

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน
ในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์



นางสาวพรรณพีไล อิศริยะพฤทธิ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2553

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS ON NON-COMPETE CLAUSE
IN FRANCHISE AGREEMENTS



Miss Panpilai Issariyapruit

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2010

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันใน
การประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตาม
สัญญาแฟรนไชส์

โดย

นางสาวพรรณพิไล อิศริยะเพชญ์

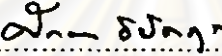
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

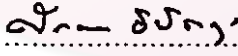
รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

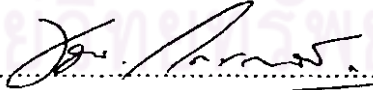
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

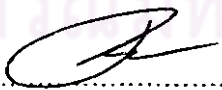

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ชาญณรงค์ ปราณจิตต์)

พรรณพิไล อิศริยะพฤทธิ : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์. (LEGAL PROBLEMS ON NON-COMPETE CLAUSE IN FRANCHISE AGREEMENTS) อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ. ดร. ศักดา ธนิตกุล 84 หน้า.

แฟรนไชส์เป็นระบบธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเนื่องจากเป็นระบบช่องทางจัดจำหน่ายสินค้าและบริการที่มีประสิทธิภาพวิธีหนึ่งโดยผ่านสัญญาแฟรนไชส์ โดยหลักการแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ หรือ แฟรนไชซอร์ และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือแฟรนไชซีต่างได้รับผลประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาดังกล่าว แต่ข้อสัญญาหนึ่งที่มักปรากฏในสัญญาแฟรนไชส์และก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย คือข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่กำกับดูแลความมีผลและการบังคับใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันสมควร อันเป็นการไม่ส่งเสริมหรือทำลายความเจริญก้าวหน้าในระบบเศรษฐกิจ รวมทั้งศึกษาเพื่อกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายไทยที่มีอยู่และเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งขาดความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในสัญญาแฟรนไชส์อันจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในแง่ของการหาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและการจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยที่ไม่ขัดกับนโยบายสาธารณะในเรื่องการค้าเสรี

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาค่าการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันโดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เหมือนกัน ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยอาศัยหลักที่กฎหมายต่างประเทศนำมาใช้และมีความเหมาะสมกับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาดังกล่าวของสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทยในการอธิบายหรือขยายความในเรื่องความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของข้อสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าว

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติศ. พรรณพิไล อิศริยะพฤทธิ
ปีการศึกษา.....2553..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก ศก-ธก

5086008734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : LEGAL PROBLEMS / NON-COMPETE CLAUSE / FRANCHISE / AGREEMENT

PANPILAI ISSARIYAPRUIT : LEGAL PROBLEMS ON NON-COMPETE CLAUSE IN FRANCHISE AGREEMENTS. THESIS PRINCIPAL ADVISOR: ASSOC. PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D. 184 pp.

Franchise is a business system which is widely popular among Thailand and other countries since it is an efficient channel for distributing goods and services through franchise agreements. In principle, both franchisors and franchisees acquire interest or benefit from entering franchise agreements. However, a clause which is commonly contained in franchise agreement and cause legal problems is a non-compete clause. The objectives of this thesis is therefore to study Thai and foreign laws governing the non-compete clause in franchise agreements which is not unfair and unreasonable, and obstruct economic progress, including studying for stipulating guidelines or criteria on regulating the non-compete clause in franchise agreements under Thai law.

It has been found from the study that current Thai law relevant to governing the non-compete clause in franchise agreement, i.e. Unfair Contract Terms Act, is unclear or insufficient on the criteria applied to scrutinize validity and enforce the non-compete clause. Such law should provide the criteria which balance equity between the two parties in respect of protecting legitimate interest of franchisors and restraint of trade against franchisees in a way that is not contrary to public policy on free trade.

To solve the problems on scrutinizing validity and enforcement of the non-compete clause by applying same basis, guidelines to amend Unfair Contract Term Act in respect of clarifying or describing the extent of fairness and reasonableness of the non-compete clause, based on criteria applicable in foreign laws and suitable for scrutinizing validity and enforcement of the non-compete clause in franchise agreements under Thai law were introduced in this thesis.

Field of Study : Laws
Academic Year : 2010

Student's Signature *wanida dajyng*
Advisor's Signature *Sakda Panitkul*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาอย่างเป็นที่สุดจากท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ทัศนกุลที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยให้คำปรึกษา แนะนำ ชี้แนะประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนช่วยดำเนินการแก้ไขปัญหาอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดขึ้น จนกระทั่งวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง มา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ประธานกรรมการ วิทยานิพนธ์ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนดิ ไกรกาญจน์ และ ท่านอาจารย์ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์และได้สละเวลามาคำเนินการสอบวิทยานิพนธ์นี้ ทั้งได้กรุณาให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์จนวิทยานิพนธ์นี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นด้วยความเมตตาเสมอมา

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณในความเอื้อเฟื้อของหุ้นส่วนกรรมการทุกท่านของบริษัท ไพรัชสถานท์ประกาศและวินน์จำกัด (ดีคอนส์) ที่สนับสนุนการศึกษาในระดับปริญญาโทของผู้เขียนด้วยความยินดีและเต็มใจ โดยเฉพาะนายมงคล วุฒินากุลที่ให้คำปรึกษา จัดหาเอกสารและข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน และติดตามความก้าวหน้าของผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จมาโดยตลอด รวมถึงเพื่อนร่วมงานทุกท่านที่ให้กำลังใจและให้คำชี้แนะด้วยดีเสมอมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณสมาชิกในครอบครัวอิสริยะพัทธุ์ทุกท่านซึ่งรวมถึงคุณย่าและคุณอาของผู้เขียนที่เป็นห่วงเป็นใยและมอบความหวังดีตลอดจนอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เขียนทุกเมื่อระหว่างการทำวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขอขอบคุณนายภัทรพงศ์ นายณัฐพงศ์ และนางสาวรัชพร อิสริยะพัทธุ์ น้องชายและน้องสาวของผู้เขียน รวมถึงน้องมิ่งและน้องพุชเพื่อนของน้องชายของผู้เขียนในความมีน้ำใจให้ความช่วยเหลือด้านงานพิมพ์และแปลเอกสารตลอดจนช่วยจัดการด้านเอกสารอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงได้ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ไอซ์ กิ๊ก กิ มอนนี่ ริณา เงิน เพื่อนที่มีส่วนสำคัญในความสำเร็จของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ยินดีสละเวลาอย่างเต็มที่ช่วยให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ได้อย่างราบรื่นด้วยดี พี่นั๊บ พี่อ้อ พี่ต้น พี่ไชน์ เพื่อนร่วมชั้นเรียนปริญญาโทของผู้เขียน และพี่นุช พี่อ้อม พี่โรส พี่หมวย เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ช่วยให้ข้อมูลและดำเนินการประสานงานเป็นอย่างดีเกี่ยวกับการทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จ

จะขาดเสียมิได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนายพร และนางรัชณี อิสริยะพัทธุ์ บิดามารดาของผู้เขียนที่ได้มอบชีวิต สติปัญญา ความอดทนเข้มแข็งและเป็นแรงใจให้แก่ผู้เขียน อีกทั้งได้อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เขียนในการดำเนินการเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์นี้มาโดยตลอด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงไม่ได้หากปราศจากผู้มีพระคุณทั้งหมดที่ได้กล่าวถึงข้างต้นและทุกๆ ท่านที่ให้กำลังใจผู้เขียนซึ่งมีอาจเอ่ยนามได้หมดไว้ ณ ที่นี้ ผู้เขียนขอระลึกถึงความกรุณาของท่านตลอดไป หากมีคุณความดีหรือประโยชน์ใดๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบให้แก่บุคคลผู้มีพระคุณในการนี้ แต่หากมีข้อบกพร่องประการใดๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.4 สมมุติฐานของการวิจัย.....	3
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	4
บทที่ 2 ลักษณะและประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์.....	5
2.1 ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์.....	5
2.1.1 ประวัติความเป็นมาของธุรกิจแฟรนไชส์.....	5
2.1.2 นิยามและลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์.....	6
2.1.2.1 นิยามของธุรกิจแฟรนไชส์.....	6
2.1.2.2 ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์.....	9
2.1.3 ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย.....	11
2.1.4 ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่ของเศรษฐศาสตร์.....	13
2.2. ประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์.....	16
2.2.1 แบ่งตามลักษณะทางการตลาด.....	16
2.2.2 แบ่งตามวิธีการจัดจำหน่าย.....	16
2.2.3 แบ่งตามรูปแบบการดำเนินงาน.....	17
2.2.4 แบ่งตามประเภทของกิจการ.....	18
2.3 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์.....	20
2.3.1 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ.....	20
2.3.2 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาตัวแทน.....	21

2.3.3 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจ้างแรงงาน.....	22
บทที่ 3 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยและต่างประเทศ.....	24
3.1 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทย.....	24
3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญา.....	24
3.1.1.1 กฎหมายสัญญา.....	24
3.1.1.2 กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	28
3.1.2 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา.....	42
3.1.2.1 กฎหมายเครื่องหมายการค้า	42
3.1.2.2 กฎหมายบัญชีลิขสิทธิ์	47
3.1.2.3 กฎหมายสิทธิบัตร	49
3.1.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า.....	53
3.1.3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด.....	55
3.1.3.1 กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	55
3.2 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในต่างประเทศ.....	63
3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	64
3.2.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	64
3.2.1.1.1 กฎหมายของมลรัฐที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์.....	65
3.2.1.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด.....	67
3.2.1.2 แนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา.....	69
3.2.1.2.1 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง.....	69
3.2.1.2.2 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่.....	77
3.2.1.2.3 แนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ที่	

เกี่ยวข้องกับผู้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์.....	82
3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น.....	85
3.2.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	85
3.2.2.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับสัญญา.....	85
3.2.2.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด.....	85
3.2.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลประเทศญี่ปุ่น.....	88
3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	90
3.2.3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	90
3.2.3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้า.....	90
3.2.3.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด.....	91
3.2.3.2 แนวคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลีย.....	93
3.2.4 ประเทศมาเลเซีย.....	95
3.2.4.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	95
3.2.4.1.1 กฎหมายสัญญาแฟรนไชส์.....	95
3.2.4.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด.....	96
3.2.4.2 แนวคำพิพากษาของศาลประเทศมาเลเซีย.....	97
บทที่ 4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยและต่างประเทศ.....	100
4.1 ปัญหาที่เกิดจากข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์.....	100
4.1.1 สาเหตุในการเกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ....	102
4.1.2 ลักษณะของข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์.....	104
4.2 บทวิเคราะห์ ข้อดี ความจำเป็น เหตุผล และผลกระทบ ของการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์.....	106
4.3 วิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์.....	108
4.3.1 ความสมเหตุสมผลขอบเขตของประเภทธุรกิจและกิจกรรมที่ถูกจำกัด.....	108

4.3.2 ความสมเหตุสมผลของขอบเขตระยะเวลาที่ถูกจำกัด.....	112
4.3.3 ความสมเหตุสมผลของขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัด.....	113
4.3.4 ความสมเหตุสมผลของบุคคลที่ถูกจำกัด.....	115
4.3.5 ความคุ้มครองทางด้านการเศรษฐกิจแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ.....	116
4.3.6 ความคุ้มครองแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ต่างตอบแทนกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ.....	118
4.3.7 ค่าแห่งความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) ของตัวผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเอง..	118
4.3.8 หลักการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาแยกส่วน (Blue Pencil Doctrine)	119
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	123
5.1 บทสรุป.....	123
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	126
รายการอ้างอิง.....	132
ภาคผนวก.....	140
ภาคผนวก ก.....	141
ภาคผนวก ข.....	148
ภาคผนวก ค.....	157
ภาคผนวก ง.....	182
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	184

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แฟรนไชส์เป็นธุรกิจหนึ่งที่มีความนิยมและแพร่หลายอย่างมากในหมู่ผู้ประกอบการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจในการผลิตสินค้าหรือดำเนินการบริการสามารถขยายตลาดและกระจายสินค้าได้เร็วด้วยการลงทุนที่ไม่สูงนักเมื่อเทียบกับการลงทุนทำตลาดด้วยวิธีอื่นๆ และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจสามารถเป็นเจ้าของกิจการ โดยได้รับการสนับสนุนการดำเนินการจากอากกล่าวได้ว่าธุรกิจประเภทนี้ถือเป็นภาคธุรกิจที่ใหญ่มากในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางด้านสัญญาระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือแฟรนไชซอร์ (Franchisor) และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือ แฟรนไชซี (Franchisee) ภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ สัญญาแฟรนไชส์มีหลายลักษณะแตกต่างกันตามแต่ลักษณะของข้อตกลง แต่ข้อสัญญาหลักในสัญญาแฟรนไชส์ทุกประเภทคือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอนุญาตให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในการดำเนินธุรกิจและมีหน้าที่ให้ความรู้ความชำนาญและสนับสนุนการดำเนินกิจการของแฟรนไชซีผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงต้องประกอบธุรกิจธุรกิจภายใต้ชื่อทางการค้า รูปแบบและวิธีการอย่างเดียวกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับคุณภาพและมาตรฐานอย่างเดียวกัน ทั้งนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะจ่ายค่าตอบแทนในรูปแบบต่างๆเพื่อเป็นค่าดำเนินการหรือค่าพัฒนาสินค้าของผู้ทรงสิทธิ

ธุรกิจแฟรนไชส์มีวิวัฒนาการในต่างประเทศมาเป็นเวลาช้านานและได้เริ่มเข้ามาแพร่หลายในประเทศไทยดังจะเห็นได้จากการขยายตัวของธุรกิจอาหารจานด่วน (Fast Food) ภายใต้ชื่อทางการค้าต่างๆ เช่น Pizza Hut, A&W, McDonald's เป็นต้น หรือธุรกิจร้านขายของสะดวกซื้อ เช่น 7-Eleven ในปัจจุบัน ธุรกิจแฟรนไชส์ได้เกิดขึ้นมากมายและเป็นที่นิยมสำหรับผู้ประกอบการที่จ้องการขยายตลาดในการจัดจำหน่ายสินค้าที่เกิดจากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนได้พัฒนา คิดค้น และเป็นเจ้าของโดยที่ตนไม่ต้องลงทุนและดำเนินการเองทั้งหมด อีกทางหนึ่งธุรกิจแฟรนไชส์เป็นที่นิยมและเหมาะกับผู้ที่ต้องการเป็นเจ้าของกิจการที่ต้องการลงทุนโดยทรัพย์สินเท่านั้นแต่ไม่มีความรู้ ความชำนาญในธุรกิจนั้นๆจึงเข้ามาซื้อแฟรนไชส์จากความสำเร็จหรือความล้มเหลวของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในลักษณะความสัมพันธ์ตามสัญญาแฟรนไชส์อาจเป็นตัวกำหนดความสำเร็จหรือความล้มเหลวของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

แฟรนไชส์จึงเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดๆ ที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ โดยเฉพาะ ธุรกิจประเภทนี้จึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ซึ่งปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ในแต่ละส่วน เช่น หลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อันได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534, พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นต้น

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักกำหนดข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันประกอบธุรกิจกับตน (Non-compete covenant) ซึ่งโดยหลักแล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมมีเหตุผลทางธุรกิจในการกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้น เพราะมิฉะนั้นแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจไม่ได้รับผลตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการของตนซึ่งดำเนินการผลิตและบริหารโดยผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่าที่ควรจะเป็น เพราะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการธุรกิจอื่นในลักษณะอย่างเดียวกันทำให้สัดส่วนผลประโยชน์ของธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิลดลง ทั้งนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้การสนับสนุนการดำเนินงานธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

แต่ในทางปฏิบัติ บ่อยครั้งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักใช้ช่องทางในการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวในทางที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเกินความจำเป็น ส่งผลให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่มีโอกาสในการประกอบธุรกิจอื่นของตนเอง แม้ธุรกิจอื่นที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะดำเนินการจะไม่ส่งผลเป็นการแข่งขันหรือส่งผลกระทบต่อยอดขายของธุรกิจซึ่งได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ตาม ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็มักจะยอมให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันเช่นนี้เพื่อแลกกับการได้สิทธิประโยชน์และการสนับสนุนในการดำเนินธุรกิจจากเนื่องมาจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักเป็นผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเพราะเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินและมักจะประสบความสำเร็จในการเจรจาต่อรองจัดทำสัญญาแฟรนไชส์

ประเด็นสำคัญทางกฎหมายจึงเกิดขึ้นว่า ข้อสัญญาซึ่งจำกัดสิทธิมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันทางธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์มีผลทางกฎหมายไทยอย่างไร และมีหลักเกณฑ์ใดใช้พิจารณาความไม่ชอบธรรมของข้อสัญญาดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่กำกับดูแลความมีผลและการบังคับใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันสมควร อันเป็นการไม่ส่งเสริมหรือทำลายความเจริญก้าวหน้าในระบบเศรษฐกิจ รวมทั้งศึกษาเพื่อกำหนดแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในสัญญาแฟรนไชส์

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่มีความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์และยังไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องขอบเขตของข้อสัญญาดังกล่าว ดังนั้นจึงสมควรวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและศึกษากฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต รวมทั้งเสนอแนวทางกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงแนวคิดและลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์ รวมถึงพื้นฐานของธุรกิจประเภทนี้ อุปสรรคปัญหาที่เกิดขึ้นในแง่ของการจำกัดสิทธิมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันทางธุรกิจกับ โดยจะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่ของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย และมาเลเซีย และเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวต่อระบบเศรษฐกิจ ตลอดจนมาตรการในการควบคุมผู้ประกอบการแฟรนไชส์ เพื่อหาแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีกฎหมาย มาตรการทางด้านกฎหมาย หลักพื้นฐานซึ่งเป็นที่มาแห่งกฎหมาย

ดังกล่าว หลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งคำวินิจฉัยและคำตัดสินของศาลต่างประเทศ ซึ่งจะได้มาจากข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Sources) ได้แก่ หนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาลและเอกชนต่าง ๆ รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย โดยนำเอาข้อมูลจากเอกสารมาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- (1) ได้ทราบถึงลักษณะการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์และประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์
- (2) ได้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ของกฎหมายไทย และต่างประเทศ
- (3) ได้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทย
- (4) เพื่อให้เกิดแนวทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทย
- (5) เพื่อสร้างองค์ความรู้ และเพิ่มศักยภาพให้กับนิสิต นักศึกษา ผู้ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมาย และผู้สนใจทั่วไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ลักษณะและประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์

แฟรนไชส์เป็นระบบธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะ โดยมีสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นคู่สัญญาในการดำเนินธุรกิจ สืบเนื่องมาจากการที่ธุรกิจแฟรนไชส์มีวิวัฒนาการมายาวนาน ธุรกิจแฟรนไชส์จึงได้รับการพัฒนามาโดยตลอดเกิดเกิดเป็นแฟรนไชส์หลากหลายรูปแบบและได้รับความนิยมจนถึงปัจจุบัน

2.1 ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์

แฟรนไชส์เป็นระบบธุรกิจที่เป็นระบบช่องทางจัดจำหน่ายสินค้าและบริการที่มีประสิทธิภาพวิธีหนึ่ง โดยผ่านสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ โดยหลักการแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ หรือ แฟรนไชซอร์ และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหรือแฟรนไชซีต่างได้รับผลประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาดังกล่าว

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของธุรกิจแฟรนไชส์

บริษัทแรกที่เริ่มนำเอาระบบแฟรนไชส์มาใช้คือบริษัท Singer Sewing Machine ในปี ค.ศ. 1851 โดย Isaac Merit Singer ผู้คิดค้นจักรเย็บผ้าแบบใหม่ ขายโดยใช้วิธีให้ผู้ขายชำระค่าสิทธิแก่บริษัท อันเนื่องมาจากการที่ได้ขายเครื่องจักรเย็บผ้าภายในเขตเฉพาะพื้นที่เป็นแฟรนไชส์ ประเภทซื้อทางการค้าซึ่งแม้จะไม่ประสบความสำเร็จและระงับไปในภายหลัง แต่ก็นับว่าเป็นการเริ่มต้นของการนำเอาระบบแฟรนไชส์มาใช้ในเชิงธุรกิจ โดยเป็นการให้สิทธิผู้อื่นดำเนินกิจการในรูปแบบของตนแล้วเก็บค่าธรรมเนียม¹

ในช่วงระหว่างท้ายของทศวรรษที่ 18 จนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ระบบแฟรนไชส์ได้ถูกนำมาใช้ในอุตสาหกรรมเครื่องดื่มน้ำอัดลมโดย เป๊ปซี่และ โค้ก่า เพื่อลดค่าใช้จ่ายและความเสียหาย

¹ ศักดา ธนิตกุล, “รายงานผลการวิจัยโครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548, หน้า 1.

ที่อาจเกิดขึ้นจากการขนส่งของเหลวปริมาณมากไปยังท้องถิ่นที่ห่างไกลเนื่องจากไม่มีเงินทุนมากพอที่จะซื้อทรัพย์สินสร้างโรงงานหรือลงทุนเปิดร้านจำนวนมากเพื่อเป็นแหล่งจำหน่ายสินค้า ดังนั้นจึงเกิดวิธีขายแฟรนไชส์ให้กับผู้ที่สามารถรับผิดชอบการดำเนินงานและสามารถกระจายสินค้าได้ นับตั้งแต่ยุคสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดแนวโน้มของการกระจายสินค้าโดยการอนุญาตให้สิทธิในการขายสินค้า ซึ่งเป็นการเจริญเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ที่สูงมาก โดยเฉพาะธุรกิจฟาสต์ฟู้ดในระบบแฟรนไชส์ เช่น Burger King, Dairy Queen, Dunkin Donut, McDonald's ต่อมาระบบแฟรนไชส์ได้ขยายไปสู่ธุรกิจอื่น ๆ ที่ไม่ใช่อาหาร เช่น โรงแรม บริการเกี่ยวกับรถยนต์ ที่ให้สิทธิตั้งแต่รูปแบบ สัญลักษณ์ โลโก้ การโฆษณา รูปแบบเอกสาร การแต่งกาย เป็นต้น

2.1.2 นิยามและลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์

2.1.2.1 นิยามของธุรกิจแฟรนไชส์

แม้การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะดำเนินอย่างต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลานาน และเจริญเติบโตมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ความหมายของคำว่า “แฟรนไชส์” ก็ยังไม่เป็นที่แน่ชัด ทั้งนี้ มีผู้ที่ให้คำนิยามของแฟรนไชส์ไว้อย่างหลากหลายและแตกต่างกัน ซึ่งแต่ละความหมายก็จะวิเคราะห์ถึงลักษณะเฉพาะของธุรกิจแฟรนไชส์เป็นสำคัญ ดังนี้

- Black's Dictionary 8th Edition ได้ให้ความหมายของคำว่า “แฟรนไชส์” ไว้ว่าหมายถึง “สิทธิที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้ามอบให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อให้บุคคลดังกล่าวประกอบกิจการหรือจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการภายในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง”
- กฎข้อบังคับเกี่ยวกับแฟรนไชส์ของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission: FTC) ได้ให้ความหมายของคำว่า “แฟรนไชส์” ว่าหมายถึง “ความสัมพันธ์หรือการจัดการทางการค้าใดๆ ซึ่งดำเนินอย่างต่อเนื่องไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร โดยมีเนื้อหาของข้อเสนอหรือข้อสัญญาที่ระบุไว้หรือคำสัญญาหรือคำรับรองของผู้ขายแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรว่า

(1) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะได้รับสิทธิที่จะจัดการธุรกิจโดยใช้หรือเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือเสนอขาย ขาย หรือจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ โดยใช้หรือเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

(2) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ มีอำนาจหรือมีสิทธิที่จะใช้อำนาจในการควบคุมกระบวนการดำเนินงานที่สำคัญของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และ

(3) ตามเงื่อนไขของการได้รับหรือการเริ่มต้นดำเนินการของธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องจ่ายเงินหรือสัญญาว่าจะจ่ายเงิน ตามจำนวนที่กำหนดให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหรือบริษัทในเครือของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ”

- สมาคมแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ (International Franchise Association) ให้ความหมายของ “แฟรนไชส์” ไว้ว่าหมายถึง “ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเสนอหรือมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ในทางธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอย่างต่อเนื่องในเรื่องต่างๆ เช่น กรรมวิธีการผลิต การฝึกอบรม เมื่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจของตนด้วยเงินทุนของตนจากทรัพยากรของตนเองภายใต้ชื่อทางการค้า รูปแบบ และวิธีดำเนินการ ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นเจ้าของ หรือเป็นผู้ควบคุม”

- ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งกำลังถูกยกร่างโดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ได้ให้คำนิยามของคำว่า “แฟรนไชส์” ไว้ในมาตรา 4 “แฟรนไชส์ หมายความว่า การประกอบธุรกิจที่บุคคลหนึ่งเรียกว่า “ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ” ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ” ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน หรือที่ดินมีสิทธิที่จะให้ผู้อื่นใช้เพื่อประกอบธุรกิจภายในระยะเวลาหรือเขตพื้นที่ที่กำหนด และการประกอบธุรกิจนั้นอยู่ภายใต้การส่งเสริมและการควบคุมตามแผนการดำเนินธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ”

- นักกฎหมายบางท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “แฟรนไชส์” ไว้ว่าหมายถึง “สัมปทานเอกชน (Private Franchise) เนื่องจากแนวความคิดของการให้แฟรนไชส์มีวิวัฒนาการมาจากการที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ โดยบุคคลนั้นจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ที่ได้รับ และยังได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัมปทานเอกชน” ไว้ว่าหมายถึง “การที่บุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้สัมปทานตกลงให้อีกบุคคล

หนึ่ง เรียกว่า ผู้รับสัมปทาน ทำการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการภายใต้ชื่อทางการค้า และการ
 อำนาจการของผู้ให้สัมปทาน โดยผู้รับสัมปทานจะจ่ายค่าตอบแทนเพื่อการนั้น”²

- Franchising Code of conduct ของประเทศออสเตรเลียได้ให้คำนิยามของ
 “สัญญาแฟรนไชส์” ไว้ว่า “สัญญาแฟรนไชส์

1. เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นทั้งหมดหรือบางส่วนโดยลายลักษณ์อักษร ปากเปล่า
 หรือโดยนัย

2. ซึ่งบุคคลหนึ่ง (Franchisor) ให้สิทธิแก่อีกบุคคลหนึ่ง (Franchisee) ใน
 การดำเนินธุรกิจ เสนอ จัดหา จำหน่ายสินค้าหรือบริการในประเทศออสเตรเลีย ภายใต้ระบบหรือ
 แผนการตลาดพื้นฐานซึ่งโดยส่วนใหญ่กำหนด ควบคุม หรือแนะนำโดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการ
 ประกอบธุรกิจ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

3. การดำเนินการของธุรกิจจะต้องเกี่ยวข้องเป็นอย่างมากกับเครื่องหมาย
 การค้า โฆษณา หรือสัญลักษณ์ทางการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่มี ใช้
 ได้รับอนุญาต หรือกำหนดจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง

4. ก่อนการเริ่มประกอบธุรกิจหรือดำเนินธุรกิจต่อไป ผู้ได้รับอนุญาตให้
 ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องชำระหรือตกลงว่าจะชำระเงินให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการ
 ประกอบธุรกิจ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งรวมถึงเงิน
 ลงทุนเริ่มแรก หรือการชำระค่าสินค้าหรือบริการ หรือค่าธรรมเนียมตามอัตราส่วนของรายได้
 ทั้งหมดหรือรายได้สุทธิ ไม่ว่าจะเรียกว่า เงินรายงวด (Royalty) หรือค่าบริการ (Franchise service
 fee) หรือค่าธรรมเนียมในการฝึกอบรมก็ตาม”

- Franchise Act 1998 ของประเทศมาเลเซีย ได้ให้คำนิยามของคำว่า
 “แฟรนไชส์” ไว้ว่าหมายถึง “สัญญาหรือข้อตกลงไม่ว่าจะแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยนัย ไม่ว่าจะ
 จะกระทำโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้น ซึ่ง

² วิไลทิพย์ วัฒนวิชัยกุล. “ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ: ศึกษากฎหมาย
 สหรัฐอเมริกาและไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 28-29.

1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจให้สิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในการดำเนินธุรกิจภายใต้ระบบแฟรนไชส์ ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีสิทธิใช้เครื่องหมายหรือเครื่องหมายทางการค้าหรือข้อมูลที่น่าเชื่อถือหรือทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นเจ้าของหรือเกี่ยวข้องกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และรวมถึงกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีสิทธิใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจใช้สิทธินั้น

3. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจครอบครองสิทธิในการควบคุมการดำเนินธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอย่างต่อเนื่องตลอดอายุของสัญญา

4. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบในการจัดหาความช่วยเหลือในการดำเนินธุรกิจให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ รวมถึงการเตรียมการหรือจัดหาวัตถุดิบและบริการ การฝึกอบรม การตลาด และที่ปรึกษาทางด้านเทคนิคหรือทางธุรกิจ

5. เพื่อเป็นการตอบแทนการให้สิทธิ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องจ่ายค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่าอย่างอื่นให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

6. การดำเนินธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแตกต่างหากจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ไม่ใช่ความสัมพันธ์ของการเป็นหุ้นส่วน สัญญาบริการ หรือตัวแทน³

2.1.2.2 ลักษณะของธุรกิจแฟรนไชส์

³ อูร์อาร์กซ์ ยอสันธ์. “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ พ.ศ...” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 35.

เนื่องจากปัจจุบันรูปแบบการให้สิทธิแฟรนไชส์มีความหลากหลายมากขึ้นทำให้มีองค์กรและหน่วยงานเป็นจำนวนมากบัญญัติคำนิยามของแฟรนไชส์ไว้ ซึ่งมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของคำนิยาม จึงเป็นการยากที่จะให้คำนิยามของคำว่า แฟรนไชส์ อย่างชัดเจน แต่โดยทั่วไปแล้ว แฟรนไชส์ คือวิธีหนึ่งในการขยายตลาดของหน่วยธุรกิจซึ่งเป็นที่รู้จักในระดับหนึ่งในตลาด ผ่านทางการขายการจัดจำหน่ายบริการหรือสินค้าของตนโดยหน่วยธุรกิจดังกล่าวตกลงให้อีกหน่วยธุรกิจหนึ่งคนหนึ่ง ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน หรือที่ตนมีสิทธิที่จะให้ผู้อื่นใช้เพื่อประกอบธุรกิจภายในระยะเวลาที่กำหนด และการประกอบธุรกิจนั้นอยู่ภายใต้การส่งเสริมและควบคุมตามแผนการดำเนินธุรกิจของหน่วยธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น สำหรับธุรกิจที่ได้ผ่านการดำเนินการมาระยะเวลาหนึ่งเครื่องหมายทางการค้าหรือเครื่องหมายบริการของธุรกิจนั้นย่อมเป็นที่คุ้นเคยและยอมรับในระดับหนึ่งในหมู่ผู้บริโภคซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้ดำเนินธุรกิจย่อมได้รับประโยชน์ จากเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ได้รับการยอมรับในตลาดแล้วไปด้วย ทำให้การเริ่มต้นธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นไปได้รวดเร็วกว่า เพราะไม่ต้องสร้างเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการใหม่มาทำตลาดในพื้นที่ดังกล่าว

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่าธุรกิจแฟรนไชส์มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. เป็นนิติสัมพันธ์ในทางพาณิชย์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ คือ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะขายสินค้าและให้บริการภายใต้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หรือชื่อทางการค้า ตามสิทธิที่ได้รับจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแต่เพียงผู้เดียวที่จะให้สิทธิดังกล่าว รวมทั้งมีสิทธิในการควบคุมดูแลการดำเนินกิจการของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ โดยที่ระบบธุรกิจจะมีการทำงานที่เป็นกลุ่มมาตรฐานเดียวกัน วิธีการบริการหรือสินค้าจะเป็นเครื่องมือหรือสูตรเฉพาะที่คิดค้นขึ้น
2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะถ่ายทอดเทคโนโลยี สอนงาน ความช่วยเหลือในการจัดระบบบริหารและการดำเนินงานให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทั้งก่อนเริ่มต้นสัญญา และในระหว่างเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์ และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะประกอบธุรกิจตามแผนงานและระบบที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดไว้
3. การให้ใช้สิทธิเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ โดยผู้ให้แฟรนไชส์จะต้องให้สิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาใดๆ ของผู้ให้แฟรนไชส์แก่ผู้รับแฟรนไชส์ เช่น เครื่องหมายการค้า (Trademark) ชื่อทางการค้า (Tradename) กรรมวิธี การผลิต (Know-how)

ลิขสิทธิ์ (Copyright) สิทธิบัตร (Patent) เครื่องหมายบริการ (Service Mark) เป็นต้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจที่ได้รับแฟรนไชส์มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งระบบ

4. ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องชำระค่าตอบแทนจากการให้สิทธิตามสัญญา นั้น เงินที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจ่ายในการทำแฟรนไชส์นั้นแบ่งได้เป็นสองกองคือ เงินลงทุนขั้นต้น(Initial Investment) และเงินลงทุนต่อเนื่อง (Continuing Investment) ซึ่งเงินลงทุนขั้นต้น หมายถึงเงินทุกอย่างที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจ่ายเพื่อให้เกิดร้านแฟรนไชส์ของตนขึ้น แบ่งง่ายๆจะเป็นเงินที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจ่ายตั้งแต่วันแรกจนถึงวันเปิดร้าน เงินกองนี้ยังแบ่งออกเป็นหลายก้อน เช่น เงินค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) ค่าออกแบบตกแต่ง (Design Fee) ค่าก่อสร้างตกแต่ง ค่าเช่าพื้นที่ ซึ่งรวมถึงเงินประกันการเช่า เงินค่าสินค้าและวัตถุดิบ เป็นต้น สำหรับเงินลงทุนต่อเนื่อง หมายถึง ค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายอย่างต่อเนื่องตามสัดส่วนของผลการดำเนินงานและเงินกองนี้ยังแบ่งออกเป็นหลายก้อน เช่น ค่าธรรมเนียมผลการดำเนินการ (Royalty Fee) ค่าธรรมเนียมในการโฆษณา (Advertising Fee) เป็นต้น

2.1.3 ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย

ธุรกิจแฟรนไชส์ได้เริ่มเข้ามาในประเทศไทยประมาณเมื่อยี่สิบกว่าปีที่แล้ว โดยเริ่มตั้งแต่ปีพ.ศ.2521 ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นธุรกิจแฟรนไชส์ที่มาจากต่างประเทศ และส่วนใหญ่จะเป็นประเภทฟาสต์ฟู้ด เช่น มิสเตอร์โดนัท(2521) พิซซ่าฮัท(2526) เคเอฟซี(2526) แมคโดนัลด์(2528) เป็นต้น ส่วนกิจการที่มีการเริ่มนโยบายในการขยายธุรกิจด้วยวิธีการขายแฟรนไชส์เป็นกลุ่มแรกได้แก่ เซเว่นอีเลฟเว่น(2532) บัคส์(2535) แบล็คแคนยอน(2536) เป็นต้น แต่เมื่อ 7-8 ปีที่ผ่านมา ธุรกิจแฟรนไชส์เพิ่มจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะแฟรนไชส์ที่มีผู้ประกอบการคนไทยเป็นเจ้าของสิทธิอันเนื่องมาจากการสนับสนุนของภาครัฐและสภาวะเศรษฐกิจที่ดีขึ้น โดยแฟรนไชส์ไทยได้พัฒนาไปสู่สินค้าดั้งเดิม เช่น ก๋วยเตี๋ยว ปาท่องโก๋ ก๋วยเตี๋ยว ลูกชิ้น ไอศกรีม ฉากก๊วย ทองม้วนสด ขนมไทย ข้าวมันไก่ หมูสะเต๊ะ ส้มตำ เป็นต้น สำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีผู้ประกอบการคนไทยเป็นเจ้าของสิทธิ นั้น ในระยะเริ่มต้นจะมีปัญหาในเรื่องความเข้าใจที่ถูกต้องของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่เข้ามาซื้อสิทธิที่มักจะพบว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำตัวเป็นผู้ลงทุนที่เน้นทำธุรกิจแบบซื้อเพื่อการลงทุน ไม่มีการมองถึงการสร้างธุรกิจของตนเอง บางครั้งยังใช้บริการแบบเก่าที่เน้นความเป็นระบบครบครัน หรือเกิดจากระบบงานของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่เน้นการขายธุรกิจที่มุ่งผลทางการตลาด และปัญหาที่สำคัญอีกกรณีหนึ่ง คือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิใน

การประกอบธุรกิจยังไม่มีความเข้าใจในธุรกิจแฟรนไชส์อย่างแท้จริง ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ อัตราความล้มเหลวของธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยในภาพรวมเพิ่มมากขึ้น

การพัฒนาระบบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นทุกๆประเทศต้องให้การส่งเสริมและการพัฒนาเป็นระยะๆ แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ธุรกิจแฟรนไชส์ได้เกิดขึ้นก็ตาม และเมื่อศึกษาถึงการเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะเห็นว่าระบบธุรกิจดังกล่าวมีการพัฒนาเป็น 3 ขั้นตอน กล่าวคือ

ช่วงระยะการเริ่มต้นระบบธุรกิจแฟรนไชส์ จะมีธุรกิจขนาดเล็กที่หันมาสร้างระบบแฟรนไชส์ของตนเองแต่ส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นในตัวสินค้าและแนวการให้บริการเป็นหลัก การเกิดธุรกิจแฟรนไชส์ในช่วงนี้ยังไม่เข้มแข็งพอเนื่องจากการสร้างระบบธุรกิจที่ขาดระบบการบริหารที่มั่นคง ทำให้มีธุรกิจน้อยรายที่สามารถรักษาและคงอยู่อย่างยั่งยืน ธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือเกิดธุรกิจแฟรนไชส์ขนาดเล็ก และล้มหายไปในช่วง 8 ปีที่ผ่านมา โดยเริ่มต้นจากปี 2528 และมาเป็นที่รู้จักในช่วงปี 2535 หลังจากนั้นเกิดภาวะเศรษฐกิจซบเซา ในปี 2537 ส่งผลให้ธุรกิจแฟรนไชส์ต่างๆได้รับผลกระทบ เช่น โดมิโนพิซซ่า ป๊อบอาย หรือ เซ็คกีเวนดี้ ที่ประสบปัญหาการขยายตัว และในที่สุดก็ต้องปิดตัวลง อีกทั้งธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยอื่นก็ล้มหายไปแทบจะไม่มีแฟรนไชส์ของคนไทยหลงเหลืออยู่เลย แต่ยังคงมีธุรกิจที่เป็นแฟรนไชส์จากต่างประเทศพัฒนายึดตลาดของไทยมากกว่า 80% ระบบแฟรนไชส์ได้รับความนิยมอีกครั้ง คือในช่วงปี 2537 ที่มีการเจริญเติบโตอย่างก้าวกระโดด แต่ก็มีการหยุดการเติบโตเนื่องจากเหตุผลด้านเศรษฐกิจที่ไม่อำนวยต่อการลงทุน และความเข้าใจในเรื่องของการสร้างระบบแฟรนไชส์ของคนไทยเองที่ไม่ได้รับการส่งเสริมอย่างจริงจัง จากข้อมูลในช่วงปี 2543 มีธุรกิจร้านสาขาในรูปแบบแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่ยังคงดำเนินการอยู่ประมาณ 120 ธุรกิจ จากที่มีประมาณ 180 ธุรกิจก่อนหน้านี้ โดยร้านระบบแฟรนไชส์ที่เหลืออยู่สามารถแบ่งเป็นประเภทธุรกิจต่างๆได้ ไม่เกิน 8 ประเภท ได้แก่ ประเภทอาหาร ร้อยละ 34 ประเภทการขายสินค้าเฉพาะอย่าง เช่น ร้านขายยา ร้านเสื้อผ้า ฯลฯ ร้อยละ 20 ประเภทบริการ เช่น รับจ้างซักรีด รถเช่า ร้อยละ 18 ประเภทการศึกษา ร้อยละ 17 ประเภทค้าปลีก ร้อยละ 5 และอื่นๆอีก ร้อยละ 6

ในระยะต่อมาในช่วงของการสร้างระบบธุรกิจที่เกิดจากบริษัทขนาดกลางที่มีความพร้อมทางด้านองค์กรเข้ามาพัฒนาระบบแฟรนไชส์ เพื่อที่จะสร้างร้านจำหน่ายของตนขึ้นในตลาด เสมือนการสร้างช่องทางจำหน่ายของสินค้าโดยการกระจายการลงทุนด้วยระบบแฟรนไชส์ ด้วยศักยภาพที่ดีกว่าทำให้สามารถนำเอาความพร้อมขององค์กรช่วยสร้างระบบงานและสร้างตราสินค้าทำให้ระบบเริ่มมีแนวทางที่ดีมากขึ้น แต่ในระยะนี้ก็มีธุรกิจขนาดเล็กที่สร้างความพร้อม

ของตนเองได้ดีขึ้น อีกทั้งยังมีหน่วยงานต่างๆ เข้ามามีส่วนร่วมในการปรับความเข้าใจในรูปแบบของธุรกิจได้ดีขึ้น ซึ่งจะเป็พื้นฐานที่ดีต่อการพัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย

ระยะต่อมาเป็ขั้นตอนที่ประเทศที่มีรายได้สูงและมีการพัฒนาระบบธุรกิจแฟรนไชส์ที่สมบูรณ์แบบดั่งเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา คือการที่มีธุรกิจในระบบแฟรนไชส์เป็บริษัทขนาดใหญ่และมีธุรกิจมากมายหลายประเภทขยายตัวด้วยระบบแฟรนไชส์ และได้รับความนิยมาจากประชาชนเป็นอย่างมาก⁴ ปัจจุบันธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยมีประมาณ 520 ธุรกิจซึ่งมีร้านค้าในระบบแฟรนไชส์ถึงกว่า 40,000 ร้าน⁵

2.1.4 ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่ของเศรษฐศาสตร์

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์จะศึกษาวิเคราะห์ธุรกิจแฟรนไชส์ในแง่เศรษฐศาสตร์เพื่อให้เข้าใจความสัมพันธ์ในเชิงการแข่งขันระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผูรับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ยุติธรรมมากขึ้น โดยทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มีคำอธิบายเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ดังนี้

1) ธุรกิจแฟรนไชส์ส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาดซึ่งทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์และขณะเดียวกันผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้รับประโยชน์จากประสิทธิภาพดังกล่าวด้วย

การที่ธุรกิจแฟรนไชส์เจริญเติบโตและได้รับความนิยในธุรกิจเกี่ยวกับการจัดกระจายสินค้าและบริการจำนวนมาก ย่อมเป็หลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชัดเจนว่า ระบบธุรกิจแฟรนไชส์ต้องมีประสิทธิภาพ ดังกล่าวได้แก่ (1) ทำให้สามารถระดมเงินทุนเพื่อสร้างเครือข่ายร้านระดับค้าปลีกได้อย่างรวดเร็ว และต้นทุนต่ำกว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (2) สามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ความเป็นผู้ประกอบการ และความทุ่มเทได้จากผูรับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็ผู้ลงทุนและเป็นผู้ประกอบกิจการเอง ส่วนในแง่ของผูรับอนุญาตให้ใช้สิทธิประสิทธิภาพ ได้แก่ การลดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจโดยอาศัยชื่อเสียง เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ มาตรฐานฝึกอบรม คำแนะนำและการสนับสนุนจากผูให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งเข้าร่วมอยู่ในธุรกิจแฟรนไชส์

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-27

⁵ สมชาย รัตนชื้อสกุล, “สัมมนาปรับพิงความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ พ.ศ. ...,” บรรยาย ณ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 23 มีนาคม 2554. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จย่อมเป็นการประกันอย่างดีว่าธุรกิจของบรรดานักลงทุนรายเล็ก
ที่เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็จะประสบความสำเร็จค่อนข้างแน่นอน⁶

2) ผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิบางรายหาประโยชน์เกินสมควรจากผู้รับอนุญาตให้ใช้
สิทธิ ผู้ผลิตสินค้าต้นน้ำ (upstream suppliers) และผู้บริโภคปลายน้ำ (downstream consumers) โดย
การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม (abuse of market power)

การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่ได้เกิดจากการที่ผู้ให้
อนุญาตให้ใช้สิทธิรายนั้นๆ มีสถานะเหนือกว่าบริษัทคู่แข่งในธุรกิจเดียวกัน แต่ส่วนใหญ่จะเป็น
กรณีที่ผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ มีอำนาจตลาดเหนือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เหตุผลที่ทำให้ผู้ให้
อนุญาตมีอำนาจเหนือผู้รับอนุญาตได้แก่ (1) ค่าต้นทุนที่จม (ต้นทุนคงที่ที่ไม่สามารถเรียกคืนได้)
ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น ค่าตกแต่งร้าน ค่าอุปกรณ์เครื่องมือ ค่าเครื่องจักรที่ซาร์ปะไปแล้ว (2)
ความสามารถตามสัญญาที่ให้อำนาจผู้ให้อนุญาตเพิ่มต้นทุนหรือยกเลิกสัญญาได้ เช่น ค่าตรวจสอบ
คุณภาพ หรือการควบคุมเงื่อนไขการขาย เป็นต้น และ (3) ความสามารถของผู้ให้อนุญาตที่จะ
ปฏิเสธไม่ให้ผู้รับอนุญาตที่ตนไม่ชอบเข้าถึงโอกาสทางธุรกิจที่มีกำไรได้ เช่น การขายสินค้าที่มี
กำไรสูงๆ ภายใต้การควบคุมของผู้ให้อนุญาต เป็นต้น ตัวอย่างของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทาง
ไม่ชอบธรรมดังกล่าว ได้แก่ การบังคับใช้ผู้รับอนุญาตต้องทำหน้าที่บริการบางอย่างเพิ่มเติมโดย
ไม่ได้รับค่าตอบแทน การบังคับให้ซื้อสินค้าหรือบริการควบหรือพ่วง การบังคับให้ขายสินค้าหรือ
บริการในราคาที่กำหนด ซึ่งศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาเองได้ตระหนักถึงอำนาจเหนือตลาด
ของผู้ให้อนุญาตดังกล่าวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1968 เช่นใน คดี FTC v. Texaco, Inc. ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำ
พิพากษายืนตามคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา
(Federal Trade Commission: FTC) ที่ตัดสินว่า พฤติกรรมของบริษัทน้ำมัน Texaco ที่บังคับให้ซิล
เบอร์ปั๊มน้ำมันต้องวางขายสินค้าประเภทยางรถยนต์ แบตเตอรี่ อุปกรณ์ประกอบอื่นๆ ของยี่ห้อ
Goodrich เท่านั้น โดยบริษัท Goodrich จะให้เงิน 10% ของค่าสินค้าแก่บริษัท Texaco เป็นการให้
อำนาจซึ่งมีอยู่แล้วในความสัมพันธ์เชิงธุรกิจแบบแฟรนไชส์ (inherently coercive) บังคับเอาแก่
ผู้รับอนุญาตโดยไม่ชอบธรรม

⁶ คักดา ธนิตกุล, “รายงานผลการวิจัยโครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้าม
ผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” หน้า
10-11,

3) การหาประโยชน์มิชอบของผู้รับอนุญาต (free-riding activity) จากระบบแฟรนไชส์

การหาประโยชน์โดยมิชอบของผู้รับอนุญาต (free-riding activity) ในมุมมองกลับกัน ผู้รับอนุญาตเองก็มีโอกาสที่จะหาผลประโยชน์จากระบบแฟรนไชส์ที่ตนเองเป็นผู้รับอนุญาต (free-riding activity) ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น กรณีผู้รับอนุญาตในธุรกิจแฟรนไชส์ร้านอาหารจานด่วนซึ่งไม่ค่อยมีลูกค้าประเภทลูกค้าประจำ ได้แก่ ร้านอาหารจานด่วนแฟรนไชส์ที่ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ริมถนนหลวงซึ่งลูกค้าซึ่งไม่ใช่ลูกค้าประจำจะเข้ามาซื้ออาหารจานด่วนเพียงครั้งเดียว ร้านอาหารจานด่วนดังกล่าวจึงไม่มีความจำเป็นจะต้องรักษาคุณภาพสินค้าให้ได้ระดับสูง จึงสามารถลดต้นทุนโดยใช้วัตถุดิบราคาถูกเพื่อให้ได้กำไรเพิ่มขึ้นได้

ขณะเดียวกันระบบธุรกิจแฟรนไชส์ก็มีปัจจัยที่จะทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ให้อุญาตลดลง หรือ ปัจจัยที่ถ่วงมิให้ผู้ให้อุญาตใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรมดังนี้ คือ (1) ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจสามารถเจรจาต่อรองเงื่อนไขของสัญญาแฟรนไชส์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้ เพราะกฎหมายสัญญามีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยผู้รับอนุญาตสามารถเปรียบเทียบเงื่อนไขของสัญญาแห่งแฟรนไชส์ของผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหลายๆรายได้ (2) ความจำเป็นที่จะต้องรักษาชื่อเสียงของบริษัทแฟรนไชส์ซึ่งเป็นผู้ให้อุญาตเอง เพราะหาชื่อเสียงไม่ดีในแง่เอาเปรียบผู้รับอนุญาตมากเกินไป จะทำให้การที่จะเพิ่มจำนวนผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในอนาคตจะทำได้ลำบาก (3) ข้อเท็จจริงที่ว่าธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ได้สร้างกำไรมากตามที่นักลงทุนเชื่อ จริงอยู่ธุรกิจแฟรนไชส์ในธุรกิจบรรจุน้ำอัดลม ธุรกิจจัดกระจายเบียร์ ธุรกิจรถยนต์และธุรกิจปั้มน้ำมันอาจทำให้ผู้รับอนุญาตได้รับผลตอบแทนในระดับสูง แต่ธุรกิจแฟรนไชส์อื่นๆ จะมีผลตอบแทนค่อนข้างต่ำและมีอัตราล้มเหลวสูง ดังนั้นกฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของมลรัฐจำนวนมากในสหรัฐอเมริกาจึงบังคับให้ผู้ให้อุญาตต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลตอบแทนให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์

หลักฐานเชิงประจักษ์ซึ่งเป็นไปได้จากบรรดาค่าพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือผู้รับอนุญาตอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์เชิงธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical relation) ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจกับผู้รับอนุญาตให้ใช้

สิทธิในการประกอบธุรกิจ โดยศาลตัดสินว่าเป็นพฤติกรรมของการใช้อำนาจเหนือกว่าในลักษณะไม่เป็นธรรม (abuse of market power)⁷

2.2 ประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์

การแบ่งประเภทของธุรกิจแฟรนไชส์สามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

2.2.1 แบ่งตามลักษณะทางการตลาด

กลุ่มประเทศที่มีการแบ่งแฟรนไชส์ตามลักษณะทางการตลาดนี้พบในประเทศออสเตรเลีย โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ

1) การให้สิทธิในตัวสินค้า (Product Franchise) เป็นวิธีจัดจำหน่ายสินค้าของโรงงานผู้ผลิต ไม่ว่าจะขายส่ง ขายปลีก หรือวิธีอื่น โดยมีข้อกำหนดที่ให้ผู้ขายมีสิทธิเพียงผู้เดียวในพื้นที่เฉพาะที่กำหนด เช่น การจำหน่ายน้ำมัน

2) การให้สิทธิทั้งระบบธุรกิจ (Business System Franchise) ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะส่งมอบรูปแบบของธุรกิจทั้งหมด ได้แก่ เครื่องหมายการค้า กลยุทธ์ทางการค้า แบบแผนคู่มือการจัดการ คุณภาพและมาตรฐาน เป็นต้น ภายใต้การควบคุมของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ แต่ทั้งนี้ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ก็ยังคงเป็นเจ้าของกิจการเองโดยอิสระ

3) การให้สิทธิในกรรมวิธีการผลิตและข้อมูลการผลิต (A Processing or Manufacturing Franchise) ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เป็นผู้จัดหาส่วนประกอบอันจำเป็นหรือสูตรหรือกรรมวิธีการผลิตให้แก่ผู้ประกอบการ หรือ โรงงาน เช่น อุตสาหกรรมเครื่องดื่มน้ำอัดลม

4) การให้สิทธิในฐานะกลุ่มผู้ค้า (Group Trading Franchise) กลุ่มร้านค้าอิสระสมัครใจเข้ามาในลักษณะเป็นกลุ่มเพื่อซื้อและส่งเสริมการขายภายใต้ชื่อการค้าเดียวกัน เป็นการประหยัดโฆษณา มักเป็นการดำเนินการของกลุ่มผู้ขายส่งอิสระ เช่น ร้านขายของชำ

2.2.2 แบ่งตามวิธีการจัดจำหน่าย

การแบ่งตามวิธีการจัดจำหน่ายพบได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจัดแบ่งแฟรนไชส์ออกเป็น 4 ประเภทดังนี้

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19

1) Manufacturer – Retailer Franchise System เป็นเรื่องผู้ผลิตให้สิทธิจัดจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีก ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีสิทธิน้อยมากในกระบวนการผลิตหรือกำหนดลักษณะสินค้า เช่น บริษัทผู้ผลิตรถยนต์ Ford ให้สิทธิผู้รับอนุญาตที่เรียกว่าตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Authorized dealer)

2) Manufacturer – Wholesaler Franchise System เกิดจากการที่ต้นทุนการขนส่งสินค้าไม่คุ้มต่อการกระทำทุกขั้นตอนการผลิต ณ ส่วนกลางและอาจเกิดความเสียหายจากการขนส่งระยะทางไกล ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์จึงเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการผลิตและกระจายสินค้าสามารถพบได้ในธุรกิจเครื่องดื่มน้ำอัดลมหรือเบียร์ที่ขายสิทธิส่งมอบหัวน้ำเชื้อแก่บริษัทผู้ค้าส่งซึ่งจะเป็นผู้ผลิตต่อโดยเติมส่วนผสมบรรจุขวดก่อนจำหน่ายให้พ่อค้าปลีกตามท้องถิ่นต่าง ๆ

3) Wholesaler- Retailer Franchise System ผู้ค้าส่งให้สิทธิจัดจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีกเข้าร่วมระบบแฟรนไชส์ เช่น ธุรกิจจำหน่ายยาง Firestone, Good Year เป็นต้น

4) Trade name Franchise System ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จมาแล้ว ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ต้องดำเนินและปฏิบัติตามระบบที่ได้ออกแบบมาแล้วจากเจ้าของอย่างเคร่งครัดสามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการได้ทั้งหมดที่เน้นการควบคุมคุณภาพมาตรฐาน โดยผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์

2.2.3 แบ่งตามรูปแบบการดำเนินงาน

ประเภทของแฟรนไชส์ตามรูปแบบการดำเนินงานได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) แฟรนไชส์สินค้าและชื่อทางการค้า (Product and Trade name Franchising) เป็นแฟรนไชส์ซึ่งผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เป็นผู้เข้าร่วมในการจัดส่งหรือจัดจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์เท่านั้น โดยผู้รับสิทธิแฟรนไชส์จะได้รับประโยชน์จากชื่อเสียงทางการค้าของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ในการจัดส่งหรือจัดจำหน่ายสินค้า คือ แฟรนไชส์สินค้าและชื่อเสียงทางการค้านั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งแฟรนไชส์ประเภทนี้ยังสามารถแบ่งออกเป็นประเภทย่อย ๆ ได้ ดังนี้

- แฟรนไชส์ระหว่างผู้ผลิตและผู้ค้าปลีก (Manufacturer – retailer Franchise) ซึ่งจะพบในธุรกิจการจัดจำหน่ายรถยนต์ และ สถานีบริการน้ำมัน เป็นต้น

- แฟรนไชส์ระหว่างผู้ผลิตและผู้ค้าส่ง (Manufacturer - Wholesaler-retailer Franchise) พบทั่วไปในธุรกิจยาและการขายของชำ เป็นต้น

2) แฟรนไชส์ที่มีรูปแบบทางธุรกิจ (Business Format Franchise) เป็นแฟรนไชส์ที่พัฒนาขึ้นมาในระยะหลัง รูปแบบของแฟรนไชส์ประเภทนี้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะเป็นผู้จัดหาทุกสิ่งทุกอย่างเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้น ๆ ให้แก่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ตั้งแต่เริ่มแรกและควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้รับ แฟรนไชส์อย่างต่อเนื่องไปจนตลอดอายุสัญญา ซึ่งอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า แฟรนไชส์ชุด (Package Franchising) ซึ่งแม้ว่าจะมีการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ประเภทนี้น้อยกว่าประเภทแรกในระยะแรก แต่ปัจจุบันได้รับความนิยมมากขึ้นซึ่งปรากฏในหลาย ๆ ธุรกิจ เช่น ธุรกิจอาหารฟาสต์ฟู้ด ธุรกิจคอนวีนีเยนสโตร์ เป็นต้น ซึ่งแฟรนไชส์ประเภทนี้ถือว่ามีส่วนสำคัญในการขยายตัวของแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาและทำให้ปริมาณของแฟรนไชส์ประเภทนี้เพิ่มมากขึ้นดังเช่นในปัจจุบัน⁸

2.2.4 แบ่งตามประเภทของกิจการ

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก็เช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจทั่วไปที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เป็นตัวจำหน่ายให้กับผู้บริโภค หรือบางธุรกิจก็จะเป็นในรูปแบบการให้บริการซึ่งมีมากมายหลายประเภท ซึ่งแบ่งประเภทของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ ประเภทจำหน่ายสินค้า และ ประเภทบริการ

โดยสรุป หลักๆแล้วโดยทั่วไปแฟรนไชส์ มี 2 รูปแบบดังนี้

- 1) แฟรนไชส์ในรูปแบบธุรกิจ (Business-format) หรือ แฟรนไชส์ในรูปแบบของการค้าสมัยใหม่ (Modern commercial franchise)

เป็นกรณีที่ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอนุญาตให้ผู้สัญญาที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันใช้เครื่องหมายการค้า หรือ ชื่อทางการค้า โดย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะได้รับค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์แรกเข้าและก็ค่าธรรมเนียมในการใช้สิทธิอย่างต่อเนื่อง เป็นการแลกเปลี่ยน นอกเหนือจากการที่ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะได้รับสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า และชื่อทางการค้าแล้วนั้น ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ยังได้รับสิทธิในการใช้ ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (trade dress) ด้วย (ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (trade dress) โดยปกติมักประกอบไปด้วย แบบการตกแต่งตึก สี การตกแต่งภายใน และกัลักษณะเฉพาะอย่างอื่นที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกหรือจดจำเอกลักษณ์ของ แฟรนไชส์ นี้ได้ ใน แฟรนไชส์ ลักษณะนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ยังจะจัด

⁸ ปริศนา จิรวัดนพร, “มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 54-55.

ให้มีการอบรมทรัพยากรบุคคล และให้ความช่วยเหลือในการหาสถานที่จัดตั้งร้าน และให้คำแนะนำทางธุรกิจ และก็จะมีการตรวจมาตรฐานของการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ เป็นระยะ ใน แฟรนไชส์ลักษณะนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะมอบระบบการทำธุรกิจอย่างสมบูรณ์แก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งครอบคลุมไปถึงการให้คำแนะนำในการจ้างพนักงาน วิธีการทำบัญชี ระบบการเปิด-ปิด ร้านและกึ่งขั้นตอนพื้นฐานอื่นๆสำหรับการประกอบธุรกิจ

ลักษณะโดยทั่วไปของ แฟรนไชส์ แบบนี้คือ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานประจำวัน ซึ่งรวมไปถึงการจ้าง-ไล่ออกของพนักงาน การตั้งราคาขายของสินค้า การควบคุมค่าใช้จ่าย และการปฏิบัติงานรายวัน หรือกล่าวโดยสรุปว่าแนวคิดพื้นฐานของแฟรนไชส์ลักษณะนี้คือ บุคคลทางธุรกิจที่เป็นอิสระต่อกัน จะได้รับรูปแบบการประกอบธุรกิจจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ แต่ตัวผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เองจะเป็นผู้รับผิดชอบกับความสำเร็จของธุรกิจนั้น

นอกเหนือจากที่ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ และกึ่งค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ แล้ว ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ยังถูกกำหนดให้ต้องรักษาไว้ซึ่งมาตรฐานของสินค้า-การตกแต่ง รวมไปถึงต้องจัดให้มีการโฆษณา รวมไปถึงต้องยอมรับและปฏิบัติตามคู่มือ ข้อบังคับ และมาตรฐานต่างๆที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ได้กำหนดไว้ด้วย ตัวอย่างที่โดดเด่นและเห็นได้ชัดสำหรับแฟรนไชส์ ลักษณะbusiness-format นี้ คือสัญญาแฟรนไชส์ร้านอาหารจานด่วน

2) แฟรนไชส์การจัดจำหน่าย (Distribution Franchise)

สำหรับแฟรนไชส์อีกรูปแบบหนึ่ง คือ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ นำเสนอเพื่อขายสินค้าที่ผลิตโดย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ การดำเนินงานของแฟรนไชส์ แบบนี้คือ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ต้องดำเนินการขาย การตลาด โดยต้องเป็นไปตามข้อจำกัดที่ออกโดย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เพื่อควบคุมการดำเนินงานให้เป็นที่ไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งครอบคลุมไปถึง การจัดการ การจัดวางสินค้า การทำการตลาด และการให้บริการในสินค้าที่ได้รับเครื่องหมายการค้า ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดใน แฟรนไชส์รูปแบบนี้คือสัญญา แฟรนไชส์ในธุรกิจยานยนต์

2.3 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

การดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์เกิดจากการทำนิติกรรมระหว่างคู่สัญญา 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งคือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ (ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ) ซึ่งเป็นผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิหรือผู้มีสิทธิในตัวสินค้า บริการ หรือวิธีการในการดำเนินธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ (Franchisee) จากผู้อนุญาตดังกล่าว โดยทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำนิติกรรมสัญญากันภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ

อาจกล่าวได้ว่า ธุรกิจแฟรนไชส์ต้องอาศัยสัญญาแฟรนไชส์ในการดำเนินธุรกิจซึ่งมีองค์ประกอบโดยทั่วไป ดังนี้

- 1) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินธุรกิจภายใต้รูปแบบแฟรนไชส์ซึ่งกำหนดโดยผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา
- 2) ผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีสิทธิอย่างต่อเนื่องในการดำเนินการควบคุมการดำเนินธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในระบบแฟรนไชส์และให้ความช่วยเหลือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในด้านการตลาด, การฝึกอบรม, การดำเนินธุรกิจ หรือการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคอื่นๆ ตลอดระยะเวลาในการดำเนินธุรกิจ
- 3) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องชำระค่าตอบแทนจากการได้รับสิทธิแก่ผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจ
- 4) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินธุรกิจแยกต่างหากจากผู้ให้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาแฟรนไชส์แล้วจะเห็นได้ว่าแม้ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์จะมีความใกล้เคียงกับสัญญาชนิดอื่น แต่สัญญาแฟรนไชส์ก็มีความแตกต่างจากสัญญาชนิดอื่นหลายประการ เช่น

2.3.1 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หมายถึงการอนุญาตให้ใช้อำนาจโดยชอบธรรมที่บุคคลคนหนึ่งมีเหนือทรัพย์สินทางปัญญาหรือความคิดสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายรองรับ บุคคลอื่น

ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น ไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าหรืออุตสาหกรรมของตนได้⁹

การทำสัญญาแฟรนไชส์นั้น ส่วนหนึ่งของสัญญาจะต้องระบุกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องหรือมีสิทธิใช้ ทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของธุรกิจควบคู่ไปพร้อมกับการดำเนินธุรกิจเสมอ สัญญาแฟรนไชส์จึงมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตามแต่ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา เช่นสัญญาแฟรนไชส์มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า, สิทธิบัตร, Know-How สัญญานั้นก็จะเป็สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า, สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรและสัญญาอนุญาตให้ใช้ความลับทางการค้า เป็นต้น ดังนั้นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาแฟรนไชส์ทุกกรณีแต่สัญญาแฟรนไชส์มักเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทุกกรณี

การดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างประเทศอาจมีลักษณะที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศหนึ่งที่จะขยายตลาดธุรกิจของตนในต่างประเทศทำสัญญาแฟรนไชส์หลัก (Master Franchise Agreement) กับนักลงทุนรายใหญ่เพียงรายเดียวในอีกประเทศหนึ่งเพื่อให้นักลงทุนรายใหญ่นั้นกล่าวอนุญาตให้ใช้สิทธิแฟรนไชส์ช่วงแก่ผู้ประกอบการรายเล็กๆ ในประเทศนั้น ซึ่งข้อดีของการทำสัญญาแฟรนไชส์ลักษณะนี้คือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์หลักไม่ต้องดูแลและยุ่งเกี่ยวกับผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงรายเล็กๆ ในอีกประเทศหนึ่ง เช่นการฝึกงานและควบคุมคุณภาพของการดำเนินธุรกิจ เพราะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหลักซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาอาจไม่มีความรู้ความเข้าใจในวัฒนธรรมการดำเนินธุรกิจและระบบกฎหมายของประเทศผู้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจ แต่ข้อเสีย คือ หากมีปัญหาค้าขึ้นมาก็จะเป็นปัญหาที่ร้ายแรงและสลับซับซ้อนเพราะมีหลายฝ่ายเกี่ยวข้องในสัญญาแฟรนไชส์หนึ่งๆจึงเป็นประเด็นปัญหาระหว่างประเทศ

2.3.2 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาตัวแทน

สัญญาตัวแทนมีวัตถุประสงค์สำคัญคือการทำที่ให้ตัวแทนมีอำนาจทำการแทนตัวการต่อบุคคลภายนอก แต่สัญญาแฟรนไชส์ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะเข้าทำธุรกิจด้วยเงินทุนของตนเองและจะรับความเสี่ยงหรือผลประโยชน์เป็นของตนเองทั้งสิ้น ผู้รับอนุญาตให้สิทธิใน

⁹ สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล, “สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ,” เอกสารสำนักงานอนุญาโตตุลาการ, กระทรวงยุติธรรม, 2534. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

การประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์จึงถือเป็นเจ้าของกิจการและดำเนินการด้วยตนเองเพียงแต่อาศัยการแนะนำ การสนับสนุน และการช่วยเหลือจากผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ ต่างจากสัญญาตัวแทนที่ตัวแทนกระทำการบนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์ต่อตัวการมิใช่เพื่อประโยชน์ของตัวเอง ดังนั้นการใดที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้กระทำไปจะไม่ มีผลผูกพันผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ให้อนุญาตในกาใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จึงมิได้เป็นไปในลักษณะตัวการตัวแทนเพราะแม้คู่สัญญาฝ่ายอนุญาตให้ใช้สิทธิมีการเข้าควบคุมมาตรฐานการดำเนินการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ แต่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจประกอบธุรกิจในนามของตนเอง เป็นคนละหน่วยธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ อีกทั้ง ดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ส่วนตน

2.3.3 สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจ้างแรงงาน

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาในสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์กับสัญญาจ้างแรงงาน มีดังนี้

- 1) สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มุ่งพิจารณาถึงความเกี่ยวพันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจกับค่าความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) ของระบบแฟรนไชส์ ในขณะที่ความสัมพันธ์ในสัญญาจ้างแรงงานไม่ได้ก่อให้เกิดความเกี่ยวพันกับค่าความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) โดยตรง
- 2) สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีการให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายการบริการ รวมถึงการใช้ความลับทางการค้าโดยอาศัยความไว้วางใจมากกว่าในสัญญาจ้างแรงงาน
- 3) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจสูญเสียเงินทุนที่ลงทุนในธุรกิจจำนวนมากเมื่อมีการบอกเลิกสัญญา ซึ่งผลกระทบนี้มักไม่เกิดขึ้นกับลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน
- 4) ธุรกิจหรือกิจกรรมที่อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการแข่งขันมักจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนปัจจุบัน ในขณะที่อดีตลูกจ้างมักประสบปัญหาหนี้ที่เกิดจากการการดำเนินการแข่งขันหลังจากสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงน้อยกว่า

ทั้งนี้ ข้อสัญญาหนึ่งที่มักปรากฏในสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์คือข้อสัญญาที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกห้ามหรือถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์

ดังนั้น ประเด็นปัญหาในการวินิจฉัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ 1) สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ได้หรือไม่ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายอย่างไร และ 2) ข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์สามารถจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้มากน้อยเพียงใด มีขอบเขตอย่างไรบ้าง



ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยและต่างประเทศ

การที่สัญญาแฟรนไชส์มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ย่อมอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการเรียกร้องสิทธิฝ่ายของตนจากข้อสัญญาดังกล่าว โดยหลักผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักอ้างถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนที่ได้ถ่ายทอดให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมักอ้างถึงหลักการแข่งขัน โดยเสรี กฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศต่างก็มีหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าว

3.1 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ดังนั้นการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิภายใต้กฎหมายไทยไม่ว่ากรณีสัญญาแฟรนไชส์นั้นมีคู่สัญญาเป็นต่างชาติทั้งสองฝ่าย หรือมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นต่างชาติและอีกฝ่ายมีสัญชาติไทยและได้เลือกใช้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งเป็นไปตามหลักในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายเหล่านี้

3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญา

3.1.1.1 กฎหมายสัญญา

กฎหมายสัญญาของประเทศไทยก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะดำเนินธุรกิจโดยผ่านสัญญาแฟรนไชส์ที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ในเรื่องนิติกรรมสัญญา จึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องและใช้บังคับกับสัญญาแฟรนไชส์ บุคคลสามารถตกลงเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ได้ตามหลักทั่วไปในการทำสัญญาของบุคคลดังนี้

1) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังหลักนี้คือบุคคลทุกคนเกิดมาแล้วจะมีเสรีภาพตามธรรมชาติที่จะกระทำการใดๆ ตามความพอใจของตนเอง รัฐจะเข้ามาแทรกแซงได้ต่อเมื่อมีเหตุ

จำเป็นเท่านั้น นอกจากนั้นแล้วเสรีภาพของบุคคลถูกจำกัดได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเอง เจตนาของบุคคลจึงมีความเป็นศักดิ์สิทธิ์และเป็นอิสระ หน้าที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคล จึงเป็นหน้าที่ที่กฎหมายยอมรับและสามารถบังคับได้

สิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามสัญญาแพนไซส์ที่บุคคลได้ตกลงทำขึ้นจึงสมควร บังคับได้ตามกฎหมาย

2) หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract)

แนวคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลเชื่อว่าถ้าบุคคลสามารถทำ สัญญาได้อย่างเสรีระบบเศรษฐกิจก็จะรุ่งเรือง คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะ เข้ามาควบคุมเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น โดยการมีเสรีภาพในการทำ สัญญานี้อาจแบ่งได้เป็น 4 ประการ คือ

2.1) เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to make contract) เป็น เสรีภาพในการทำข้อเสนอและคำสนองเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้น ไม่ว่าจะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ตราบ เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party) เป็น เสรีภาพของคู่สัญญาที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ และไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญากับบุคคลที่ เขาไม่ประสงค์จะทำสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามบุคคลบางลักษณะอาจถูกจำกัดสิทธิไม่สามารถเข้าทำ สัญญาได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายคำนึงถึงหลักความเสมอภาคดังที่ได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

2.3) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา (Freedom to decide the contact terms) บุคคลที่ประสงค์จะทำสัญญามีอิสระเสรีที่จะทำสัญญาด้วยเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

2.4) เสรีภาพที่จะไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom to form form) เป็นเสรีภาพ ของบุคคลที่จะทำสัญญาโดยไม่ตกอยู่ในเงื่อนไขความไม่สมบูรณ์เพราะไม่ได้ทำตามแบบ อย่งไรก็ตามการที่กฎหมายบังคับให้การทำสัญญาบางประเภทจะต้องทำตามแบบนั้นเป็นเรื่องของรัฐ นโยบายที่มีขึ้นเพื่อผลประโยชน์บางประการหรือเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญา¹

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการทำนิติกรรมสัญญา และเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับ ระหว่างคู่กรณีโดยการแสดงเจตนาของคู่กรณีนั่นเอง อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอ

¹ ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 148.

และไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาในหลายกรณีที่เกิดขึ้นสังคมปัจจุบัน แต่ความคิดที่ว่าควรปล่อยให้เอกชนมีความคิดริเริ่มในการกำหนดและการบังคับตามสิทธิของพวกเขา โดยหลักนี้จะพบในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบจารีตประเพณี ซึ่งระบบประมวลกฎหมายจะยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญา ดังจะเห็นได้จากภายัตกกฎหมายที่ว่า “สัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ” (pacta sunt servanda) ซึ่งตรงกับหลักที่ว่า “สัญญาที่จะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณีและกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี” หนี้ที่เกิดจากที่คู่สัญญาสมัครใจเข้าผูกพันกันนี้จึงเป็นหนี้ที่กฎหมายยอมรับและบังคับการให้ เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าคู่สัญญาไม่มีอิสระในการทำสัญญา ดังนั้นหนี้ที่เกิดขึ้นกฎหมายจึงถือว่าเป็นหนี้ที่เกิดจากการไตร่ตรองของคู่สัญญาแล้วว่าเป็นธรรม คู่สัญญาจึงจะมาอ้างในภายหลังว่าสัญญานั้นไม่เป็นธรรมไม่ได้²

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการทำนิติกรรมสัญญาในกฎหมายไทย เนื่องจากเข้ามามีบทบาทอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ของสัญญา เช่น วัตถุประสงค์ของสัญญา เนื้อหาของสัญญา หรือผลของสัญญา รวมทั้งศาลก็มักจะนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ในการตัดสินคดีอยู่เสมอ³ ดังนั้น เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยสมัครใจแล้ว คู่กรณีจะต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากเพียงไรก็ตาม⁴

หลักการข้างต้นนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” กล่าวคือแม้ว่าสัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำกันขึ้นจะแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่หากมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ผู้ทำนิติกรรมจึงสามารถทำนิติกรรมไม่ว่าในส่วนใดๆ ให้แตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายได้

² วิไลทิพย์ วัฒนวิชัยกุล. “ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ: ศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาและไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 89.

³ ศนันท์กรณธ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 169.

⁴ จรัญ ภัคศิรนาทกุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” อุลพาห 45 (มกราคม 2541): หน้า 77.

อย่างไรก็ดี สัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำขึ้นดังกล่าวไม่ว่ากรณีใดๆต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ กรอบในเรื่องวัตถุประสงค์ตามมาตรา 150 กล่าวคือ ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรอบในเรื่องแบบตามมาตรา 152 เป็นต้น มิฉะนั้นสัญญาจะตกเป็น โฆษะ นอกจากนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ตาม บรรพ 1 และบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การพิจารณาข้อสัญญานี้ว่ามีผลใช้บังคับตามกฎหมายจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังจะได้กล่าวในหัวข้อถัดๆไป

3) หลักความเสมอภาคในการทำสัญญา

ตามกฎหมายถือว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการตกลงยินยอมเข้าทำสัญญา สัญญาที่บุคคลตกลงทำกันขึ้นจึงมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย แต่เมื่อเกิดความไม่เสมอภาคขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากเหตุผลทางด้านร่างกาย จิตใจ หรือความเข่าวภัย กฎหมายจึงต้องเข้ามาคุ้มครองการทำนิติกรรมสัญญาของบุคคลเหล่านี้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างบุคคลให้มากที่สุด นั่นก็คือ บทบัญญัติในเรื่องความสามารถของบุคคล ซึ่งตามกฎหมายไทยกำหนดให้นิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยบุคคลที่ความสามารถบกพร่องจะตกเป็น โฆษะได้แก่ กรณีของผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ และคนเสมือนไร้ความสามารถ เพื่อให้บุคคลที่มีหน้าที่ในการดูแลผู้ไร้ความสามารถเหล่านี้ได้เข้ามาคุ้มครองก่อนที่จะได้มีการทำนิติกรรมขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ไร้ความสามารถไม่ให้ถูกเอาเปรียบเนื่องจากการที่ความสามารถของตนบกพร่อง นอกจากนี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคู่สัญญาจะสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาได้ต่อเมื่อต่างฝ่ายต่างมีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจและสังคม หากว่าคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าเท่านั้นที่จะมีอิสระในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามความพอใจของตน⁵

บุคคลที่จะเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์จึงต้องไม่เป็นบุคคลที่บกพร่องเรื่องความสามารถของบุคคล มิฉะนั้นแล้วสัญญาแฟรนไชส์อาจไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

⁵ สนั่นทรรณธ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 28.

4) หลักการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันควรบอกให้แจ้ง (Disclosing Information)

ตามหลักทั่วไปในการทำสัญญา คู่สัญญาจะต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันควรบอกให้แจ้งหรือเป็นสาระสำคัญของสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทราบก่อนที่จะมีการทำสัญญาสัญญาใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด กฎหมายจึงกำหนดให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ได้แก่ กรณีสัญญาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญาสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ ส่วนสัญญาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆียะ

สัญญาแพรอนไซส์จึงต้องทำขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ไม่สำคัญผิดในเรื่องข้อเท็จจริงตามสัญญาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้

5) หลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริตในกฎหมายไทยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หลักสุจริตในมาตรา 5 นี้ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องนี้ เนื่องจากในกรณีที่บุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อก่อหนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่งหรือเป็นกรณีมูลแห่งอื่น ๆ นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจซึ่งกันและกัน⁶ โดยศาลจะนำหลักสุจริตนี้มาปรับใช้ในการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างบุคคล เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นไปด้วยความสุจริต อันจะส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

6) หลักความเป็นธรรม (Equity)

หลักความเป็นธรรมนี้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งได้กำหนดให้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจไม่มีผลบังคับได้ตามสัญญาหรือมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้นรายละเอียดของพระราชบัญญัตินี้จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

3.1.1.2 กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

⁶ คารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 58.

กฎหมายกำกับดูแลข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากความคิดริเริ่มของกระทรวงยุติธรรมในระหว่างปี พ.ศ. 2533 จากเหตุผลความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจไทย ซึ่งประสบปัญหาการทำสัญญาในลักษณะที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองหรือการเจรจาที่ไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงกว่าจึงอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญ และช่องว่างของกฎหมายซึ่งยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁷ แต่ขาดบทบัญญัติควบคุมการแสดงเจตนาที่ขาดอำนาจต่อรองซึ่งเป็นความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมสัญญา⁸ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคมไทย ดังนั้นจึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้น และได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 ตามกำหนดใช้บังคับเมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁹

เนื่องจากสัญญาแพรอนไซส์เป็นสัญญาลักษณะหนึ่งซึ่งตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงต้องนำมาพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวมีความเป็นธรรมและมีผลใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใด มาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดถึงข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าไว้ดังนี้

“ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็น โฆษะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้

⁷ ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 413.

⁸ คาราวร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 47.

⁹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพ การงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

ข้อสัญญาที่จะอยู่ภายใต้บทบังคับของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องปรากฏว่าเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เจตนารมณ์ของมาตรานี้มุ่งควบคุมผลบังคับของข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในสองด้านเท่านั้น คือสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานและสิทธิหรือเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ การค้าหรือวิชาชีพ ส่วนสิทธิหรือเสรีภาพด้านอื่นๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน หรือเสรีภาพที่จะทำหรือไม่ทำนิติกรรมอื่นๆที่ไม่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพย่อมไม่รวมอยู่ในความหมายของข้อตกลงตามมาตรา 5 และไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5⁹

ข้อตกลงที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้ จะต้องมืองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ (2) ข้อตกลงนั้นต้องไม่เป็นโมฆะ และ (3) เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น ซึ่งข้อตกลงจำกัดสิทธินั้นนอกจากข้อตกลงนั้นจะต้องไม่ตกเป็นโมฆะแล้ว ยังต้องไม่เป็นเหตุให้ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

⁹ จริฎ ภักดีชนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ตุลพาท 45:

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงดังกล่าวทำให้ให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผูก
จำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ผู้ถูก
จำกัดสิทธิต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ปรากฏศาลตามแนวทางที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 วรรค 2 คือ
ระยะเวลาที่ถูกจำกัดสิทธิแข่งขันยาวนานเพียงใด, ขอบเขตพื้นที่ที่ผู้ได้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิ
แข่งขันกว้างแคบเพียงใด, ผู้ได้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิแข่งขันมีความสามารถและโอกาสที่จะทำ
นิติกรรมหรือประกอบอาชีพการงานกับบุคคลอื่นหรือไม่ และทางได้เสียโดยชอบด้วยกฎหมายทุก
อย่างของผู้อนุญาตและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ด้วย¹⁰

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ
ธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิของบุคคลในการประกอบธุรกิจการค้า
และจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ดังนั้น มาตรา 5
แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงต้องนำมาพิจารณาว่าเป็นข้อ
สัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะได้รับการพิจารณาให้มีผลใช้บังคับเท่าที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ
ธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ที่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและได้รับการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของ
บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ต้องปรากฏว่ามีลักษณะ
ดังต่อไปนี้

1) ต้องไม่เป็นโมฆะ

การที่ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันจะเป็นโมฆะหรือไม่ จำต้องอาศัยหลัก
กฎหมายจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเครื่องพิจารณา กล่าวคือต้องไม่เป็นการต้องห้าม
ชัดแจ้งโดยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดต่อความ
สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150 และ 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ การพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
อันเกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตาม
สัญญาแฟรนไชส์จะกล่าวถึงในหัวข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องถัดๆ ไป

สำหรับการพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ
ประชาชนของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตาม

¹⁰ ศักดา ธนิตกุล, “รายงานผลการวิจัย โครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้าม
ผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” หน้า
92.

สัญญาแพรนไฮส์อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง ในปัจจุบันไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแพรนไฮส์ อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันมักเกิดขึ้นกับกรณีสัญญาจ้างแรงงาน คือข้อสัญญาที่นายจ้างห้ามลูกจ้างหรืออดีตลูกจ้างประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันหรือข้อสัญญาใน ซึ่งถือว่าเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวในสัญญาแพรนไฮส์ซึ่งมีข้อที่ต้องพิจารณาเช่นกันตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีว่าข้อสัญญาที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะได้รับการยอมรับบังคับให้มีผลตามกฎหมายหรือไม่

เนื่องจากโดยปกติบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือธุรกิจแข่งขันกันอย่างเสรีเว้นแต่ถูกห้ามโดยชอบด้วยกฎหมาย การห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิแข่งขันระหว่างคู่สัญญาสัญญาแพรนไฮส์อาจถือได้ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่พิจารณาอีกแง่หนึ่งถือได้ว่าเป็นความสมัครใจของคู่สัญญาและเป็นประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของคู่สัญญาเอง กฎหมายก็น่าจะผ่อนปรนให้ทำกันได้ ดังนั้นจึงสมควรศึกษาวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลไทยได้เคยตัดสินไว้จากอดีตจนถึงปัจจุบันเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน ดังนี้¹¹

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479

“โจทก์จ้างจำเลยทำงานในร้านซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์ โดยมีข้อสัญญาว่าเมื่อจำเลยออกจากร้าน โจทก์ไปแล้ว ห้ามมิให้จำเลยทำงานเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของร้านอื่นในเขตกรุงเทพมหานคร หรือในบริเวณ 600 เส้น จากกรุงเทพมหานคร เฉพาะข้อสัญญาข้อที่ห้ามจำเลยเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพมหานครนั้นไม่เป็นการเกินสมควร ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการห้ามมิให้กระทำในเขตกรุงเทพมหานครเป็นการรักษาผลประโยชน์ของโจทก์พอควรแก่เหตุย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนข้อสัญญาที่เป็น โฆษณาสามารถแยกออกจากข้อ

¹¹ ฅภัทร บุญประสาท, “ผลบังคับของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน, “(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 75 - 82).

สัญญาที่มีผลบังคับได้ แม้ข้อใดเกินสมควรขัดต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็ไม่ทำให้ข้ออื่นที่เป็นการห้ามพอสมควรที่จะรักษาประโยชน์ของโจทก์เป็นโมฆะด้วย”

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533

“สัญญาที่บริษัทโจทก์ซึ่งประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายสินค้าประเภทเคมีภัณฑ์และอื่นๆ รวมทั้งแกลกเกอร์สำหรับเคลือบผลิตภัณฑ์บรรจุภัณฑ์ทำกับจำเลยที่หนึ่งซึ่งเป็นลูกจ้างในตำแหน่ง วิศวกรฝ่ายขายและจำเลยที่สองซึ่งทำงานในตำแหน่งผู้แทนขายฝ่ายเทคนิคว่า ภายในกำหนดเวลา 24 เดือนนับแต่สัญญาข้างต้นสิ้นสุดลง ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือ โดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่าย ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทที่ตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัท โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัทสัญญาดังกล่าวไม่ได้ห้ามจำเลยทั้งสองไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด คงห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์และในส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ ทั้งเป็นการห้ามเพียงตามกำหนดคระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดเสียทีเดียว จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิและประโยชน์ของคู่กรณีในเชิงการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่เป็นการปิดทางทำมาหาได้ของฝ่ายใดจนเด็ดขาด ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ”

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543

“ข้อตกลงตามสัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงานระหว่างโจทก์กับจำเลยที่กำหนดว่าในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปีนับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง จำเลยจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์หรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ซึ่งหมายถึงบริษัทใดๆ ที่ทำการค้าเกี่ยวกับการขนย้ายของตามบ้านระหว่างประเทศ การขนย้ายสำนักงานในท้องถิ่น การขนย้ายของตามบ้านในท้องถิ่น ธุรกิจรับจ้างการขนส่งสินค้าทางอากาศและทางทะเล ธุรกิจรับจัดการขนส่งงานนิทรรศการคลังสินค้าและการจัดจำหน่ายและบริการจัดเก็บเอกสาร ข้อตกลงดังกล่าวครอบคลุมถึงประเทศไทย ประเทศสาธารณรัฐเวียดนาม ประเทศกัมพูชา ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และประเทศเมียนมาร์ ข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยเป็นเพียงข้อจำกัดห้ามการประกอบอาชีพอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์โดยจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจน มิได้ห้ามประกอบอาชีพปิดทางทำมาหาได้ของจำเลยอย่างเด็ดขาดและจำเลยสามารถประกอบอาชีพหรือทำงานในบริษัทประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขายสินค้า หรือบริการอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงนี้ได้ ขอบพื้นที่ที่ห้ามเฉพาะในกลุ่มประเทศในแหลมอินโดจีนมิได้รวมถึงประเทศใกล้เคียงอื่นด้วย รวมถึงห้ามในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ลักษณะของข้อตกลงเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่

แข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิประโยชน์ของ คู่กรณีที่ชอบในเชิงธุรกิจ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็น โฆษนะ”

• คำพิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 1267/2548

“โจทก์เป็นนิติบุคคลมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจประเภทสถานบริการ ควบคุมและลดน้ำหนัก ลดสัดส่วนของทรวงตรง ประทับความงาม เสริมสวย ขจัดไขมันส่วนเกิน บำรุงผิว รวมทั้งจำหน่ายสินค้าที่เกี่ยวกับการให้บริการดังกล่าว จำเลยเป็นลูกจ้าง โจทก์ในตำแหน่ง ผู้จัดการสาขาีสลิมมีหน้าที่บริหารงานทั่วไป ควบคุมพนักงาน และให้คำแนะนำลูกค้าเกี่ยวกับการ บริการและสินค้าสัญญาจ้างแรงงานที่จำเลยทำกับ โจทก์ตกลงไว้ว่าตลอดอายุของสัญญานี้ และใน ระยะเวลา 18 เดือนหลังจากสัญญานี้สิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ลูกจ้างจะไม่เข้าร่วม หรือ ทำงาน ไม่ว่าจะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะใดก็ตามให้กับบริษัท ห้างหุ้นส่วน ผู้ประกอบการรายเดียว หรือธุรกิจอื่นๆซึ่งดำเนิน (หรือกำลังจะดำเนิน) กิจการในเขตพื้นที่ประเทศไทย รัศมี 20 กิโลเมตร จากสถานที่ทำการของบริษัท หรือของสมาชิกกลุ่ม ไม่ว่าในประเทศใดซึ่งลูกจ้างได้ทำงานให้ หรือ เข้าร่วม หรือเกี่ยวพันกับกิจการอันเป็นส่วนของการทำงานให้กับบริษัท โดยในการว่าจ้างใหม่นั้น ลูกจ้างจะหรืออาจจะได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติหน้าที่สำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับการว่าจ้างที่ตน รับผิดชอบไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนในเขตพื้นที่หรือใช้ข้อมูลลับซึ่งตนได้รับมาในช่วงระหว่าง การว่าจ้างเมื่อพิจารณาในด้านพื้นที่และระยะเวลาที่มีความพอสมควรแล้ว อีกทั้งกฎหมายไทยมิได้ บัญญัติให้ฝ่ายนายจ้างต้องมีหนี้ในลักษณะต่างตอบแทนกับหนึ่งเดือนกระทำการของลูกจ้างข้อ สัญญาจึงไม่เป็น โฆษนะตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ศาลมีอำนาจ ตรวจสอบแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ในกรณีของจำเลยเป็นเพียง ลูกจ้างระดับพนักงานที่มีมิได้เข้าถึงความลับทางการค้า โจทก์มิได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์มีความลับ ทางการค้าอะไรที่จำเลยจะเข้าถึงได้ และโจทก์ได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมอะไร นอกจากสัญญา พิพาทในการรักษาไว้เป็นความลับ แม้พยานโจทก์จะได้เบิกความว่า ความลับของโจทก์คือวิธีการ ลดน้ำหนักโดยใช้วัสดุซุบน้ำยาพิเศษพื้นส่วนของร่างกาย การนวด การใช้เครื่องสลายเซลล์ไขมัน และความต้องการรักษาน้ำหนักค้ามิให้ลูกจ้างชักจูง ไปยังบริษัทอื่นที่ไปทำงาน แต่ศาลพิเคราะห์ พยานหลักฐานแล้วเห็นว่าสิ่งที่โจทก์กล่าวอ้างเป็นเพียงข้อมูลทั่วไปที่รู้จักกันในหมู่ลูกจ้างของโจทก์ หรือเป็นความชำนาญ ทักษะเฉพาะตัวของลูกจ้าง ซึ่งไม่ใช่เรื่องของความลับทางการค้า และแม้ ความชำนาญหรือทักษะนี้จะเกิดจากการทำงานกับโจทก์ก็เป็นความชอบธรรมที่จำเลยจะนำติดตัว ไปใช้โดยชอบ ข้อสัญญาซึ่งเป็นเพียงการป้องกันมิให้ลูกจ้างไปทำงานกับบุคคลอื่นหลังสัญญาจ้าง สิ้นสุดลงย่อมเป็นสัญญาที่สร้างภาระแก่ลูกจ้างเกินที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ จึงไม่มีผลบังคับ กับจำเลย”

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549

“จำเลยมีฐานะเป็นนิติบุคคลประกอบกิจการสำนักงานกฎหมาย โจทก์เคยเป็นลูกจ้างของจำเลย ซึ่งขณะเข้าทำงานได้ทำงานในตำแหน่งหัวหน้างานทรัพย์สินทางปัญญา ตามใบสมัครงานตอนท้ายมีข้อความสรุปไว้ว่า “นอกจากนี้ข้าพเจ้ายินยอมที่จะไม่ทำงานเพื่อหรือทำประโยชน์ให้กับสำนักงานกฎหมายอื่นในกรุงเทพมหานครเป็นเวลา 2 ปี ในกรณีที่ข้าพเจ้าได้ออกจากการทำงานที่ดิลลิกี แอนด์ กิบบิ้นส์ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม (ประโยชน์ข้างต้นดังกล่าวมิให้นำมาใช้กับนายซึ่งทำงานให้กับบริษัท)” โดยข้อความในวงเล็บของต้นฉบับที่เป็นภาษาอังกฤษระบุว่า “(The preceding sentence does not apply to lawyers engaged with the firm.)” คำในวงเล็บคำว่า “lawyers” นั้นย่อมหมายถึง ทนายความผู้ทำหน้าที่ว่าความหรือให้คำปรึกษาเป็นการเฉพาะเท่านั้น โจทก์เข้าทำงานตำแหน่งหัวหน้างานทรัพย์สินทางปัญญาและตำแหน่งสุดท้ายเป็นผู้อำนวยการฝ่ายงานทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นตำแหน่งที่สามารถล่วงรู้ความลับในทางการค้าและข้อมูลการค้าของจำเลยที่ 1 ได้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีในกิจการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ มีผลผูกพันไม่ให้โจทก์ทำงานเพื่อหรือทำงานให้แก่สำนักงานกฎหมายอื่นในกรุงเทพมหานครเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง คือนับแต่วันเลิกจ้าง เมื่อโจทก์ถูกจำเลยที่ 1 เลิกจ้างแล้ว โจทก์ไปทำงานกับบริษัท เบเคอร์ แอนด์ แมคเคนซี จำกัด อันเป็นสำนักงานกฎหมายในกรุงเทพมหานครจึงเป็นการผิดสัญญาข้อดังกล่าว แต่เนื่องจากระยะเวลาดังกล่าวได้ล่วงเลยมาเป็นเวลานาน หากให้มีผลนับแต่วันที่อ่านคำพิพากษาศาลฎีกาจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมจึงสมควรกำหนดให้เป็นค่าเสียหายโดยให้ศาลแรงงานกลางพิจารณาค่าเสียหายที่โจทก์ต้องชดใช้ให้แก่จำเลยที่ 1 ต่อไป...”

