู้รับแฟรนไชส์ไม่สามารถต่อรองใดๆ ได้เลยและมีทางเลือกเพียงแค่ว่าจะต่อสัญญาหรือไม่ต่อสัญญาเท่านั้น ทั้งที่ผู้รับแฟรนไชส์ก็ดำเนินธุรกิจร่วมกับผู้ให้แฟรนไชส์มาเป็นเวลามากกว่า 20 ปีแล้ว ผู้รับแฟรนไชส์ย่อมเชื่อว่าจะได้รับการต่อสัญญาในเงื่อนไขอันเป็นธรรมตามปกติ การทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นนี้มักจะเกิดขึ้นอยู่เสมอในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศและเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ ซึ่งแม้จะส่งผลกระทบที่แตกต่างกันแต่สิ่งที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกันก็คือ ผู้ให้แฟรนไชส์ได้รับประโยชน์จากผู้รับแฟรนไชส์มหาศาลทั้งทางตรงและทางอ้อม

ข้อตกลงขายพ่วงก็เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อผู้รับแฟรนไชส์อย่างมากและเป็นต้นเหตุของข้อพิพาทอยู่เสมอเนื่องจากลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่มีการขายสินค้าและบริการต่างๆ รวมทั้งชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้ารวมกันมาเป็นชุด (Package) ในบางครั้งผู้ให้แฟรนไชส์จึงอาจใช้กลยุทธ์คิดค่าธรรมเนียมในการใช้สิทธิในชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้าเพียงเล็กน้อยหรือไม่คิดค่าธรรมเนียมเลย แต่บังคับให้ผู้รับแฟรนไชส์ซื้อวัตถุดิบ อุปกรณ์เครื่องใช้ หรือสินค้าอื่นๆ จากผู้ให้แฟรนไชส์ ซึ่งผู้ให้แฟรนไชส์จะได้กำไรจากการขายสินค้าเหล่านี้มากกว่า และจากลักษณะสำคัญของธุรกิจแฟรนไชส์ที่เป็นธุรกิจที่ต้องรักษามาตรฐานของสินค้าและมีการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์อย่างใกล้ชิด เพื่อความเป็นรูปแบบเดียวกันของสินค้าโดยเฉพาะในการให้แฟรนไชส์รูปแบบธุรกิจ (Business Format Franchising) ที่ภาพลักษณ์ของสินค้านับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เช่น แฟรนไชส์ร้านอาหารฟาสต์ฟู้ด ซึ่งแม้ว่าจะมีเป้าหมายในการขายอาหารและเครื่องดื่มชนิดต่างๆ แต่ว่าภาชนะพลาสติกหรือกระดาษที่ใช้ใส่อาหาร หรือแม้กระทั่งกระดาษเช็ดมือที่ใช้ในร้านเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงเอกลักษณ์ของร้านที่จะต้องเหมือนกันทั้งหมดไม่ว่าแฟรน

¹⁸ เรียบเรียงจาก วิลเลียม อี. ไฮเนคกี และ โจนาธาน มาร์ช, เก้าแก้วมือโปร: เคล็ดลับ 25 ข้อ สำหรับผู้บริหารในโลกยุคไร้พรมแดน, แปลโดย ดร. จีระ หงส์ลดารมภ์ และ อ. บุญรัตน์ อภิชาติไตรสรณ์, (กรุงเทพมหานคร: ดีเอ็มจี, 2546), น. 217-228. และ บทเรียน Pizza War <<http://www.gotomanager.com/news/details.aspx?id=509>>.

ไชนั้นจะอยู่ที่ใดในโลก¹⁹ การให้แฟรนไชส์ในลักษณะเช่นนี้จึงทำให้เป็นช่องทางให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถแสวงหากำไรจากการทำข้อตกลงขายพ่วงได้ง่าย โดยที่วัตถุดิบของสินค้าหรือบริการบางอย่างอาจไม่เกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพ ชื่อเสียงหรือภาพลักษณ์ของธุรกิจ หรือเป็นสินค้าที่สามารถหาได้ง่ายโดยทั่วไปในคุณภาพเดียวกันและมีราคาต่ำกว่า²⁰ ข้อตกลงชนิดนี้จึงอาจถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายได้ถ้าหากว่าข้อตกลงขายพ่วงนี้กระทำไปจนเกินสมควร คือ ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องซื้อสินค้าในราคาแพงกว่าปกติโดยไม่มีเหตุจำเป็น รวมทั้งการบังคับซื้อสินค้าใดที่ไม่เกี่ยวกับการรักษาคุณภาพหรือมาตรฐานของสินค้าหรือบริการของผู้รับแฟรนไชส์ก็ยังเป็นการเอาเปรียบผู้รับแฟรนไชส์จนเกินสมควรและยังมีผลเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาในตลาดอีกด้วย นอกจากนี้ การควบคุมคุณภาพของสินค้าอาจใช้วิธีอื่นนอกจากการขายสินค้าพ่วงก็ได้ เช่น การวางข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการในการผลิตสินค้าหรือการใช้เครื่องจักร โดยระบุแหล่งวัตถุดิบ คุณภาพและมาตรฐานของเครื่องมือและอุปกรณ์ที่จะนำมาใช้ แต่วิธีการดังกล่าวอาจต้องใช้ต้นทุนในการผลิตสูง รวมทั้งผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการตรวจตราและควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือไม่ทำให้ต้นทุนที่เสียไปไม่คุ้มกับประโยชน์ที่ได้รับ ในขณะที่การขายพ่วงจะใช้ต้นทุนที่ต่ำกว่าเนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้จัดหาวัตถุดิบในการผลิตสินค้าหรือให้บริการเอง และสามารถควบคุมคุณภาพได้ง่ายกว่า²¹ จึงอาจเป็นช่องทางให้ผู้ให้แฟรนไชส์หาประโยชน์ได้โดยง่ายและเป็นข้อได้เปรียบที่ผู้ให้แฟรนไชส์ยกขึ้นอ้างเสมอเวลาที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น²²

ส่วนข้อตกลงในการจำกัดพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าของผู้รับแฟรนไชส์นั้นอาจมีประโยชน์ในการจัดสรรพื้นที่สำหรับผู้รับแฟรนไชส์แต่ละรายไม่ให้อ้างอิงกันเอง แต่ในขณะเดียวกันก็อาจจะมีผลเป็นการเอาเปรียบผู้รับแฟรนไชส์ เนื่องจากในหลายกรณีผู้ให้แฟรนไชส์จะสงวนสิทธิของตนในการที่จะตั้งผู้รับแฟรนไชส์อื่นหรือตั้งร้านค้าของตนในเขตพื้นที่ของผู้รับแฟรนไชส์ ทำให้

¹⁹ Warren S. Grimes, "When do Franchisors have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism," 65 *Antitrust Law Journal* 105 (1996): 145-147.

²⁰ มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต. "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขายในสัญญาแฟรนไชส์." (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 127.

²¹ ปรีศนา จีรวัดนพร, "มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), น. 112.

²² Warren S. Grimes, *supra* note 19, p. 145.

ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องเพิ่มภาระในการแข่งขันกับผู้รับแฟรนไชส์อื่น รวมทั้งจะต้องแข่งขันกับผู้ให้แฟรนไชส์เอง ซึ่งจะทำให้ผู้รับแฟรนไชส์เสียหายอย่างมากเนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์ย่อมต้องมีความรู้ในธุรกิจของตนเป็นอย่างดี รวมถึงมีความเข้าใจในโครงสร้างทางธุรกิจของผู้รับแฟรนไชส์อย่างละเอียดถี่ถ้วน ซึ่งจะทำให้ผู้ให้แฟรนไชส์ได้เปรียบในการดำเนินธุรกิจ ดังนั้น หากผู้รับแฟรนไชส์ไม่ได้รับการคุ้มครองทางด้านพื้นที่แล้ว พื้นที่ที่ผู้รับแฟรนไชส์ประสบความสำเร็จในการดำเนินธุรกิจย่อมเป็นสิ่งล่อใจให้ผู้ให้แฟรนไชส์หาทางเข้าไปดำเนินธุรกิจในพื้นที่นั้นอย่างแนบเนียน²³

การที่ผู้รับแฟรนไชส์จะเข้าร่วมดำเนินธุรกิจที่ได้รับแฟรนไชส์มานั้น ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องมีการใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศที่ค่าสิทธิในการขอรับแฟรนไชส์นั้นจะมีราคาสูงมาก เนื่องจากแฟรนไชส์ที่มาจากต่างประเทศจะมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว หากสัญญาแฟรนไชส์ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ถูกเอารัดเอาเปรียบ ผู้รับแฟรนไชส์อาจต้องเสียเงินลงทุนเป็นจำนวนมากโดยได้รับผลตอบแทนมาไม่คุ้มกับเงินลงทุน หรืออาจถึงขั้นต้องเป็นหนี้เป็นสินจำนวนมากเพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์และการขาดความรู้ความชำนาญของตนเอง เช่น ในกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้แฟรนไชส์สามารถบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ในเวลาใดก็ได้ ผู้ให้แฟรนไชส์อาจใช้โอกาสในการที่ผู้รับแฟรนไชส์ดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ให้มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักในพื้นที่นั้นๆ แล้ว โดยการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์กับผู้รับแฟรนไชส์และเข้ามาดำเนินธุรกิจในพื้นที่นั้นเอง ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์ได้รับความเสียหายอย่างมากเนื่องจากยังไม่ได้ประโยชน์จากการดำเนินธุรกิจนั้นเลย

นอกจากนี้ ข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมต่างๆ ในสัญญาแฟรนไชส์ยังอาจมีผลกระทบโดยอ้อมต่อผู้บริโภคซึ่งซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้รับแฟรนไชส์อีกด้วย ตัวอย่างเช่น สัญญาแฟรนไชส์ที่มีข้อตกลงขายพ่วงทำให้ผู้รับแฟรนไชส์มีต้นทุนในการผลิตสินค้าหรือให้บริการที่สูงขึ้นเนื่องจากต้องซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบจากผู้ให้แฟรนไชส์ในราคาที่ผู้ให้แฟรนไชส์กำหนด ทั้งๆ ที่ผู้รับแฟรนไชส์อาจจะสามารถซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบที่มีคุณภาพและลักษณะเช่นเดียวกันในราคาที่ถูกลงกว่าจากแหล่งอื่นก็ได้ ทำให้ผู้รับแฟรนไชส์จะต้องนำต้นทุนในการผลิตสินค้าเหล่านี้มาเพิ่มกับราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคจะต้องเป็นผู้จ่าย จึงทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการในราคาที่สูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น จึงเป็นการถ่ายทอดความมั่งคั่งจากผู้บริโภคมาสู่บุคคลบางกลุ่มโดยการกระทำอันไม่เป็นธรรมและส่งผลเสียต่อภาวะเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมอีกด้วย

²³ Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising : Staff Report to the Federal Trade Commission and Proposed Revised Trade Regulation Rule (16 CFR Part 436) <<http://www.ftc.gov/os/2004/08/0408franchiserulerpt.pdf>>, p. 141.