จากคำพิพากษาตัวอย่างทั้ง 5 คำพิพากษา วิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าศาลไทยใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณาผลบังคับของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขัน โดยมีข้อพิจารณาว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกเป็นโมฆะหรือไม่จาก¹²

1.1) การคำนึงถึงประโยชน์ของนายจ้างเกี่ยวกับความลับทางการค้าหรือข้อมูลอันเป็นความลับ

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-93

การห้ามที่จะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต้องปรากฏว่า นายจ้างมีประโยชน์ทางธุรกิจที่สมควรได้รับการคุ้มครองอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความลับทางการค้า หรือข้อมูลอันเป็นความลับ ดังจะเห็นได้จากคดีข้างช่อมพิมพ์ดีดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 ศาลเห็นว่ากิจการของนายจ้างมีประโยชน์ทางธุรกิจที่สมควรได้รับการคุ้มครองคือ เทคนิควิธีการช่อมเครื่องพิมพ์ดีดซึ่งจากสภาพสังคมในขณะนั้นยังไม่เป็นความรู้ที่แพร่หลาย จำกัด ผู้รู้ผู้อยู่ในวงแคบ วิธีการช่อมเครื่องพิมพ์ดีดจึงเป็นข้อมูลหัวใจสำคัญของกิจการนายจ้าง ดังนั้นศาล จึงพิจารณาว่ากิจการของนายจ้างสมควรได้รับการคุ้มครองตามข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือ การค้าแข่งขัน รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาคดีล่าสุดเกี่ยวกับ ความมีผลของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันศาลก็ได้วางหลักการพิจารณาไว้ ชัดเจนว่าการจำกัดการประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันทางการค้าที่ลูกจ้างสามารถล่วงรู้ความลับ ในทางการค้าและข้อมูลการค้าของนายจ้าง เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิประโยชน์ของ นายจ้างในการประกอบธุรกิจโดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2) ลักษณะงานที่ลูกจ้างเคยทำงาน

แม้ว่านายจ้างจะมีประโยชน์แห่งกิจการอันควรได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับ ความลับทางการค้า แต่การคุ้มครองประโยชน์ของนายจ้างด้วยการห้ามลูกจ้างประกอบอาชีพหรือ การค้าแข่งขันก็ต้องพิจารณาด้วยว่าลูกจ้างมีอำนาจในการเข้าถึงความลับทางการค้าหรือข้อมูลอัน เป็นความลับของกิจการนายจ้างหรือไม่ หากตำแหน่งงานของลูกจ้างสามารถเข้าถึงเกี่ยวพันกับ ความลับทางการค้าหรือข้อมูลความลับของนายจ้าง การห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันก็ มิใช่เรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังที่ศาลฎีกาได้ยืนยัน ความคิดนี้เอาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549

1.3) ลักษณะงานที่ห้าม

ข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันที่จะมีผลใช้บังคับได้ต้อง เป็นการห้ามในลักษณะการงานที่เกี่ยวกับประโยชน์ของกิจการของผู้จำกัดเท่านั้น หากไม่เกี่ยวข้อง สัมพันธ์กัน ศาลจะมองว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและ ไม่บังคับให้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 ศาลไม่รับบังคับการห้ามของ นายจ้างในกิจการที่ไม่เกี่ยวกับการช่อมเครื่องพิมพ์ดีด เช่น การเป็นคนรับใช้หรือคนขายของในร้าน ช่อมเครื่องพิมพ์ดีดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 ศาลบังคับให้ด้วยเหตุผลว่าเป็นการห้าม เฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์ และในส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถห้ามได้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549 แสดงให้เห็นเป็นนัยว่าศาลยอมรับว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันไม่

ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและมีผลบังคับได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นการห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันเฉพาะในสถานประกอบการเช่นเดียวกับนายจ้าง

1.4) การพิจารณาว่าเป็นการปิดทางทำมาหาได้ของลูกจ้างอย่างเด็ดขาดหรือไม่

ศาลไทยให้ความสำคัญกับการพิจารณาถึงทางทำมาหาได้ของลูกจ้างค่อนข้างมาก ดังที่ปรากฏเป็นข้อพิจารณาอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543 หากศาลเห็นว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันมีเนื้อหาเป็นการตัดทางทำมาหาได้ของลูกจ้างอย่างเด็ดขาดทำให้ลูกจ้างไม่อาจประกอบสัมมาอาชีพเพื่อการดำรงชีวิตแล้วข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันนั้นย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันมีผลเป็นการปิดทางทำมาหาได้ของลูกจ้างอย่างเด็ดขาดหรือไม่ นั้นสัมพันธ์กับการพิจารณาความเหมาะสมของข้อสัญญาด้านการงานที่ห้าม ประโยชน์อันควรได้รับการคุ้มครองของนายจ้างพื้นที่หรือเขตที่ห้ามและกำหนดระยะเวลาที่ห้าม

1.5) ระยะเวลาและพื้นที่หรือเขตที่ห้าม

หลักเกณฑ์ในข้อนี้เป็นอีกประการหนึ่งที่ศาลไทยจะหยิบยกมาวิเคราะห์เสมอ หากเห็นว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันมีระยะเวลาการห้ามยาวนานเกินไป หรือมีพื้นที่ที่ห้ามกว้างเกินกว่าความจำเป็นในการคุ้มครองกิจการของนายจ้างศาลก็จะไม่บังคับให้ ซึ่งการวิเคราะห์ว่าการห้ามมีระยะเวลายาวนานเกินไปหรือพื้นที่ที่ห้ามกว้างเกินไปหรือไม่ศาลจะดูจากสภาพแห่งธุรกิจของนายจ้างและสภาพสังคมในขณะนั้นเป็นบรรทัดฐาน สังเกตได้ว่าในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 ในสมัยนั้นการคมนาคมมิได้สะดวกสบายและเขตกรุงเทพมหานครก็มีได้ขยายตัวกว้างขวางดังเช่นปัจจุบัน การห้ามในระยะทางถึง 600 เส้น จากกรุงเทพมหานครในขณะนั้นจึงเป็นการห้ามที่มีพื้นที่ที่ห้ามกว้างขวางเกินไปสำหรับอาชีพช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดซึ่งอนุมานได้ว่ามิได้มีใช้กันอย่างแพร่หลาย และน่าจะมิได้มีใช้กันมากเพียงในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑลเท่านั้น เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543 ซึ่งเกิดขึ้นในยุคที่การคมนาคมสะดวกสบายการเดินทางติดต่อข้ามประเทศมิใช่เรื่องยาก ทั้งกิจการของนายจ้างก็เป็นบริษัทชิปปิ้งซึ่งดำเนินการอยู่ก่อนแล้วในประเทศแถบตะวันออกเฉียงใต้ทั้งหมด การห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันเฉพาะภายในประเทศแถบตะวันออกเฉียงใต้ทั้งหมดศาลจึงมองว่าการห้ามประกอบอาชีพมีความเหมาะสมด้านพื้นที่แล้วส่วนการพิจารณาในด้านระยะเวลา จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533, 1275/2543 และคำพิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 1267/2548 จะเห็นได้ว่าศาลมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่าการห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันที่มีระยะเวลาจำกัด

มิได้ห้ามอย่างเด็ดขาดตลอดชั่วชีวิตเป็นการห้ามที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในเรื่องระยะเวลาการห้ามนี้ศาลไทยมิได้วางหลักเกณฑ์จำกัดเป็นบรรทัดฐานตายตัวไว้ว่าการห้ามเป็นระยะเวลาานเท่าใดจึงจะใช้ได้เหมาะสม เพียงเห็นว่าหากเป็นการห้ามอย่างจำกัด¹³ ระยะเวลาที่เป็นการเพียงพอแล้วที่จะให้ข้อสัญญาที่มีผลใช้บังคับ หากแต่การพิจารณาด้านระยะเวลาเช่นนี้ก็มิมีปัญหาว่าจะทำให้ลูกจ้างซึ่งต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบในการทำมาหาเลี้ยงชีพหรือไม่ เนื่องจากระยะเวลาตามข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันนี้มาจากการกำหนดของนายจ้างซึ่งมีอิทธิพลเหนือกว่าลูกจ้าง ซึ่งตามปกติแล้วนายจ้างย่อมกำหนดระยะเวลาการห้ามให้เพียงพอต่อการคุ้มครองประโยชน์ของกิจการตนเอง แต่การพิจารณาถึงประโยชน์ของตนเพียงฝ่ายเดียวบางครั้งก็อาจทำให้นายจ้างกำหนดระยะเวลาห้ามเกินกว่าการคุ้มครองประโยชน์ของนายจ้างอันเป็นข้อที่ทำให้ลูกจ้างต้องตกอยู่ในภาวะเสียเปรียบ

ในสัญญาให้ทุนการศึกษาหรือฝึกอบรมมักจะมีการกำหนดข้อสัญญาให้ผู้รับทุนต้องกลับมาประกอบอาชีพกับผู้ให้ทุนเป็นระยะเวลาหนึ่งๆ ซึ่งถือได้ว่ามีลักษณะเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานเช่นกัน ศาลไทยได้มีคำพิพากษาฎีกาในเรื่องระยะเวลาที่จำกัดสิทธิโดยพิจารณาจากความสมดุลระหว่างมูลค่าจำนวนทุนที่ให้กับระยะเวลาในจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานตามดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาดังนี้

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552

“จำเลยที่ 1 ทำงานเป็นลูกจ้างโจทก์ในตำแหน่งนักบิน หากจำเลยที่ 1 ไม่ผ่านการฝึกอบรมตามสัญญาให้ทุนฝึกอบรมต่างประเทศจำเลยที่ 1 จะไม่สามารถทำหน้าที่ขับเครื่องบินที่โจทก์นำมาใช้ในสายการบินของโจทก์ได้ การฝึกอบรมมีผลทำให้จำเลยที่ 1 มีคุณวุฒิเพิ่มขึ้น ย่อมเป็นที่ต้องการของบริษัทอื่น ข้อกำหนดให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์มีฉะนั้นต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนและเสียเบี้ยปรับจึงเป็นข้อหาที่มีลักษณะเพื่อปกป้องกิจการของโจทก์ไม่ให้สูญเสียพนักงานเป็นข้อตกลงที่สามารถกระทำได้ ทั้งจำเลยที่ 1 สามารถจะเลือกได้ว่าจะกลับมาทำงานกับโจทก์หรือชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมคืนให้โจทก์พร้อมทั้งเสียเบี้ยปรับ 3 เท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชดใช้คืน ข้อกำหนดเบี้ยปรับ 3 เท่า ดังกล่าวจึงไม่เป็นข้อกำหนดที่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ แต่โจทก์ส่งจำเลยที่ 1 ไปฝึกอบรมเพียง 14 วัน โดยประมาณการค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมไว้ 300,000 บาท และโจทก์เสียค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมของจำเลยที่ 1 ไปเพียง 223,871.70 บาท ข้อกำหนดที่ให้จำเลยที่ 1 ต้องกลับมาทำงานกับโจทก์ในตำแหน่งและหน้าที่ที่โจทก์กำหนดเป็นเวลาถึง 3 ปี เป็นการทำให้จำเลยที่ 1 ต้อง

¹³ เรื่องเดียวกัน

รับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติศาลฎีกาให้มีผลบังคับได้เพียง 1 ปี เท่าที่เป็นธรรมเนียมและพอสมควรแก่กรณี”

ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นสรุปได้ว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ตกเป็นโมฆะหากมีลักษณะดังนี้

(1) คู่กรณีที่ถูกห้ามหรือจำกัดสิทธิได้ประโยชน์ตอบแทนจากการยอมรับการห้ามหรือจำกัดสิทธินั้น

(2) การห้ามหรือจำกัดสิทธินั้นไม่เป็นการเกินสมควร คือไม่ถึงกับตัดอาชีพโดยสิ้นเชิง เพียงแต่ห้ามหรือจำกัดสิทธิโดยการกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดสถานที่หรือพื้นที่ หรือกำหนดประเภทของอาชีพที่ห้ามหรือจำกัดสิทธิ

(3) การห้ามหรือจำกัดสิทธินั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ประเทศชาติและประชาชน¹⁴

2) เป็นเหตุให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 วางแนวทางการพิจารณาว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธินั้นจะลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ไว้ในมาตรา 5 วรรค 2 โดยให้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้

2.1) การพิจารณาด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

กล่าวคือศาลจะพิจารณาว่ามีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นระยะเวลายาวนานเกินไปหรือไม่ หรือมีการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในพื้นที่ที่กว้างเกินไปหรือไม่ ถ้ามีระยะเวลายาวนานเกินไปหรือในพื้นที่กว้างเกินไป ก็ถือได้ว่าทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระเกินกว่าที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ แต่หากข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีขอบเขตที่จำกัดทั้งด้านเวลาและพื้นที่ รวมทั้งเหมาะสมแก่การคุ้มครองประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจก็ถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่มีเหตุผลเป็นธรรมและพอสมควรไม่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ

¹⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 220.

2.2) การพิจารณาด้านความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่น

เป็นการคำนึงถึงปัจจัยในด้านอัตตะวิสัยของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งถูกจำกัดสิทธิ โดยพิจารณาถึงสภาพของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิว่ามีลักษณะหรือฐานะหรือมีความสามารถในการที่จะดำเนินธุรกิจอื่นหรือมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมอื่นกับบุคคลอื่นได้หรือไม่ หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งถูกจำกัดสิทธิยังมีความสามารถที่จะประกอบธุรกิจอื่นหรือยังมีความสามารถทำนิติกรรมกับบุคคลอื่นได้อยู่ก็อาจถือว่าการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังไม่ทำให้เขาต้องรับภาระมากกว่าที่จะคาดหมายได้ตามปกติ

2.3) การพิจารณาทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา (Lawful interest)

ปัจจัยข้อนี้มีลักษณะเป็นตัวประกอบทั่วไปที่ช่วยให้การพิจารณาของศาลยึดหยุ่นได้สามารถปรับใช้ให้เข้ากับสภาพสังคมและยุคสมัย เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจเพื่อกำหนดความเป็นธรรมในข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เช่นในการวินิจฉัยข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันศาลได้นำเรื่องความลับทางการค้ามาเป็นข้อพิจารณาว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันนั้นทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าหรือไม่ โดยมองว่าหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความลับทางการค้าแล้วก็ไม่ใช่เรื่องที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ แต่ถ้าไม่ใช่แล้วล้วนเป็นเรื่องที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติและไม่มีผลบังคับ

การพิจารณาว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ ศาลจะพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสามประการประกอบกัน และพิจารณาโดยรวมว่าเป็นการคาดหมายในทางภาวะวิสัยซึ่งเป็นความคาดหมายตามปกติของบุคคลทั่วไปทั้งหลายที่อยู่ในภาวะของการถูกจำกัดสิทธิ มิใช่ความคาดหมายของบุคคลผู้ถูกจำกัดสิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาล เพื่อให้ศาลเห็นว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

สังเกตได้ว่าหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ตามสัญญาแพรอนไซส์เป็นข้อสัญญาที่

ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับที่ศาลได้ใช้ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวในการพิจารณาว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีและตกเป็นโมฆะหรือไม่

เมื่อข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ตามสัญญาแฟรนไชส์มีเนื้อหาครบตามองค์ประกอบในข้อ 1) และ 2) แล้วศาลจะมีอำนาจดุลพินิจพิจารณาปรับลดข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติลงมาเป็นข้อสัญญาที่มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ดังนั้น ข้อสัญญาที่ศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น ซึ่งจะต่างจากผลบังคับของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้สัญญามีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ได้ในกรณีโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม โดยการพิจารณาว่าจะให้มีผลบังคับเพียงใดที่จะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลพิจารณาไว้ในมาตรา 10 คือ ศาลต้องดูพฤติการณ์ต่างๆ และ

1. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของกลุ่มสัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
2. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
3. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
4. การรับภาระที่หนักกว่ามากของกลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

โดยทั่วไปฐานะของกลุ่มสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์นั้นจะมีความไม่เท่าเทียมกันโดยผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองน้อยกว่า อีกทั้งสัญญาแฟรนไชส์นั้นก็จัดเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นสัญญาที่กลุ่มสัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า (ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ) ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมุ่งหมายให้บุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญา (ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ) สามารถแสดงเจตนาทำสัญญาตามเนื้อหาดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องทำการต่อรองหรือเจรจาใดๆ กันอีก กล่าวคือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้ารวมถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ถ้าศาลเห็นว่าข้อสัญญา

ดังกล่าวเอาเปรียบผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเกินสมควร ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ข้อสัญญานั้นก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ดังนั้นศาลจึงสามารถควบคุมผลบังคับของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันให้เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีด้วยการนำเรื่องโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้ ให้ข้อสัญญาส่วนที่เหมาะสมมีผลบังคับใช้ได้และข้อสัญญาส่วนที่ไม่เหมาะสมเป็นโมฆะซึ่งแค่นั้นเพียงใดจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณีๆ ไปโดยอาศัยมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีอย่างกว้างๆ

3.1.2 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์มีองค์ประกอบหลักคือการอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้อนุญาตเป็นผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้ผู้ได้รับอนุญาตได้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์โดยชอบด้วยกฎหมายและสินค้าหรือบริการเป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน เช่นเครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้จึงต้องนำมาใช้พิจารณาในการตกลงทำสัญญาแฟรนไชส์

3.1.2.1 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าโดยตรง คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 เมื่อผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตกลงให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการของตนในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ คู่สัญญาต้องนำสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวที่ได้ทำขึ้นมานั้นไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญา ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 68* ผลของการ

* มาตรา 68 เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วจะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางอย่างก็ได้ โดยสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน และการขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่คำขอจดทะเบียนนั้นอย่างน้อยต้องแสดงรายการดังต่อไปนี้

(1) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น และผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาต ที่จะทำ
ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น สามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้
อย่างแท้จริง

ไม่ได้จดทะเบียนกฎหมายถือว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็น โฆษะ ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สัญญาแฟรนไชส์บางลักษณะอาจไม่ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ต้องนำมาจดทะเบียน เช่น

1) ถ้าเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่เจ้าของธุรกิจไม่ได้จดทะเบียนไว้ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาเมื่อมีการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนั้น ก็ไม่ต้องมีการนำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมาหรือสัญญาแฟรนไชส์มาจดทะเบียน เพราะไม่มีทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการจะให้จดได้

2) ถ้าผู้เข้าร่วมธุรกิจจะต้องนำสินค้ามาจากเจ้าของโดยตรงมาจำหน่าย ก็ไม่เข้าเงื่อนไขในการควบคุมคุณภาพของสินค้า เพราะเจ้าของธุรกิจเป็นผู้ควบคุมคุณภาพสินค้าอยู่แล้ว มีลักษณะเหมือนตัวแทนจำหน่ายสินค้า

3) ถ้าเจ้าของธุรกิจเข้าไปควบคุมธุรกิจโดยตรง ผู้เข้าร่วมธุรกิจไม่มีสิทธิดำเนินการด้วยตนเอง ผลตอบ แทนที่ได้รับต้องส่งคืนให้เจ้าของธุรกิจ ไม่ต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า/บริการ เพราะมีลักษณะเป็นสำนักงานสาขาของเจ้าของธุรกิจ

การที่จะพิจารณาว่า สัญญาแฟรนไชส์อย่างใดที่จะต้องนำมาจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า/บริการให้พิจารณาดังนี้

1) พิจารณาว่า ผู้เข้าร่วมธุรกิจนั้น มีสิทธิผลิตสินค้าหรือนำสินค้าจากที่อื่นที่มีคุณภาพเท่าเทียม หรือมีคุณภาพตรงตามที่เจ้าของธุรกิจรับรอง ไว้มาดำเนินการธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของธุรกิจ ตัวอย่างเช่น

- ถ้าสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่า สินค้าที่เป็นส่วนสำคัญของการประกอบธุรกิจ คือขายสินค้าที่ผลิตมาสำเร็จรูปแล้ว ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับสินค้าที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผลิตสำเร็จรูปแล้วมาจำหน่ายเท่านั้น ห้ามนำสินค้าจากที่อื่นมาจำหน่าย เช่นนี้แล้วไม่ต้องนำสัญญาแฟรนไชส์มาจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เนื่องจากการควบคุมคุณภาพสินค้าอยู่ภายใต้การผลิตและควบคุมโดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยตรง ตัวอย่างเช่น การขายอาหารหมักเกลือ ถ้าผู้เข้าร่วมธุรกิจจะต้องนำเส้นหมี่หรือเกี๊ยวมาจากเจ้าของธุรกิจโดยตรงแล้ว ไม่ต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

- ถ้าสัญญาแฟรนไชส์ใดระบุว่า สินค้าที่ใช้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบธุรกิจ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องผลิตขึ้นมาเองหรือนำมาจากแหล่งอื่น ๆ (ที่มีใช้ผู้อนุญาต

(2) สินค้าที่จะได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

ให้ใช้สิทธิผลิตขึ้นมาเอง) ก็ได้ โดยสินค้านั้นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยอมรับในคุณภาพของสินค้านั้น เช่นนี้สัญญาแพรอนไซส์นั้นจะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น การขายอาหารหมักเคี้ยว ถ้าในสัญญาระบุว่า ผู้เข้าร่วมธุรกิจนอกจากจะต้องซื้อเส้นหมี่หรือเกี่ยวมาจากเจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว จะนำเส้นหมี่หรือเกี่ยวมาจากผู้ประกอบการอื่นๆ มาจำหน่ายก็ได้ โดยผ่านการตรวจสอบคุณภาพจากเจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก่อนเช่นนี้ สัญญาแพรอนไซส์นั้นจะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

ปัญหาที่น่าคิดคือหากในสัญญากำหนดว่า ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องซื้อสินค้ามาจากแหล่งอื่นก็ได้ โดยที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้รับรองไว้แล้วว่าเป็นสินค้าที่ได้มาตรฐานดีตามความประสงค์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อไม่ใช่สินค้าที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผลิตขึ้นมาเองแล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นสัญญาที่ต้องจดทะเบียนอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าด้วย

- ถ้าสัญญาแพรอนไซส์ใดกำหนดว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องผลิตสินค้าเองหรือนำสินค้าจากแหล่งอื่นมาจำหน่าย โดยจะต้องผลิตสินค้าให้ได้มาตรฐานตามสูตรหรือเคล็ดลับที่ทำให้สินค้านั้นได้มาตรฐานตามที่เจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด เช่นนี้ถือว่าเป็นสัญญาแพรอนไซส์ที่จะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น แพรอนไซส์อาหารประเภทขนมปัง ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะนำแป้งและส่วนผสมจากที่อื่นมาผลิต แต่จะต้องผลิตภายใต้สูตรหรือความลับที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด โดยเคร่งครัด สัญญาแพรอนไซส์ดังกล่าวจะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า

ถ้าหากสัญญาแพรอนไซส์ข้างต้นระบุว่า ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องซื้อแป้งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้ผสมสำเร็จแล้วเท่านั้นมาทำการผลิต ทั้งนี้เนื่องจากเกรงว่าสูตรต่างๆ ที่ใช้ในการผสมจะแพร่หลายสู่คนทั่วไป สัญญาแพรอนไซส์นี้ต้องนำมาจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเช่นกัน ทั้งนี้เพราะแม้วัตถุดิบจะมาจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยตรงก็ตาม แต่กรรมวิธีการผลิตผลิตโดยผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ภายใต้เงื่อนไขการควบคุมและวิธีการผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิพิจารณาว่า ผู้เข้าร่วมธุรกิจหรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น ดำเนินธุรกิจบริการด้วยตนเอง โดยอยู่ภายใต้การให้คำแนะนำ หรือมาตรฐานที่เจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้กำหนดขึ้น ภายใต้เครื่องหมาย บริการของเจ้าของธุรกิจหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เจ้าของธุรกิจที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือบริการนั้น มีอำนาจเข้าไปในธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงเพื่อการควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้รับอนุญาตหรือควบคุมดูแลการให้บริการของผู้เข้าร่วมธุรกิจผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อให้สินค้าหรือการบริการนั้น มีคุณภาพที่ดี ได้มาตรฐานตามที่เจ้าของธุรกิจกำหนดไว้ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้บริโภคว่า ผู้บริโภคจะได้บริโภคสินค้าหรือรับบริการที่มี

คุณภาพ และมาตรฐานที่ดีเหมือนกับเจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้ดำเนินการเอง แต่การที่จะเข้าไปควบคุมคุณภาพของสินค้า หรือการบริการของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น บางครั้งอาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งประกอบกิจการนั้น ทำให้คุณภาพของสินค้า หรือมาตรฐานของการให้บริการนั้น ไม่เป็นไปตาม ที่เจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดไว้ ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ได้กำหนดมาตรการในการที่จะให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เป็นเจ้าของธุรกิจมีสิทธิที่จะกำหนดเงื่อนไข หรือหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้า และผู้ได้รับอนุญาต โดยให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้า หรือการบริการของผู้ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น ในสัญญาที่ทำขึ้นนั้นแม้จะมีเงื่อนไข หรือข้อกำหนดที่จะทำ ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือ เจ้าของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถควบคุมคุณภาพสินค้า หรือการบริการของผู้รับอนุญาตแล้วเท่านั้นยังไม่เพียงพอ ในสัญญา จะต้องกำหนดไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิผิดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการควบคุม คุณภาพของสินค้าหรือการบริการแล้ว เจ้าของธุรกิจหรือผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้ามีสิทธิที่จะดำเนินการอย่างไร กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเช่น มีหนังสือบอกกล่าวตักเตือนให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแก้ไขปรับปรุง สินค้าหรือการให้บริการภายใน เวลาที่กำหนด เมื่อพ้นเวลาที่กำหนด แล้วผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ อาจถูกบอกเลิกสัญญาหรือชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น

- ถ้าเป็นธุรกิจแฟรนไชส์ประเภทการให้บริการ สัญญาแฟรนไชส์ประเภทธุรกิจบริการ จะต้องจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายบริการทุกประเภท เพราะเหตุว่า การดำเนินการให้บริการมาจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยตรง แต่วิธีการและขั้นตอน อยู่ภายใต้การควบคุมตามแผนงานและตามรูปแบบที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น ธุรกิจการให้บริการนวดแผนโบราณ การให้บริการนวดเป็นของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่ให้แก่ลูกค้า โดยกรรมวิธีการนวดจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและแผนงานที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด เช่นนี้ ต้องนำสัญญาแฟรนไชส์มาจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายบริการ¹⁵

อาจกล่าวได้ว่าสัญญาแฟรนไชส์ที่ต้องนำมาจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเครื่องหมายการค้าต้องเป็นสัญญาที่เข้าทุกลักษณะองค์ประกอบของสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ตามข้อ 2.3

¹⁵ พิบูล ดันดิศุภผล, ธุรกิจแฟรนไชส์กับการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า/บริการ [ออนไลน์], ธันวาคม 2548. แหล่งที่มา

http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=view&id=328&Itemid=197

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 คำ มีบทบัญญัติในมาตรา 69 อย่างกว้าง ๆ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในกรณีอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ดังนี้

“ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตาม มาตรา 68 จะไม่เป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย ให้นายทะเบียนมีคำสั่งรับจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าว โดยจะมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดเพื่อประโยชน์ดังกล่าวก็ได้ แต่ถ้า นายทะเบียนเห็นว่าสัญญาอนุญาตดังกล่าวจะเป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย ให้นายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าว

เมื่อนายทะเบียนได้มีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดตามข้างต้นแล้ว ให้มีหนังสือแจ้งคำสั่งให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่นายทะเบียนได้มีคำสั่งรับจดทะเบียน โดยมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดหรือมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียน ให้แจ้งเหตุผลให้บุคคลดังกล่าวทราบด้วย

เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียน ตามวรรคหนึ่งต่อคณะกรรมการภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคำสั่งของนายทะเบียนเป็นที่สุด

คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการตามวรรคสามให้เป็นที่สุด”

ดังนั้น สัญญาแฟรนไชส์ที่เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งจะได้รับการจดทะเบียนต้องไม่มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย มาตรา 150 และ 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องนำมาพิจารณาในเรื่องนี้ รวมถึงการนำมาใช้พิจารณาในเรื่องการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

ทั้งนี้ ไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 ที่กำกับดูแลไม่ให้ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าใช้สิทธิอย่างไม่ชอบธรรมในลักษณะต่อต้านหรือจำกัดการแข่งขัน ซึ่งอาจจะเป็นเพราะว่าเป้าหมายของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าคือ การ

ป้องกันมิให้สาธารณชนสับสนในเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นเครื่องประกันคุณภาพสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า บรรดาข้อสัญญาจำกัดสิทธิในลักษณะต่อต้านการแข่งขันในสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่ตกอยู่ในขอบเขตของกฎหมายเครื่องหมายการค้า¹⁶

3.1.2.2 กฎหมายลิขสิทธิ์

ในสัญญาแฟรนไชส์ อาจมีข้อตกลงให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในระบบคอมพิวเตอร์ หรือซอฟต์แวร์, แผ่นพับ โฆษณาสินค้าหรือบริการธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นผู้ทรงลิขสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์อยู่ภายใต้มาตรา 15 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“...เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

การพิจารณาว่าเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง (5) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ปัจจุบันได้มีกฎกระทรวง(พ.ศ. 2540) ออกตามความมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดถึงเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมดังต่อไปนี้

“ข้อ 1. การพิจารณาว่าเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15(5) มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ ให้พิจารณาเป็นกรณีๆ ไปโดย

¹⁶ Sakda Thanitcul, “Vagueness and Enforceability : Potential problems of the 1991 Thai Trademark Act,” *Pacific Rim Law and Policy Journal* 3 (June, 1994): 28 pp.

พิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขนั้นด้วย

ภายในบังคับวรรคหนึ่ง เงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15(5) ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรม

(1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนา งานที่ได้รับอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนจากเจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนา งานทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้จำหน่ายรายหนึ่งรายใดหรือหลายรายที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด เว้นแต่ถ้าไม่กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้สำเนาที่ผลิตไม่ได้มาตรฐานที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร

(2) กำหนดห้ามผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนา งานทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้จำหน่ายรายหนึ่งรายใดหรือหลายรายที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด เว้นแต่ถ้าไม่กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้สำเนาที่ผลิตไม่ได้มาตรฐานที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดหรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร

(3) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการว่าจ้างบุคคลเพื่อผลิตสำเนาตามหนังสืออนุญาต เว้นแต่จำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ได้สำเนาตามมาตรฐานที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด หรือเพื่อรักษาความลับทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเพื่อให้บริการทางเทคนิคที่จำเป็น

(4) กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ในอัตราที่ไม่เป็นธรรม เมื่อเปรียบเทียบกับอัตราที่กำหนดในการอนุญาตที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดสำหรับผู้รับอนุญาตรายอื่นสำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเดียวกันของเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้รับอนุญาตที่มีความสัมพันธ์หรือฐานะทำนองเดียวกัน รวมทั้งเป็นการอนุญาตในช่วงเวลาเดียวกัน

(5) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการวิจัยหรือศึกษางานอันมีลิขสิทธิ์ที่อนุญาต

(6) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตโอนลิขสิทธิ์ในงานที่ผู้รับอนุญาตทำการดัดแปลงหรือพัฒนาจากลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใด หรืออนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดแต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิเกี่ยวกับงานที่ได้ดัดแปลงหรือพัฒนานั้น ทั้งนี้ เว้นแต่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลดังกล่าวจะจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมให้แก่ผู้รับอนุญาต

(7) กำหนดเงื่อนไขให้ผู้อนุญาตมีสิทธิที่จะบอกเลิกการอนุญาตตามอำเภอใจและไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข้อ 2. เงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา ๑๕(๕) ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม

(1) กำหนดผู้รับอนุญาตต้องใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อื่นของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว เว้นแต่จะมีความจำเป็นต้องใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นร่วมกัน หรือเพื่อเชื่อมระบบงานเทคโนโลยี หรือเพื่อให้สำนักงานได้มาตรฐานตามที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด

(2) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นที่ผู้อนุญาตกำหนด เว้นแต่จะมีความจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้การใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อนุญาตนั้นได้ผลตามวัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย หรือเพื่อเชื่อมระบบ”

จะเห็นได้ว่ากฎกระทรวงดังกล่าวภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดถึงเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายหรือการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ครอบคลุมอยู่ด้วยจึงต้องใช้มาตรา 150 และ 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา

3.1.2.3 กฎหมายสิทธิบัตร

ในสัญญาแฟรนไชส์ อาจมีข้อตกลงให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิในการใช้สิทธิบัตรการประดิษฐ์เพื่อการผลิตสินค้าหรือสิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์สำหรับประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จึงต้องนำมาพิจารณา โดยมาตรา 39 (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ กำหนดว่า “การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรนั้น ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้” ในปัจจุบันมีกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ในเรื่องเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม โดยกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร ซึ่งมีข้อสังเกตคือ (1) เป็นการ

ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) เท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าที่ผลิตโดยใช้สิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร (2) กฎกระทรวงข้างต้นใช้บังคับแก่ การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรเท่านั้น ไม่รวมถึงการให้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เช่น ผู้ทรงสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ ฯลฯ เป็นต้น (3) เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่คณะกรรมการสิทธิบัตรเล็งเห็นว่ามีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 39 วรรคสุดท้าย ประกอบข้อ 8 ของกฎกระทรวง ซึ่งแยกได้ 2 กลุ่มดังนี้

1) เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่มีลักษณะชัดเจนว่า เป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมตามข้อ 4 ของกฎกระทรวงดังกล่าว มี 5 ข้อดังนี้

1.1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์อื่นของผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่สามารถได้จากแหล่งอื่นในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่ได้รับจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

1.2) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่า สิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 54 หรือมาตรา 64 หรืออนุสิทธิบัตรของผู้ทรงอนุสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 65 นว หรือมาตรา 77 ัญญ

1.3) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตเปิดเผยการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งผู้รับอนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น หรือยอมให้ผู้ทรงสิทธิบัตร หรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหาประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้กำหนดค่าตอบแทนที่เหมาะสมในการหาประโยชน์แก่ผู้รับอนุญาต

1.4) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุ

1.5) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตกระทำการในเรื่องที่ศาลได้เคยมีคำพิพากษา หรือคณะกรรมการ หรือคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม

2) เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทน ที่ต้องนำปัจจัยอื่นมาพิจารณาประกอบเพิ่มเติมว่ามีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่

โดยปัจจัยอื่นๆที่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาได้แก่ วัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนนั้น คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน ทั้งนี้ ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทน ที่อาจมีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมตามข้อ 3 ของกฎกระทรวงดังกล่าว มี 13 ข้อดังนี้

2.1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี กำหนดหรืออนุญาต ไม้ว่าวัสดุที่ใช้ในการผลิตนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นการวัสดุที่ไม่สามารถได้จากแหล่งอื่นในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วต้องไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่มีคุณภาพเท่าเทียมกับที่สามารถจัดหาจากผู้อื่นได้

2.2) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี กำหนด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถ้าไม่กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นในราชอาณาจักร

2.3) กำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการว่าจ้างบุคคลเพื่อใช้ในการผลิตโดยใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาต เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร

2.4) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรกำหนด

2.5) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตมอบอำนาจในการขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรกำหนด

2.6) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำกัดปริมาณการผลิต การขาย หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์

2.7) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น หรือกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี ก่อนส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น เว้นแต่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรจะเป็นผู้ทรงสิทธิในประเทศดังกล่าว และได้อนุญาตให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีสิทธิขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแต่ผู้เดียวในประเทศนั้น ก่อนที่จะได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้รับอนุญาต

2.8) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้าทดลอง วิจัย หรือพัฒนาการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์

2.9) กำหนดเงื่อนไข หรือข้อจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการใช้การประดิษฐ์ หรือแบบผลิตภัณฑ์ของบุคคลอื่น นอกจากการประดิษฐ์ หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับอนุญาต

2.10) กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรมีอำนาจในการกำหนดราคาขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตนั้น

2.11) กำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร ในกรณีที่การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนบกพร่องไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่ายในเวลาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร

2.12) กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรในอัตราที่สูงเกินสมควร ในอัตราที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับอัตราที่กำหนดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรทำกับผู้รับอนุญาตรายอื่น

2.13) กำหนดเงื่อนไขที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2542 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสิทธิบัตรกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ มีเช่นนั้น เงื่อนไข หรือข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามที่มาตรา 39 วรรค 2 บัญญัติไว้

โดยที่ข้อ 3(13) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 กำหนดให้ข้อตกลง ข้อจำกัดสิทธิ หรือเงื่อนไขที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรมโดยให้พิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขัน โดย

ไม่ชอบธรรม ผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ รวมทั้งคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันและ

นอกจากนั้น ตามข้อ 4(5) ของกฎกระทรวงดังกล่าว ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรจะถือว่าเป็นเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสิทธิในลักษณะการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมหากมีลักษณะเป็นการขัดแย้งกับในเรื่องที่ศาลได้เคยมีคำพิพากษา หรือคณะกรรมการสิทธิบัตร หรือคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันซึ่งก็คือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ ในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม

ดังนั้น ความมีผลชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ที่รวมถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติและคำพิพากษาและคำวินิจฉัยภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อ 3.3.1

3.1.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องมีการอบรมหรือถ่ายทอดข้อมูลความรู้รวมถึงวิธีการ (Know-how) ในการประกอบธุรกิจนั้นๆ ให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งความรู้หรือข้อมูลดังกล่าวมักเป็นข้อมูลหรือความรู้ทางเทคนิคเฉพาะ ที่เรียกว่า ความลับทางการค้า ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นผู้ทรงสิทธิ จึงต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวกับความลับทางการค้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ กฎหมายความลับทางการค้าของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 “ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

ฉะนั้นหากพิจารณาจากคำนิยามข้างต้นแล้วเมื่อนำมาปรับเข้ากับข้อมูลในธุรกิจแฟรนไชส์ จะเห็นได้ว่าความลับทางการค้าในธุรกิจแฟรนไชส์จึงต้องมีลักษณะดังนี้

- 1) เป็นข้อมูลทางการค้า
- 2) ข้อมูลทางการค่านั้นยังไม่เป็นที่รู้จักหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ตัวอย่างเช่น พนักงานในร้านแฟรนไชส์อาจมีหลายระดับตั้งแต่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ผู้จัดการร้านหรือพนักงานทั่วไป ซึ่งแต่ละระดับจะได้รับการถ่ายทอดหรือฝึกสอนหรือรู้ข้อมูลของแฟรนไชส์ในระดับที่แตกต่างกัน
- 3) ข้อมูลทางการค่านั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับหมายความว่าหากข้อมูลเหล่านั้นถูกเปิดเผยก็จะหมดประโยชน์ทันที เช่น ข้อมูลต้นทุนสินค้าวัตถุดิบ หรือแผนการตลาดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น
- 4) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ดังนั้น คู่มือปฏิบัติงาน ข้อมูลเกี่ยวกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหรือเกี่ยวกับแฟรนไชส์ รายละเอียดของสูตรต่างๆ ในเรื่องของสินค้าหรือบริการ หรือแม้กระทั่งรายชื่อลูกค้า ก็ล้วนแล้วแต่เป็นความลับทางการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่ควรจะต้องได้รับการคุ้มครองทั้งสิ้น โดยผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลความลับใดๆ หรือนำความลับนั้นไปใช้ในเชิงแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งหากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจก็สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนและขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำนั้นได้เพราะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 จึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่คุ้มครองผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในเรื่องความลับทางการค้า ซึ่งมาตรา 5 บัญญัติว่า “ความลับทางการค่านั้นย่อมโอนให้แก่กันได้ เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใด เพื่อรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวให้เป็นความลับต่อไปก็ได้”

มาตรา 6 การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอม จากเจ้าของความลับทางการค่านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ ผู้ละเมิดจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติ เช่นว่านั้น

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งเป็นเจ้าของความลับทางการค้าสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างใดเพื่อรักษาความลับทางการค้าของตนให้เป็นความลับต่อไปจากการที่ตนเปิดเผยหรืออนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ได้ใช้ความลับทางการค้าของตน

โดยทั่วไปเงื่อนไขที่กล่าวไว้ในวรรคก่อนที่มีอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์คือข้อกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีหน้าที่ในการรักษาความลับ หากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นผู้เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจก็สามารถฟ้องในทางแพ่งฐานผิดสัญญาได้เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์

นอกจากนี้ เงื่อนไขหนึ่งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มักกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อรักษาความลับทางการค้าของตนให้เป็นความลับต่อไปคือข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยในแง่ของความลับทางการค้าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวจะห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินำความลับทางการค้าของตนที่ได้ถ่ายทอดให้กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านทางสัญญาแฟรนไชส์ไปใช้ในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเองอันจะเป็นการประกอบธุรกิจแข่งขันกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเฉพาะเมื่อสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง

ดังนั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 จึงต้องนำมาใช้พิจารณาว่าถึงสิ่งใดบ้างที่จะถือเป็นความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถนำไปใช้เพื่อการประกอบธุรกิจของตนได้

3.1.3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

3.1.3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยคือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีเจตนารมณ์ที่จะรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในการตลาดเพราะการแข่งขันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ ผู้บริโภคจะได้ผลประโยชน์สูงสุดในตลาดที่มีการแข่งขัน ในขณะที่ตลาดซึ่งปราศจากการแข่งขันจะทำให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจและเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคมากกว่าผลดี รัฐจึงต้องออกกฎหมายเพื่อเข้าแทรกแซงระบบตลาดเพื่อมิให้เกิดตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับกับธุรกิจทุกประเภท ดังนั้นธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งเป็นธุรกิจพาณิชย์กรรมจึงย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมมิให้ใช้วิธีการที่กฎหมายถือว่าเป็นการ

ผูกขาด หรือใช้วิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หากมีความจำเป็นและเหตุผลสมควร กฎหมายก็ยอมให้ทำได้

กรณีสัญญาแฟรนไชส์ที่มีคู่สัญญาระหว่างประเทศ ย่อมตกอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้เช่นกัน เพราะพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในต่างประเทศย่อมตกอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้หากกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของประเทศไทยและผลของการกระทำเกิดขึ้นในประเทศไทย ตามหลักของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้บริโภคในตลาดประเทศไทยได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่กระทำขึ้นนอกราชอาณาจักร แต่อย่างไรก็ดี มักเกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายอาญาของไทย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติฉบับนี้กับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ต่างประเทศ¹⁷

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่อาจนำมาปรับใช้สำหรับกรณีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นการจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ คือ

- 1) มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**

* มาตรา 5 ความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้ กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้ กระทำในราชอาณาจักร

¹⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551) หน้า 235.

** มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (3) ระบุ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

การกระทำผิดตามมาตรา ๒๙ ผู้กระทำความผิดต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ไม่ใช่บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท

มาตรา 25 นี้จะเป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เข้าลักษณะข้างต้นเนื่องจากการกระทำของบุคคลดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อกลไกราคาและประสิทธิภาพของการแข่งขันในตลาดโดยจะควบคุมพฤติกรรมดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 25(1))

(2) การกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการบังคับต่อลูกค้าของตนอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 25(2))

(3) การระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การนำเข้า โดยไม่มีเหตุผลสมควร(มาตรา 25(3))

(4) การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 25(4))

ดังนั้น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจมีความผิดและต้องได้รับโทษตามพระราชบัญญัตินี้หากกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

2) มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542^๑

^๑ มาตรา 29 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจในทางการค้าที่ตนมีอยู่เหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นกระทำการใดๆ อันส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งเกินขอบเขตหรือปกติวิสัยของการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ ดังนั้นการกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา นี้ต้อง

- (1) เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ
- (2) โดยเป็นพฤติกรรมการค้าที่มีใช้การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม
- (3) อันส่งผลต่อการประกอบธุรกิจของผู้อื่นในลักษณะเป็นการทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกธุรกิจ กล่าวคือมีพฤติกรรมที่เป็นการแข่งขันที่ไม่ชอบธรรมและมีผลทำให้คู่แข่งเสียหาย

ในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน ได้ออกแนวปฏิบัติ^{*} พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อกำหนดและอธิบายว่าพฤติกรรมใดที่ทางสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในฐานะที่เป็นหน่วยงานกำกับดูแลพระราชบัญญัติฉบับนี้เห็นว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ตัวอย่างของพฤติกรรมที่ถือว่าต้องห้ามตามมาตรา นี้ ได้แก่

- การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าทุน
- การกำหนดราคาที่แตกต่างกันให้กับลูกค้า (Price discrimination)
- การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลงทางการค้า (Exclusivity dealing) และด้านอาณาเขต (Exclusivity Territories)
- การบังคับขายพ่วง (Tie-in-sale)
- การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจ โดยไม่มีเหตุผลอันควร
- การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

^{*} โปรดดูแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในภาคผนวก ก

- การกระทำอื่นใดที่มีไว้เป็นวิสัยทางการค้าปกติและมีเจตนาทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 นี้ได้กำหนดถึงลักษณะพฤติกรรมที่ได้รับการยกเว้นจากการถือว่าเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ซึ่งรวมถึงกรณีการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น อันได้แก่ การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลง (Exclusivity) และการจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขต (Exclusivity Territories) ในสัญญาแฟรนไชส์เพราะพฤติกรรมดังกล่าวมิใช่เหตุผลทางธุรกิจ

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดและวัตถุประสงค์ตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว เงื่อนไขของการทำสัญญาแฟรนไชส์ที่สอดคล้องกับหลักการและความจำเป็นในการทำแฟรนไชส์ข้างต้นนี้จะไม่ถือว่าเป็นการทำผิดพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าเพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำภายในขอบเขตของการดำเนินธุรกิจปกติ แต่เงื่อนไขที่เกินเลยไป ตัวอย่างเช่น หากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์มากเกินไปโดยไม่มีเหตุผลก็อาจถือเป็นพฤติกรรมที่จำกัดหรือกีดกันการแข่งขันได้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีลักษณะเข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรา 29 ของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่

บทบัญญัติในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า บังคับใช้กับผู้ประกอบการทุกรายโดยไม่เจาะจงว่าจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือต้องเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ จึงทำให้มีความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการใช้บังคับเพื่อป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดหรือทำลายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้กระทำจึงทำให้สะดวกในการบังคับใช้ โดยมาตรา 29 จะเป็นการมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่ถูกกีดกันแก่สิ่งมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวมเพื่อส่งเสริมให้ภาวะการแข่งขันในตลาดดำเนินไปด้วยความเป็นธรรม ซึ่งการบังคับใช้มาตรา 29 จะยึดหลักเหตุและผล (Rule of Reason) ในการตัดสินใจว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็จะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจจะเป็นเรื่องเฉพาะสำหรับธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของการ กระทำนั้น วัตถุประสงค์ของการกระทำ ผลที่

เกิดขึ้นแล้ว และผลที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตเนื่องจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีหลากหลายลักษณะและสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแวดล้อมของการแข่งขันในตลาด

แนวทางและวิธีการพิจารณาความเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันและความเสียหายต่อผู้ประกอบการอื่นนั้นจะแตกต่างกันในส่วนของการพิจารณาความเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันจะต้องพิจารณาหลายปัจจัยรวมถึงลักษณะของตลาด ลักษณะของสินค้าภาวะการแข่งขันในปัจจุบันและในอนาคต อุปสรรคในการที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาในตลาด ฯลฯ ทั้งนี้วิธีการพิจารณาจะแตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อยขึ้นอยู่กับลักษณะของพฤติกรรมสำหรับแนวทางและวิธีการพิจารณาผลกระทบของพฤติกรรมที่เป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการรายอื่นนั้นโดยทั่วไปแล้วจะไม่มีกำหนดเป็นมาตรฐานเพราะจะแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี แต่โดยทั่วไปแล้ว อาจพิจารณาได้จากการเปลี่ยนแปลงของยอดขาย รายได้ อัตรากำไร ตลอดจนต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการ ที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมต้องแบกรับ รวมถึงการสูญเสียโอกาสทางการค้า และโอกาสในการสร้างรายได้หรือกำไรด้วย

ในส่วนของการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้านี้จึงต้องคำนึงถึงว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรในเชิงธุรกิจ เช่น ในเรื่องความจำเป็นในการอยู่รอดของธุรกิจ ผลประโยชน์อันสมควรจากการกำหนดข้อห้ามดังกล่าว การที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

เหตุผลหลักในการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวคือเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจากการไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์นำไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยมิชอบเพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งจะนำไปสู่การสร้างแรงจูงใจให้การลงทุนลงแรงในการประดิษฐ์คิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ขึ้นมาซึ่งเป็นการพัฒนาหรือยกระดับคุณภาพชีวิตในสังคม ในขณะที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งรักษาและส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม¹⁸ ดังนั้นข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ แม้จะส่งผลเป็นการให้ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดการแข่งขันซึ่ง

¹⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 3.

ก่อให้เกิดการค้าที่ไม่เสรี แต่ในแง่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นก็ถือการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของตน

การพิจารณาว่าการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์เป็นการกระทำที่ผิดมาตรา 29 พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 หรือไม่จึงต้องพิจารณาดูว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบเพื่อจำกัดการแข่งขันหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ กับพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปออกประกาศหรือแนวปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับการกำกับดูแลมิให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ใช้สิทธิตามกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปในลักษณะไม่ชอบธรรม หรือใช้สิทธิในลักษณะต่อต้านหรือจำกัดการแข่งขันที่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า ประกอบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาซึ่งการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดต้องมีกฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้งหรือต้องอาศัยการพิสูจน์ให้สิ้นข้อสงสัยถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายอาญา ในปัจจุบันมาตรา 25 และ 29 พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสัญญาแฟรนไชส์และไม่อาจถือได้ว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

จากที่ได้กล่าวถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันทางธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ประกอบกับมาตรา 10 และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมซึ่งเกิดขึ้น โดยมีหลักการสำคัญคือการคุ้มครองผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการทำสัญญา โดยมุ่งเน้นความสำคัญของการให้ศาลเข้ามาเป็นผู้ปรับลดข้อตกลงตามสัญญาให้มีความเป็นธรรมและลดระดับความรุนแรงของการเอาเปรียบกันทางสัญญา กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการ

ประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพว่าเป็น
 ธรรมและใช้บังคับได้หรือไม่ในมาตรา 5 ดังนี้

- 1) ข้อตกลงซึ่งไม่เป็นโมฆะ
- 2) ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึง
 คาดหมายได้ตามปกติ
- 3) การรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติให้พีเคราะห์ถึงขอบเขตใน
 ด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการ
 ประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือ
 เสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย
- 4) ผลของข้อตกลงดังกล่าวให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร
 แก่กรณีเท่านั้น โดยตามมาตรา 10 ให้พีเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง
 - ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ
 ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือก
 อย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
 - ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
 - เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
 - การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ
 คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
 ตามสัญญาแฟรนไชส์ที่จะนำหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้มาปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรม
 ได้นั้น จึงต้องผ่านหลักเกณฑ์ความไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน
 กล่าวคือข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องไม่ขัดกับกฎหมายโดยชัดแจ้งและความสงบเรียบร้อยหรือ
 ศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเปรียบเทียบกับ
 แนวคำพิพากษามาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2545 ที่
 เกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน ศาลได้ใช้หลัก
 เสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นข้อวินิจฉัยผลบังคับของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้า
 แข่งขัน โดย

(1) ศาลไทยยอมรับนับถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาภายใต้หลักความสงบ
 เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 โดยจะพิจารณาและวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่

เป็นการตัดทางทำมาหาได้ของลูกจ้างอย่างเด็ดขาดหรือไม่สมเหตุสมผลเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกเป็นโมฆะ

(2) ศาลไทยนำหลักเกณฑ์ในเรื่อง ประโยชน์ของนายจ้าง กำหนดระยะเวลา พื้นที่ หรือเขตที่ห้ามซึ่งก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้ามาวินิจฉัยเทียบเคียงว่าข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพ หรือการค้าแข่งขันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกเป็นโมฆะหรือไม่

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งไม่ควรตกเป็นโมฆะหากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นเนื่องจากข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นหนึ่งในหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนและการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวย่อมมีเหตุผลในเชิงธุรกิจแฟรนไชส์ในการคุ้มครองข้อมูล ความรู้ โฉวฮาวต่างๆของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ได้ถ่ายทอดให้กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวถือว่าไม่ขัดกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ตามมาตรา 5 วรรค 2 และมาตรา 10 ยังไม่มีความชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอที่จะเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจในการที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติหรือไม่และควรใช้บังคับข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้มากน้อยเพียงใด นอกจากนี้การขาดความชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอในหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาดังกล่าว ผู้ที่จะเข้าทำสัญญาย่อมไม่อาจทราบสิทธิของตนอย่างชัดเจนก่อนการตกลงเข้าทำสัญญา

อีกทั้ง ประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ ปราบฎแต่คำพิพากษาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงานที่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามก็ตีบริบทคู่สัญญาและความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาแฟรนไชส์ที่ต่างกันทำให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อจำกัดสิทธิแข่งขันไม่เหมือนกันทั้งหมด อย่างไรก็ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นดังนั้นจึงสมควรศึกษากฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้หรือเป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวสำหรับประเทศไทย

3.2 การกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตามสัญญาแฟรนไชส์ในต่างประเทศ

เนื่องจากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจแฟรนไชส์ และต้องปรับใช้ บทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องนิติกรรมสัญญา และเอกเทศสัญญาต่าง ๆ การ บังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงอาจไม่สามารถก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมได้ อันมีสาเหตุมาจากอำนาจต่อรองของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและความไม่รู้ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในบทนี้ จะได้ศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ที่มีพัฒนาระบบการดำเนิน ธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์อย่างกว้างขวาง โดยจำกัดเฉพาะสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้น กำเนิดแฟรนไชส์ ประเทศ ญี่ปุ่น และมาเลเซีย ในฐานะประเทศสมาชิกซึ่งอยู่ในภาคพื้นทวีปเอเชีย และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีความใกล้ชิดกับประเทศไทย แต่ยังคงความเป็นตะวันตกเช่นเดียวกับ สหรัฐอเมริกา

จากการศึกษากฎหมายกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศต่าง ๆ ข้างต้น จะพบว่ามีลักษณะ ของโครงสร้างที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ดังนี้

- 1) กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลในธุรกิจแฟรนไชส์
- 2) กำหนดให้มีการจดทะเบียนสัญญาแฟรนไชส์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 3) กำหนดเงื่อนไขในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ ทั้งในด้านสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ

โครงสร้างของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับอนุญาตทั้งสามลักษณะนั้น ในหลาย ประเทศ ได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เช่น กฎหมายแฟรนไชส์ของประเทศมาเลเซีย ในขณะที่กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์คือกฎหมายระดับสหพันธรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal law) และส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับจดทะเบียนสัญญาแฟรนไชส์และเงื่อนไขในเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐเข้าไปแทรกแซงนิติสัมพันธ์ของภาคเอกชนแตกต่างกัน ไปตามแต่ละรัฐ สำหรับในประเทศออสเตรเลีย บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแฟรนไชส์ เกี่ยวกับการกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลและความสัมพันธ์ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแฟรนไชส์ใน ส่วนของการจำกัดสิทธิแข่งขันของคู่สัญญานั้นสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายระดับ สหพันธรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal law) นอกจากนี้ กฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือ ป้องกันการผูกขาดของแต่ละประเทศก็ต้องนำมาพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันใน การประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์เช่นเดียวกัน

สำหรับรายละเอียดของบทบัญญัติในประเทศต่าง ๆ จะได้พิจารณาตามลำดับดังนี้

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินการภายใต้กฎข้อบังคับของกรรมาธิการการค้าแห่งสหรัฐอเมริกา (Federal Trade Commission: FTC Rule) ที่เรียกว่า “Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures” ซึ่งกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ที่คาดว่าจะเข้ามาเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกับตน กฎหมายฉบับดังกล่าวถือเป็นกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal law) ที่ใช้บังคับเป็นหลักการ ซึ่งมลรัฐต่าง ๆ จะต้องนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายที่ใช้ในมลรัฐของตน เช่น California Franchise Relation Act กำหนดว่า หากผู้อนุญาตปฏิเสธการต่อสัญญาแฟรนไชส์ ย่อมถือได้ว่า ผู้อนุญาตละเมิดสิทธิในการห้ามผู้รับอนุญาตดำเนินธุรกิจแข่งขันกับตน สำหรับในประเด็นเรื่องเงื่อนไข “การจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาต” นั้น กฎหมายของสหพันธรัฐมิได้มีบทบัญญัติที่ควบคุมในเรื่องดังกล่าว ในแต่ละมลรัฐจึงมีอิสระที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ได้โดยอิสระ ในบางมลรัฐ ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ จึงได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Statute law) ในขณะที่บางมลรัฐนำกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มาใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม หากการจำกัดการแข่งขันนั้น มีประเด็นที่พาดพิงไปถึงเรื่องการผูกขาด ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้นำ กฎหมายรัฐบาลกลาง (Federal Law) มาใช้บังคับโดยตรง

3.2.1.1.1 กฎหมายของมลรัฐที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์

เนื่องจากความเป็นอิสระของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาในการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับ มลรัฐต่าง ๆ ได้สอดแทรกบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในกฎหมายลักษณะต่าง ๆ กัน ทั้งที่เป็นกฎหมายแฟรนไชส์ และบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยอาจพิจารณาได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

1) ประมวลกฎหมายแห่งรัฐอินเดียน่า (Indiana Code) มาตรา 23-2-2-2.7-1 : ข้อตกลงในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์; บทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

“สัญญาแฟรนไชส์ที่ทำขึ้นระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในมลรัฐอินเดียน่า หรือมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐดังกล่าวแต่ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในรัฐอินเดียน่านั้นมิชอบด้วยกฎหมายที่จะมีข้อสัญญาดังต่อไปนี้

(1).....

(9) กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตกลงที่จะไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นระยะเวลาเกิน 3 ปี หรือไม่แข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในพื้นที่นอกเหนือจากขอบเขตที่มีสิทธิตามที่ระบุในสัญญาแฟรนไชส์ หรือในขอบเขตพื้นที่ที่เหมาะสมสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏข้อสัญญาดังว่าในสัญญาเมื่อสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงหรือไม่ทำการต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์”

2) ประมวลกฎหมายวิชาชีพและธุรกิจ (California Business and Professional Code) มาตรา 16600

“เว้นเสียแต่ว่ามีบัญญัติไว้ในหมวดหมู่นี้ สัญญาทุกสัญญาที่ทำให้ฝ่ายหนึ่งถูกจำกัดการประกอบอาชีพ การค้า หรือธุรกิจใดๆ ที่ถูกต้องตามกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ”

ตามกฎหมายดังกล่าวของรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้น สัญญาที่ห้ามมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งประกอบธุรกรรมทางการค้าชนิดใดชนิดหนึ่งตกเป็นโมฆะ ซึ่งข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าว อย่างไรก็ตามกฎหมายได้เอื้อประโยชน์ให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้สัญญาความลับทางการค้าเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ประกอบอาชีพแข่งขันกับตน ในความหมายของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์

3) House Bill No. 790 ของมลรัฐเวอร์มอนต์

ข้อสัญญาประเภทนี้อยู่ในรูปของร่างกฎหมายของมลรัฐที่เรียกว่า House Bill No. 790 ซึ่งผ่านการพิจารณาโดยสภาแห่งรัฐเวอร์มอนต์เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 ร่างกฎหมายนี้กำหนดให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ตกเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้

¹ Indiana Code - Section 23-2-2.7-1: Franchise agreement; unlawful provisions

It is unlawful for any franchise agreement entered into between any franchisor and a franchisee who is either a resident of Indiana or a nonresident who will be operating a franchise in Indiana to contain any of the following provisions:

(9) Requiring a franchisee to covenant not to compete with the franchisor for a period longer than three (3) years or in an area greater than the exclusive area granted by the franchise agreement or, in absence of such a provision in the agreement, an area of reasonable size, upon termination of or failure to renew the franchise.

² California Business and Practice Code - Section 16600

Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void.

อนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์นั้นสามารถที่จะพิสูจน์เป็นที่พอใจแก่ศาลเห็นว่าข้อสัญญาแฟรนไชส์นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

- 1) สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ
- 2) มีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ
- 3) ไม่เป็นสัญญาสำเร็จรูป
- 4) มีเหตุผลเพียงพอในสาระและเงื่อนไขของข้อสัญญา

เหตุที่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว กำหนดให้มีการคุ้มครองผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ แทนที่จะเป็นผู้รับอนุญาต เนื่องจาก ลักษณะของสัญญาแฟรนไชส์นั้น เป็นสัญญาประเภทที่ไม่สามารถต่อรองกันได้ (Non-negotiable) และมีการร่างกันไว้ล่วงหน้า หากมีผู้ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาก็ต้องอาศัยสัญญาที่ร่างไว้ล่วงหน้าแล้ว อันเป็นผลมาจากการที่ระบบของแฟรนไชส์นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องคงไว้ซึ่งมาตรฐานและระบบในการดำเนินธุรกิจที่เป็นในแนวทางอย่างเดียวกันโดยสภาพจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งทำให้เงื่อนไขดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งศาลรัฐเวอร์มอนต์ในหลายคดีได้สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว และตัดสินใจว่าสัญญาแฟรนไชส์เป็นเป็นสัญญาสำเร็จรูป เนื่องจากฝ่ายผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมักกำหนดข้อสัญญาโดยที่ไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้มีโอกาสเจรจาต่อรอง หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอยู่ในสภาพที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ดังนั้นหากร่างกฎหมายฉบับนี้ได้รับการอนุมัติบัญญัติเป็นกฎหมาย จะส่งผลทำให้ผู้อนุญาต ประสบความยากลำบากในการบังคับใช้ข้อสัญญาในเรื่องการจำกัดสิทธิ¹⁹

3.2.1.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของสัญญาแฟรนไชส์เป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางหรือกฎหมายสหพันธรัฐ (Federal law) ซึ่งได้แก่

1) Sherman Act ในปี ค.ศ. 1890 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่แสดงจุดยืนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในการส่งเสริมเศรษฐกิจการแข่งขันโดยเสรี (free market economy) ที่ปราศจากการถูกจำกัดทางการตลาดทั้งโดยภาคเอกชนและภาครัฐ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคือ มาตรา 1

¹⁹ John E. McDonald, **Vermont Legislature Introduces Legislation That May Render Non-Compete Provisions in Franchise Agreements** [online], 2008. Available from: <http://www.njlawblog.com/2008/04/articles/franchise/vermont-legislature-introduces-legislation-that-may-render-noncompeteprovisions-in-franchise-agreements>

กำหนดให้การทำธุรกรรมทางการค้าที่เกิดจากการตกลงกันไม่ว่าจะโดยสัญญา การรวมตัว หรือคบคิดกันอันมีลักษณะเป็นการจำกัดการค้าไม่ว่าจะเป็นการทำการค้าระหว่างรัฐหรือกับต่างประเทศเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2) พระราชบัญญัติคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐปี 1914 (The Federal Trade Commission Act 1914) หรือ FTC Act เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการป้องกันและผูกขาดทางการค้า โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้แต่งตั้งคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) ขึ้นมาและให้อำนาจแก่คณะกรรมการ ในการฟ้องคดีที่เห็นว่ามีลักษณะของการผูกขาดทางการค้าโดย มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้การกระทำซึ่งมีลักษณะวิธีการหรือกลยุทธ์ในการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Method of Competition) และมีผลกระทบในเชิงพาณิชย์เป็นสิ่งผิดกฎหมาย โดยผลของกฎหมายฉบับนี้ การค้าแห่งสหพันธรัฐ มีอำนาจโดยตรงที่มีผลบังคับใช้ต่อบุคคล หุ่นส่วน หรือบริษัทที่จะใช้วิธีหรือกระทำการที่ไม่เป็นธรรมในอันที่จะก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงพาณิชย์ด้วยการกำหนดกระบวนการและวิธีการยับยั้งการใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน (unfair method of competition) ต่างๆ เช่น อำนาจในการเรียกบุคคลใด ๆ ให้มาชี้แจงข้อเท็จจริงต่างๆ ภายในเวลา 30 วันนับจากได้แจ้งหมายออกไป หรือการมีอำนาจในการขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (injunctive relief) จากการกระทำที่เชื่อว่าเป็นความผิดได้เป็นต้น²⁰

หน่วยงานที่รับผิดชอบกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาทั้งฝ่ายที่บังคับใช้สิทธิทางอาญาคือ Department of Justice ซึ่งเป็นหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาและ ฝ่ายที่บังคับใช้สิทธิทางแพ่งคือ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ หรือ Federal Trade Commission ได้จัดทำแนวปฏิบัติการป้องกันการผูกขาดสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) ขึ้น โดยได้มีการประกาศออกใช้ในปี ค.ศ. 1995

²⁰ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, “รายงานการศึกษาวิเคราะห์ฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาด,” เสนอกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2551, หน้า 5-2

ภายใต้แนวปฏิบัติปี ค.ศ. 1995 ดังกล่าวหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นข้อสมมติฐานในเบื้องต้นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วยกันสามหลักเกณฑ์ คือ

1) เพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาวิเคราะห์การป้องกันการผูกขาดทางการค้าโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะพิจารณากรณีทรัพย์สินทางปัญญาเสมือนเช่นการพิจารณาทรัพย์สินในรูปแบบอื่นๆ

2) หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะไม่สันนิษฐานว่าทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดอำนาจทางตลาดในบริบทของการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และ

3) หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมองว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ผู้ประกอบการหรือบริษัทต่างๆ สามารถนำปัจจัยอื่นที่มีส่วนช่วยส่งเสริมในการผลิตมาใช้ร่วมกัน²¹

โดยหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ได้จัดทำเพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัตินี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ ได้รวบรวมและพิจารณาจากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบต่างๆ ข้อดีของแนวปฏิบัติในลักษณะนี้ คือสามารถปรับแก้ไข หรือเพิ่มหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อให้เข้ากับสถานการณ์หรือรูปแบบทางธุรกิจได้อย่างรวดเร็ว กระบวนการปรับแก้จะมีความกระชับกว่าการต้องเสนอพิจารณาแก้กฎหมายหลักที่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาหลายระดับ

3.2.1.2 แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้นำกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ จึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา

กฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธินั้น พัฒนามาเป็นเวลาเกือบสองร้อยปี จากคำพิพากษาในเรื่องการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพ โดยเริ่มต้นจากคำพิพากษาระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้างในคดีธุรกิจทำ

²¹ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, “รายงานการศึกษาวเคราะห์ฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาด, หน้า 5-4

เกือกม้า นายจ้างเป็นผู้มีอาชีพทำเกือกม้าได้รับลูกจ้างเข้ามาทำงาน โดยนายจ้างได้ฝึกสอนวิธีการทำเกือกม้าให้ เมื่อลูกจ้างเรียนรู้วิธีการทำเกือกม้าดีแล้วก็มักจะลาออกจากงาน และเปิดร้านทำเกือกม้าของตนเอง ซึ่งโดยสภาพย่อมเป็นการแข่งขันกับกิจการของนายจ้างเดิม ดังนั้น ก่อนรับลูกจ้างเข้ามาทำงานนายจ้างจึงมักจะให้ลูกจ้างต้องทำสัญญาไว้ก่อนว่า เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลงลูกจ้างต้องไม่เปิดร้านทำเกือกม้าแข่งกับกิจการของนายจ้างในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และหากพ้นระยะเวลาดังกล่าวไปแล้วลูกจ้างเปิดร้านแข่ง ร้านของลูกจ้างจะต้องอยู่ห่างจากร้านเดิมของนายจ้างเป็นระยะทางตามที่กำหนด (เพื่อร้านของลูกจ้างจะได้ไม่แย่งลูกค้าไปจากร้านของนายจ้าง) แนวบรรทัดฐานของศาลในมลรัฐเหล่านี้ ถือว่า สัญญาที่มีข้อจำกัดในการห้ามดำเนินธุรกิจที่ได้รับความรู้มาจากนายจ้าง เป็นข้อสัญญาที่ไม่ถือว่าขัดต่อกฎหมาย เพราะนายจ้างมีผลประโยชน์ที่ชอบธรรม (Legitimate Interest) ที่จะต้องรักษาโดยการเขียนข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของลูกจ้าง²²

ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ที่สำคัญๆ มีดังนี้

3.2.1.2.1 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง

1) คำพิพากษาของศาลมลรัฐจอร์เจีย

คำพิพากษาของศาลมลรัฐจอร์เจียที่สำคัญ ได้แก่ คดี Gandolfo's Deli Boys, LLC v. Holman²³ โดย Gandolfo's Deli Boys คือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ร้านอาหาร ส่วน Holman เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาที่มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน โดยห้ามผู้รับอนุญาตประกอบธุรกิจแข่งขันในที่เดิมภายในระยะเวลา 2 ปีหลังจากยกเลิกสัญญา และภายใน 10 ไมล์จากร้านอาหารอื่นๆ ของ Gandolfo's Deli Boys โดยได้ให้คำจำกัดความของ “ธุรกิจแข่งขัน” หมายถึง ร้านอาหารใดที่ให้บริการอาหารในร้านและให้บริการแซนด์วิช สลัด หรืออาหารและเครื่องดื่มแบบส่งกลับบ้าน เมื่อการอนุญาตตามสัญญาดังกล่าวสิ้นสุดลง ผู้รับอนุญาตได้เปิดร้านอาหารขึ้น โดยเปลี่ยนชื่อรายการอาหารและสูตร รวมทั้งให้บริการแซนด์วิช พิซซา พาสต้า กาแฟปรุงพิเศษ อาหารเช้าและอาหารประเภทอื่นเพิ่มเติม

²² สักดา ธนิตกุล, “รายงานผลการวิจัย โครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย,” หน้า 106

²³ Gandolfo's Deli Boys, LLC v. Holman, 490 F. Supp.2d 1353, 1357-1358 (N.D.Ga. 2007)

ในคดีนี้ ศาลใช้หลักการพิจารณาแบบเคร่งครัด (a strict level of scrutiny) เพราะศาลมองว่าสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์คล้ายคลึงกับสัญญาจ้างแรงงานซึ่งไม่อาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาบางส่วนได้ กล่าวคือหากบางส่วนในข้อสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะบังคับใช้ข้อสัญญาทั้งหมดก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (ตามหลัก Blue Pencil) โดยได้คดีนี้ศาลถือว่าสัญญาดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(1) ลักษณะธุรกิจที่ต้องห้ามแข่งขันนั้น มีลักษณะที่เกินสมควร เพราะนอกจากจะห้ามดำเนินธุรกิจในฐานะเจ้าของกิจการ ผู้ลงทุน แล้ว ยังรวมถึงการเป็น หุ้นส่วน ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง ที่ปรึกษา ตัวแทน และนายหน้า อีกด้วย

(2) ขอบเขตของธุรกิจที่ไม่ได้ครอบคลุมเพียงธุรกิจอาหารประเภทแซนด์วิช แต่ครอบคลุมถึงร้านอาหารทั่วไป รวมทั้งร้านอาหารจานด่วนประเภทอื่น ๆ เช่น McDonald's Burger King หรือ Chick-fil-A ด้วย

(3) การกำหนดเรื่องระยะทาง 10 ไมล์จากร้านอาหารอื่นๆของ Gandolfo นั้นไม่มีความชัดเจน เพราะว่าอาณาเขตสามารถเปลี่ยนแปลงและขยายได้ระหว่างอายุสัญญาและไม่สามารถกำหนดได้จนกว่าสัญญาจะถูกยกเลิก

(4) การกำหนดอาณาเขตนั้นไม่เป็นธรรม เพราะไม่เพียงแต่จำกัดไม่ให้ดำเนินธุรกิจในบริเวณเดิม แต่ยังรวมถึงในบริเวณของผู้รับอนุญาตรายอื่นนอกมลรัฐจอร์เจียด้วย

(5) ข้อสัญญานี้ส่งผลเป็นการขยายสัญญาที่มีระยะเวลา 2 ปีออกไปอย่างไม่มีกำหนด

แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าว จะถูกวิจารณ์ว่าไม่เหมาะสม และรัฐจอร์เจียได้แก้ไขให้การบังคับตามสัญญาลักษณะนี้ จะต้องนำหลักการความเป็นธรรม (Equity) มาใช้มากขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการแยกส่วนที่เป็นโมฆะ ออกไป (Blue-pencil doctrine) ซึ่งปัจจุบันศาลจะต้องนำหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2554²⁴

2) คำพิพากษาของศาลมลรัฐแมสซาชูเซต

²⁴Keneth J. Vango, **In-Term Non-Compete Clause In Franchise Agreement Held Void (Atlanta Bread Co. v. Lupton-Smith)** [Online], 2009. Available from: <http://www.non-competes.com/2009/08/in-term-non-competite-clause-in-franchise.html>

คำพิพากษาของศาลมลรัฐแมสซาชูเซตส์ที่สำคัญ ได้แก่ คดี *Boulangier v. Dunkin' Donuts*²⁵ โจทก์ซื้อแฟรนไชส์ Dunkin' Donuts จากจำเลยในรัฐนิวยอร์ก โจทก์ลงนามในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน ข้อสัญญาดังกล่าวห้าม Boulangier ประกอบกิจการแข่งขันกับแฟรนไชส์ใดๆของ Dunkin' Donuts ในพื้นที่ 5 ไมล์หลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดเป็นเวลาสองปี ต่อมาโจทก์ได้ขายแฟรนไชส์ Dunkin' Donuts ทั้งสามสาขาตามลำดับและย้ายไปอยู่ที่รัฐ New Hampshire ก่อนที่ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันจะสิ้นสุด โจทก์ติดต่อ Honey Dew Donuts เพื่อขอเป็นลูกจ้างหรือซื้อแฟรนไชส์ แต่หลังจาก Honey Dew Donuts ทราบถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของโจทก์ Honey Dew Donuts ปฏิเสธที่จะทำสัญญากับโจทก์ โจทก์จึงฟ้อง Dunkin' Donuts เพื่อให้มีคำตัดสินว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ศาลฎีกาตัดสินว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์นั้นบังคับใช้ได้ ทั้ง ๆ ที่โดยบรรทัดฐาน ศาลจะรับรองให้เฉพาะข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเฉพาะที่เกิดขึ้นในบริบทการจ้างงานหรือไม่ก็ในบริบทการขายธุรกิจ โดยศาลให้เหตุผลว่า เพราะสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าโจทก์เป็นผู้รับจ้างอิสระ ไม่ใช่ลูกจ้างของจำเลย และโจทก์ขายแฟรนไชส์ของตนโดยสมัครใจเพื่อหากำไร ศาลจึงเปรียบเทียบข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของโจทก์กับการขายธุรกิจซึ่งอาศัยการพิจารณาและวิเคราะห์อย่างไม่เคร่งครัดมากนัก

ภายใต้กฎหมายของรัฐแมสซาชูเซตส์ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันบังคับใช้ได้ในกรณีที่

(1) จำเป็นต่อการคุ้มครองผลประโยชน์ทางธุรกิจ เช่น ความลับทางการค้า ข้อมูลซึ่งเป็นความลับ หรือชื่อเสียงทางการค้า

(2) มีค่าตอบแทน

(3) มีการจำกัดในเรื่องเวลา พื้นที่และขอบเขตของธุรกิจอย่างสมเหตุสมผล

(4) สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ

ศาลเห็นว่า Dunkin' Donuts ต้องการปกป้องข้อมูลซึ่งเป็นความลับ แม้ว่าอาจจะไม่ได้รับความลับของข้อมูลอย่างดีที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในขณะที่แม้ว่าโจทก์จะปฏิเสธสัญญาดังกล่าวก็ตาม แต่โจทก์ก็ได้รับประโยชน์ตามสมควร ในการยอมตกลงให้มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าว รวมถึงได้รับการคุ้มครองจากการแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันคนก่อน ศาลยังกล่าวต่อว่า กำหนดระยะเวลา 2 ปีและพื้นที่ 5 ไมล์ซึ่งปรากฏในข้อสัญญาจำกัดสิทธิ

²⁵ *Boulangier v. Dunkin' Donuts Inc.*, 442 Mass. 635, 815 N.E.2d 572

แข่งขันของ โจทก์นั้นบังคับใช้ได้ทั้งนี้ภายใต้หลักการทำนองเดียวกับการขายธุรกิจ เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อปกป้องระบบแฟรนไชส์ของ Dunkin' Donuts

อย่างไรก็ตาม ศาลได้นำมาตรฐานการพิจารณาอย่างไม่เคร่งครัดมากนักซึ่งเป็นหลักการมาตรฐานเดียวกับสัญญาขายธุรกิจ ภายอมรับเหตุผลในเรื่องความสมเหตุสมผลเฉพาะในสถานการณ์ลักษณะเดียวกับคดีนี้เท่านั้น²⁶

3) คำพิพากษาของศาลมลรัฐเวอร์จิเนีย

ในรัฐเวอร์จิเนีย ใช้มาตรฐานที่เคร่งครัดน้อยกว่าที่ใช้บังคับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานหรือมาตรฐานที่เคร่งครัดน้อยกว่าที่ใช้บังคับกับการขายธุรกิจ โดยถือบรรทัดฐานตามคำพิพากษาของ ศาลอุทธรณ์ในคดี Brenco Enterprises v. Takeout Taxi Franchising System, Inc.²⁷

ในคดีดังกล่าว ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจาก Takeout Taxi ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอาหารส่งถึงบ้าน ได้ฟ้อง Takeout Taxi โดยกล่าวหาถึงการกระทำหลายอย่าง รวมถึงการผิดข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญ นอกจากนี้ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ต้องการให้ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิหลังจากสัญญาสิ้นสุดลงแล้วนั้น ไม่มีผลใช้บังคับได้ โดยสัญญาดังกล่าว ประกอบด้วยเงื่อนไขสำคัญ คือ

(1) ห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ประกอบการ ให้คำแนะนำหรือให้ความช่วยเหลือไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในธุรกิจที่เหมือนหรือใกล้เคียงอย่างมีนัยสำคัญกับธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ที่ทำกับ Takeout Taxi

(2) การห้ามดังกล่าว จำกัดภายในรัศมีสิบไมล์จากอาณาเขตที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ หรือภายในเขตพื้นที่ของธุรกิจแฟรนไชส์อื่นๆ ที่มีอยู่ในวันที่ครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์หรือสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง

(3) ระยะเวลาในการห้าม มีกำหนดหนึ่งปี

ในคดีนี้ ศาลได้ปฏิเสธคำร้องดังกล่าวของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยรับรองว่า ข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวสมเหตุสมผลและใช้บังคับได้ โดย ศาลได้เลือกที่จะใช้มาตรฐานที่

²⁶ "SJC Enforces Covenant Not To Compete in Franchise Agreement [Online]," Massachusetts Employment and Labour Law Report 4 (December 2004). Available from:

http://www.seyfarth.com/dir_docs/news_item/919ecfa9-dac1-475a-8706-0c99dd7d7cc3_documentupload.pdf

²⁷ Brenco Enterprises, Inc. v. Takeout Taxi Franchising Systems, Inc., 2003 WL 21659422, Bus. Franchise Guide (CCH) 12, 596 (Va. Cir. Ct. May 2, 2003.)

ต่ำกว่าซึ่งปกติใช้บังคับกับการขายธุรกิจมากกว่าที่จะเลือกใช้มาตรฐานที่สูงหรือเคร่งครัดกว่าที่ใช้บังคับใช้กับข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน ในขณะที่ศาลได้แสดงให้เห็นความแตกต่างของกรณีข้อจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาขายธุรกิจกับสัญญาแฟรนไชส์ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า

(1) การปกป้องการแข่งขัน ในสัญญาแฟรนไชส์เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีอยู่ในปัจจุบันและในอนาคต ในขณะที่ มาตรการการปกป้องที่กล่าวมานั้น โดยทั่วไปไม่มีความสำคัญต่ออดีตพนักงานหรืออดีตลูกจ้าง

(2) ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่ เกินความจำเป็นสำหรับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางธุรกิจของ Takeout Taxi โดยให้เหตุผลว่า Takeout Taxi ตัดสินใจที่จะยุติการขายแฟรนไชส์หรือยุติการอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยตนเอง แต่กระนั้น ศาลมองว่า ถึงแม้ Takeout Taxi จะตัดสินใจหยุดขายแฟรนไชส์ แต่ Takeout Taxi ยังคงมี “ผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ได้รับความคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้น ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งหลายจึงต้องผูกพันตามข้อตกลงที่ได้ให้ไว้²⁸

4) คำพิพากษาของศาลมลรัฐโคโลราโด

คำพิพากษาของศาลมลรัฐโคโลราโดที่สำคัญ ได้แก่

4.1) คดี Keller Corp. v. Kelley²⁹ โดย Kelly (จำเลย) ซื้อธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีอยู่แล้วและทำสัญญาแฟรนไชส์ใหม่กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย หลังจากสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวสิ้นสุดลง จำเลยเริ่มประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ เพื่อตอบโต้การกระทำดังกล่าว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยื่นคำร้องปลดเปลื้องทุกซ์โดยให้บังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน แต่ศาลชั้นต้นปฏิเสธคำร้อง ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ของมลรัฐได้ให้เหตุผล ดังนี้

(1) ในหลักทั่วไปนั้น ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันถือว่าใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายธุรกิจ ซึ่งต้องคุ้มครองผู้ซื้อธุรกิจ ไม่ให้ผู้ขายธุรกิจ

²⁸ Bradley Hansen, “Covenants Not To Compete Another Franchise Quandary [Online],” Small Business Resource (2008). Available from: <http://freemallbusinessresource.com/covenants-not-to-compete-another-franchise-quandary>

²⁹ Keller Corporation v. Kelley, 187 P.3d 1133 (Colo. App. 2008).

มาประกอบกิจการแข่งขัน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป ในกรณีนี้ ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายของ มลรัฐจำกัดการนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใช้กับการคุ้มครองผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

(2) แม้ว่า ศาลอุทธรณ์ไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า ขอบเขตของ พื้นที่ในข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนั้น สมเหตุสมผลหรือไม่ แต่ยอมรับคำชี้ขาดของศาลชั้นต้นว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวกว้างมาก เพราะจำกัดการแข่งขันภายในรัศมี 50 ไมล์จากแฟรนไชส์ทุกสาขาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ทั้งนี้รวมถึงสาขาใน Colorado Springs, Vail, Aspen, Fort Collins, Grand Junction และ Thornton

(3) การจะนำข้อตกลงในเรื่องข้อจำกัดสิทธิแข่งขันมาใช้ นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีอยู่แล้วเท่านั้น³⁰

(4.2) คดี Dry Cleaning To Your Door, Inc. v. Waltham Ltd.³¹

ตามคำร้องของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ จำเลยผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ลงนามในสัญญาจดทะเบียนแฟรนไชส์ซึ่งมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน ข้อสัญญาดังกล่าวห้าม จำเลยประกอบธุรกิจบริการรับซักรีดภายในระยะเวลา 2 ปีหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุด จำเลยปฏิเสธที่จะต่อสัญญาและยังคงประกอบธุรกิจบริการรับซักรีดต่อไป ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ได้ตอบ โดยร้องขอคำสั่งห้ามให้จำเลยประกอบกิจการ ในที่สุดผู้พิพากษาในคดีมีความเห็นว่า ในธุรกิจแฟรนไชส์ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน เป็นปัจจัยสำคัญในการคุ้มครองคุณค่าของระบบแฟรนไชส์ แต่เห็นว่า ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ในข้อสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวจำกัดสิทธิแข่งขันนั้นกว้างมากจน ไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากกีดกันการแข่งขันภายในพื้นที่ของจำเลยผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือ พื้นที่แฟรนไชส์อื่นรวมทั้งรัศมี 25 ไมล์รอบพื้นที่ดังกล่าว แต่ยอมรับว่า รัศมี 5 ไมล์รอบพื้นที่เป็น ข้อกำหนดที่ยอมรับได้

5) คำพิพากษาของศาลมลรัฐเพนซิลเวเนีย

คำพิพากษาของศาลมลรัฐเพนซิลเวเนียที่สำคัญ คือ Macco Franchising, Inc. v. Pierre Philippe Augustin, et al. (2010)

³⁰ Dan Warren, Colorado Court of Appeals Enforces Non-Compete Against Purchaser of Franchise [Online], 2008. Available from: <http://www.coloradononcompetelaw.com/tags/colorado-franchise-noncompetelaw/>

³¹ Dry Cleaning To-Your-Door, Inc. v. Waltham Limited Liability Co., 2007 WL 4557832 (D. Colo. Dec. 20, 2007)

ในคดีนี้ Macco Franchising, Inc. ผู้อนุญาตให้สิทธิ ได้ทำการฟ้อง นาย Pierre Philippe Augustin พร้อมด้วยภรรยา และบริษัทของพวกเขา คือ Phil's Auto Body ในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากการผิดสัญญาแฟรนไชส์ที่ได้ทำการตกลงกัน โดย Macco ได้ร้องขอต่อศาลให้ออกคำสั่งในการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้

โจทก์ คือ Macco Franchising, Inc (Macco) ประกอบธุรกิจโดยการอนุญาตและฝึกฝนผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายใดๆของตน ให้ใช้ชื่อ Macco ของตน รวมถึงวิธีการซ่อมและพ่นสีรถยนต์ของตน ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2002 จำเลยคือ นาย Pierre และนาง Virginie Augustin ได้เข้าทำสัญญาแฟรนไชส์กับโจทก์ โดยกำหนดระยะเวลาสิบห้าปี โดยสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวได้มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขัน ภายในระยะเวลาหนึ่งปีหลังจากสัญญาสิ้นสุดลง หรือมีการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ ไม่ว่าจะมีการบอกเลิกด้วยเหตุใดก็ตาม ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่กระทำการทั้งทางตรงหรือทางอ้อม สำหรับตนหรือผู้อื่น หรือกระทำการร่วมกับผู้อื่น หุนส่วน หรือนิติบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) กระทำหรือพยายามกระทำการ โอนธุรกิจหรือลูกค้าของธุรกิจที่ดำเนินการภายใต้ระบบแฟรนไชส์ให้กับคู่แข่ง ไม่ว่าจะมีความตั้งใจทางตรงหรือทางอ้อม หรือสิ่งอื่นใด ดำเนินการ โดยตรงหรือโดยอ้อมอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ค่าความนิยมหรือชื่อเสียงของระบบและเครื่องหมายที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเจ้าของ

(2) กระทำการจ้างหรือแสวงหาการจ้างบุคคลใดซึ่งในขณะนั้นเป็นลูกจ้างของ Maccos หรือของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่น หรือแม้กระทั่งกระทำการรับบุคคลนั้นๆ เข้าทำงานกับตน ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม

(3) เป็นเจ้าของ ดูแลรักษา ดำเนินการ รับจ้าง ให้เช่าสังหาริมทรัพย์ หรือมีผลประโยชน์อื่นใดในธุรกิจใดๆที่เกี่ยวข้องไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนในการให้บริการหรือการจัดหาสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการซ่อมหรือพ่นสีรถยนต์ ในบริเวณศูนย์บริการของ Macco หรือภายในรัศมีสิบ ไมล์นับจากสถานที่ประกอบการใดๆภายใต้ธุรกิจแฟรนไชส์ของ Macco ที่มีอยู่ หรือที่กำลังจะมีขึ้น

ต่อมาผู้ได้อุญาตให้ใช้สิทธิได้ผิดสัญญาต่อ Macco โดยการไม่ชำระค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ โจทก์จึงทำการบอกเลิกสัญญาในวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 2009 และจำเลยก็ยังคงดำเนินกิจการต่อเนื่องไปจนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2009 ซึ่งเป็นวันที่สัญญามีผลเป็นการสิ้นสุดลง หลังจากนั้นจำเลยได้ทำธุรกิจอยู่ซ่อมรถยนต์แข่งกับโจทก์ ในระยะห่างเพียงหนึ่งไมล์ครึ่ง

จากสถานที่ประกอบการเดิม โจทก์จึงทำการร้องขอต่อศาลให้บังคับตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าว

ในการที่ศาลจะออกคำสั่ง ศาลได้พิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ คือ:

(1) แนวโน้มความชอบธรรมของโจทก์ (Likelihood that the plaintiff will prevail on the merits) ในเรื่องนี้ศาลต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันที่Macco ทำขึ้นนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ ภายใต้กฎหมายแห่งมลรัฐเพนซิลเวเนีย ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันจะสมบูรณ์ได้จะต้องประกอบเข้าองค์ประกอบดังนี้

1) ข้อสัญญาจะต้องเกี่ยวข้องกับสัญญาที่เป็นการจำหน่าย ค่าความนิยมหรือชื่อเสียง หรือทรัพย์สินอื่น หรือเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน

2) ข้อสัญญาจะต้องได้รับการsupported ด้วยค่าตอบแทนที่เพียงพอ

3) การปรับใช้ข้อสัญญาจะต้องถูกจำกัดอย่างสมเหตุสมผล ทั้งในขอบเขตด้านเวลาและพื้นที่

(2) โจทก์ได้รับความเสียหายในระดับที่แก้ไขไม่ได้จากการกระทำตามฟ้องอย่างน้อยเพียงใด

(3) จำเลยจะได้รับความเสียหายอย่างน้อยเพียงใดหรือไม่หากศาลมีการออกคำสั่งบังคับตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิ

(4) ประโยชน์สาธารณะ

ศาลเห็นว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันนี้สมเหตุสมผลทั้งในขอบเขตด้านเวลาและพื้นที่ เนื่องจากศาลฎีกาแห่งมลรัฐเพนซิลเวเนีย ได้เคยวางหลักไว้ในคดีลักษณะเดียวกันว่าระยะเวลาจำกัดสิทธิเป็นเวลาสามปี เป็นระยะเวลาที่สมเหตุสมผลในขณะที่ในคดีนี้กำหนดระยะเวลาเพียงหนึ่งปี ส่วนในด้านพื้นที่ ศาลวินิจฉัยว่าธุรกิจแฟรนไชส์ของMacco สามารถเรียกลูกค้าในบริเวณสิบไมล์ซึ่งเป็นบริเวณพื้นที่ที่ลูกค้าเดิมของMaccoสามารถมาใช้บริการได้

ทั้งนี้ศาลยังได้นำเรื่องความเสียหายอันมีอาจเชี่ยวชาญได้ ความสมดุลในเรื่องความชอบธรรม และประโยชน์สาธารณะมาพิจารณาด้วย โดยศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดแก่Macco มีมากกว่าจำเลย และจำเลยก็สามารถตระหนักถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในขณะที่พวกเขา 1) ตกลงเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ และ 2) ดำเนินธุรกิจแข่งขันภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแล้ว นอกเหนือจากนั้นก็ได้มีการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะจากผลประโยชน์ของ

คู่สัญญาตามสัญญาและรักษาประสิทธิภาพของระบบเฟรนไชส์ ดังนั้นศาลจึงออกคำสั่งบังคับตาม
ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขันซึ่งมีผลจนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.2010

3.2.1.2.2 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับ
อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจระหว่างที่สัญญาเฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาเฟรนไชส์มีผลใช้บังคับ
อยู่ เป็นข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ให้ประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาต
ให้ใช้สิทธิในระหว่างเวลาที่สัญญาในการประกอบธุรกิจเฟรนไชส์ยังมีผลบังคับใช้

1) คำพิพากษาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

คดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาเฟรน
ไชส์มีผลใช้บังคับอยู่นั้น ได้แก่ บรรทัดฐานใน คดี Comedy Clubs, Inc. v. Improv West
Associates³²

Comedy Club, Inc. (“CCI”) โจทก์ได้ขออนุญาตใช้เครื่องหมายการค้าจาก
Improv West Associates (“IMPROV”). CCI เป็นเจ้าของและดำเนินกิจการร้านอาหารและร้านตลก
คาเฟ่หลายแห่งทั่วประเทศ ข้อตกลงในสัญญาระบุไว้ว่า “IMPROV อนุญาตให้ CCI ใช้เครื่องหมาย
ของ IMPROV ได้ทั่วประเทศ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า CCI จะต้องเปิดคลับ IMPROV เป็นจำนวนสี่แห่ง
ต่อปี ตั้งแต่ปี 2001 ถึง 2003 และ CCI จะไม่ประกอบกิจการอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับคลับ IMPROV
ในช่วงระยะเวลาตามสัญญาให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีผลบังคับใช้”

เมื่อ CCI ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาที่จะต้องเปิดคลับ
IMPROV ให้ได้สี่แห่งต่อปี IMPROV จึงเพิกถอนสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าในการเปิดคลับ
ใหม่ แต่ไม่บอกเลิกสัญญาเฟรนไชส์ดังกล่าว อันเป็นผลให้สัญญาเฟรนไชส์ซึ่งปรากฏข้อสัญญา
จำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจมีผลบังคับใช้ต่อไปจนถึงปี ค.ศ. 2019

CCI จึงยื่นคำร้องขอปลดเปลื้องทุกข์ต่อศาล โดยอ้างว่าข้อสัญญาจำกัด
สิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา
16600 แห่งประมวลวิชาชีพและธุรกิจของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Business and Professions
Code) แต่ต่อมาศาลได้มีคำสั่งให้คดีนี้เข้าสู่กระบวนการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งอนุญาตโตตุลาการ
พบว่าสัญญาให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้ามีได้ถูกยกเลิกแต่อย่างใด แต่เนื่องจากผลของการ
ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาของ CCI ได้ นั้น เป็นผลให้สิทธิในการใช้เครื่องหมาย

³² Comedy Clubs, Inc. v. Improv West Associates (9th Cir. January 29, 2009; WL 205046.

การค้าของCCI ในการประกอบธุรกิจกลับถูกเพิกถอน นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อสัญญา
นี้มีผลบังคับใช้ตามปกติจนถึงปี ค.ศ. 2019

ศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับรองผลคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ แต่ในชั้น
อุทธรณ์ CCI ได้โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวว่าไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอน
สัญญาในการเปิดกลับ IMPROV ได้ แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีผลห้ามมิให้ CCI สามารถประกอบ
ธุรกิจร้านตลกคาเฟ่ใดๆ ได้เลยในสหรัฐอเมริกาจนถึงปี ค.ศ. 2019 เป็นอย่างน้อย

ศาลอุทธรณ์เขตพื้นที่ 9 ชี้ขาดว่า คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็น
การ “ไม่คำนึงถึงกฎหมายอย่างชัดเจน” และมีคำสั่งยกเลิกคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

ในคดีลักษณะนี้ ศาลแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียมักจะ ไม่ยอมรับข้อสัญญาจำกัด
สิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจระหว่างสัญญายังมีผลบังคับใช้อยู่ โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความ
จำเป็นที่จะต้องปกป้องคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และกิตติศัพท์ของผู้อนุญาตให้ใช้
สิทธิ โดยถือว่าเป็นสัญญาห้ามประกอบการค้าหรือธุรกิจซึ่งตกเป็น โฆษณาหากเป็นการจำกัดหรือกีด
กันส่วนแบ่งตลาด ธุรกิจ หรือการค้าอย่างมีนัยสำคัญ เพราะฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถที่จะ
อาศัยกฎหมายความลับทางการค้าเพื่ออ้างถึงสิทธิของตนในการปกป้องความลับทางการค้าของตน
ที่ได้ถ่ายทอดให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ได้ โดยขอให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
หยุดประกอบกิจการแข่งขันได้ กล่าวคือการใช้ความลับทางการค้ายกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในอีกทางหนึ่ง
ทั้งนี้สัญญาความลับทางการค้านั้นเป็นถือเป็นสัญญาที่ป้องกันมิให้ผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
ได้เปรียบทางการประกอบธุรกิจ โดยต้องประกอบด้วยสองส่วนคือ ความลับ (Secrecy) และ ค่าของ
ความลับ (Value) ตัวอย่าง เช่น สูตรในการทำน้ำอัดลมยี่ห้อต่างๆ หรือในบางคตินั้น รายชื่อลูกค้าที่
สำคัญอันมิสามารถที่จะหาได้ทั่วไป³³

อนึ่ง แม้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่มีผล
บังคับใช้แต่ถ้าหากในสัญญาแฟรนไชส์มีการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบ
ธุรกิจที่เป็นการรุนแรงเกินไป ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียมักกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่ผู้
อนุญาตให้ใช้สิทธิ

2) คำพิพากษาของศาลมลรัฐจอร์เจีย

³³Matt Dickstein. Franchise Non-Competition Agreements in California (online), 2010. Available from
<http://www.hg.org/article.asp?id=19723>

ศาลฎีกาในมลรัฐจอร์เจียได้วางบรรทัดฐานไว้ ในคดีคดี Atlanta Bread Company International, Inc v Lupton-Smith³⁴ ว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่นั้น ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ในเกือบทุกสัญญาแฟรนไชส์ในรัฐจอร์เจีย

ในคดีนี้ The Atlanta Bread Company เป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจของ Atlanta Bread bakery cafés ทั่วประเทศสหรัฐอเมริกา ในแบบฟอร์มมาตรฐานของสัญญาแฟรนไชส์มีทั้งข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่และข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง

The Atlanta Bread Company ยกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ฉบับหนึ่งซึ่งทำกับ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในรัฐจอร์เจียที่ประกอบธุรกิจ Atlanta Bread 5 สาขา หลังจากที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการยกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้อง ในการอุทธรณ์ ศาลฎีกาของมลรัฐจอร์เจียพิพากษาขึ้นคำตัดสินของศาลชั้นต้นที่ว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ซึ่งอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์ของ Atlanta Bread Company เป็นโมฆะและบังคับใช้ไม่ได้ เพราะไม่สมเหตุผลสมควรในเรื่องเวลา พื้นที่และขอบเขต

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ อยู่ในสัญญาแฟรนไชส์ของ The Atlanta Bread Company มีดังต่อไปนี้

“ระหว่างที่สัญญาใช้บังคับอยู่ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้ถือหุ้นหลักไม่สามารถรับหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในผลประโยชน์ทางการเงิน สิทธิประโยชน์ รวมถึงผลประโยชน์ในบริษัท ห้างหุ้นส่วน ทรัสต์หรือการร่วมลงทุน ทั้งโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่สามารถให้การปรึกษา ให้การช่วยเหลือ คำประกันเงินกู้ หรือให้กู้เงินแก่ธุรกิจเบเกอร์รี่หรือเคตตีใดๆซึ่งมีวิธีการประกอบธุรกิจคล้ายคลึงกับร้านภายในระบบแฟรนไชส์โดยไม่มีคามยินยอมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นลายลักษณ์อักษร”

ศาลในมลรัฐจอร์เจียมักตัดสินให้สัญญาโดยทั่วไปซึ่งกีดกันทางการค้า จะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดคนโยบายสาธารณะและเพราะข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน รวมถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ถูกจัดเป็นส่วนหนึ่งของ

³⁴ Atlanta Bread Company International, Inc v Lupton-Smith, 2008 WL 2264863 (Ga App, 2008).

ข้อจำกัดทางการค้า ข้อสัญญาทั้งสองลักษณะดังกล่าวต้องสมเหตุสมผลในระยะเวลา พื้นที่ และขอบเขตถึงจะสามารถใช้บังคับได้ ศาลยึดหลักตามคำพิพากษาในคดี *Jackson & Coker v. Hart*, 261 Ga. 371 (1991) ซึ่งตัดสินว่า ประมวลกฎหมายของรัฐจอร์เจีย (Official Code of Georgia Annotated § 13-8-2.1(d))^{*} ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะอนุญาตให้มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่อย่างชัดเจน แม้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนั้น ไม่มีการกำหนดขอบเขตกิจกรรม ระยะเวลา หรือพื้นที่ ศาลในคดี *Jackson* ตัดสินว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจในการร่างกฎหมายโดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากอนุญาตให้สัญญาแฟรนไชส์จำกัดการแข่งขันโดยไม่คำนึงว่าข้อจำกัดนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่

เนื่องจากข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์ในคดีนี้ไม่ระบุหรือจำกัดเขตพื้นที่ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกห้ามประกอบธุรกิจ และห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจที่คล้ายกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยระบุเพียงว่า “ธุรกิจเบเกอรี่หรือเคสที่คล้ายกับร้าน Atlanta Bread Café” โดยไม่มีการอธิบายหรือให้คำนิยามในสัญญาแฟรนไชส์ถึงธุรกิจใดที่ถือว่ามียกยัดคล้ายคลึงกับธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ศาลจึงถือว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวระบุขอบเขตธุรกิจที่ห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการไม่ชัดเจนเพียงพอและถือว่าไม่มีความสมเหตุสมผลตามกฎหมายของมลรัฐจอร์เจีย

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลใช้หลักการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์อย่างเคร่งครัด (Strict Scrutiny) ปฏิเสธข้อโต้แย้งของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ว่า ควรทบทวนข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ อยู่ในมาตรฐานที่ต่ำกว่านี้เพราะข้อสัญญาดังกล่าวไม่ทำให้เกิดการกีดกันการแข่งขันเหมือนเช่นในข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง แต่เมื่อศาลเห็นว่า “ข้อจำกัดทางการค้าทั้งหมดในสัญญาแฟรนไชส์ไม่ว่าจะมีผลเมื่อใด ต้องสมเหตุสมผลในระยะเวลา ขอบเขตและพื้นที่” ดังนั้นศาลจึงพิพากษาว่า “ไม่มีความแตกต่างในเรื่องระดับการพิจารณาซึ่งใช้กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้”

^{*} § 13-8-2.1(d) Any restriction that operates during the term of an employment agreement, agency agreement, independent contractor agreement, partnership agreement, franchise, distributorship agreement, license, shareholders' agreement, or other ongoing business agreement shall not be considered unreasonable because it lacks any specific limitation upon scope of activity, duration, or territory, so long as it promotes or protects the purpose or subject matter of the agreement or deters any potential conflict of interest.

ในส่วน of ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงนั้น ศาลฎีกาของมลรัฐจอร์เจียยอมรับการพิจารณาของศาลชั้นต้นเช่นกัน โดยศาลอุทธรณ์พิพากษายืนยันคำตัดสินของศาลชั้นต้นในการเพิกถอนข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ศาลอุทธรณ์อธิบายว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงตกเป็นโมฆะด้วยเหตุผลสองประการ คือ

ประการแรก รัฐจอร์เจียไม่ยึดหลักพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาบางส่วนได้ กล่าวคือหากบางส่วนในข้อสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะบังคับใช้ข้อสัญญาทั้งหมดก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (หลัก Blue Pencil) เมื่อไม่ได้นำหลักนี้มาใช้พิจารณาทำให้ศาลไม่ได้แยกข้อสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ออกจากข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์และบังคับใช้เฉพาะข้อสัญญาส่วนที่สมบูรณ์ กล่าวคือไม่อาจแยกการพิจารณาความมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างและหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง

ประการที่สอง ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงนั้น ไม่สมเหตุสมผลไม่ว่าอย่างไรก็ตาม เพราะขอบเขตพื้นที่ที่จำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ให้ประกอบธุรกิจแข่งขันไม่แน่นอนสามารถเปลี่ยนแปลงและถูกขยายได้ตลอดระยะเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ เพราะข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจแข่งขันภายในพื้นที่รัศมี 20 ไมล์จากร้านแฟรนไชส์ใดๆ ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในระยะเวลา 1 ปีหลังจากสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง การกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้ทำให้สามารถเปลี่ยนแปลงหรือขยายขอบเขตของอายุสัญญาแฟรนไชส์หรือระยะเวลาของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันได้ เพราะ แฟรนไชส์สาขาใหม่จะตั้งขึ้นและอาจเข้ามาอยู่ในระบบเมื่อใดและในสถานที่ใดก็ได้ ขอบเขตพื้นที่ที่จำกัดสิทธิแข่งขันสามารถถูกขยายไปได้อย่างไร้ขอบเขต ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดขอบเขตซึ่งเปลี่ยนแปลงหรือขยายในระหว่างที่สัญญามีผลบังคับใช้อยู่นั้นตกเป็นโมฆะ เพราะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถกำหนดหรือรู้ถึงขอบเขตที่แน่นอนได้ในขณะที่เข้าทำข้อตกลงดังกล่าว³⁵

³⁵ Richard G Greenstein, **Georgia Court Holds Non-compete Covenants Unenforceable** [Online], 2008. Available from www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=ce8e08d9-19ff-47e9-8225-dfc504a79bfa georgia court holds non-compete covenants

จากคำพิพากษาในคดี Atlanta Bread นี้ ทำให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน ในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่จำนวนมากซึ่งปรากฏอยู่ในทุกสัญญาแฟรนไชส์ ภายใต้กฎหมายของรัฐจอร์เจียค่านั้นเป็น โฆษะ ยกเว้นข้อสัญญาดังกล่าวสมเหตุสมผลในเรื่องเวลา พื้นที่และขอบเขต นอกจากนี้ เนื่องจากศาลมลรัฐจอร์เจียไม่พิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัด สิทธิแข่งขันแบบแยกส่วน (Blue pencil doctrine) คำพิพากษาดังกล่าวจึงทำให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิ แข่งขันหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงทั้งหมดในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิ ในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้อยู่นั้นตกเป็น โฆษะ อาจมองได้ว่าคำพิพากษาในคดี The Atlanta Bread อาจทำให้การบังคับใช้หรือความมีผลของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันใน ระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ของรัฐอื่นๆ ยากมากขึ้นตามไปด้วย

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องพิจารณาอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลที่ เพิ่มขึ้นเรื่อยๆจนทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่ สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่และข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันหลังจากที่สัญญา แฟรนไชส์ สิ้นสุด และต้องพิจารณาการร่างข้อสัญญาดังกล่าวอีกครั้งมีให้ข้อจำกัดที่แคบในเรื่องเวลา พื้นที่และ ขอบเขต ของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแบบปลายเปิดได้สิ้นสุดลงแล้ว

3.2.1.2.3 แนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ที่ เกี่ยวข้องกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์

ในการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจนั้นอาจ ไม่จำกัดเฉพาะการบังคับใช้กับคู่สัญญาที่ลงนามในข้อตกลงแฟรนไชส์เท่านั้น หลายกรณีเช่น คู่ สมรส ผู้ปกครอง พี่น้อง ญาติ หรือสมาชิกครอบครัว อาจดำเนินการเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่มีลักษณะ แข่งขันกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้สิทธิในการประกอบธุรกิจภายหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง

กรณีที่มีมักจะเกิดเป็นปัญหาทางกฎหมายได้แก่ กรณีที่บุคคลที่มีความใกล้ชิด เช่น ภรรยา ลูกชาย ลูกสาว พ่อ แม่ พี่ชาย น้องสาว หลาน เขย สะใภ้ ผู้ร่วมธุรกิจ หรือญาติห่าง ๆ ของผู้ที่เคยได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดำเนินธุรกิจในที่ลักษณะเป็นการแข่งขันกับธุรกิจของผู้อนุญาต ให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์เดิม โดยขณะนั้นไม่มีความผูกพันกันกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ บ่อยครั้งที่ไม่ปรากฏเอกสารหลักฐานสนับสนุนระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ ธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์กับผู้ดำเนินธุรกิจคนปัจจุบัน ตัวอย่างส่วนใหญ่ ธุรกิจใหม่ใช้สถานที่ และทรัพย์สินเดียวกัน และให้บริการลูกค้าชุดเดียวกันกับผู้เคยได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เมื่อเผชิญ กับเหตุการณ์เหล่านี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ จะเกิดปัญหาในเรื่องการอ้างถึงนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายที่ จะบังคับใช้กฎหมายข้อตกลงจำกัดสิทธิการแข่งขันการประกอบธุรกิจภายหลังสัญญาสิ้นสุดกับผู้ ดำเนินธุรกิจปัจจุบันซึ่งเป็นผู้ที่ไม่ได้ลงนามในข้อตกลงแฟรนไชส์

อย่างไรก็ตามผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักจะมีข้อกำหนดในการบังคับการ แข่งขันที่ไม่ยุติธรรมของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และรวมไปถึง “พนักงาน, ผู้แทน, คนงาน, ลูกจ้าง, และทนาย, และผู้ร่วมงาน หรือผู้มีส่วนร่วม” ถ้าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาต่อไปนี้

1) อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ทำการละเมิดหรือฝ่าฝืนข้อสัญญาจำกัดสิทธิการแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

2) บุคคลที่ดำเนินธุรกิจการแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ สมรู้ร่วมคิด ปฏิบัติงานร่วมกัน หรือให้ความช่วยเหลือ และยุยงส่งเสริมอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ในการทำการละเมิดข้อสัญญาจำกัดสิทธิและ

3) ความสนิมสนมหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ระหว่าง ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์คนก่อน และผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการแข่งขัน

นอกจากนี้ ยังมีปัจจัยอื่นที่ศาลจะใช้พิจารณา เพื่อบังคับไม่ให้บุคคลภายนอก ต้องถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินธุรกิจเพื่อแข่งขันกับผู้อนุญาต อาทิ

1) การติดต่อสื่อสารของผู้สมรู้ร่วมคิดกับลูกค้าของบริษัทโดยระบุว่าไม่มีสิ่งใดเปลี่ยนแปลงไปจริง

2) การ โอนทรัพย์สิน โดยระหว่างผู้สมรู้ร่วมคิด โดยไม่มีค่าตอบแทนระหว่างกัน และ

3) การจัดการปกปิดตามเดิม³⁶

ตัวอย่างข้อเท็จจริงในกรณีบุคคลที่เกี่ยวข้องที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนข้อสัญญาจำกัดสิทธิการแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์มีดังนี้

³⁶ Michael R. Gray, Jason M. Murray, **Covenants Not to Compete and Nonsignatories: Enjoining Unfair Conspiracies [Online]**, *Franchise Law Journal* 25 (2006). Available from: <http://www.carltonfields.com/files/Publication/03fd5a0d-9120-4cba-ade1-00aa0d8cf04a/Presentation/PublicationAttachment/5b8af92e-ddcf-4c9a-92f6-0ef594a1b574/CovenantsNottoCompeteandNonsignatories.pdf>

1) อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจคนที่ 1 และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจคนที่ 2 ซึ่งได้รับโอนสิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จากอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจคนที่ 1 ซึ่งต่อมาสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลงและทั้งสองได้ออกมาเปิดกิจการที่เหมือนกันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ³⁷

2) บริษัทที่มีอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจถือหุ้นและเป็นเจ้าหน้าที่อยู่ เปิดกิจการที่มีลักษณะเดียวกันในสถานที่เดิม โดยมีลูกสาวของอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจบริหารงานอยู่ด้วย³⁸

3) Life partner ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งได้รับการฝึกอบรมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เปิดกิจการค้าแข่งกับบริษัทของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ³⁹

4) ผู้ถือหุ้นหรือผู้บริหารของกิจการแฟรนไชส์ ได้เปิดกิจการใหม่ในภายใต้ชื่อใหม่ ดังนั้นจึงห้ามผู้ถือหุ้น หุ้นส่วน ลูกจ้าง หรือตัวแทนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการทำกิจการแข่งขัน⁴⁰

5) ผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่คนเดียวของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ขายกิจการแฟรนไชส์ให้กับบริษัทที่มีภรรยาและแม่ยายของผู้ถือหุ้นในแฟรนไชส์เดิม และที่ผู้ถือหุ้นในแฟรนไชส์เดิมเคยถือหุ้นอยู่⁴¹

3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

3.2.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

³⁷ *McCart v. H & R Block, Inc.*, 470 N.E.2d 756, 761 (Ind. Ct. App.1984).

³⁸ *H&R Block Tax Serv., Inc. v. Sheets*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8437(E.D. Ky. 2006).

³⁹ *Gold Messenger, Inc. v. McGuay*. 9 37 P.2d 907 (Colo. Ct. App. 1997).

⁴⁰ *Total Car Franchising Corp. v. L&S Paintworks, Inc.* 981 F. Supp. 1079 (N.D. Tenn. 1997).

⁴¹ *Grease Monkey International, Inc. v. Ralco Lubricationn Services, Inc.* 24 F. Supp. 2d 120 (D. Mass. 1998)

บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งถูกนำมาใช้ในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับบทบัญญัติในกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็นสองลักษณะ คือ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 90 และ Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (1947) (“The Anti-monopoly Act”) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

3.2.2.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งก็คือประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 90 ซึ่งบัญญัติว่า “นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะตกเป็นโมฆะ”

3.2.2.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด ที่มีชื่อเรียกว่า Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (1947) (“The Anti-monopoly Act”) ซึ่งได้มีการแก้ไขล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2010 บทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ ได้แก่

• มาตรา 2 (9) ระบุว่า “ในกฎหมายนี้ “วิธีการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” หมายความว่า การกระทำที่เข้าข่ายหัวข้อใดหัวข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

(6) การกระทำได้ดังต่อไปนี้อันเป็นการกีดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมและซึ่งคณะกรรมการการค้าอย่างเป็นธรรมระบุว่าเป็นการกระทำที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันอย่างเป็นธรรมนอกเหนือจากการกระทำที่ได้ระบุไว้ในรายการข้างต้น

(จ) การติดต่อดำเนินการค้ากับคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมเอาเปรียบทางธุรกิจ”

• มาตรา 6 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศหรือสัญญาระหว่างประเทศใดๆ ที่มีข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือข้อสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า”

* Article 2(9) The term “unfair trade practices” as used in this Act means any act falling under any of the following items:

(vi) Any act falling under any of the following acts, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission, other than the acts listed in the preceding items:

(e) Dealing with another party by unjust use of one’s bargaining position

• มาตรา 21 “บทบัญญัติของกฎหมายนี้ห้ามมิให้นำไปบังคับใช้แก่พฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายอนุสิทธิบัตร กฎหมายการออกแบบอุตสาหกรรม และกฎหมายเครื่องหมายทางการค้า”

• มาตรา 19 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการปฏิบัติพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นวิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรม”^{**}

• แนวปฏิบัติเกี่ยวกับระบบแฟรนไชส์ พ.ศ. 2545 (Guidelines concerning the Franchise System 2002^{***}) ซึ่งออกโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น ภายใต้ the Antimonopoly Act เมื่อ 24 เมษายน 2545 มีข้อ 3 (1)(ก) ซึ่งกำหนดให้ “การจำกัดการประกอบธุรกิจภายหลังสัญญาสิ้นสุดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมเอาเปรียบทางธุรกิจ

- การจำกัดไม่ให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจประกอบธุรกิจที่มีลักษณะแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจภายในระยะเวลา เขตพื้นที่ใดๆ หรือด้วยเงื่อนไขประการใด ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อข้อจำกัดสิทธินี้เกินความจำเป็นสำหรับการปกป้องสิทธิทางพาณิชย์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในเขตพื้นที่ที่ระบุหรือเกินความจำเป็นที่จะคุ้มครองทักษะความรู้ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ”

กฎหมายญี่ปุ่นมิได้ห้ามกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในสัญญาแฟรนไชส์ แต่ทั้งนี้ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนอาจตกเป็นโมฆะได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 90 หากมีลักษณะเป็นการขัดกับนโยบายสาธารณะหรือจำกัดสิทธิแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมากเกินไปจนเกินความจำเป็น

นอกจากนี้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวที่มีลักษณะตาม ข้อ 3(1)(ก) ของแนวปฏิบัติเกี่ยวกับระบบแฟรนไชส์ พ.ศ. 2545 อาจถือได้ว่าการตกลงที่ฝ่าฝืน the

^{**} Article 19 No entrepreneur shall employ unfair trade practices.

^{***} โปรดดู Guidelines concerning the Franchise System 2002 ในภาคผนวก ข

^{*} Section 3(1) (A) Restrictions on trade after termination of an agreement

This situation refers to the case when the head office imposes restrictions on the member prohibiting the member from establishing a competitive business for a certain time, in a certain area or with other conditions. The problem occurs when these restrictions exceed the extent necessary to preserve the commercial rights of the head office in the specified area or to protect the expertise provided that the head office has provided to the member.

Antimonopoly Act ซึ่งเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นเพราะถือว่าเป็นการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of dominant bargaining position) ในการเอาเปรียบธุรกิจของผู้อื่นอันเป็นการวิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 9(2) ของกฎหมายป้องกันผูกขาดอันเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามของ the Antimonopoly Act มาตรา 19 หรือ มาตรา 6 ในกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศ ทั้งนี้ตามมาตรา 20 แห่ง the Antimonopoly Act ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนมาตรานี้ต้องได้รับโทษในการจ่ายค่าปรับเงินเพิ่มซึ่งเป็นโทษทางปกครองและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนดังกล่าวหยุดการกระทำวิธีทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือลบล้างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นออกจากสัญญาหรือใช้มาตรการที่จำเป็นใดๆ เพื่อกำจัดข้อสัญญานั้น

อีกทั้งจากมาตรา 21 ของ The Anti-monopoly Act of 1947 เห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าไว้ว่า หากการใช้สิทธิเป็นการใช้สิทธิที่ชอบตามบรรดากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (เช่น กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายลิขสิทธิ์ ฯลฯ) ก็มีให้นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับแก่การใช้สิทธิดังกล่าว ในทางกลับกัน หากเป็นการใช้สิทธิที่ไม่ชอบตามบรรดากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ก็ให้นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับเอาแก่การใช้สิทธิดังกล่าวนั่นเอง โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศญี่ปุ่นได้มีการวางแนวปฏิบัติซึ่งเป็นการอธิบายแนวความคิดที่ว่า การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดบ้างที่น่าจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบแน่นอน (กลุ่มสีดำ) การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่อาจจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (กลุ่มสีเทา) และการใช้ในทรัพย์สินทางปัญญาที่น่าจะชอบด้วยกฎหมาย (กลุ่มสีขาว) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ออกมาประกาศใช้ในปี 1989 และได้ปรับปรุงโดยแยกพฤติกรรมออกเป็น 4 กลุ่ม ในปี 1999 โดยยกเลิกแนวปฏิบัติปี 1989 และต่อมาได้ออกแนวปฏิบัติฉบับล่าสุดในปี 2007¹ ซึ่งมีชื่อว่า Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Anti-monopoly Act, 2007 เพื่ออธิบายแนวความคิดของการหาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อส่งเสริมให้เกิดการลงทุนเพื่อสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ กับการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางขนาดเล็ก เพื่อป้องกันมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรใช้สิทธิผูกขาด (Exclusive Rights) ไปในลักษณะที่ไม่ชอบธรรม พร้อมยกตัวอย่างทั้งในทางทฤษฎีและตัวอย่างที่เป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิโดยไม่ชอบธรรม ซึ่งขัดกับบทบัญญัติที่ห้ามการ

ผูกขาดโดยเอกชน บทบัญญัติเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน บทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องมีความเข้าใจชัดเจนมากขึ้น⁴²

3.2.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลประเทศญี่ปุ่น

จากแนวคำพิพากษาที่ผ่านมา ศาลญี่ปุ่นได้อนุญาตให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ได้โดยบังคับให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นผู้คิดสัญญาจากการฝ่าฝืนข้อสัญญาที่ชำระค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ (ส่วนใหญ่มักเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า) และสั่งให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจระงับหรือหยุดการดำเนินการอันเป็นการแข่งขันกับธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตามในบางกรณีก็มีคำพิพากษาให้สัญญาประเภทนี้เป็นโมฆะได้เช่นเดียวกัน

โดยทั่วไปแล้วหากศาลญี่ปุ่นใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้ พิจารณาว่าข้อสัญญานั้นจะมีผลบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่

ประการแรก ความจำเป็นในการคุ้มครองความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับลูกค้าในขอบเขตพื้นที่ดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้อง, สิทธิทางพาณิชย์ (Commercial rights) ที่ระบุ, และความจำเป็นในการคุ้มครองโนวฮาว (Know-how) ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยการกำหนดข้อห้ามดำเนินธุรกิจแข่งขันบางประเภท

ประการที่สอง คือขอบเขตของการปฏิบัติตามข้อห้ามจำกัดสิทธิแข่งขัน บรรทัดฐานของศาลญี่ปุ่นในเรื่องนี้ ได้แก่ คำพิพากษาของศาลแขวงโกเบ วันที่ 20 กรกฎาคม 1992 โดยสาระสำคัญในคดีนี้เหมือนกับกรณีในประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ได้เข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ธุรกิจการจัดเตรียมและขายอาหารกลางวันแบบห่อกลับ ในสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวมีข้อสัญญาระบุว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ จะต้องไม่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ในท้องที่ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับสิทธิประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ตามสัญญา”

⁴² ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, “รายงานการศึกษาวิเคราะห์ฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาด,” หน้า 4-23

ศาลในคดีนี้ ได้พิจารณาจากข้อจำกัดสิทธิในการแข่งขัน โดยพิจารณาจากความเหมาะสมผลในประเด็นต่อไปนี้

- บริเวณพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้นเป็นบริเวณที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบหรือเคยประกอบธุรกิจภายใต้สัญญาแฟรนไชส์หรือไม่
- การพิจารณาประเภทของธุรกิจที่ถูกจำกัด จะต้องเป็นธุรกิจเฉพาะที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ได้รับสิทธิภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ และ
- ระยะเวลาที่ถูกจำกัดสิทธิ

ทั้งนี้เป็นการยากในการหาดุลยภาพระหว่างเหตุผลด้านธุรกิจและขอบเขตของการจำกัดสิทธิแข่งขันลักษณะนี้เพื่อที่จะกำหนดว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือบางส่วนจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิที่ไม่เหมาะสมผลในเรื่องความมีอิสระของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและตกเป็น โฆษณาเนื่องจากขัดกับผลประโยชน์สาธารณะ หากพิสูจน์ได้ว่า

(ก) ไม่มีสิทธิทางพาณิชย์หรือโนวฮาวที่ได้จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจหรือมีแต่มีอยู่เพียงเล็กน้อยในการที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิ หรือ

(ข) ข้อสัญญาห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันจำกัดสิทธิเกินกว่าความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิทางพาณิชย์หรือโนวฮาวในเขตพื้นที่ที่ระบุในสัญญาแฟรนไชส์

เมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2552 ศาลแขวงแห่งโตเกียวได้มีคำพิพากษาซึ่งมักไม่ค่อยปรากฏในลักษณะที่ว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ถือเป็นโฆษณา โดยศาลปฏิเสธความมีอยู่ของสิทธิในเชิงพาณิชย์และเรื่องความลับทางการค้ารวมไปถึงเรื่องของคุณค่าของโนวฮาวที่ได้รับจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครอง โดยให้เหตุผลว่าสองประการ ประการแรกได้แก่ ขอบเขตของข้อสัญญาห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันมีการจำกัดสิทธิมากเกินไปที่จะสามารถบังคับได้โดยศาลเห็นว่าความจำเป็นในการคุ้มครองผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากการถูกจำกัดสิทธิเกินความจำเป็น มีความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ ดังนั้นข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงขัดกับนโยบายสาธารณะและตกเป็นโฆษณา

การประเมินความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิทางพาณิชย์และโน้วฮาว อาจแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าสัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลงตามระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือ มีการบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนด การคัดค้านความมีผลของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันจะเกิดขึ้นกับกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์หมดลงก่อนระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาซึ่งส่วนใหญ่แล้วเนื่องมาจากการผิดสัญญาของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งกรณีนี้ศาลมักเห็นความจำเป็นในการห้ามการดำเนินธุรกิจแข่งขัน ในทางกลับกันในกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดตามระยะเวลาที่กำหนดอาจไม่มีเหตุผลเพียงพอในการดำเนินการห้ามผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันเพราะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจย่อมคาดหมายได้ว่าความมีผลของสัญญาแฟรนไชส์เดิมจะหมดลงและสามารถเตรียมการได้ล่วงหน้า เช่นหากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจรายใหม่ อย่างไรก็ตามในบางกรณีที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงตามที่กำหนดในสัญญาศาลก็ตัดสินให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันมีผลบังคับใช้ได้เช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะตัดสินเพียงจากเหตุผลในการเลิกสัญญาว่าศาลจะบังคับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันให้หรือไม่

หากข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและสามารถบังคับใช้ได้ภายใต้กฎหมายญี่ปุ่น คู่กรณีก็จะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ ข้อสัญญาที่กำหนดค่าเสียหายล่วงหน้า (Liquidated damage) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเป็นอย่างมากที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ให้แก่ฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ อย่างไรก็ตามหากข้อสัญญากำหนดค่าเสียหายล่วงหน้ากำหนดไว้เกินกว่าตามสภาพความเป็นจริงแล้ว ศาลอาจสั่งให้ข้อสัญญากำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าบางส่วนหรือทั้งหมดของสัญญาไม่มีผลบังคับใช้ ศาลในญี่ปุ่นจะกำหนดให้คู่สัญญาที่กำหนดค่าสินไหมทดแทนที่อยู่ในอัตราที่พอเหมาะ หากค่าเสียหายที่ต้องจ่ายนั้นถูกศาลสั่งให้ไม่เป็นผล ฝ่ายของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง⁴³

3.2.3 ออสเตรเลีย

3.2.3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากประเทศออสเตรเลีย อยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่ก็มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใช้ควบคู่ไปด้วย โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

⁴³ Etsuko Hara, Tetsuro Motoyoshi, Jeffrey Eagan., **Non-compete clauses and liquidated damages in franchise agreements** [Online], October 2010. Available from: http://www.amt-law.com/res/news_2010en_pdf/101013_1872.pdf

3.2.3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้า

กฎหมายเกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย ที่ใช้บังคับกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยมีบรรทัดฐานแห่งคดีคือ คดี Nordenfelt –v- Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Company [1894] AC 535,

ในคดีนี้ Lord McNaghten ซึ่งเป็นผู้พิพากษา ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า:

“รัฐและปัจเจกชนจะได้รับประโยชน์ เมื่อทุกคนสามารถดำเนินธุรกิจการค้าได้อย่างอิสระ โดยมีหลักทั่วไปว่า การแทรกแซงในเสรีภาพของบุคคลใดในการกระทำทางการค้า หรือการจำกัดความสามารถในการแข่งขันของพวกเขาเหล่านั้นแต่เพียงประการเดียว ถือเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะและตกเป็นโมฆะ ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลโดยเฉพาะเจาะจง นั่นคือความสมเหตุสมผล* โดยแบ่งออกเป็น

(1) ความสมเหตุสมผลระหว่างคู่สัญญา

(2) ความสมเหตุสมผลต่อประโยชน์สาธารณะในเรื่องการ

แข่งขัน

* “The public have an interest in every person carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, or restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy and, therefore, void. That is the general rule, but there are exceptions: restraints of trade and interference with an individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable – reasonable, that is, in reference to the interest of the parties concerned and reasonable in reference to the interest of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party into whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public.”

การพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสอง ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง สถานการณ์ ในขณะที่ทำสัญญา ไม่ใช่ ณ เวลาที่บังคับใช้หรือเวลาที่มีการเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการผิดสัญญา

3.2.3.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของ ออสเตรเลียคือ พระราชบัญญัติประกอบการค้า (Trade Practices Act 1974) สาระสำคัญของ กฎหมายฉบับนี้ที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ บัญญัติไว้ในส่วนที่ 4 ของกฎหมายดังกล่าว โดยครอบคลุมทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและการป้องกันการผูกขาดในฉบับเดียวกันการห้ามทำสัญญา หรือข้อตกลงที่จำกัดหรือกระทบการแข่งขัน โดยมี สาระสำคัญ ดังนี้

1) มาตรา 45 (2) ระบุห้ามมิให้ผู้ประกอบการใดทำสัญญา ความเข้าใจ หรือความตกลงใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ หรือที่เป็นเหตุให้หรือน่าจะเป็นเหตุให้ลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการลง หรือทำสัญญาที่มีข้อสัญญาเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการใด ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (per se)

2) มาตรา 45 (1) บัญญัติให้ข้อสัญญา ความเข้าใจ หรือความตกลงใด ที่มีวัตถุประสงค์ หรือที่เป็นเหตุให้หรือน่าจะเป็นเหตุให้ลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการลง หรือทำสัญญาที่มีข้อสัญญาเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการอื่น เป็นข้อสัญญา ความเข้าใจหรือข้อตกลงที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย (unenforceable) หากว่าข้อสัญญานั้นได้ก่อให้เกิด สิทธิ หรือประโยชน์ใด ๆ หรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่หรือหนี้แก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง

ในประเทศออสเตรเลีย กฎหมายการประกอบการค้ามีความสำคัญต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจ และสัญญาแฟรนไชส์จะพยายามก่อให้เกิดรูปแบบการ จำกัดทางสัญญาอันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบการค้าของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งการ จำกัดดังกล่าวจะถือว่าการฝ่าฝืนกฎหมายการประกอบการค้า ถ้า

- ข้อจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์ มีผลกระทบหรือผลอื่นๆ อันมี ลักษณะเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือ

- ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ได้ใช้อำนาจตลาดของตนโดยมิชอบ เพื่อที่จะก่อความเสียหายแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ดำเนินการธุรกิจแข่งขัน

ทั้งนี้ คณะกรรมการการประกอบการค้า ได้อธิบายโดยชัดแจ้งว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการแข่งขัน หลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง เป็นข้อสัญญาจำกัดสิทธิที่ต่อต้านการแข่งขันภายใต้พระราชบัญญัติประกอบการค้า ซึ่งควรถูกตัดออกจากสัญญา และหากคณะกรรมการการประกอบการค้า ได้ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเหล่านี้ ก็สามารถนำเรื่องขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลชี้ขาดว่าข้อสัญญานั้นลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจริงหรือไม่

Franchise Code of Conduct 1998, and as amended under Trade Practices Act 1974 เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่กำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องเปิดเผยแก่หน่วยงานราชการที่รับผิดชอบในเรื่องการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchise Council of Australia) ในข้อมูลเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอื่นระหว่างหรือหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแก่ ในขณะที่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตของข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิดังกล่าวเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งศาลได้บัญญัติไว้มาเริ่มแรกมาเป็นระยะเวลาร้อยกว่าปี กล่าวคือ ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวจำกัดสิทธิทางการค้าโดยไม่ชอบ (unlawful restraint of trade) จะถือว่าขัดกับนโยบายสาธารณะและทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะแต่มีข้อยกเว้นเช่นกันดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

3.2.3.1.2 แนวคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลีย

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลียที่เกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ ได้แก่ คดี *Raine & Horne Pty Ltd v Adacol Pty Ltd*

ในคดีนี้ โจทก์ Adacol ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก่อสร้างหิรัญทรัพย์ตามสัญญาในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ที่ทำกับจำเลย Raine & Home ในปี 2005 หลังจากสัญญาดังกล่าวถูกยกเลิก Raine & Home ร้องขอวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเพื่อบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวห้ามโจทก์ข้องเกี่ยวในธุรกิจตัวแทนการค้าก่อสร้างหิรัญทรัพย์ใดๆ เป็นเวลา 12 เดือนหลังจากยกเลิกสัญญาและห้ามข้องเกี่ยวในธุรกิจดังกล่าวซึ่งอยู่ภายในรัศมี 5 กิโลเมตรจากสถานที่ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

ศาลในคดีนี้ อ้างหลักการทั่วไปที่ว่า ฝ่ายที่บังคับข้อจำกัดทางการค้าต้องแสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดนั้นไม่กว้างกว่าที่จำเป็นในการปกป้องผลประโยชน์ ในการประเมินความเหมาะสมของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ สิ่งที่สำคัญคือ ข้อจำกัดนั้นป้องกันผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจากการสร้างธุรกิจใหม่ภายในพื้นที่ดังกล่าว แต่ไม่ได้กีดกันผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากการประกอบธุรกิจต่อไปแต่อย่างใด ศาลเห็นว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิที่จะปกป้องชื่อเสียงทางการค้าของธุรกิจของตนซึ่งใช้เวลาสร้างมาหลายปี ในคดีนี้ศาลพิพากษาว่าข้อสัญญา

จำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจนั้นปกป้องผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ สามารถปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจของตนได้โดยการทำสัญญาในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสมและบังคับใช้ได้หลังการยกเลิกสัญญารวมอยู่ด้วย

โดยศาลเห็นว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีผลประโยชน์อันต้องได้รับการคุ้มครองจากข้อจำกัดสิทธิทางการค้าดังนี้

2) ผลประโยชน์โดยตรงที่จะได้รับค่าธรรมเนียมธุรกิจแฟรนไชส์จากการทำสัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เสนอที่จะทำการชำระค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์อย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลาของสัญญา แสดงให้เห็นถึงว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับผลประโยชน์จากสัญญาแฟรนไชส์

3) ผลประโยชน์จากธุรกิจแฟรนไชส์ในเรื่องรายได้ที่จะเกิดขึ้นยกตัวอย่างเช่น ถ้าระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ก็เปิดโอกาสให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายใหม่ได้ โดยปราศจากการประกอบธุรกิจแข่งขันจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายเดิม เพื่อให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายใหม่สามารถประกอบธุรกิจโดยมีต้องแข่งขันกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายเดิม อันเป็นการสร้างรายได้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเช่นกัน

4) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีค่าความนิยมหรือชื่อเสียงจากธุรกิจที่สร้างขึ้นตลอดระยะเวลาหลายปี แต่ได้มอบค่าความนิยมหรือชื่อเสียงนั้นแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไปแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน

นอกจากนั้นหลักการที่ศาลใช้พิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้าในสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นคล้ายกับหลักการของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจในสัญญาจ้างแรงงาน คือ

- ข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์ที่ใช้เพื่อป้องกันคู่สัญญาจากการแข่งขันภายในพื้นที่เดียวกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นต้องมีความเหมาะสม ศาลไม่น่าที่จะให้บังคับข้อจำกัดดังกล่าวในลักษณะกว้าง เช่น “ที่ใดก็ตามในประเทศออสเตรเลีย”

- ข้อจำกัดในกิจกรรมต้องเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของธุรกิจแฟรนไชส์เท่านั้น

ในบริบทของธุรกิจแฟรนไชส์ ศาลจะยอมรับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ถ้าข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวมีเพื่อปกป้องธุรกิจแฟรนไชส์ภายในพื้นที่ที่เหมาะสม ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็สามารถอ้างถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมใน :

- การปกป้องระบบอุปถัมภ์ที่ถูกสร้างขึ้นจากการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ และอาจสูญไปได้ถ้าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับอนุญาตให้แข่งขันอย่างไม่มีข้อจำกัด
- การรักษาความลับของข้อมูลลับที่มีให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจใช้ข้อมูลในการแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างไม่มีข้อจำกัด

ในการประเมินความเหมาะสมของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจนั้น ผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะถูกถ่วงดุลกับผลประโยชน์ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจจะกว้างมากน้อยหรือไม่นั้น ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

โดยสรุปแล้ว ศาลมองว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิจะมีผลบังคับใช้ได้ หากปรากฏว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีผลประโยชน์ที่ชอบธรรมในธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ นั่นเอง

3.2.4 มาเลเซีย

3.2.4.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.2.4.1.1 กฎหมายสัญญาแฟรนไชส์

มาเลเซียเป็นเพียงหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีกฎหมายที่ควบคุมการค้าดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะซึ่งก็คือ The Franchise Act 1998^{*} เป็นบทบัญญัติซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจัดให้มีการคุ้มครองขั้นพื้นฐานสำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศมาเลเซีย กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุม การบังคับให้สัญญาแฟรนไชส์ทุกประเภท ต้องจดทะเบียน การเปิดเผยข้อมูลการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา เป็นต้นนอกเหนือจากการตรวจสอบและควบคุม กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดรูปแบบของเอกสารที่ต้องเปิดเผยและที่ข้อสัญญาขั้นต่ำที่ต้องมีในสัญญาแฟรนไชส์ บทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนมีทั้งโทษจำคุกและปรับ

^{*} โปรดดู Malaysia Franchise Act ในภาคผนวก ก

สำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ที่ถูกลงควบคุมจะต้องเป็นธุรกิจที่มีการขายแฟรนไชส์ในมาเลเซีย หรือกรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการขายในมาเลเซีย ที่มีลักษณะต่อไปนี้

1) การเสนอขายหรือเสนอซื้อแฟรนไชส์ทำขึ้นในมาเลเซียและคำสนองทำขึ้นในหรือนอกมาเลเซีย หรือการเสนอขายหรือเสนอซื้อแฟรนไชส์ทำขึ้นนอกมาเลเซีย และคำสนองทำขึ้นในมาเลเซีย

2) ธุรกิจแฟรนไชส์ที่กระทำหรือจะกระทำในมาเลเซีย

ในมาเลเซีย ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิทางการค้าโดยปกติตกเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับ ตามนัยแห่ง The Malaysian Contracts Act 1950 โดยมีข้อยกเว้นอย่างจำกัดอยู่บ้างบางกรณี อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ ถือเป็นอีกหนึ่งข้อยกเว้นที่ไม่ห้ามข้อสัญญาที่เป็น การจำกัดสิทธิทางการค้า โดยกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ต้องขอมตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรถึงผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และพนักงานจะไม่ดำเนินธุรกิจอื่นที่ใกล้เคียงกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในระหว่างระยะเวลาสัญญาและภายหลังเลิกสัญญาเป็นระยะเวลา 2 ปี และเมื่อศาลได้ลงโทษผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ศาลมีอำนาจสั่งให้สัญญาแฟรนไชส์เป็นโมฆะ หรือสั่งให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ต้องคืนเงินที่ได้มาจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือห้ามผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่งตั้งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ รายใหม่

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ ได้แก่ มาตรา 27 ซึ่งมีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 27* “(1) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องรับรองเป็นหนังสือว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและลูกจ้างของตนจะไม่ประกอบธุรกิจซึ่งคล้ายกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตลอดอายุของสัญญาแฟรนไชส์และภายใน 2 ปี หลังจากสัญญาแฟรนไชส์หมดอายุหรือเลิกสัญญา

** Prohibition against similar business

27. (1) A franchisee shall give a written guarantee to a franchisor that the franchisee and his employees shall not carry on any other business similar to the franchised business operated by the franchisee during the franchise term and for two years after the expiration or earlier termination of the franchise agreement.

(2) The franchisee and his employees shall comply with the terms of the written guarantee given under subsection (1).

(3) A person who fails to comply with subsection (1) or (2) commits an offence.

(2) ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิและลูกจ้างต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในหนังสือรับรองที่ให้ไว้ในข้อ 1

(3) บุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามข้อ 1 หรือ 2 ถือว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

การกระทำความผิดตามมาตรานี้มีโทษอาญาคือโทษปรับแก่บุคคลที่ดำเนินการฝ่าฝืนข้างต้น

3.2.4.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

นอกจากกฎหมายแพรนไซส์ที่อ้างมาข้างต้นแล้ว พระราชบัญญัติการแข่งขันแห่งมาเลเซีย ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา ณ วันที่ 10 มิถุนายน 2553 และจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม 2555 เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาในเรื่องข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตามสัญญาแพรนไซส์

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้สร้างกรอบความคิดทางกฎหมายในเรื่องการกีดกันการแข่งขันในประเทศมาเลเซีย และใช้กับกิจกรรมเชิงพาณิชย์ภายในประเทศ รวมทั้งกิจกรรมเชิงพาณิชย์ที่ดำเนินการนอกประเทศแต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของมาเลเซีย ยกเว้นกิจกรรมในภาคพลังงาน การติดต่อสื่อสาร ภัตติมีเดีย และกิจกรรมอื่นๆ ที่จะได้รับการยกเว้น โดยการประกาศในกฎกระทรวงต่อไป โดยมีข้อห้ามประเภทต่าง ๆ เช่น มาตรา 4 การต่อต้านข้อตกลงที่มีการกีดกันการแข่งขันระหว่างองค์กรที่มีเครือข่ายการผลิตหรือจำหน่ายอยู่ในระดับเดียวกัน และระหว่างองค์กรซึ่งอยู่ในระดับต่างกัน ทั้งนี้ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแพรนไซส์ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้เช่นกัน

ทั้งนี้ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันแห่งมาเลเซีย ผู้ประกอบธุรกิจอาจหลุดพ้นจากความรับผิดอันเกิดจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ ถ้าสัญญาที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(ก) มีผลประโยชน์ด้านสังคมหรือความมีประสิทธิภาพทางด้านเทคโนโลยีที่สำคัญ ซึ่งเกิดจากสัญญานี้

(ข) คู่สัญญาไม่สามารถจัดหาผลประโยชน์อันสมควร โดยปราศจากสัญญาที่มีผลเป็นการกีดกัน จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขัน

(ค) ผลกระทบของสัญญาในด้านการแข่งขันที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ตามสัดส่วน

(ง) สัญญามีได้อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้ององค์การ
แข่งขัน โดยสิ้นเชิงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่สำคัญ

3.4.4.2 แนวคำพิพากษาของศาล

ในประเทศมาเลเซีย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถ
ร้องเรียนในเรื่องการผิดสัญญาแฟรนไชส์ หรือในเรื่องการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรน
ไชส์ โดยสามารถร้องเรียนต่อนายทะเบียนธุรกิจแฟรนไชส์ สมาคมธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศ
มาเลเซีย หรือต่อศาลก็ได้ ซึ่งสองช่องทางแรกจะเป็นการสนับสนุนให้มีการไกล่เกลี่ยอันมีลักษณะ
เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งในความเป็นจริงนั้น คำร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับ
สัญญาแฟรนไชส์ส่วนใหญ่จะยุตินอกศาล เนื่องจากถือได้ว่าการไกล่เกลี่ยเป็นการระงับข้อพิพาท
อันเป็นที่พอใจแก่ทุกฝ่าย ผ่านข้อตกลงทางธุรกิจ

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลประเทศมาเลเซียในเรื่องข้อ
สัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ ข้อพิพาทในเรื่องนี้
ทั้งหมดจึงยุติด้วยการเจรจาระงับข้อพิพาทนอกศาลระหว่างคู่กรณีในชั้นนายทะเบียนธุรกิจแฟรน
ไชส์⁴⁴

จากการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศข้างต้น ส่วนใหญ่แล้วข้อสัญญาจำกัด
สิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่กฎหมาย
ในบางมณฑลของรัฐอเมริกา เช่นแคลิฟอร์เนียมีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Statutory law) โดย
กำหนดให้ข้อจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟ
รนไชส์ตกเป็นโมฆะเพราะขัดหลักนโยบายสาธารณะในการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีมากกว่าการ
คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ นอกจากนี้กฎหมายจารีตประเพณีของรัฐจอร์เจีย ซึ่ง
ศาลได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้
สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์โดยใช้หลักการพิจารณาอย่างเคร่งครัด (Strict level of scrutiny) โดยไม่
ยอมรับข้อสัญญาจำกัดสิทธิที่เกินสมควรในกรณีที่ได้ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิแข่งขัน โดยไม่มีการ
กำหนดขอบเขตของธุรกิจ ระยะเวลาและพื้นที่ที่ถูกจำกัดเป็นที่แน่นอนและข้อสัญญาที่ห้ามบุคคล

⁴⁴ สัมภาษณ์ Idhwan Azizan, เจ้าหน้าที่หน่วยงานการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Unit) ฝ่ายการ
พัฒนาแฟรนไชส์ (Franchise Development Division) กระทรวงการพัฒนาความร่วมมือและผู้ประกอบการ
(Ministry of Entrepreneur and Co-Operatives Development, Malaysia), 18 มีนาคม 2554.

อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการดำเนินการธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันด้วย ข้อสัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับใช้ได้ทั้งหมด

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทยและ 4 ประเทศข้างต้นอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำกับดูแลสัญญาในการประกอบธุรกิจของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายที่เป็นบทบัญญัติ (Statute law) ในระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกา, ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น, Franchise Act ของมาเลเซีย หรือกฎหมายจารีตประเพณี เช่นกฎหมายจากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องของศาล (Case law) ของออสเตรเลีย มากกว่าการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือป้องกันการผูกขาดที่กำหนดโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครอง เว้นแต่ Trade Practice Act ซึ่งเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของประเทศออสเตรเลียที่ได้กำหนดถึงความชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับใช้ของข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางการค้าด้วยหากเป็นการลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการอย่างมีนัยสำคัญ โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาดของแต่ละประเทศมีแนวโน้มกำกับดูแลการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ในเชิงลงโทษมากกว่าสำหรับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

อาจกล่าวได้ว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ศึกษาข้างต้นเป็นข้อสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายโดยศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงของการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเป็นรายกรณีไป ดังต่อไปนี้

(ก) ข้อสัญญาจำกัดสิทธิเป็นส่วนหนึ่งที่สนับสนุนวัตถุประสงค์หลักของสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือในกรณีนี้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

(ข) ข้อสัญญาจำกัดสิทธิจะต้องเป็นเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง และจะต้องไม่กว้างเกินความจำเป็นอันสมเหตุสมผล ทั้งในแง่ของเวลาและขอบเขตที่กำหนด เช่น เขตพื้นที่ และรูปแบบการดำเนินธุรกิจ และ

(ค) ข้อสัญญาจำกัดสิทธิจะต้องไม่กว้างเกินความจำเป็นต่อการสร้างความคุ้มครองอย่างเสมอภาคแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย เช่น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและจะต้องไม่กว้างเกินไปจนมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะกล่าวคือไม่เป็นการจำกัดการค้าเสรีของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเกินความจำเป็น

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาความมีผลบังคับใช้ของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทยคือมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักเกณฑ์ข้างต้นของกฎหมายต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปเพื่อหาแนวทางแก้ปัญหาการบังคับใช้ของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ตามกฎหมายไทย คือหลักเกณฑ์ในการพิจารณา (1) ความสมเหตุสมผลของขอบเขตของประเภทธุรกิจและกิจกรรมที่ถูกจำกัดสิทธิ (2) ความสมเหตุสมผลของขอบเขตระยะเวลาที่ถูกจำกัดสิทธิ (3) ความสมเหตุสมผลของบุคคลที่ถูกจำกัด



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยและต่างประเทศ

เนื่องจากปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้เกิดขึ้นเป็นระยะๆ ดังจะเห็นได้จากการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในกฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่อเป็นการหาแนวทางและลักษณะที่เหมาะสมกับของประเทศไทยในเรื่องการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์และเปรียบเทียบความจำเป็น และเหตุผลของการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิ นั้นว่าสมควรมีผลบังคับได้ตามกฎหมายไทยหรือไม่และวิเคราะห์เปรียบเทียบการแนวทางหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันที่มีลักษณะดังกล่าวของกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ

4.1 ปัญหาที่เกิดจากข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

ตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยคือกรณีของแฟรนไชส์ Pizza Hut ในประเทศไทย ซึ่งเกิดข้อพิพาทกันขึ้นระหว่างผู้ให้แฟรนไชส์ คือ Tricon Global Restaurant (เดิมชื่อว่า บริษัท เป๊ปซี่ โค) เจ้าของแฟรนไชส์ Pizza Hut, Kentucky Fried Chicken (KFC) และทาโก เบล ซึ่งเป็นบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ Pizza Hut ในประเทศไทยคือบริษัทเดอะ พิชซ่า จำกัด (ขณะที่กิจการ KFC ในประเทศไทย Tricon ได้ร่วมลงทุนกับเครือเจริญโภคภัณฑ์หรือ ซี.พี.) โดยข้อพิพาทเริ่มต้นจากการที่สัญญาแฟรนไชส์เดิมห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเพียงแต่การค้าบริการอาหารที่เป็นคู่แข่งกับพิชซ่าเท่านั้น ดังนั้น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยจึงเข้าใจมาตลอดว่าผู้ให้แฟรนไชส์ห้ามไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจนำธุรกิจพิชซ่าอื่นๆ มาขายแข่งขันกับ Pizza Hut เท่านั้นแต่ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะเกี่ยวข้องกับธุรกิจอาหารอื่นๆ ไม่ได้ ในปี 1997 เมื่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องการขยายธุรกิจของตนในประเทศไทย ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงได้ติดต่อกับ Chicken Treat ซึ่งเป็นธุรกิจไก่ทอดที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย เพื่อจะขอรับแฟรนไชส์มาประกอบกิจการในประเทศไทย เมื่อ Tricon ทราบว่าผู้

ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ Pizza Hut ของตนจะดำเนินธุรกิจไก่อทอดในประเทศไทยด้วย Tricon ก็คัดค้านอย่างหนักเนื่องจากเห็นว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้ทำธุรกิจ Pizza Hut กับ Tricon มานานกว่า 20 ปี ย่อมล่วงรู้ข้อมูลภายในของ KFC เป็นอย่างดี จึงจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นต่อ Tricon ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์เพื่อประกอบธุรกิจพิซซ่าดำเนินธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์พิซซ่า) ขณะที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจก็ได้ตอบว่าผู้ถือแฟรนไชส์ของ Tricon ในสหรัฐอเมริกาและทวีปยุโรปไม่ถูกผูกมัดด้วยเงื่อนไขแบบเดียวกับเขา อีกทั้งยังสามารถเข้ามาแข่งขันกับเขาในประเทศไทยได้ด้วยถ้าต้องการรวมทั้งกลุ่มซี.พี. เอง ก็เป็นเจ้าของเครือข่าย Chester Grill และไก่อ่างห้าดาวด้วยแต่ก็ไม่เห็นว่าจะมีปัญหาแต่อย่างใด ต่อมาในปี 1998 ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเริ่มต้นเจรจากับ Tricon เรื่องสัญญาแฟรนไชส์ฉบับใหม่เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์ที่มีอยู่กำลังจะหมดลงในเดือนมกราคม ปี 2000 โดยตามข้อตกลงใหม่ที่ Tricon ได้เสนอให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจนั้น Tricon จะขอเพิ่มค่าธรรมเนียมขึ้นอีก 50% ส่วนแบ่งยอดขายผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องจ่าย 6% (จากเดิมจ่าย 4%) และเพิ่มค่าธรรมเนียมเบื้องต้นอีก 100% รวมทั้งยกเลิกเงื่อนไขในการปกป้องพื้นที่การขาย ซึ่งเท่ากับว่า Tricon เองจะมาเปิดร้าน Pizza Hut ประทับกับสาขาของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยเมื่อใดก็ได้ (ซึ่งต่างจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายบังคับเกี่ยวกับข้อตกลงในการแบ่งพื้นที่การขาย) นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอาหารไม่ว่าที่ใดในโลก ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องขออนุญาตจาก Tricon ก่อนทุกครั้ง เนื่องจากตามข้อตกลงการถือแฟรนไชส์ฉบับใหม่ของ Tricon ที่ใช้ในการให้แฟรนไชส์ทั่วโลก ระบุว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องได้รับอนุญาตจาก Tricon หากต้องการดำเนินธุรกิจอาหารประเภทอื่น แม้ว่าจะเป็นอาหารประเภทที่ไม่ใช่คู่แข่งกับพิซซ่า ไก่อทอด และอาหารเม็กซิกันก็ตาม เมื่อข้อตกลงในสัญญาใหม่แตกต่างจากสัญญาเดิมอย่างมาก ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงไม่ยินยอมตามข้อตกลงใหม่นี้ การเจรจาค่อสัญญาจึงยืดเยื้อออกไปจนกระทั่งในเดือนตุลาคม ปี 1999 ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงประกาศที่จะเปิดร้าน Chicken Treat ขึ้นในประเทศไทย เนื่องจากเชื่อว่าเงื่อนไขห้ามเปิดธุรกิจอื่นขึ้นมาแข่งขันตามที่ Tricon กำหนดขึ้นไม่น่าจะทำได้ในประเทศไทย ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ปีเดียวกัน Tricon ประกาศลงในหนังสือพิมพ์ว่า หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจไม่ตกลงตามเงื่อนไขใหม่ที่ Tricon เสนอภายในวันที่ 17 มกราคม 2000 Tricon จะเป็นผู้ดำเนินกิจการ Pizza Hut ในประเทศไทยเสียเอง ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงยื่นเรื่องฟ้อง Tricon

ต่อศาลมลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจตามสัญญาและแจ้งให้ Tricon ทราบว่าทันทีที่สัญญาสิ้นสุดลงในวันที่ 21 มกราคม 2000 ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะปลดป้าย Pizza Hut ออกทันทีและจะจำหน่ายพิซซ่าแบรนด์ใหม่ของตนเอง แต่ Tricon ได้ขอคำสั่งศาลห้ามไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจปลดป้ายออก ขณะที่คดีกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล Tricon กลับเปิดร้าน Pizza Hut ของตนขึ้นในประเทศไทย และบางสาขาอยู่ถัดจากร้านของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจไปเพียงไม่กี่กิโลเมตรเท่านั้น ในเดือนพฤศจิกายน ปี 2000 ข้อพิพาทยุติลงด้วยการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงยอมความกัน โดยตกลงกันว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะเปิดร้าน Pizza Hut ถึงเดือนมกราคม ปี 2001 เท่านั้น จากนั้นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะปลดป้าย Pizza Hut ลงและปิดกิจการทุกแห่งเป็นเวลา 45 วัน เพื่อเปลี่ยนชื่อใหม่เป็น The Pizza Company ส่วน Tricon จะเปิดผู้ดำเนินการกิจการ Pizza Hut ในประเทศไทยต่อไปเอง⁴⁵

ในคดีข้างต้นนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ คือ Tricon Global Restaurant มองว่าสัญญาดังกล่าวซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องให้การอบรมทางเทคโนโลยีในการผลิตพิซซ่าแก่ผู้รับอนุญาตในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคือบริษัท เดอะ พิตซซา จำกัด (มหาชน) สามารถ นำเทคโนโลยีในการผลิตพิซซ่าไปต่อยอดในการผลิตอาหารประเภทไก่ด้วย ดังนั้นการที่บริษัท เดอะ พิตซซา จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจอาหารประเภทไก่ดังกล่าวจึงเป็นการประกอบธุรกิจแข่งขันกับธุรกิจพิซซ่าของบริษัท Tricon Global Restaurant Inc. ซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

4.1.1 สาเหตุในการเกิดปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากการที่ธุรกิจแฟรนไชส์ส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาดการที่ธุรกิจแฟรนไชส์เจริญเติบโตและได้รับความนิยมในธุรกิจเกี่ยวกับการจัดกระจายสินค้าและบริการจำนวนมาก ย่อมเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชัดเจนว่า ระบบธุรกิจแฟรนไชส์ต้องมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพดังกล่าวได้แก่ (1) ทำให้สามารถระดมเงินทุนเพื่อสร้างเครือข่ายร้านระดับค้าปลีกได้อย่างรวดเร็ว และต้นทุนต่ำกว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (2) สามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ความเป็นผู้ประกอบการและความทุ่มเทได้จากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งเป็นผู้ลงทุนและเป็นผู้ประกอบการเอง ส่วนในแง่ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

⁴⁵วิลเลียม อี. ไฮเนคกี และ โจนารธ มาร์ช. *เจ้าแก้มมือโปร* เคสลับ 25 ข้อ สำหรับผู้บริหารในโลกยุคไร้พรมแดน. แปลโดยจิระ หงส์คารมภ์ และบุญรัตน์ อภิชาติไตรสรณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดีเอ็มจี, 2547, หน้า 78

ประสิทธิภาพได้แก่ การลดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจโดยอาศัยชื่อเสียง เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ มาตรฐานการฝึกอบรม คำแนะนำและการสนับสนุนจากผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งเข้าร่วมอยู่ในธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จย่อมเป็นการประกันอย่างที่ว่าธุรกิจของบรรดานักลงทุนรายเล็กที่เป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้ สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ก็จะประสบความสำเร็จค่อนข้างแน่นอน

อย่างไรก็ตาม ย่อมมีการใช้อำนาจต่อรองอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิใน การประกอบธุรกิจ การมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ ธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ได้เกิดจากการที่ผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ รายนั้น ๆ มีสถานะเหนือกว่าบริษัทคู่แข่งในธุรกิจเดียวกัน แต่ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ผู้ให้อนุญาตให้ใช้ สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีอำนาจตลาดเหนือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ ธุรกิจแฟรนไชส์ เหตุผลที่ทำให้ผู้ให้อนุญาตมีอำนาจเหนือผู้รับอนุญาตได้แก่ (1) ค่าต้นทุนที่จม (ต้นทุนคงที่ที่ไม่สามารถเรียกคืนได้) ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น ค่าตกแต่งร้าน ค่าอุปกรณ์เครื่องมือ ค่าเครื่องจักรที่ซื้อมาแล้ว (2) ความสามารถตามสัญญาที่ ให้อำนาจผู้ให้อนุญาตเพิ่มต้นทุนหรือยกเลิกสัญญาได้ เช่น ค่าตรวจสอบคุณภาพ หรือการควบคุม เงื่อนไขการขายเป็นต้น และ (3) ความสามารถของผู้ให้อนุญาตที่จะปฏิเสธไม่ให้ผู้รับอนุญาตที่ตน ไม่ชอบเข้าถึงโอกาสทางธุรกิจที่มีกำไรได้ เช่น การขายสินค้าที่มีกำไรสูง ๆ ภายใต้การควบคุมของ ผู้ให้อนุญาตเป็นต้น ตัวอย่างของการใช้อำนาจตลาดในทางไม่ชอบธรรมดังกล่าว ได้แก่การบังคับ ให้ผู้รับอนุญาตต้องทำหน้าที่บริการบางอย่างเพิ่มเติมโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน การบังคับให้ซื้อ สินค้าหรือบริการควบหรือพ่วง การบังคับให้ขายสินค้าหรือบริการในราคาที่กำหนด

ดังนั้น การทำสัญญาแฟรนไชส์ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิใน การประกอบธุรกิจมักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองในการเจรจาทำสัญญา (Bargaining power) เหนือกว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเสมอ โดยเฉพาะเมื่อผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการประกอบธุรกิจเป็นองค์กรทางธุรกิจที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แม้ว่าการ ทำสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอาจจะต้องการเงิน ลงทุนขยายธุรกิจจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ก็มักจะอยู่ในรูปขององค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีจำนวนเงิน ลงทุนสูง จึงมีฐานะ ประสบการณ์และความรู้ความชำนาญเป็นอย่างดีอยู่แล้วก็ตาม แต่การที่จะขยาย ธุรกิจแฟรนไชส์ไปต่างประเทศ ธุรกิจดังกล่าวจะต้องมีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว ผู้ ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงต้องการเข้าร่วมดำเนินธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้ สิทธิในการประกอบธุรกิจแม้จะต้องถูกบังคับให้ทำสัญญาที่ตนต้องเป็นฝ่ายเสียประโยชน์เพื่อแลก กับผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงมีอำนาจต่อรองมหาศาล

ในการทำข้อสัญญาต่างๆ และอยู่ในฐานะที่สามารถกำหนดทางเลือกในการซื้อสินค้าและการดำเนินกระบวนการทางการตลาดของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ⁴⁶ เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะมีค่าต้นทุนที่จม (Sunk cost) หรือค่าต้นทุนคงที่ที่ไม่สามารถเรียกคืนได้ เช่น ค่าตกแต่งร้าน ค่าอุปกรณ์เครื่องมือ ค่าเครื่องจักรที่ซื้อมาแล้ว ขณะที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจก็จะมีสิทธิตามสัญญาในการเพิ่มต้นทุนหรือยกเลิกสัญญา รวมทั้งกีดกันไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีโอกาสเข้าสู่ธุรกิจที่มีกำไรได้ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงไม่มีอำนาจที่จะบีบบังคับให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำสัญญาแฟรนไชส์ในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้เลย⁴⁷ ข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์จึงมักจะเป็นไปในแนวทางที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต้องการอยู่เสมอ

ในทางปฏิบัติจึงมักเห็นได้ว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอาจจะอยู่ในฐานะเสียเปรียบเนื่องจากว่าไม่อยู่ในภาวะที่มีอำนาจต่อรองเท่ากับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ แม้ในทางทฤษฎีจะมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาเท่าเทียมกันก็ตาม⁴⁸ ดังนั้นสาเหตุหลักในการทำให้เกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศก็เนื่องมาจากอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

4.1.2 ลักษณะของข้อสัญญาจำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์^{*}

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ เป็นข้อสัญญาห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่ว่าจะดำเนินการประกอบธุรกิจแข่งขันด้วยตนเองหรือโดยรูปแบบใด เช่น การดำเนินธุรกิจจากการเข้าเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกับอดีตผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวอาจแบ่งได้ตามลักษณะดังนี้

⁴⁶ Warren S. Grimes, "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and The Franchisor's Conflict of Interest," *Antitrust Law Journal* 243 (1999): 246.

⁴⁷ *Ibid*

⁴⁸ ถาวร เกียรติทับทิว, "สัญญาแฟรนไชส์กับธุรกิจ," *บทบัญญัติ* 45 (กันยายน 2532): 56

* โปรดดูตัวอย่างข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในภาคผนวก ง

1) ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิในการแข่งขันภายในระยะเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์ใช้บังคับอยู่ เช่น ข้อสัญญาที่ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน หรือคล้ายกันอันเป็นการแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยอาจมีการกำหนดบริเวณขอบเขตพื้นที่ห้ามหรือไม่ก็ตาม หรือข้อสัญญาดังกล่าวมิได้ห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกระทำการดังกล่าวโดยเด็ดขาดแต่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก่อน, ข้อสัญญาที่ระบุว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินการธุรกิจซึ่งมีลักษณะเดียวกับธุรกิจที่ได้อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่มีการจำกัดขอบเขตพื้นที่ เป็นต้น

2) ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิในการแข่งขันภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์ได้สิ้นสุดลง เช่น ภายหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง อดีตผู้รับอนุญาตย่อมไม่มีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเคยมีสิทธิใช้ภายใต้สัญญาแฟรนไชส์อีกต่อไป อดีตผู้รับอนุญาตจะอ้างว่าตนได้เคยออกค่าใช้จ่ายในการโฆษณาและส่งเสริมเครื่องหมายการค้าบริการหรือสัญลักษณ์ของผู้ให้อุญาตตลอดระยะเวลาจึงมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้า บริการ หรือสัญลักษณ์ต่อไปอีกไม่ได้, ข้อสัญญาที่ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจที่เหมือนกัน หรือคล้ายกันอันเป็นการแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นระยะเวลาหนึ่ง หรือในบริเวณขอบเขตพื้นที่หนึ่งๆ หรือข้อสัญญาดังกล่าวมิได้ห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกระทำการดังกล่าวโดยเด็ดขาดแต่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก่อน

3) ข้อสัญญาที่อนุญาตให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์สามารถดำเนินการธุรกิจซึ่งมีลักษณะเดียวกับธุรกิจที่ได้อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการ โดยไม่มีการจำกัดขอบเขตพื้นที่ ดังนั้นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมสามารถดำเนินการซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับธุรกิจที่ได้อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการในพื้นที่ที่ใกล้เคียงกับธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งดำเนินการ โดยแฟรนไชส์อาจส่งผลให้ธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งดำเนินการ โดยผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดความสามารถในการแข่งขันทางธุรกิจ

4) ข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามทำธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น เช่น ข้อสัญญาจำกัดแหล่งวัตถุดิบ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ ที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะซื้อได้ กล่าวคือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องซื้อวัตถุดิบ เครื่องมือ อุปกรณ์ สำหรับใช้ในการผลิตสินค้า หรือให้บริการในธุรกิจแฟรนไชส์จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น หรือ ข้อสัญญาห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่น แม้ว่าธุรกิจแฟรนไชส์ที่ผู้ได้รับอนุญาตดำเนินการจากการได้รับอนุญาตของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นจะไม่ใช้ธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกันหรือคล้ายคลึงกับธุรกิจแฟรนไชส์ของตน

ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิการแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์โดยตรงจะเป็นกรณีข้อ 1 และ 2 ข้างต้น ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะตามข้อ 3 ข้างต้น เป็นกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินธุรกิจแข่งขันกับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และข้อสัญญาที่มีลักษณะตามข้อ 4 ข้างต้นจะเป็นการจำกัดสิทธิการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีผู้ใช้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของตน ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเป็นการวิเคราะห์เฉพาะการกำกับดูแลข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิการแข่งขันในการประกอบธุรกิจซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีลักษณะตามข้อ 1 และ 2 เท่านั้น

4.2 บทวิเคราะห์ข้อดี ความจำเป็นและเหตุผลและผลกระทบของการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์เป็นกรณีที่ผู้ให้แฟรนไชส์ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำการค้าแข่งขันหรือประกอบอาชีพประเภทเดียวกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ภายในท้องที่และเวลาที่กำหนด เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในแฟรนไชส์เสียหายจากการที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินำทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เนื่องจากผู้ให้แฟรนไชส์เป็นผู้พัฒนาระบบธุรกิจขึ้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จึงเป็นการให้สูตร ข้อมูลความลับ กรรมวิธีในการผลิต การใช้ทรัพย์สินทางปัญญา กลยุทธ์ทางการตลาด และวิธีการดำเนินงานทั้งระบบของผู้ให้แฟรนไชส์ ตลอดจนความช่วยเหลือในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเท่ากับว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจล่วงรู้ความลับทางการค้าของผู้ให้แฟรนไชส์ทั้งหมดแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้วในสัญญาแฟรนไชส์จะมีข้อกำหนดในการรักษาความลับหรือที่เรียกว่า Confidentiality Clause ซึ่งกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีหน้าที่ในการรักษาความลับรวมทั้งจำกัดการใช้ความลับที่ได้ไปจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในระยะเวลาที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับและหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงในการป้องกันมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ และความลับทางการค้าและทรัพย์สินทางปัญญาจะยังคงเป็นของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อจะนำไปใช้หาผู้ได้รับอนุญาตรายใหม่เข้าร่วมเครือข่ายธุรกิจแฟรนไชส์

การกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจในสัญญาแฟรนไชส์ย่อมทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจในการลงทุนด้านการอบรมให้แก่ผู้รับ

อนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจ รวมถึงดำเนินการด้านการตลาด และวิจัยด้านผลิตภัณฑ์ อีกทั้งถ่ายทอดความรู้ให้แก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการขยายธุรกิจและความคิดสร้างสรรค์ของผู้ให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจ ที่มีคุณภาพและบริการ จะได้รับการพัฒนา และผู้บริโภคจะได้รับผลประโยชน์สูงสุด

การที่ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในสัญญาแฟรนไชส์ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้โดยใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อหาผลประโยชน์หลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ในขณะที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้รับค่าตอบแทน จึงเป็นการไม่สร้างแรงจูงใจให้กับผู้ประกอบการในการเลือกดำเนินธุรกิจในระบบแฟรนไชส์ อันเป็นการไม่ส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์

อย่างไรก็ดี ตามหลักแล้วข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ได้ถูกถือว่าเป็นการจำกัดทางการค้า และอาจถือเป็นการขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะหรือรัฐศาสนโยบาย เพราะอาจส่งผลกระทบต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจและภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศ กล่าวคือ ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจะต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับหากไม่ถูกจำกัดการแข่งขัน และสังคมไม่ได้รับผลประโยชน์จากความรู้ความสามารถของอดีตผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เนื่องจากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดการแข่งขัน จึงไม่สามารถแสดงความรู้ความสามารถในด้านธุรกิจของตน ได้อย่างต่อเนื่องที่ตนถนัดและเชี่ยวชาญมากที่สุด

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดก็จะสามารถควบคุมปริมาณและทิศทางราคาของสินค้าในตลาดได้ รวมทั้งอาจมีผลต่อการที่ผู้บริโภคจะต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการในราคาที่สูงกว่าปกติ เนื่องจากต้นทุนในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจสูงขึ้นและผู้บริโภคมีทางเลือกน้อยลง โดยที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีอำนาจอยู่ในมือ มักจะอาศัยกลยุทธ์ทางการตลาดในรูปแบบต่างๆ โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย เพื่อครอบครองส่วนแบ่งทางการตลาดให้ได้มากที่สุดและตนจะได้มีอำนาจผูกขาดในตลาดมากขึ้น ดังนั้นผู้บริโภคจึงเสียประโยชน์ในการซื้อสินค้าหรือรับบริการ

จากข้อพิพาทของ Pizza Hut ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นบริษัทใหญ่ และมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักไปทั่วโลกทำให้มีอำนาจในการต่อรองเพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์เพื่อผลประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมและจำกัดโอกาสทางธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอย่างไม่สมควรอย่างยิ่ง โดยที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจไม่สามารถต่อรองได้ และมีทางเลือกเพียงแค่ว่าจะต่อสัญญาหรือไม่ต่อสัญญาเท่านั้น ทั้งที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจได้ดำเนินธุรกิจร่วมกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมาเป็นเวลามากกว่า 20 ปี ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบ

ธุรกิจย่อมเชื่อว่าคนจะได้รับการต่อสัญญาในเงื่อนไขอันเป็นธรรมตามปกติ การทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นนี้มักจะเกิดขึ้นอยู่เสมอในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศและเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ ดังนั้นคุณภาพของขอบเขตของจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวในสัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ที่ถือว่าไม่เป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิและสังคมจนเกินไปจนไม่เป็นธรรมควรพิจารณาความสมเหตุสมผลในแง่ลักษณะธุรกิจ พื้นที่และระยะเวลาที่ถูกจำกัดสิทธิจากหลักเกณฑ์ใดบ้าง

4.3 บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

โดยส่วนใหญ่แล้วข้อสัญญาจำกัดสิทธิการแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์มักจำกัดสิทธิแข่งขันใน 3 ประเด็น คือ 1) ขอบเขตของประเภทธุรกิจและกิจการที่ถูกจำกัด 2) ระยะเวลาที่ถูกจำกัด และ 3) ขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัด ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับหากไม่ขัดกับผลประโยชน์หรือนโยบายสาธารณะ กล่าวคือการจำกัดการแข่งขันหรือสิทธิในการที่บุคคลจะทำมาหาเลี้ยงชีพจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีความสมเหตุสมผลในการจำกัดการแข่งขันดังกล่าว ทั้งนี้หลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาผลประโยชน์หรือนโยบายสาธารณะที่เกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศ มีดังนี้

4.3.1 ความสมเหตุสมผลของขอบเขตของประเภทธุรกิจและกิจการที่ถูกจำกัด

ธุรกิจหรือกิจกรรมใดที่ห้ามผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการได้โดยถือว่าเป็นการกระทำธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นพิจารณาจากผลประโยชน์ที่ชอบธรรม (legitimate interest) ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยหลักแล้วต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิว่าได้รับการคุ้มครองหรือไม่ที่จะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดจากธุรกิจหรือกิจกรรมเช่นว่านั้น ซึ่งสามารถพิจารณาได้จาก

1) ธุรกิจนั้นต้องมีลักษณะเหมือนกัน (same business) หรือคล้ายคลึงกัน (similar business) กับธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่จะอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเข้ามาดำเนินธุรกิจในตลาดธุรกิจแฟรนไชส์ของตนโดยเป็นคู่แข่งกับตน กฎหมายของต่างประเทศส่วนใหญ่เห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวใช้บังคับได้ แต่

หากการจำกัดขอบเขตของธุรกิจอย่างกว้างเกินไปหรือเกินไปมากกว่าธุรกิจเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันแล้ว จะถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่ “ไม่สมเหตุผล”

หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาความเหมือนหรือความคล้ายระหว่างธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคือการพิจารณาขอบเขตของตลาดของธุรกิจทั้งสองว่าเป็นตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกันหรือไม่ โดยใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

เช่น ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ไม่ได้มีกลุ่มลูกค้าเป้าหมายกลุ่มเดียวกัน, ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจถือว่าห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจร้านอาหารประเภทใดก็ตามแม้ธุรกิจที่ตนเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์คือธุรกิจร้านอาหารจานด่วน (Fast food), ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจจัดเตรียมปลาซึ่งรวมถึงการเลี้ยง การดำเนินการและจำหน่ายปลา ทั้งๆที่ธุรกิจที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับตามสัญญาแฟรนไชส์คือร้านอาหารขายปลาคู การกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขัน”ไม่ว่ารูปแบบใด”

2) การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งรวมถึงวิธีการและรูปแบบของการดำเนินธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ, ความลับทางการค้า โนวฮาว (Know How) ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้ไว้กับผู้รับอนุญาตจากการเป็นคู่สัญญาแฟรนไชส์

เมื่อพิจารณานิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่เปิดกว้างแล้วเห็นว่านิยามความลับทางการค้าอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้ความรู้ความชำนาญ ข้อมูลที่สมควรมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้ภายหลังสิ้นสุดความผูกพันตามสัญญาแฟรนไชส์ ซึ่งการจำกัดดังกล่าวอาจเกิดจากการกล่าวอ้างนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าโดยตรง หรืออาจโดยอาศัยนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางนั้นเป็นเครื่องมือการกำหนดจำกัดสิทธิไว้โดยอาศัยข้อสัญญาเพื่อให้ข้อมูลต่างๆได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าจากความสัมพันธ์ระหว่างอดีตผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจกับอดีตผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจนั้น นิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางย่อมมีผลให้ขอบเขตข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ซ่อนทับเข้าไปหรือกลืนเอาข้อมูลในส่วนที่เป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ดังกล่าวของอดีตผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจไปด้วย และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ และการแข่งขันโดยเสรี และเป็นเครื่องมือให้อดีตผู้อนุญาตให้ใช้

สิทธิสามารถอาศัยนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางมาปิดกั้นอดีตผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้ข้อมูลเหล่านั้น โดยอิสระในการประกอบธุรกิจเมื่อสิ้นสุดสัญญาแฟรนไชส์

ดังนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายต่างประเทศจะถือว่าข้อมูลที่จะถือว่าเป็นความลับของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากการถูกบุคคลอื่นนำไปใช้จะต้องเป็นข้อมูลเหนือวิธีการ เทคนิค โนวฮาวที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ลงทุน ลงแรง และความพยายามในการพัฒนาขึ้นมา เพียงแค่การคิดป้าบบนข้อมูลทั่วไปว่า “ความลับ” ไม่อาจทำให้ข้อมูลดังกล่าวได้รับการคุ้มครองภายใต้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเสมอไป

ส่วนข้อมูล หรือทักษะ ความชำนาญที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเรียนรู้และพัฒนาขึ้นมาจากการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการทั่วไปย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับความคุ้มครอง

3) ชื่อเสียงหรือค่าความนิยม (Goodwill) และความสัมพันธ์กับลูกค้า (Customer contacts)

ต้องเป็นชื่อเสียงหรือค่าความนิยม (Goodwill) และความสัมพันธ์กับลูกค้า (Customer contacts) ที่เกิดจากความพยายามของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจโดยตรง เช่น การประชาสัมพันธ์หรือโฆษณาธุรกิจแฟรนไชส์ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ลงทุนและดำเนินการตามที่สัญญาแฟรนไชส์กำหนดไว้ย่อมไม่อาจทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดสิทธิในการนำความสัมพันธ์ที่มีต่อลูกค้าไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเพราะเป็นผู้สร้างชื่อเสียงหรือค่าความนิยมในธุรกิจให้เกิดขึ้นกับลูกค้า

อย่างไรก็ตาม ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจไม่ได้มีสิทธิในชื่อเสียงหรือค่าความนิยมและความสัมพันธ์กับลูกค้าดังกล่าวข้างต้นเสมอไปหากข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนว่าร้านหรือสถานประกอบการแฟรนไชส์มีลักษณะเฉพาะที่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความควบคุมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างชัดเจน กล่าวคือหากเป็นกรณีที่ว่าลูกค้าจะไม่เข้าไปซื้อสินค้าหรือบริการที่ร้านหรือสถานประกอบการของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ไม่ปรากฏลักษณะความเป็นร้านหรือสถานประกอบการของธุรกิจผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ นั้นแสดงให้เห็นถึงว่าชื่อ ป้าย ยี่ห้อของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อลูกค้าให้การเข้าไปซื้อสินค้าหรือบริการมากกว่าตัวผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังนั้นหากกรณีเหล่านี้เกิดขึ้นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมไม่มีสิทธิที่จะถ่ายโอนลูกค้าไปเป็นของตนด้วยการดำเนินธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิภายในสถานประกอบการเดิมตามสัญญาแฟรนไชส์

แต่หลักการข้างต้นนี้อาจมองได้ว่าเป็นการกีดกันทางการค้า ไม่สนับสนุนให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้พัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ และเป็นการส่งเสริมให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีอำนาจ

ควบคุมเหนือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างเต็มที่ แม้ว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะได้จ่ายค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์และค่าธรรมเนียมเป็นจำนวนที่สูงเพียงพอสำหรับมูลค่าความสัมพันธ์ที่มีต่อลูกค้าแล้วก็ตาม

4) การดำเนินการอบรม ให้ความช่วยเหลือ และถ่ายทอดความรู้วิธีการให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

สิ่งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะได้รับความคุ้มครองสามารถพิจารณาได้จากสิ่งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ดำเนินการอบรม ให้ความช่วยเหลือ และถ่ายทอดให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ อาทิเช่น แผนการตลาด, รายชื่อผู้จัดหาสินค้า, รายชื่อลูกค้า, ผลิตภัณฑ์และบริการที่ได้รับการพัฒนาข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาผลิตภัณฑ์ ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการก่อสร้างหรือโครงการใหม่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

การอบรม ให้ความช่วยเหลือและการถ่ายทอดความรู้ให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอย่างถี่ถ้วนย่อมเป็นการสนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายและการมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ยิ่งมีการอบรม และถ่ายทอดความรู้มากเท่าไรจะชอบเขตของความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิแข่งขันผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็จะเพิ่มตามขึ้นไปด้วย ดังนั้นหากไม่มีการอบรม ให้ความช่วยเหลือ หรือถ่ายทอดความรู้เพียงพอในการประกอบธุรกิจ โอกาสที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันยังมีมากขึ้นเท่านั้น

ในทางกลับกัน หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญการในการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์อยู่แล้วโดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการอบรม ได้รับความช่วยเหลือหรือถ่ายทอดความรู้จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ จะส่งผลให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิยากที่จะมีผลใช้บังคับ⁴⁹

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา” ตามมาตรา 5 วรรค 2 ในการวินิจฉัยว่า “ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้รับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้หรือไม่” และนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” ในการวินิจฉัย

⁴⁹ Robert W. Emerson. “Franchising Covenants Against Competition”, in *Iowa Law Review*, (Iowa: the University of Iowa, 1995)

ความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.3.2 ความสมเหตุสมผลของขอบเขตระยะเวลาที่ถูกจำกัด

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีทั้งกรณีจำกัดสิทธิแข่งขันในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ (in-term) หรือมีผลใช้บังคับหลังจากที่สัญญาแฟรนไชส์ระงับลง (post-term) หรือทั้งสองกรณี

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ย่อมมีเหตุผลที่สามารถจำกัดสิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ค่อนข้างมากกว่า เพราะว่าผลประโยชน์ของผู้ให้อนุญาตนั้นสามารถเห็นได้ชัดเจนและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงมีโอกาสในการประกอบธุรกิจภายใต้สัญญาแฟรนไชส์อยู่ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายในบางมรัฐของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวตกเป็นโมฆะโดยไม่มีข้อยกเว้น ทั้งนี้เพราะเป้าหมายของนโยบายสาธารณะของรัฐคือการค้าเสรี

ในส่วนของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจภายหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมต้องการที่จะห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการที่ไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับตนนานที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพราะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถเปลี่ยนสถานะจากผู้รับอนุญาตเปลี่ยนสถานะมาเป็นคู่แข่งของตนได้อย่างสมบูรณ์แล้ว โดยปกติแล้วศาลจะพิจารณาปัจจัยเรื่องระยะเวลาที่จำกัดโดยอิงกับระยะเวลาที่มูลค่าของผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4.3.1 จะหมดสิ้นไปหรือหมดประโยชน์ในบริบทของธุรกิจแฟรนไชส์แล้วระยะเวลาหนึ่งปีหรือสองปี ถือว่า “สมเหตุสมผล” แต่บางกรณีอาจมีข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลปรับระยะเวลาดังกล่าวให้สั้นลง หรือยาวนานได้

นอกจากนี้ เหตุผลที่ถุกนำมาพิจารณาขอบเขตระยะเวลาที่ผู้ได้รับอนุญาตถูกจำกัดสิทธิคือระยะเวลาเพียงพอให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินธุรกิจหรือจัดหาผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นในการดำเนินธุรกิจต่อไปในพื้นที่ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายเก่าเลิกกิจการแฟรนไชส์ไป รวมถึงขอบเขตระยะเวลาที่จำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็ไม่ควรมากกว่าหรือควรมีความสมดุลกับสิทธิและหน้าที่และระยะเวลาที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีตามสัญญาแฟรนไชส์

จากการศึกษากฎหมายทั้ง 4 ประเทศข้างต้นยกเว้นประเทศมาเลเซียที่กำหนดระยะเวลาห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจแข่งขันเป็นเวลา 2 ปีนับจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง พบว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจดังกล่าวต้องระบุเวลาที่ห้ามมิให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจอย่างสมเหตุสมผล ซึ่งระยะเวลาสูงสุดที่สามารถห้ามได้คือ 5 ปี อย่างไรก็ตามนั้น มีกรณีที่ใช้การพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงที่คู่สัญญาสมควรที่จะตกลงกันมากกว่าตามหลักการ ถึง 5 ปี ในบางกรณีศาลอาจตัดสินให้สัญญามีผลบังคับใช้ได้แต่อาจมีการกำหนดระยะเวลาใหม่ หรือในบางกรณีศาลอาจตัดสินให้สัญญาเป็นโมฆะได้

ทั้งนี้ต้องมีการกำหนดระยะเวลามิฉะนั้นกรณีศาลจะไม่บังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวให้ ดังนั้นถึงแม้จะกำหนดระยะเวลาที่ห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันไว้ในข้อสัญญาแต่ถ้ากำหนดเพิ่มเติมในลักษณะที่ทำให้ระยะเวลานั้นสามารถถูกขยายออกไปอย่างไม่มีหนืด ข้อสัญญาดังกล่าวมักจะใช้บังคับไม่ได้

สำหรับประเทศมาเลเซียซึ่งมีกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะ กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิและพนักงานของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์มีหน้าที่ห้ามประกอบธุรกิจที่เหมือนหรือคล้ายกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์ใช้บังคับอยู่และหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุด 2 ปี มิเช่นนั้นแล้วเป็นความผิดอาญาโดยมีโทษปรับแต่เป็นความผิดที่ยอมความได้และเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานแฟรนไชส์มีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ขอบเขตในด้านระยะเวลา” ตามมาตรา 5 วรรค 2 ในการวินิจฉัยว่า “ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้รับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้หรือไม่” และนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ภาระที่หนักว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.3.3 ความสมเหตุสมผลของขอบเขตพื้นที่ถูกจำกัด

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมประสงค์ที่จะกำหนดอาณาเขตการประกอบธุรกิจของตนให้ได้กว้างที่สุด และห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งกับตนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นของตนในอาณาเขตที่ตนกำหนดไว้ในข้อสัญญาจำกัดสิทธิ แต่ศาลส่วนใหญ่จะปรับลดเส้นรัศมีของขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัดดังกล่าวให้สั้นลงตามสถานการณ์และความเหมาะสม

โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาการจำกัดขอบเขตด้านพื้นที่คือขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ของธุรกิจแฟรนไชส์ว่า โดยใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าและ

ป้องกันการผูกขาดจากการศึกษาพบว่าขอบเขตพื้นที่สูงสุดที่สามารถบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเมื่อสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแล้วคือ 75 ไมล์ ศาลมักจะตีความเอื้อประโยชน์ให้กับฝ่ายผู้รับประโยชน์ก็คือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้สิทธิเพื่อประกอบธุรกิจภายหลังที่สัญญาแฟรนไชส์นั้นสิ้นสุดลง ในทางกลับกันศาลเองก็เอื้อประโยชน์ให้ฝ่ายของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยโดยหากเห็นว่าไม่กระทบต่อการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ก็อาจจะเพิ่มระยะทางที่ครอบคลุมพื้นที่ที่ประกอบธุรกิจก็เป็นได้ ต่างกันกับข้อตกลงจำกัดสิทธิในสัญญาจ้างแรงงาน หรือประกอบธุรกิจ ข้อกำหนดในส่วนของสถานที่ที่ได้จำกัดไว้นั้นมักจะจำกัดเพื่อคุ้มครองนายจ้าง ซึ่งโดยปกติแล้วข้อตกลงจะไม่ระบุครอบคลุมถึงบริเวณที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจอยู่ก่อนเท่า

การกำหนดข้อจำกัดสิทธิแข่งขัน ไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันได้ภายในขอบเขตรัศมีพื้นที่ที่มีขนาดเท่าตลาดเดิมที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ จะถือว่าเป็นการจำกัดขอบเขตพื้นที่ “สมเหตุสมผล”

ข้อจำกัดสิทธิแข่งขันห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเดิมไม่ได้เลย ไม่ว่าจะในพื้นที่ใดในประเทศ เว้นแต่ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า ระบบธุรกิจแฟรนไชส์ของตนเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ที่ครอบคลุมพื้นที่ทั้งประเทศจริงๆ

ขอบเขตพื้นที่ของตลาดที่แคบที่สุด ซึ่งก็คือตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ อันเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับที่ใช้พิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือป้องกันการผูกขาด ยกตัวอย่างเช่น 95%-98%ของจำนวนลูกค้าที่มาใช้บริการธุรกิจแฟรนไชส์หนึ่งๆ มาจากบริเวณรัศมีสามไมล์ การกำหนดขอบเขตในด้านพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ในข้อสัญญาจำกัดสิทธิก็ไม่ควรจะกำหนดเกินไปกว่ารัศมีสามไมล์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิอันไม่ให้อคิดผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินธุรกิจแข่งขันกับธุรกิจใดๆในระบบแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้หรือในเขตพื้นที่ที่มีผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินกิจการหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทุกรายของตนประกอบธุรกิจแฟรนไชส์อยู่ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในลักษณะนี้อาจถือว่าเป็นข้อสัญญาอันไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ เพราะจะเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายใหญ่สว่นองและฉวยโอกาสกีดกันมิให้อคิดผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิของตนสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันในพื้นที่ใดๆได้เลย ซึ่งอาจลุกลามไปถึงทั่วทั้งภูมิภาคหรือประเทศเลยทีเดียว

แต่ในทางกลับกัน อีกเหตุผลหนึ่งของการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในเขตพื้นที่ที่มีผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินกิจการหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทุกรายของตนประกอบ

ธุรกิจแฟรนไชส์อยู่ คือการคุ้มครองผลประโยชน์โดยชอบธรรมของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ละรายที่ได้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในเขตพื้นที่หนึ่งๆแต่เพียงผู้เดียวจะได้รับความมั่นใจว่าจะไม่มีผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นที่เลิกธุรกิจแฟรนไชส์เดียวกันแล้วมาประกอบธุรกิจแข่งขันกับตนในเขตพื้นที่ดังกล่าว กล่าวคือข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นด้วยเพราะ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมต้องการได้รับความคุ้มครองจากการที่มีผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นมาดำเนินธุรกิจแข่งขันกับตนในพื้นที่ที่ตนได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นการที่มีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจในพื้นที่ที่ร้านของธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตั้งอยู่จึงอาจจะสมเหตุสมผล แม้ว่าพื้นที่ที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิห้ามดำเนินธุรกิจจะไม่ใช่พื้นที่ที่ตนเคยประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ก็ตาม

นอกจากนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะได้รับการคุ้มครองในพื้นที่ที่ตนยังมีได้เข้าไปทำธุรกิจแฟรนไชส์ก็ได้ หากปรากฏว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทำการบอกเลิกสัญญา และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถสร้างหลักฐานอันบ่งชี้แน่ชัดว่ามีแผนการที่จะขยายธุรกิจหรือกิจการของตนเข้าไปในพื้นที่นั้น ภายในระยะเวลาอันใกล้ในอนาคต ซึ่งกำหนดระยะเวลาจำกัดสิทธิแข่งขันในกรณีเช่นนี้ควรจะเป็นระยะเวลาที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ เป็นระยะเวลาที่ไม่ยาวกว่ากำหนดเวลาที่ตั้งไว้สำหรับการขยายกิจการเข้าไปในพื้นที่ดังกล่าว หรือในบางกรณีอาจจะสั้นกว่าขึ้นอยู่กับมาตรฐานทางการค้าหรือสถานการณ์ด้านเศรษฐกิจเป็นตัวบ่งชี้

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ขอบเขตในด้านพื้นที่” ตามมาตรา 5 วรรค 2 ในการวินิจฉัยว่า “ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้รับการระมัดระวังที่พึงคาดหมายได้หรือไม่” และนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ภาระที่หนักว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.3.4 ความสมเหตุสมผลของบุคคลที่ถูกจำกัด

นอกจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่สัญญากับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์และมีหน้าที่ตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน นั้น กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ครอบคลุมให้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวบังคับใช้ถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น พนักงาน, ผู้แทน, คนงาน, ลูกจ้าง, และทนาย, และผู้ร่วมงาน ญาติ พี่น้อง คนในครอบครัว หรือผู้มีส่วนร่วม แม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญาแฟรนไชส์ก็ตาม โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงเงื่อนไขต่อไปนี้

1. อคติผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ทำการละเมิดหรือฝ่าฝืนข้อสัญญาจำกัดสิทธิการแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

2. บุคคลที่ดำเนินธุรกิจการแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ สมรู้ร่วมคิด ปฏิบัติงานร่วมกัน หรือให้ความช่วยเหลือ และยุยงส่งเสริมอคติผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ในการทำการละเมิดข้อสัญญาจำกัดสิทธิและ

3. ความสนับสนุนหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ระหว่าง ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์คนก่อน และผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการแข่งขัน

นอกจากนี้ ยังมีปัจจัยอื่นที่ศาลจะใช้พิจารณา เพื่อบังคับไม่ให้บุคคลภายนอก ต้องถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินธุรกิจเพื่อแข่งขันกับผู้อนุญาต อาทิ

(1) การติดต่อสื่อสารของผู้สมรู้ร่วมคิดกับลูกค้าของบริษัท โดยระบุว่าไม่มีสิ่งใดเปลี่ยนแปลงไปจริง

(2) การโอนทรัพย์สิน โดยระหว่างผู้สมรู้ร่วมคิด โดยไม่มีค่าตอบแทนระหว่างกัน และ

(3) การจัดการปกปิดตามเดิม⁵⁰

4.3.5 ความคุ้มครองทางด้านเศรษฐกิจแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ด้วยเหตุที่ว่านโยบายหรือผลประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นหลักโดยทั่วไปคือการแข่งขันอย่างเสรีโดยความสามารถในการใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะตนอย่างเต็มที่ ดังนั้นสิ่งที่ต้องคำนึงคือกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ลงทุนสำหรับกิจการหรือธุรกิจไปแล้วและต่อมาได้รับการโต้แย้งว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันที่มีอยู่ในสัญญาแฟรนไชส์เดิม ส่งผลกระทบในแง่เศรษฐศาสตร์ ดังนั้นข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวควรต้องได้รับการพิจารณาอย่างเคร่งครัดในแง่ที่ว่าต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเกินความจำเป็น อย่างเช่นการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิที่มีขอบเขตในการจำกัดกว้างมากเกินไปโดยที่ผู้อนุญาต

⁵⁰ Michael R. Gray, Jason M. Murray, **Covenants Not to Compete and Nonsignatories: Enjoining Unfair Conspiracies [Online]**, *Franchise Law Journal* 25 (2006). Available from: <http://www.carltonfields.com/files/Publication/03fd5a0d-9120-4cba-ade1-00aa0d8cf04a/Presentation/PublicationAttachment/5b8af92e-ddcf-4c9a-92f6-0ef594a1b574/CovenantsNottoCompeteandNonsignatories.pdf>

ให้ใช้สิทธิแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรมจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยเหตุที่ว่าตนมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า

ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่ควรบังคับใช้ได้หากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแฟรนไชส์ส่งผลให้สัญญาแฟรนไชส์ต้องสิ้นสุดลง กล่าวคือ การบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันต้องมีการคำนึงถึงเหตุผลในการเลิกสัญญา ปัจจัยอื่นๆที่ต้องนำมาพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันแล้วเช่น ข้อสัญญาอื่นๆในสัญญาแฟรนไชส์ที่เกิดจากการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรบกวนภาระเกินควรด้านเศรษฐกิจหรือไม่ ได้แก่ เงินทุน การจัดการ ของทั้งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ, การแต่งตั้งหรือเปิดร้านแฟรนไชส์แห่งใหม่, การต่อระยะเวลาสัญญาแฟรนไชส์, ระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์, สิทธิในการปฏิเสธก่อน, ข้อจำกัดในการ โอนหรือขายกิจการ เป็นต้น

หากลักษณะของปัจจัยอื่นๆดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างมากในสัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวส่งผลให้ผลประโยชน์ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ควรได้รับจากการดำเนินธุรกิจด้วยความสามารถและเงินทุนของตนลดน้อยลง และอาจส่งผลถึงการที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินธุรกิจที่ทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่พึงพอใจโดยนำข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันมาบังคับใช้

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ภาระที่หนักว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ใน มุมหนึ่งอาจมองได้ว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์อาศัยการที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือการผูกขาดทางการค้าโดยการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิ ส่งผลให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าถูกเอารัดเอาเปรียบเกินสมควรจากผู้ที่มีอำนาจในตลาดเหนือกว่า

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีความมุ่งหมายเพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ขณะที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความมุ่งหมายในการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนเป็นผู้ทรงอย่างเต็มที่ โดยเชื่อว่าจะนำไปสู่การสร้างแรงจูงใจให้การลงทุนลงแรงในการประดิษฐ์คิดค้นนวัตกรรมใหม่เพื่อพัฒนาความเป็นอยู่ของคนในสังคม ดังนั้นเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายจึงมีความแตกต่างกัน ในขณะเดียวกันบางแง่มุมก็เป็นการส่งเสริมซึ่งกันและกัน ผลที่อาจเกิดขึ้นก็คือ ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ใช้สิทธิของตนเกินขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ และอาจเข้ากรณีใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการใช้เกินกว่าอำนาจผูกขาดที่กฎหมายอนุญาตหากผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือผู้ทรงสิทธิใช้ทรัพย์สินทางปัญญาใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะที่ไม่ชอบธรรมผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่นการกำหนดข้อสัญญาเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์

การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้ในการบริหารจัดการและการดำเนินธุรกิจที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องถ่ายทอดให้กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีข้อสงสัยเหตุผลดังกล่าวในการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิลงไป ในสัญญาแฟรนไชส์ให้มากเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิให้มากที่สุด ประเด็นปัญหาจึงอยู่ที่ว่า การจำกัดสิทธิดังกล่าวในระดับใด หรือขั้นใด ถือเป็นพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือเข้าข่ายการผูกขาดทางการค้าที่รัฐจำเป็นต้องควบคุมและเข้าแทรกแซง

4.3.6 ความคุ้มครองแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ต่างตอบแทนกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

ในการพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ควรพิจารณาถึงหลักความชอบธรรมและความเป็นธรรมแก่ทั้งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเพื่อประเมินว่าข้อสัญญาจำกัดสิทธิเป็นข้อสัญญาที่เกิดจากความสุจริตและมีลักษณะเป็นธรรมตามสัญญาแฟรนไชส์ทั่วไปด้วยหรือไม่ กล่าวคือไม่ควรพิจารณาแต่ในแง่การคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ให้มองถึงการที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับความเป็นธรรมหรือถูกจำกัดสิทธิมากเกินไป จำเป็นด้วยหรือไม่ ดังนั้นสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวต้องพิจารณาควบคู่ไปกับสิทธิหน้าที่ ผลประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับจากสัญญาแฟรนไชส์ด้วย อาทิเช่นหลายกรณีความเจริญเติบโตของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจากธุรกิจแฟรนไชส์เกิดจากความรู้ ความสามารถ และการสนับสนุนในการบริหารธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลัก หรือกรณีระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์ที่ให้สิทธิผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจควรนำมาพิจารณาดังขอบเขตระยะเวลาที่จำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัด จัดเจนของกลุ่มสัญญาตามสภาพที่เป็นจริง” ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.3.7 ค่าแห่งความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) ของตัวผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเอง

ในการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจมีหรือสร้างค่าแห่งความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) แก่ธุรกิจซึ่งเป็นของตัวผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเอง เช่นกรณีที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีความรู้ความสามารถในการบริหารกิจการอยู่แล้ว อีกทั้งความเชื่อมั่นของลูกค้าต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ นอกเหนือไปจากค่าความนิยมและชื่อเสียงที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเจ้าของ ดังนั้นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสมควรได้รับอนุญาตให้ใช้ค่าแห่งความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) และทักษะของตัวผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเองในการดำเนินธุรกิจแข่งขันพึงผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

หลักเกณฑ์ในข้อนี้สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายหรือขยายความ “ทางได้เสียของของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง” ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.3.8 หลักการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาแยกส่วน (Blue Pencil Doctrine)

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และออสเตรเลีย เมื่อเห็นว่า ข้อจำกัดในการแข่งขันทางธุรกิจสัญญาแฟรนไชส์ที่ “ไม่สมเหตุสมผล” ศาลมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้ (เสมือนข้อสัญญานั้นตกเป็น โฆษะ) หรือศาลอาจปรับข้อสัญญานั้นให้ “สมเหตุสมผล” ก็ได้ ถือเป็น การตัดสินให้ข้อสัญญาโฆษะแยกส่วนแต่ศาลในบางรัฐของสหรัฐอเมริกาก็ปฏิเสธหลักนี้ ทั้งนี้เป็นไปเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 5 ของไทย

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์จากแนวทางหลักเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์แล้วจะเห็นได้ว่าลักษณะของข้อสัญญาจำกัดสิทธินั้นสามารถมองได้หลายแง่หลายมุม แต่กฎหมายและศาลของแต่ละประเทศก็ค่อนข้างที่จะเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันในการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในระดับที่พอสมควรแก่กรณี แต่อย่างไรก็ตามแต่ละประเทศก็ไม่ได้นำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งหมดเป็นอย่างเดียวกัน สำหรับประเทศไทยแล้วหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นกว้างและไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้เกิดแนวทางหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันและเกิดความชอบธรรมที่สุด โดยเฉพาะการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของประเภทธุรกิจและกิจกรรม ขอบเขตระยะเวลาที่ถูกจำกัด และขอบเขตพื้นที่ที่ถูกจำกัด อีกทั้งไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลไทยในกรณีข้อสัญญาจำกัดสิทธิ ดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็น

ว่าประเทศไทยสมควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันข้างต้น

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยไม่จำเป็นต้องถึงกำหนดถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวอย่างตายตัวดังเช่นของประเทศมาเลเซียซึ่งกำหนดโทษทางอาญาคด้วย เพราะอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากการกำหนดขอบเขตระยะเวลาห้ามแน่นอน 2 ปี อาจไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกกรณี ดังจะเห็นได้จาก สัญญาแฟรนไชส์บางฉบับอาจมีระยะเวลาเพียง 1 ปี แต่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องถูกจำกัดสิทธิถึง 2 ปีซึ่งมากกว่าระยะเวลาของสัญญาแฟรนไชส์ หรือ ในบางกรณีอาจมีเหตุผลสมควรที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีความจำเป็นต้องกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันเกินกว่า 2 ปี ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นในเรื่องการพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนั้นต้องอาศัยหลายปัจจัยตามแต่กรณี ทั้งนี้ไม่ควรปล่อยให้การกำกับดูแลหรือการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวเป็นไปตามสถานการณ์หรือกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเพราะประเทศไทยเป็นประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษร ควรมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันให้มีความชัดเจนเพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันทุกฝ่าย เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักกำหนดข้อสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจแข่งขันกับตน (Non-compete covenant) ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวมีทั้งกรณีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในระหว่างที่สัญญาแฟรนไชส์มีผลใช้บังคับอยู่ และหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลง โดยหลักแล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมมีเหตุผลทางธุรกิจในการกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้น เพราะมิฉะนั้นแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจไม่ได้รับผลตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการของตนซึ่งดำเนินการผลิตและบริหาร โดยผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่าที่ควรจะเป็น เพราะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิดำเนินการธุรกิจอื่นในลักษณะอย่างเดียวกันทำให้สัดส่วนผลประโยชน์ของธุรกิจของผู้อนุญาตให้สิทธิลดลง ทั้งนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้การสนับสนุนการดำเนินงานธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

แต่ในทางปฏิบัติ บ่อยครั้งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักใช้ช่องทางในการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการกำหนดข้อสัญญาจำกัดการแข่งขันดังกล่าวในทางที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเกินความจำเป็น ส่งผลให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่มีโอกาสในการประกอบธุรกิจอื่นของตนเอง แม้ธุรกิจอื่นที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะดำเนินการจะไม่ส่งผลเป็นการแข่งขันหรือส่งผลกระทบต่อยอดขายของธุรกิจซึ่งได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ตาม ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็มักจะยอมให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันเช่นนี้เพื่อแลกกับการได้สิทธิประโยชน์และการสนับสนุนในการดำเนินธุรกิจจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ เนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักเป็นผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเพราะเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินและมักจะประสบความสำเร็จในการเจรจาต่อรองจัดทำสัญญาแฟรนไชส์

ประเด็นสำคัญทางกฎหมายจึงเกิดขึ้นว่า ข้อสัญญาซึ่งจำกัดสิทธิมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขันทางธุรกิจกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์มีผลทางกฎหมายไทยอย่างไร และมีหลักเกณฑ์ใดใช้พิจารณาความไม่ชอบธรรมของข้อสัญญาดังกล่าว

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในเมื่อความสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์ส่วนใหญ่ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมักใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าในการดำเนินธุรกิจการค้ากับผู้รับแฟรนไชส์เพื่อเพิ่มพูนผลกำไรแก่ตน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงมีส่วนในการควบคุมการตัดสินใจทางการค้าของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เพื่อบังคับ

ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและอาจไม่มีความจำเป็นเพื่อรักษาสิทธิในรูปแบบธุรกิจและทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอยู่เสมอ กฎหมายที่จะเข้ามากำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์จึงมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาผลประโยชน์และสร้างความสมดุลระหว่างการให้สิทธิในการควบคุมที่เพียงพอแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเพื่อที่จะรักษาระบบและมาตรฐานในธุรกิจของตน และในขณะเดียวกันกฎหมายก็จะต้องยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจสามารถที่จะประกอบธุรกิจของตน โดยได้รับผลประโยชน์ที่เหมาะสมและมีความเป็นธรรม โดยในส่วนของประเทศไทยนั้น แม้ว่าทำให้แฟรนไชส์จะเป็นวิธีการขยายธุรกิจที่ได้รับความนิยมมากทั้งการให้แฟรนไชส์ในประเทศและต่างประเทศ โดยจะเห็นได้จากธุรกิจหลากหลายประเภทล้วนดำเนินการด้วยระบบการให้แฟรนไชส์ เช่น อาหารฟาสต์ฟู้ด โรงแรม ร้านสะดวกซื้อ เป็นต้น แต่ประเทศไทยก็ยังคงไม่มีกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์เป็นเฉพาะ การดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ในปัจจุบันจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวข้องในแต่ละเรื่อง เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น โดยในส่วนของปัญหาข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจในสัญญาแฟรนไชส์นั้นก็จะถูกควบคุมโดยกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นหลัก ซึ่งเมื่อได้ศึกษาแล้วก็จะพบว่ากฎหมายทั้งสองยังคงมีข้อบกพร่องและช่องว่างก่อให้เกิดปัญหาในการนำมาบังคับใช้กับการตกลงตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่มีความซับซ้อน ผู้ที่ได้รับผลกระทบอย่างหนักจากปัญหาการขาดกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีก็คือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งมักตกเป็นผู้เสียเปรียบในการทำสัญญาแฟรนไชส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศอยู่เสมอ ซึ่งธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยเป็นจำนวนไม่น้อยจะเป็นธุรกิจแฟรนไชส์จากต่างประเทศ ซึ่งจะต้องใช้เงินลงทุนในการทำธุรกิจจำนวนมาก ดังนั้น การที่ประเทศไทยขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนในการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์จะทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าใช้ช่องว่างของกฎหมายทำสัญญาที่มีลักษณะแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนจนเกินสมควร ซึ่งจะส่งผลกระทบทำให้การดำเนินธุรกิจการค้าไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอันจะทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดและทรัพยากรไม่ได้ถูกนำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงจะมีผลทำให้มีการถ่ายเทความมั่งคั่งจากบุคคลกลุ่มหนึ่งไปยังบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะผู้ประกอบการชาวไทยมักจะเป็นผู้เสียประโยชน์ในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศอยู่

เสมอ นอกจากนี้หลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีข้อพิพาทในเรื่องข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนี้อาจความแตกต่างกันแม้จะเป็นข้อเท็จจริงเดียวกัน

อาจกล่าวได้ว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันในธุรกิจการค้า อีกส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจ ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทย ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้ว่าเป็นรูปธรรม และไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะที่เป็นการต่อต้าน หรือ จำกัดการแข่งขันทางการค้าผ่านทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยไม่มีการควบคุมถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในลักษณะดังกล่าว ประกอบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาซึ่งการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดต้องมีกฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้งหรือต้องอาศัยการพิสูจน์ให้สิ้นข้อสงสัยถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายอาญา ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงมีอาจถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 และ 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

ดังนั้น การประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ จึงไม่อาจตกเป็น โฆษณาและต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรวจสอบความมีผลบังคับใช้ ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าว แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์การพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันดังกล่าวภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการพิจารณาผลและการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในสัญญาแฟรนไชส์

5.2 ข้อเสนอแนะ

การที่ธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่กำลังเจริญก้าวหน้าของประเทศไทย โดยเฉพาะการรับแฟรนไชส์จากต่างประเทศ จะเห็นได้จากร้านอาหารที่มีชื่อเสียง รวมทั้งธุรกิจการให้บริการต่างๆ เช่น โรงแรม สถาบันการศึกษา มักจะเป็นธุรกิจที่ได้รับแฟรนไชส์มาจากต่างประเทศ ธุรกิจแฟรนไชส์จึงเข้ามามีบทบาทในระบบเศรษฐกิจไทยอย่างยิ่ง โดยนักลงทุนของไทยมักจะอยู่ในฐานะของผู้รับแฟรนไชส์ที่จะต้องใช้จ่ายเงินลงทุนในการประกอบธุรกิจเป็นจำนวนมหาศาล จึงต้องแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนในอัตราที่สูงมาก ในขณะเดียวกันผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจย่อมต้องการที่จะปกป้องความน่าเชื่อถือหรือค่าความนิยมทางการค้า (Goodwill) ของตน อย่างไรก็ตาม

ตาม ด้วยอำนาจทางเศรษฐกิจและการเงินที่เหนือกว่าทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอาจใช้การคุ้มครองสิทธิของตนนี้ไปในทางที่จะเป็นการบิดเบือนรูปแบบการแข่งขันในตลาด และทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบการรายอื่นๆและผู้บริโภคต้องเสียหาย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจจึงมักใช้สัญญาแฟรนไชส์เป็นเครื่องมือในการเอารัดเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจโดยไม่สมควรอยู่เสมอ โดยการห้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแข่งขัน ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำการค้าแข่งขันหรือประกอบอาชีพประเภทเดียวกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจภายในท้องที่และเวลาที่กำหนด เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเสียหาย เนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นผู้พัฒนาระบบธุรกิจขึ้น การให้แฟรนไชส์จึงเป็นการให้สูตร ข้อมูลความลับ กรรมวิธีในการผลิต การใช้ทรัพย์สินทางปัญญา กลยุทธ์ทางการตลาด และวิธีการดำเนินงานทั้งระบบของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ตลอดจนความช่วยเหลือในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเท่ากับว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจล่วงรู้ความลับทางการค้าของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทั้งหมดแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้วในสัญญาแฟรนไชส์จะมีข้อกำหนดในการรักษาความลับหรือที่เรียกว่า Confidentiality Clause ซึ่งกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจมีหน้าที่ในการรักษาความลับรวมทั้งจำกัดการใช้ความลับที่ได้ไปจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจทั้งในระยะเวลาตามสัญญาแฟรนไชส์และหลังจากสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดลงแล้ว

การที่ประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนในการกำกับดูแลข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจในสัญญาแฟรนไชส์ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจได้รับความเสียหายจากการที่ถูกบีบบังคับให้ยอมผูกพันตามสัญญาที่ตนไม่มีอำนาจต่อรองที่เหมาะสม เพราะแม้จะมีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ แต่กฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่เพียงพอและไม่ชัดเจน อีกทั้งยังขาดแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องแฟรนไชส์เอาไว้เป็นการเฉพาะ เพราะในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยในเรื่องข้อพิพาทกรณีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์แต่อย่างใด

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรตราหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิ ซึ่งจะเป็ผลดีกว่าการใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเนื่องจากยังมีข้อบกพร่องในการที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในแง่ของดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ต้องการปกป้องการลงทุนในธุรกิจแฟรนไชส์และความเป็นอิสระของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

โดยสิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือ ผู้ออกกฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องคุณภาพของผลประโยชน์ของทั้งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจตามสัญญาแฟรนไชส์ รวมถึงเรื่องความเป็นพลวัตที่ซับซ้อนของเศรษฐกิจในประเทศไทย นอกจากนี้ต้องก่อให้เกิด การรักษาสมดุลของจำนวนผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลทั่วไปหรือองค์กรซึ่งประสงค์จะได้เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ อีกทั้ง คุ้มครองการลงทุนทางธุรกิจ ส่งผลให้นักลงทุนทั้งหลายวางใจที่จะเลือกมาลงทุนธุรกิจในประเทศไทย หมายถึงการสร้างผลลัพธ์อันภาคภูมิใจ นั่นคือ การลดความวิตกกังวลของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่จะตกลงเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์อันปรากฏข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ และความคล่องตัวของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในขณะเดียวกันก็ยังคงสามารถดึงดูดการลงทุนเข้าสู่ประเทศได้ ดังนั้นแล้ว ประเทศไทยจะสามารถคุ้มครองผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และในเวลาเดียวกัน ก็ยังสามารถกำหนดขอบเขตของการจำกัดทางการค้า

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายและข้อสัญญาจำกัดสิทธิจึงช่วยสนับสนุนในกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดของฝ่ายตุลาการ เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายควรมีความชัดเจนในตัวของบทบัญญัติเอง ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นเรื่องที่ไม่นำหวนควิตหรือถอยลงไปสำหรับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และลดความไม่แน่นอนในการตัดสินใจของศาลอันมีผลเป็นการจำกัดการค้า

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการคุ้มครองและการกำกับดูแลสัญญาในสัญญาแฟรนไชส์ควรจะต้องอยู่ที่ต้นเหตุ คือกฎหมายควรให้ความคุ้มครองตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญา กล่าวคือสำหรับกรณีข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันคู่สัญญาควร ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวและหลักเกณฑ์รายละเอียดใดที่ศาลนำมาพิจารณาบังคับ ใช้ข้อสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ผู้เขียนจึงเห็นสมควรว่าควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ โดยการเพิ่มมาตรา 10/1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อให้มีหลักเกณฑ์การพิจารณา “ความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ของข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

เนื้อหาในหลักเกณฑ์การพิจารณาการบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ควรครอบคลุมหรือเป็นไปตามประเด็นดังต่อไปนี้

ประการแรก การประเมินผลประโยชน์ที่ชอบธรรมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ กล่าวคือ เมื่อมีการพิจารณาถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ จะต้องมุ่งประเด็นพิจารณาไปที่ผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเสียก่อนว่า ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้นคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือไม่อย่างไร ซึ่งผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นรวมถึง ทรัพย์สินทางปัญญา ค่าความนิยมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และการฝึกอบรมผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น

ในการพิจารณาว่าผลประโยชน์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากตัวสัญญาว่าปรากฏให้เห็นถึงผลประโยชน์ อันเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีการใช้เครื่องหมายการค้าหรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่ได้รับความคุ้มครองของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ
- (2) ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับการฝึกอบรมในเรื่องขั้นตอนหรือทักษะความสามารถเฉพาะด้านจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือ
- (3) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้จัดหาลูกค้าหรือมอบค่าความนิยมหรือชื่อเสียงเป็นการเฉพาะแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

การที่จะดำเนินการพิจารณาและวินิจฉัยในปัญหาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขัน ได้ก็คือเมื่อผลประโยชน์ข้างต้นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือมากกว่าปรากฏขึ้น หากไม่ปรากฏ ศาลก็ไม่สมควรที่จะบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิดังกล่าว และนอกจากนี้ หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาความเหมือนหรือความคล้ายระหว่างธุรกิจแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคือการพิจารณาขอบเขตของตลาดของธุรกิจทั้งสองว่าเป็นตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกันหรือไม่ โดยใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด

ประการที่สอง หลังจากพิจารณาแล้วได้ความว่าผลประโยชน์ที่ได้กล่าวมาได้รับความคุ้มครองผ่านข้อสัญญาจำกัดสิทธิแล้วนั้น การพิจารณาก็จะต้องมุ่งประเด็นไปที่“เรื่องคุณภาพของการให้ความสนับสนุนของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” ความสนับสนุนในที่นี้ อาทิเช่น คุณภาพของเครื่องหมายการค้า ลูกค้า หรือการฝึกอบรมที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้จัดหาให้กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงระดับของการให้ความสนับสนุน เพราะเป็นสิ่งที่คุณอนุญาตให้ใช้สิทธิจำเป็นต้องจัดหาให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นที่จะสามารถนำไปใช้อ้างยันต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในเรื่อง

การค้ำแข่งภายหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดอีกด้วย ยกเว้นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(1) มีความไม่เท่าเทียมกันอย่างยิ่งในเรื่องอำนาจต่อรองระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(2) ในขณะที่ทำสัญญาแฟรนไชส์ ฝ่ายผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้จ่ายค่าใช้จ่ายสำหรับสิทธิต่างๆที่ได้รับอันรวมถึงค่าความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) และค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรม

(3) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ละเมิดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในด้านพื้นที่ โดยการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้เข้าไปทำธุรกิจแข่งขันด้วยตนเอง หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นเข้าไปทำธุรกิจแข่งขันในพื้นที่ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์

(4) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามหลักสุจริตและหลักการกระทำที่เป็นธรรม

(5) ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีความไม่สุจริต (Unclean hands)

(6) ค่าความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) ที่ซื้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันมุ่งหมายที่จะคุ้มครองได้เสื่อมค่าไปแล้ว

ประการที่สาม ควรพิจารณาต่อไปว่า “การดำเนินธุรกิจแข่งขันของอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์หรือไม่” กล่าวคือ ถ้าปรากฏต่อศาลว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้จัดหาซึ่งผลประโยชน์จำนวนมากหรือตกลงที่จะกระทำการใดๆ เพื่อแลกกับการที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยอมรับข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ และไม่ปรากฏข้อต่อสู้หรือข้อยกเว้นขในประการที่สองของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอันเป็นที่น่าพอใจต่อศาลแล้ว ก็ควรจะดำเนินการพิจารณาในประเด็นที่ว่า อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีการดำเนินกิจกรรมหรือประกอบธุรกิจแข่งขัน โดยอาศัยหรือใช้ทรัพย์สินทางปัญญา ค่าความนิยมและชื่อเสียง (Goodwill) หรือการฝึกอบรมเฉพาะทางของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินธุรกิจแข่งขันโดยอาศัยหรือใช้สิ่งที่กล่าวมา การที่ศาลจะบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันนั้นย่อมไม่เหมาะสม นอกจากนี้ศาลมองว่า อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสมควรถูกห้ามมิให้ดำเนินธุรกิจแข่งขัน เฉพาะธุรกิจที่เหมือนกันซึ่งตนได้เคยกระทำไปในขณะที่เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเดิม การที่จะกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ โดยจำกัดกว้างไปถึงธุรกิจในลักษณะที่เกี่ยวข้อง

หรือใกล้เคียงกันนั้น ศาลมองว่าข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีลักษณะกว้างจนเกินไป ตัวอย่างเช่น อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจอาหารจานด่วน ไม่สมควรที่จะถูกห้ามมิให้ดำเนินธุรกิจร้านอาหารประเภทอื่น ซึ่งนำเสนอรายการอาหารอื่นๆ แม้จะมีฐานลูกค้าอื่นที่ทับซ้อนหรือคล้ายกันก็ตาม เมื่อศาลพิจารณาแล้วได้ความว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีต้องตามขั้นตอนทั้งสามข้อที่กล่าวมาแล้ว สิ่งที่ศาลควรจะนำมาพิจารณาเป็นประการสุดท้ายก่อนที่จะบังคับใช้ข้อสัญญาจำกัดสิทธิ คือ

ประการสุดท้าย จะต้องพิจารณาว่า “ข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจอยู่ภายใต้ขอบเขตในด้านเวลาและพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดหรือไม่”

ขอบเขตในด้านเวลา กรณีที่สถานการณ์แตกต่างกัน ผู้ออกกฎหมายก็สมควรที่จะกำหนดระยะเวลาหรือขยายเวลาสำหรับระยะเวลาสูงสุดที่แตกต่างกันออกไป อาทิเช่น กรณีที่อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา หรือต้องการครอบครองสิ่งปลูกสร้างที่ตนใช้ครั้งยังเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอยู่ ดังนี้ กำหนดระยะเวลาหกเดือนหรือหนึ่งปีเต็ม ก็อาจจะเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าหรือสามเท่าของกำหนดระยะเวลาเดิม เป็นต้น นอกจากนี้เมื่อใดก็ตามหากพิสูจน์ได้ว่าอดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้กระทำการโดยไม่สุจริต ดังนี้ อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องถูกจำกัดสิทธิโดย ไม่มีกำหนดระยะเวลาตามข้อสัญญาจำกัดสิทธิ

ขอบเขตในด้านพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ควรจำกัดขอบเขตในด้านพื้นที่โดยอ้างอิงจากขอบเขตพื้นที่ของตลาดที่แคบที่สุด ซึ่งก็คือตลาดภคศาสตร์ของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ อันเป็นหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้พิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือป้องกันการผูกขาด ยกตัวอย่างเช่น 95%-98%ของจำนวนลูกค้าที่มาใช้บริการธุรกิจแฟรนไชส์หนึ่งๆ มาจากบริเวณรัศมี 5 กิโลเมตร การกำหนดขอบเขตในด้านพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ในข้อสัญญาจำกัดสิทธิ ก็ไม่ควรจะกำหนดเกินไปกว่ารัศมี 5 กิโลเมตร เป็นต้น และในการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิ อันเป็นการกีดกันมิให้อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินธุรกิจแข่งขันกับธุรกิจใดๆ ในระบบแฟรนไชส์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้เลย ข้อสัญญาจำกัดสิทธิในลักษณะนี้ควรถือว่า เป็นข้อสัญญาอันไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ มิฉะนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายใหญ่สบช่องและฉวยโอกาสกีดกันมิให้อดีตผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิของตนสามารถประกอบธุรกิจแข่งขันในพื้นที่ใดๆ ได้เลย ซึ่งอาจลุกลามไปถึงทั่วทั้งภูมิภาคหรือประเทศเลยทีเดียว

นอกจากนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะได้รับการคุ้มครองในพื้นที่ที่ตนยังมีได้เข้าไปทำธุรกิจแฟรนไชส์ก็ได้ หากปรากฏว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทำการบอกเลิกสัญญา และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถสร้างหลักฐานอันบ่งชี้แน่ชัดว่ามีแผนการที่จะขยายธุรกิจหรือกิจการของตนเข้าไปในพื้นที่นั้น ภายในระยะเวลาอันใกล้ในอนาคต ซึ่งกำหนดระยะเวลาจำกัดสิทธิแข่งขันใน

กรณีเช่นนี้ควรจะเป็นระยะเวลาที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ เป็นระยะเวลาที่ไม่ยาวกว่ากำหนดเวลาที่ตั้งไว้สำหรับการขยายกิจการเข้าไปในพื้นที่ดังกล่าว หรือในบางกรณีอาจจะสั้นกว่าขึ้นอยู่กับมาตรฐานทางการค้าหรือสถานการณ์ด้านเศรษฐกิจเป็นตัวบ่งชี้

ในบางกรณีต้องพิจารณาถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย

หลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ข้างต้นข้างต้น น่าจะสร้างความชัดเจนในการพิจารณาข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการประสานประโยชน์ของทั้งฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และสังคม



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

จรัญ ภักดีธนากุล. สรุปสาระสำคัญของด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. คูลพาห 45 (มกราคม 2541): 77.

ชาญชัย อาจินสมาจาร. จริยธรรมทางธุรกิจ (Business Ethics). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ปัญญาชน, 2552.

ไชยยศ วรรณทีศิริ. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

ณภัทร บุญประสาท. ผลบังคับของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.

คาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสาวลักษณ์ ชิวลีทิชานนท์, มาเรียม กริมี่. รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆเพื่อพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา

29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2544. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

ถาวร เกียรติทับทิว. สัญญาแฟรนไชส์กับธุรกิจ. บทบัญญัติ 45 (กันยายน 2532): 56

ปรีศนา จิรวัดนพร. มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลธุรกิจแฟรนไชส์, วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับผลกระทบต่อ ธุรกิจการเงิน, วารสารนิติศาสตร์, 28, 2 (มิถุนายน 2541): 5

พิบูล ตันติสุกผล. ธุรกิจแฟรนไชส์กับการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า/ บริการ[ออนไลน์]. ธันวาคม 2548. แหล่งที่มา:
http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=view&id=328&Itemid=197 [2553, 9 พฤศจิกายน]

ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545.

ศักดิ์ ธานีกุล. รายงานผลการวิจัยโครงการศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัด สิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้: บทเรียนสำหรับประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.
กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. แนวคิดหลักกฎหมายและคำพิพากษากฎหมายธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 1.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์. รายงานการศึกษาวิเคราะห์ฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาด. เสนอกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2551

สอนชัย สิริวิญญูกุล. หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า. วารสาร
บทบัณฑิตย 58 (ธันวาคม 2545): 56-119.

สมชาย รัตน์เชื้อสกุล. ห้ามทำธุรกิจแข่งขันในธุรกิจแฟรนไชส์. วารสารหลักกฎหมายหลายธุรกิจ
25 (24 ธันวาคม 2547): 46-53.

วิไลทิพย์ วัฒนวิชัยกุล. ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ระหว่างประเทศ: ศึกษากฎหมาย
สหรัฐอเมริกาและไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550

วิลเลียม อี. ไฮเนคกี และ โจนาธาน มาร์ช. ถ้าแก่มือโปร เคล็ดลับ 25 ข้อ สำหรับผู้บริหารในโลกยุค
ไร้พรมแดน.แปลโดยจิระ หงส์ดามรงค์ และบุญรัตน์ อภิชาติไตรสรณ์. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ดีเอ็มจี, 2547.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

อุรารักษ์ ขอสินธุ์. วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ พ.ศ..... วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551

ภาษาอังกฤษ

Andrew Terry and Cary Di Lernia. Franchisor Opportunism, Commercial Morality and Good Faith. In 4th International Conference on Economics and Management Networks, pp. 38-42. Bosnia and Herzegovina: University of Sarajevo, 2009

Bradley Hansen. Covenants Not To Compete Another Franchise Quandary. Small Business Resource [Online]. 2008. Available from:
<http://freesmallbusinessresource.com/covenants-not-to-compete-another-franchise-quandary> [2011 March 2]

Charles R. McManis. Intellectual property and unfair competition in a nutshell. Fourth Edition. St.Paul, Minnesota: West Group, 2000.

Christopher J. Wallace. Georgia Supreme Court strikes down in-term non-compete [Online]. 2009. Available from: http://www.nixonpeabody.com/publications_detail3.asp?ID=3019 [2011 March 2]

Colette Downie. Franchise Agreements - Protecting Legitimate Business Interests [Online]. 2008. Available from: <http://www.stephens.com.au/view/40/2008120373850> [2011, March 2]

Craig R. Tractenberg. Enforcing Noncompete Covenants Against Contractual Nonsignatories.

[Online]. 2006. Available from:

http://www.nixonpeabody.com/publications_detail3.asp?ID=1428 [2011, March 25]

Dale C. Campbell. Ninth Circuit Blue-Pencils Non-Competition Agreement [Online]. Available from:

<http://www.theiplawblog.com/archives//trademark-law-ninth-circuit-bluepencils-noncompetition-agreement.html> [2011, March 2]

Dan Warden. Colorado Court of Appeals Enforces Non-Compete Against Purchaser of Franchise [Online]. 2008. Available from:

<http://www.coloradononcompetelaw.com/tags/colorado-noncompete> [2011, March 2]

Daniel Clough. Law and Economics of Vertical Restraints in Australia [Online]. 2001. Available from: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/20.html> [2011, March 9]

Etsuko Hara, Tetsuro Motoyoshi, and Jeffrey Eagan. Non-compete clauses and liquidated damages in franchise agreements [Online]. October 2010. Available from:

http://www.amt-law.com/res/news_2010en_pdf/101013_1872.pdf [2011, March 2]

Gary L. Britt. Covenants Not To Compete - Georgia Law Update [Online]. May 2009.

Available from:

<http://www.atlantabusinesslawyer.info/2009/05/blog-post.html> [2011, March 2]

Gerald C. Wells, Richard G Greenstein and Ryan C Whitfill. Georgia Court Holds Non-compete Covenants [Online], 2008. Available from:

<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=ce8e08d9-19ff-47e9-8225-dfc504a79bfa> [2011, March 2]

Jeff Mokotoff. Noncompete News: Georgia Courts Apply Strict Scrutiny to Restrictive Covenants in Franchise Agreements [Online]. 2008. Available from:
<http://www.fordharrison.com/shownewsletter.aspx?Show=4350> [2011, March 2]

John Land , Leela Cejnar , Erica Tromp . Franchises and competition law. New Zealand Law Journal (September 2009). Available from:
http://www.kensingtonswan.com/Publications/Competition%20&%20Consumer/Franchises_and_competition_law.pdf [2011, March 4]

Kenichi Sadaka, Taisuke Yamamoto and Yujin Nakano. Non-compete clauses in franchising agreements – use and limitations [Online]. 2010. Available from: http://www.amtlaw.com/res/news_2010_pdf/100324_1591.pdf [2011, March 7]

Mark S. VanderBroek and Christian B. Turner. Protecting and Enforcing Franchise Trade Secrets. Franchise Law Journal 25 (2006): 1-20.

Michael R. Gray, Jason M. Murray. Covenants Not to Compete and Nonsignatories: Enjoining Unfair Conspiracies. Franchise Law Journal 25 [Online] (2006): 1-10. Available from:
<http://www.carltonfields.com/files/Publication/03fd5a0d-9120-4cba-ade1-00aa0d8cf04a/Presentation/PublicationAttachment/5b8af92e-ddcf-4c9a-92f6-0ef594a1b574/CovenantsNottoCompeteandNonsignatories.pdf> [2011, March 2]

Paul Kean. Restraint of Trade Cases - Franchise Law Update [Online]. 2008. Available from:
<http://www.franchisebusiness.com.au/c/MCW-Lawyers/Restraint-of-Trade-Cases->

Franchise-Law-Update-n859548 [2011, March 1]

Peter J. Klarfield. Covenants Against Competition in Franchise Agreements. Second Edition. Illinois: American Bar Association, 2003.

Richard G Greenstein. Georgia Court Holds Non-compete covenants unenforceable [Online]. 2008. Available from www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=ce8e08d9-19ff-47e9-8225-dfc504a79bfa georgia court holds non-compete covenants [2011, March 2]

Robert A. Brazener. Validity and construction of restrictive covenant not to compete ancillary to franchise agreement. American Law Report 24 (1998): 1-2.

Robert W. Emerson. Franchising Covenants Against Competition. Iowa Law Review 18 (1995): 1-24.

Roberta F. Howell. A Reminder to Be Careful What You Ask (or Contract) For [Online], 2010. Available from: <http://www.theiplawblog.com/archives//trademark-law-ninth-circuit-bluepencils-noncompetition-agreement.html> [2011, March 28]

Rupert M. Barkoff and Andrew C. Selden. Fundamentals of Franchising. Illinois: American Bar Association, 2008.

Sakda Thanitcul. Vagueness and Enforceability: Potential Problems of the 1991 Thai Trademark Act. Pacific Rim Law and Policy Journal 3 (June 1994): 9.

SJC Enforces Covenant Not To Compete in Franchise Agreement. Massachusetts Employment

and Labour Law Report 4 [Online] (December 2004). Available from:

http://www.seyfarth.com/dir_docs/news_item/919ecfa9-dac1-475a-8706-0c99dd7d7cc3_documentupload.pdf [2011, March 7]

William L. Killion. Existence of Fiduciary Duty between Franchisor and Franchisee. American Law Report 5 (1997): 2-7.

Warren S. Grimes. Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and The Franchisor's Conflict of Interest. Antitrust Law Journal 243 (1999): 12-14.

Zahira Mohd Ishan and Shaik Mohd. Unconscionability – Statutory Prevention of Unethical Business Practices. International Journal of Economics and Management 3(1) (2009): 15.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก

แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1. บทบัญญัติ

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

2. วัตถุประสงค์

เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่ากระทำการใดๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

3. ขอบเขตการบังคับใช้

- 3.1 ใช้กับผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 3
- 3.2 เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเท่านั้น
- 3.3 บังคับใช้กับการกระทำที่เป็นการกระทำที่ไม่ใช่เป็นการแข่งขัน โดยเสรี และเป็นธรรม ต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่น

4. องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 29

ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมที่ถือว่าการฝ่าฝืนตามมาตรา 29 จะต้องมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ดังต่อไปนี้

- 4.1 เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเท่านั้น
- 4.2 มีลักษณะของการกระทำที่ไม่ใช่เป็นการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม
- 4.3 การกระทำนั้น เกิดผลทำให้ธุรกิจของผู้อื่น
 - ถูกทำลาย
 - ได้รับความเสียหาย
 - ถูกขัดขวาง
 - ถูกกีดกัน

- ถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ
- เพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ
- ต้องล้มเลิกธุรกิจ

5. ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นข้อห้าม

พฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) อันเป็นข้อห้าม ตามมาตรา 29 ซึ่งมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน มีความหลากหลาย สามารถปรับเปลี่ยนได้อย่างต่อเนื่องตามระยะเวลาและสภาพแวดล้อมของการแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงไป พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อันอาจเข้าข่ายความผิด ตามมาตรา 29 เช่น

- 5.1 การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- 5.2 การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
- 5.3 การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร
- 5.4 การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
- 5.5 การกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้า หรือเทคโนโลยีของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- 5.6 การกระทำอื่นใดที่มีไขเป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

6. แนวปฏิบัติตามมาตรา 29 (Guidelines)

- 6.1 การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม มีลักษณะพฤติกรรม ดังต่อไปนี้
 - 6.1.1 การกำหนดหรือรักษาระดับราคาสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร (Unreasonably High Price) เช่น
 - การกำหนดราคาจำหน่ายสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร

หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่ายสินค้า/บริการสูง หรือปรับราคาจำหน่ายสูงขึ้นมากอย่างไม่เป็นธรรม เมื่อเปรียบเทียบกับต้นทุนการผลิตและ การจำหน่าย โดยไม่มีสาเหตุจากต้นทุน ที่เพิ่มสูงขึ้น หรือการปรับราคาจำหน่ายเพิ่มสูงขึ้นมากกว่าต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งเป็นระดับราคาที่สูงกว่าราคาตลาด ที่มีการแข่งขันในภาวะการค้าปกติ เพื่อให้มีอัตรากำไรมากเกินควร หรือมากกว่าอัตรากำไรที่เหมาะสมในภาวะการค้าปกติของแต่ละธุรกิจ หรือมากกว่าอัตรากำไรที่เคยได้รับ

ในกรณีที่เกิดภาวะสินค้าหรือบริการขาดแคลน เนื่องจากความต้องการเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว และไม่สามารถเพิ่มการผลิตให้เพียงพอต่อความต้องการที่เพิ่มขึ้นได้ ราคาจำหน่ายอาจเพิ่มสูงขึ้นได้เฉพาะในช่วงเวลาที่เกิดภาวะสินค้าขาดแคลน

- การกำหนดราคาซื้อขายสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกิน

สมควร

หมายถึง การกำหนดราคาซื้อขายสินค้า/บริการ หรือสินค้าสำเร็จรูป หรือวัตถุดิบอย่างไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดราคาซื้อขาย หรือการปรับราคาซื้อขายสูงกว่าราคาตลาดที่มีการแข่งขัน ในภาวะการค้าปกติ หรือสูงกว่าราคาที่เคยซื้อขาย หรือสูงกว่าราคาซื้อขายของผู้แข่งขันในตลาดที่มีการแข่งขัน ในภาวะการค้าปกติ ซึ่งส่งผลให้ผู้แข่งขันรายอื่นไม่สามารถซื้อขายได้ หรือทำให้ต้นทุนของผู้แข่งขันเพิ่มสูงขึ้นมาก และไม่สามารถแข่งขันกับตนได้ หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก

ในกรณีที่เกิดภาวะสินค้า/บริการ หรือสินค้าสำเร็จ หรือวัตถุดิบขาดแคลน เนื่องจากความต้องการเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว และไม่สามารถเพิ่มการผลิตให้เพียงพอต่อความต้องการที่เพิ่มขึ้นได้ ราคาซื้อขายอาจเพิ่มสูงขึ้นได้เฉพาะในช่วงเวลาที่เกิดภาวะการขาดแคลน

6.1.2 การกำหนดหรือรักษาระดับราคาต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดราคาต่ำกว่าทุน

- การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าทุน แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ
 - (1) การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวม (Sale Below

Cost)

หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่ายสินค้า/บริการต่ำ หรือปรับลดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย (Average Total Cost) ซึ่งประกอบด้วย ต้นทุนการผลิต หรือต้นทุนที่ซื้อมารวมกับค่าใช้จ่ายขายและบริหาร และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เนื่องจากสามารถรับภาระการขาดทุนในระยะเวลาหนึ่งได้ หรือนำกำไรของสินค้าอื่นมาชดเชย ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันได้ หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่กล้าตัดสินใจเข้าสู่ตลาด เนื่องจากไม่คุ้มกับการลงทุน ตัวอย่างเช่น การจำหน่ายสินค้า/บริการบางชนิดต่ำกว่าต้นทุน รวมเฉลี่ยในระยะเวลาหนึ่ง หรือ

การจำหน่ายสินค้าหลายชนิดต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย โดยการสลับหมุนเวียนสินค้าในระยะเวลาติดต่อกันอย่างต่อเนื่อง

ในกรณีที่เป็นการส่งเสริมการขายสำหรับสินค้าที่ออกสู่ตลาดใหม่ จะต้องไม่จำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ยในระยะเวลาที่นานเกินควร ขึ้นอยู่กับชนิดและประเภทของสินค้า หรือบริการ โดยปกติไม่ควรมีระยเวลานานกว่า 1 เดือน

ยกเว้น สินค้าที่มีความจำเป็นต้องรีบจำหน่ายโดยเร็ว มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ เช่น สินค้าที่เน่าเสียง่าย สินค้าใกล้หมดอายุ สินค้าล้าสมัย เป็นต้น

(2) การกำหนดราคาจำหน่ายเพื่อกำจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing)

หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่าย หรือปรับลดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (Average Variable Cost) คือ ต้นทุนที่ซื้อวัตถุดิบเพื่อผลิตสินค้าหรือต้นทุนที่ซื้อสินค้ามาเพื่อจำหน่าย ไม่รวมค่าใช้จ่ายขายและบริหาร และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นการยอมขาดทุนในระยะเวลาหนึ่ง เนื่องจากสามารถรับภาระการขาดทุนในระยะเวลาหนึ่งได้ หรือนำกำไรของสินค้าอื่นมาชดเชย ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ไม่สามารถแข่งขันได้ ซึ่งอาจเป็นการกำจัดคู่แข่งจนให้ออกไปจากตลาด หรือทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่กล้าตัดสินใจเข้าสู่ตลาด เนื่องจากไม่คุ้มกับการลงทุนเพื่อการผูกขาดในระยะยาว

ยกเว้น - สินค้าที่มีความจำเป็นต้องรีบจำหน่ายโดยเร็ว มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายได้ เช่น สินค้าที่เน่าเสียง่าย สินค้าใกล้หมดอายุ สินค้าล้าสมัย เป็นต้น

- ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสบปัญหา อาจไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ หรือต้องการเลิกกิจการ

• การกำหนดราคาซื้อขายอย่างไม่เป็นธรรม

หมายถึง การกำหนดราคาซื้อขายในตลาดสินค้า/บริการ หรือสินค้ากึ่งสำเร็จรูป หรือวัตถุดิบอย่างไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดราคาซื้อขาย หรือการปรับราคาซื้อขายลดลง ให้ต่ำกว่าราคาตลาด ที่มีการแข่งขันในภาวะการค้าปกติ หรือต่ำกว่าราคาที่เคยรับซื้อ ทำให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือสินค้ากึ่งสำเร็จรูป หรือวัตถุดิบได้รับความเสียหาย และส่งผลให้คู่แข่งรายอื่นที่รับซื้อในราคาสูงกว่า ไม่สามารถจำหน่ายสินค้าได้ เนื่องจากต้นทุนสูงกว่า ทำให้ไม่สามารถแข่งขันได้รวมทั้งผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตอาหารสัตว์กำหนดราคาซื้อขายผลิตผลทางการเกษตรที่เป็นวัตถุดิบในการผลิตอาหารสัตว์ในราคาต่ำมาก เป็นผลให้เกษตรกร ได้รับความเดือดร้อน และผู้ผลิตอาหารสัตว์รายอื่นที่รับซื้อในราคาสูงกว่า จะมีต้นทุนที่สูงกว่า ทำให้ไม่สามารถแข่งขันได้

6.1.3 การกำหนดราคาที่แตกต่างกันกับลูกค้า (Price discrimination)

หมายถึง การกำหนดราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือการให้ส่วนลดทางการค้า หรือการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอย่างเลือกปฏิบัติ ต่อลูกค้าหรือผู้ซื้อสินค้า สำหรับสินค้าเดียวกัน คุณภาพเหมือนกัน ในปริมาณจำหน่ายที่เท่ากัน ต้นทุนการจำหน่ายเท่ากัน และเป็น

ลูกค้าหรือผู้ซื้อในระดับเดียวกัน เช่น ระดับค้าส่ง หรือระดับค้าปลีก ตัวอย่างเช่น การกำหนดราคาจำหน่ายที่แตกต่างกัน โดยจำหน่ายให้ลูกค้าบางราย ในราคาสูงกว่าจำหน่ายให้แก่ลูกค้ารายอื่น หรือการให้ส่วนลดที่ไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ได้รับกำไรเพิ่มมากขึ้น และส่งผลให้ลูกค้าที่ซื้อสินค้าในราคาสูงกว่าลูกค้ารายอื่น จะมีต้นทุนที่สูงกว่า เกิดความเสียเปรียบและไม่เป็นธรรมต่อลูกค้าที่นำสินค้าไปจำหน่ายต่อ ทำให้ไม่สามารถแข่งขันกับลูกค้ารายอื่นได้

6.2 การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มีลักษณะพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

6.2.1 การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusivity) ซึ่งจะไม่รวมถึงตัวแทนจำหน่าย ที่ได้รับการแต่งตั้ง (Authorized Dealer) และกรณีที่เป็นแฟรนไชส์ โดยมี 2 รูปแบบ คือ

- การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลง (Exclusivity dealing)

หมายถึง การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลงทางการค้า ทั้งที่เป็น การบังคับทางตรงและทางอ้อมให้ลูกค้าต้องยอมรับเงื่อนไขและปฏิบัติตามอย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีผลต่อประสิทธิภาพ หรือคุณภาพของสินค้าหรือการให้บริการ หรือการให้บริการหลังการขาย ตัวอย่างเช่น ห้ามจำหน่ายสินค้าของ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การให้ซื้อสินค้า/วัตถุดิบตามที่กำหนด หรือให้ซื้อเฉพาะผู้ประกอบการที่กำหนด โดยสินค้า/วัตถุดิบเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติเฉพาะ การให้สินเชื่อกับผู้ประกอบการที่กำหนดไว้ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ในการประกอบธุรกิจของลูกค้าของตน เป็นต้น หากลูกค้าของตนไม่ยอมรับปฏิบัติตามจะถูกลงโทษ เช่น ไม่จำหน่ายสินค้าให้ลดปริมาณการส่งสินค้าให้ต่ำกว่าที่เคยได้รับตามปกติ จัดส่งสินค้าให้ล่าช้ากว่าปกติ เป็นต้น

กรณีที่เป็นตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับการแต่งตั้ง (Authorized Dealer) และที่เป็น แฟรนไชส์ ซึ่งผู้ผลิตสินค้าหรือบริการได้มีการลงทุนให้แก่ตัวแทนจำหน่าย เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือคุณภาพของสินค้าหรือการให้บริการ และการส่งเสริมการขาย สามารถจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลงได้ เพื่อป้องกัน มิให้คู่แข่งได้รับประโยชน์จากการลงทุนนั้น โดยไม่ต้องลงทุน (Free-riding) โดยการกำหนดให้ขายเฉพาะสินค้า ของคนเท่านั้น เพื่อป้องกันไม่ให้ตัวแทนจำหน่ายขายสินค้าของคู่แข่ง

- การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขต (Exclusivity Territories)

หมายถึง การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขตหรือพื้นที่การจำหน่าย ทั้งที่เป็น การบังคับทางตรงและทางอ้อมให้ลูกค้าต้องยอมรับเงื่อนไข และปฏิบัติตามอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อจำกัดพื้นที่ขาย หรือการกำหนดกลุ่มลูกค้าเฉพาะในแต่ละพื้นที่เพื่อแบ่งพื้นที่จำหน่าย หรือประเภทของลูกค้าให้แก่ตัวแทนจำหน่ายของตนอย่างเด็ดขาด โดยไม่มีผลต่อประสิทธิภาพหรือคุณภาพของสินค้าหรือการให้บริการแต่อย่างใด ทำให้ไม่มีการแข่งขันระหว่างผู้จำหน่ายสินค้าตราเดียวกัน (Intra-Brand) แต่ยังคงมีการแข่งขันกับตราอื่นๆ (Inter-Brand) ตัวอย่างเช่น การกำหนดแบ่งพื้นที่ให้ผู้แทนจำหน่ายแต่ละรายจำหน่ายให้ลูกค้าเฉพาะในพื้นที่ของตนเท่านั้น โดยลูกค้าในพื้นที่อื่นๆ ไม่

สามารถซื้อสินค้าได้ การกำหนดให้ผู้แทนจำหน่ายแต่ละรายจำหน่ายเฉพาะกลุ่มประเภทลูกค้าที่กำหนดเท่านั้น การกำหนดแบ่งพื้นที่และประเภทลูกค้าให้ผู้แทนจำหน่ายแต่ละราย หากลูกค้าของคนที่ปฏิบัติตามจะถูกลงโทษ เช่น ไม่จำหน่ายสินค้าให้ ลดปริมาณการส่งสินค้าให้ต่ำกว่าที่เคยได้รับตามปกติ เป็นต้น

กรณีที่เป็นตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับการแต่งตั้ง (Authorized Dealer) และที่เป็น แพรนไชส์ ซึ่งผู้ผลิตสินค้าหรือบริการ ได้มีการลงทุนให้แก่ตัวแทนจำหน่าย เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือคุณภาพของสินค้าหรือการให้บริการ และการส่งเสริมการขายสามารถจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขตหรือพื้นที่การจำหน่าย เพื่อประโยชน์ต่อประสิทธิภาพของการจำหน่ายและการให้บริการหลังการขาย

6.2.2 การบังคับขายพ่วง (Tie-in-sale) หมายถึง การกำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับทั้งทางตรง หรือทางอ้อม ให้แก่ผู้ซื้อที่ต้องการซื้อสินค้าชนิดหนึ่งต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งไปด้วย โดยไม่มีทางเลือกซึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจจะใช้สินค้าที่ตนเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสินค้าหลัก และบังคับขายสินค้าชนิดอื่นๆ พ่วงไปกับสินค้าหลัก ส่งผลให้ผู้ผลิตสินค้าชนิดอื่นที่มีการขายพ่วงกับสินค้าหลักไม่สามารถจำหน่ายสินค้าหรือไม่สามารถแข่งขันได้ และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่จะจำหน่ายสินค้าที่ถูกบังคับขายพ่วงไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้

ยกเว้น สินค้าที่มีการบังคับขายพ่วงเพื่อส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพ เช่น มีความจำเป็น ต้องใช้ประกอบกันเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ลูกค้า หรือเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ ในการใช้สินค้าที่เป็นสินค้าหลัก หรือสินค้าที่มีการรับประกันคุณภาพ หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อประสิทธิภาพของสินค้า ตัวอย่างเช่น เครื่องถ่ายเอกสารกับผงหมึก หากใช้ผงหมึกที่ไม่มีประสิทธิภาพอาจส่งผล ทำให้เครื่องถ่ายเอกสารเสียหายได้

6.2.3 การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

หมายถึง การกำหนดให้ลูกค้าของตนจำหน่ายในราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ตามที่กำหนด หากลูกค้าไม่ปฏิบัติตามจะถูกลงโทษ ทำให้ไม่มีการแข่งขันด้านราคาของตัวแทนจำหน่ายหรือ ผู้ค้าปลีก ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันของลูกค้าที่นำสินค้าหรือบริการไปจำหน่ายต่อ ในกรณีที่ห้ามจำหน่าย ต่ำกว่าราคาที่กำหนด จะส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถซื้อสินค้าในราคาถูกลงได้ และในกรณีที่ห้ามจำหน่ายสูงกว่า ราคาที่กำหนด เป็นการลดการแข่งขันของผู้ประกอบการ รายอื่นที่จำหน่ายในราคาสูงกว่า หรือทำให้ผู้ประกอบธุรกิจ รายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก เนื่องจากราคาจำหน่ายในตลาดอาจจะต่ำเกินไปซึ่งไม่จูงใจให้เข้ามาแข่งขัน

กรณีที่เป็นการกำหนดราคาแนะนำ (Price List) เพื่อให้ลูกค้าของตนที่นำสินค้าไปจำหน่ายต่อ ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดราคาจำหน่าย

6.3 การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร

หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วย (Refusal to deal) ในรูปแบบใดก็ตามกับผู้ประกอบธุรกิจบางราย หรือการเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกิจด้วยการกำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไข

6.4 การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

6.5 การกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้า หรือเทคโนโลยีของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น

6.6 การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า
กรมการค้าภายใน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข

**GUIDELINES CONCERNING THE FRANCHISE SYSTEM
UNDER THE ANTIMONOPOLY ACT**

April 24, 2002 Fair Trade Commission



ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Introduction

We have seen in Japan an increase in the kinds of business activities that use the franchise system. This system consists of a franchiser (hereinafter referred to as the “head office”) and franchisees (hereinafter referred to as the “members”). The franchise system is used in many areas including retail businesses and the food service industry, as in the past, as well as a range of service businesses. The relative importance of the franchise system in these industries has been increasing. The franchise system enables the head office to develop its business quickly by using the capital and human resources of other people. The franchise system benefits the member by allowing them to become independent and to launch their business using the expertise and suchlike of the head office. Many enterprising people are expected to enter a number of areas in the future by making the most of the franchise system, thereby intensifying competition in these markets. With the expansion of business activities using the franchise system, a number of problems have arisen from the business transactions between the head office and the members. In particular, there have been many problems have occurred in relation to the Antimonopoly Act. The Fair Trade Commission has compiled and published the “Guidelines Concerning the Franchise System from the Viewpoint of the Antimonopoly Act ” (issued by General Secretariat, Fair Trade Commission on September 20, 1983) in a bid to prevent head offices from violating the Antimonopoly Act. The document also strives to promote proper business activities by the head office by specifically identifying the actions that present a problem with the business transactions between the head office and the member under the Antimonopoly Act. In view of recent changes, such as the expansion of business activities using the franchise system and the increase in the relative importance of the franchise system, we have revised the document as shown below. This document will be our basis hereafter.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1. General guidelines

- (1) The franchise system is defined in many ways. However, the franchise system is generally considered to be a form of business in which the head office provides the member with the rights to use a specific trademark and trade name, and provides coordinated control, guidance, and support for the member's business and its management. The head office may provide support in relation to the selling of commodities and the provision of services. In return, the member pays the head office. This document is intended for businesses that fit this definition and that have the characteristics mentioned (3) below, irrespective of what the business is called.
- (2) There are many franchise systems under which a so-called franchise agreement is entered into between the head office and the member. Based on the agreement, the head office and each member conduct their business with an external appearance similar to that of the head office and a branch office of a normal company. However, the member is legally an entrepreneur who is independent of the head office. Therefore, the Antimonopoly Act applies to the trading relationship between the head office and the member.
- (3) The basis of the trading relationship for the franchise system is a franchise agreement between the head office and the member. This agreement is a standardized agreement that generally includes the following provisions:
 - a. A provision that grants the member permission to use the trademark and trade name of the head office;
 - b. A provision for the head office to provide the member with control and guidance to ensure there is a unified corporate identity for the business and to ensure that the member can maintain their business;
 - c. A provision for the member to pay the head office for the services mentioned in the previous two provisions; and
 - d. A provision concerning the termination of a franchise agreement.

The business system and policy established by the head office and the coordinated activities of the member based on the franchise agreement are generally regarded as strengthening and improving the business capabilities of members who run small businesses and promoting competition in the marketplace. However, under the franchise system, the member is integrated into the system of the head office, including the system of comprehensive guidance. It is especially important, therefore, that a party contemplating becoming a member makes the proper judgment before deciding to participate. It is desirable that the head office discloses sufficient information to a party contemplating becoming a member when the member is invited to participate in the franchise. In addition, the business transactions between the head office and the member after the franchise agreement has been signed should not cause disadvantage the member unilaterally nor should it place unjust restrictions on the member.

- (4) The cases below are illustrative examples of business transactions between the head office and the member that have caused a problem in relation to the Antimonopoly Act. The cases occurred then the head office of a franchise invited a member into the franchise system and after the franchise agreement was signed.

These cases are only the major ones. It is necessary to judge individually whether the specific activities of a head office conflicts with the Antimonopoly Act.

2. Invitation of the head office for a member to join the franchise

- (1) The head office of a franchise, wishing to expand its business, solicits members to join the franchise through advertisements, visits and suchlike. A range of people apply to participate in the franchise. These people include those who have conducted similar businesses in the past, but also salaried workers and people without experience in the business. It is desirable that, when the invitations are issued, the head office discloses sufficient information to enable the people contemplating joining the franchise to make the proper judgment. People contemplating becoming members, of course, should thoroughly investigate on their own behalf the details of the franchise business concerned.
- (2) A. For franchise systems relating to retail businesses, the Law for the Promotion of Small-to-Medium Sized Retail Businesses stipulates that the onus be on the head office to disclose information and to be accountable about certain items. In addition, the retail business industry promotes the registration and disclosure of information on franchise agreements. However, it is desirable that the head office properly discloses the following matters when inviting members to join the franchise to enable the prospective members make the correct judgment and to prevent a violation of the Antimonopoly Act (Note 1):
 - a. Matters relating to the supply of products after the party becomes a member of the franchise (such as a system for recommending suppliers);
 - b. Matters relating to the details, procedures, frequency, and the cost of guidance to the member about the business activities;
 - c. The nature and the amount of money to be collected when the party joins the franchise, whether the money will be returned, and the conditions for returning the money;
 - d. Matters relating to the royalties that the member pays the head office for the use of the trademark and trade name and for guidance in management. These matters include the amount of the royalties, the procedure for calculating the royalties and the time and the method of payment;
 - e. Matters relating to the loans the head office extends to the member, including the mechanism, the conditions of settlement and the interest rate;
 - f. Matters relating to the compensation of any loss that the business incurs, the details of compensation, whether there is management support from the head office in the event of a business slump, and the details;
 - g. Matters relating to the terms of the agreement, and the conditions and procedure for renewing and canceling the agreement, and for canceling the agreement before it expires; and
 - h. Matters relating to the restrictions that apply to the head office or other members of the franchise in setting up a similar or identical business close to the proposed business of the party contemplating joining the franchise. These matters include whether there are any plans to set up additional business and the details of the plans.

B. The head offices of some franchises have certain expectations regarding sales and profit when they invite members to participate in the franchise. The expected sales and profits need to be based on established facts, such as the results of an existing shop operating in a similar environment, and a reasonable method of calculation. The head office is required to present these facts and the manner in which they were calculated to parties contemplating joining the franchise. Parties wishing to join the franchise need to invest a considerable amount of money in the franchise. Therefore, the parties should keep in mind that any person conducting business should consider that (1) the negotiations for joining the franchise will be conducted on the assumption that the business will remain in operation, and (2) the business activities after the franchise agreement is signed will greatly depend on the general economic conditions and the market environment.

(Note 1) The Law Concerning the Promotion of Small-to-Medium Sized Retail Businesses requires that the head office to which the Law applies should deliver a document showing certain items and explain them to any party contemplating joining the franchise before they sign the agreement. From the viewpoint of preventing acts that violate the Antimonopoly Act, it is desirable that the head office allow sufficient time for the party contemplating joining the franchise to examine the document thoroughly before concluding the franchise agreement.

(3) Item 8 (Deceptive customer inducement) of Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Notification No.15 of 1982: hereinafter referred to as “General Designation”) applies where the head office entices the customer of a rival into the franchise by creating the false impression that the franchise system is much better or more advantageous than it really is, through failure to disclose the important matters indicated in (2) above, or false or exaggerated claims when inviting a party to join the franchise .

(4) Whether Item 8 (deceptive customer inducement) applies in a particular case should be judged by considering the circumstances overall. For example, the following matters relating to the business transactions with the head office may cause a prospective member to believe that the business is much better and more advantageous than it is in reality, and may thereby attract the customer of a competitor:

- a. Concerning the expected sales and profit, is the basis and method of calculation rational? Is the amount achievable or is it difficult to achieve?
- b. Are the royalties presented as being lower than they really are by failing to explain fully the method of calculation? For example, where the royalties are calculated by multiplying the gross profit on sales by a certain rate after defining that this gross profit includes the cost of lost and damaged products, is the gross profit after sales fully defined or is it misrepresented?
- c. Is the franchise in question portrayed as being better and more advantageous than the system of a competitor by presenting a comparison of the details of the two systems based on unreasonable criteria? For example, although the amount of money that the head office collects from the member is the same, is it suggested that the royalties are lower than that of the competitor's company without explaining the differences how the royalties are calculated?
- d. Is it explained that, if the franchise agreement is cancelled before it expires, the head office will collect a large penalty? Is it suggested that the penalty will not be collected? (Note 2)

(Note 2) Where the conditions for canceling a franchise agreement before it expires are unclear, the party contemplating joining the franchise cannot make a proper judgment. In addition, if the penalty imposed on the member for canceling the franchise agreement is unclear, it will, in practice, be difficult to cancel. Therefore, it is desirable that the head office clarifies the conditions for canceling the franchise agreement when inviting parties to join the franchise.

3. Business transactions between the head office and the member after the franchise agreement has been signed

Under many franchise agreements, the head office requires the member to designate either the head office or a third party selected by the head office as a supplier of materials and services. The materials may include products, raw materials, packaging materials, facilities and equipment or machines and tools. The services may be the cleaning of the shop and the exterior and interior finishing work. Alternatively, the head office may impose a number of limitations regarding the method for selling the products, the operating hours, the operating area, the selling price and suchlike.

These provisions in a franchise agreement are considered to be aimed at preserving the business confidentiality that the head office divulges to the member, and at maintaining the corporate image. If the purpose of the provisions is limited to the conduct of proper business based on the franchise system, they do not violate the Antimonopoly Act. However, when a franchise agreement or the actions of the head office are considered to exceed the boundaries for the conduct of proper business based on the franchise system, thereby providing the member with undue disadvantage regarding normal commercial practice, Item 14 (abuse of dominant bargaining position) of the General Designation may be applied. In addition, where the restrictions placed on a member are illegal, Item 10 (Tie-in sale) or Item 13 (Dealing on restrictive terms) of the General Designation may be applied.

Abuse of a position of strength
In some cases, it is acknowledged that the head office, which occupies a stronger position than that of the member (Note 3), engages in one of the following three activities:

- a. establishes trading conditions that unduly disadvantage the member in light of normal commercial practice;
- b. exceeds the boundaries of proper business conduct based on the franchise system; or
- c. disadvantages the member with respect to the conditions and conduct of the business transactions.

In any of these events, Paragraph 14 (Abuse of a position of strength) of the General Designation applies to the franchise agreement or the actions of the head office.

(Note 3) With respect to business transactions between the head office and the member under the franchise system, the head office is deemed as having a stronger position when the member is forced to accept requests from the head office that place the member at a disadvantage to avoid difficulties with the member's business and management. When determining whether the head office occupies the stronger

position, we should consider a range of factors. These include:

- the overall degree to which the member depends on the head office, including the degree the member depends on the head office for management guidance, the proportion of products and raw materials that the member purchases from head office or a party recommended by head office;
- the position that the head office holds in the market;
- the degree of difficulty the member faces in leaving the franchise, including initial investment, whether the member has the right to cancel the agreement before it expires, the details of the right to cancel the agreement, the penalty that applies to such cancellation, and the term of the agreement; and the difference in the size of the businesses between head office and the member.

A. With respect to the business transactions between the head office and the member under the franchise system, whether Item 14 (Abuse of dominant bargaining position) of the General Designation applies is determined for individual and specific franchise agreements. However, Item 14 also applies when the head office occupies a stronger position and either places the member at a disadvantage in light of normal business practices or exceeds the boundary of proper business conduct based on the franchise system, for example, through the following acts.

Restriction on suppliers

- This restriction refers to the case when the head office prohibits the member without proper justification from trading with companies that can provide cheap, high-quality products and services. The head office may force the member to trade only with the head office or companies appointed by the head office regarding the supply of products and raw materials, the cleaning of the shop, or contractors for interior and exterior finishing.

Forced purchase quota

- A forced purchase quota applies where a the head office forces the member to buy volumes that exceed the volume required for sale, and prohibits the member from returning excess materials or raw materials.

Restriction on bargain sales

- This restriction applies in the case when the royalties are calculated according to the gross profit on sales including the cost of lost or damaged products. The head office may restrict a member without due cause from holding a bargain sale to sell products that are going bad, thereby forcing the member to dispose of the products left unsold. (Note 4)

(Note 4) The royalties are calculated based on gross profit on sales for most franchise agreements that cover convenience stores. The cost of lost or damaged products is not included in the cost of sale for the majority of franchise agreements. As a result, the method of including the cost of lost or damaged products in gross profit on sales is used. Under this method, when the member disposes of products, the member needs to bear the cost of disposing of the products as well as the royalties

based on the gross profit on sales including the cost of the lost and damaged goods. Therefore, the member is significantly disadvantaged compared to a situation in which the gross profit on sales does not include the cost of lost and damaged products because such costs are included in the cost of the sales.

Revisions to the franchise agreement after it has been signed

- This case applies where a member launches a new business under a franchise, but is forced to bear costs that are not provided for in the original agreement, and the costs exceed the profits of the business. Despite this, the head office forces the member to launch the business, implying that otherwise the head office will treat the member in a manner that disadvantages them.

Restrictions on trade after termination of an agreement

- This situation refers to the case when the head office imposes restrictions on the member prohibiting the member from establishing a competitive business for a certain time, in a certain area or with other conditions. The problem occurs when these restrictions exceed the extent necessary to preserve the commercial rights of the head office in the specified area or to protect the expertise provided that the head office has provided to the member.

B. As shown in A above, there are cases when an individual provision in an agreement or the action of the head office becomes subject to Item 14 (Abuse of dominant bargaining position) of the General Designation. There are also cases when the business transactions of the head office from the viewpoint of the entire franchise agreement become subject to Item 14. Whether Item 14 applies to the business transactions of a head office should be judged for individual and specific franchise agreements. In addition to the matters as indicated in A above, the application of Item 14 should be judged by considering other general aspects, such as the following:

- a. With respect to the restrictions on selling products and the sales method, does the level of control exceed the extent necessary to maintain the corporate identity of the head office?
 - b. Is the obligation to achieve certain sales figures unreasonable in the light of prevailing market conditions? In addition, are the prices collected unilaterally?
 - c. Does the member have the right to cancel the franchise agreement? Is the penalty for canceling the agreement before the term expires excessive?
 - d. Does the term of agreement significantly exceed the period necessary for the member to recover their investment? Or is the term of the agreement significantly shorter than the period necessary for the member to recovery their investment?
- (2) Tie-in sales and dealing on restrictive terms When the head office provides the member with expertise based on the franchise agreement, the head office may force the member to procure products and raw materials from the head office or a company recommended by the head office. Regarding whether Item 10 (Tie-in sales, etc.) of the General Designation applies to the actions of the head office in this case, it is necessary to consider the position of head office, the scope of the head office, the number and size of the other parties, and the frequency of the

restrictions. In addition, it should be decided whether these business transactions are subject to Item 13 (Dealing on restrictive terms) of the General Designation by considering the overall the position of the head office, the effect of competition between the companies subject to the restrictions, and the effect of competition between companies recommended by the head office.

(3) Restriction on the selling price

It is acceptable for the head office to regulate the selling prices if it is necessary to provide a clear market position for the company or to coordinate the business operations. However, there are cases in which the member must establish the selling price according to the prevailing market conditions, or has to sell remaining products by discounting the prices. Therefore, when the head office supplies products to the member, restrictions on the selling price that apply to the member are in principle subject to Item 12 (Resale price restriction) of the General Designation. In addition, when the head office does not directly supply products to the member, but unduly restricts the price of products or service supplied by the member, Item 13 (Dealing on restrictive terms) of the General Designation applies. The application of Paragraph should be determined by considering the overall the condition of the local market and the extent of the involvement of the head office in selling prices.



ภาคผนวก ค



LAWS OF MALAYSIA

Reprint

Act 590

Franchise Act 1998

Incorporating all amendments up to 1 January 2006

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Published by

The Commissioner of law Revision, Malaysia

Under the authority of the Revision of laws act _968

In Collaboration with percetakan nasional malaysia BHD

2006

Franchise Act 1998

Date of Royal assent 24 December
1998

Date of publication in the *Gazette* 31 December
1998



Previous Reprint

First Reprint... .. 2002

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LAWS OF MALAYSIA
Act 590
FRANCHISE ACT 1998

ARRANGEMENT OF SECTIONS

Part I
PRELIMINARY

Section

1. Short title
2. Commencement
3. Application
4. Interpretation

Part II
APPOINTMENT OF REGISTRAR OF FRANCHISES,
REGISTRATION, *ETC.*

5. Appointment of Registrar, Deputy Registrar, *etc.*
6. Registration
7. Application for registration
8. Approval or refusal of application for registration
9. Effective date of registration of franchise
10. Period of effectiveness
11. Amendments to disclosure documents
12. Notice of suspension, termination, *etc.*, of registration
13. Cancellation from register
14. Registration of franchise broker
15. Compulsory practice
16. Annual report
17. Appeal against Registrar's decision

Part III
Franchise Agreement

18. Requirements of franchise agreement
19. Payment of franchise fee, *etc.*
20. Prohibition against discrimination
21. Payment of franchise fees or royalty
22. Promotion fund
23. Promotion fees, *etc.*
24. Registration of trade mark or service mark
25. Franchise term
26. Confidential Information
27. Prohibition against similar business
28. Waivers void

Part IV

Conduct of parties and termination of

Franchise agreement

- 29. Conduct of parties
- 30. Obligations of franchisor and franchisee
- 31. Termination of franchise agreement
- 32. Non-renewal of franchise agreement
- 33. Earlier termination of franchise term
- 34. Extension of franchise term

Part V

Franchise Advisory Board

- 35. Franchise advisory board
- 36. Functions of franchise advisory board

Part VI

Offences and penalties

- 37. Offence for fraud, deceit, *etc.*
- 38. Obstruction of officers
- 39. General penalty
- 40. Offence by body corporate
- 41. Compounding of offences

Part VII

Enforcement

- 42. Authorized officer
- 43. Power to investigate
- 44. Search by warrant
- 45. Search and seizure without warrant
- 46. Search of female person
- 47. Access to computerized data
- 48. List of things seized
- 49. Lower to require attendance of person acquainted with case
- 50. Examination of person acquainted with case
- 51. Additional powers
- 52. Prosecution

Part VIII

Miscellaneous

- 53. Sale of franchise to non-citizen subject to Registrar's approval

54. Sale of franchise by foreigner in Malaysia
55. Registration of franchisee of foreign franchisor
56. Public inspection of disclosure documents
57. Advertisement
58. Power to exempt
59. Protection of officers
60. Regulations
61. Savings and transitional



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LAWS OF MALAYSIA

Act 590

Franchise Act 1998

An act to provide for the registration of, and to regulate, franchises, and for incidental matters.

[8 October 1999, P.U. (B) 389/1999]

Be it enacted by the Seri Paduka Baginda Yang di-Pertuan Agong with the advice and consent of the Dewan Negara and Dewan Rakyat in Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

Part I

Preliminary

Short title

1. This act may be cited as the franchise act 1998.

Commencement

2. This act comes into operation on a date to be appointed by the minister by notification in the *Gazette*.

Application

3. (1) This act applies throughout Malaysia to the sale of any franchise in Malaysia.

(2) The sale of a franchise is deemed to be in Malaysia where—

(a) An offer to sell or buy a franchise—

(i) is made in Malaysia and accepted within or outside Malaysia;

or

(ii) is made outside Malaysia and accepted within Malaysia; and

(b) The franchised business is operated or will be operating in Malaysia.

(3) Nothing in this act shall affect the provisions of any other written laws, but if there is any conflict between the provisions of this act and the provisions of the other written laws, the provisions of this act shall prevail.

Interpretation

4. In this act, unless the context otherwise requires—

“advertisement” means any publication, circular, notice, or any oral or written communication, whether broadcasted by electronic or any other publishing media, or any form of electronic communications to the public for the purpose of offering the sale of a franchise or promoting the sale of a franchise;

“authorized officer” means an officer authorized in writing by the minister under section 4_ to exercise the powers of enforcement under this act;

“disclosure documents” means such disclosure documents as may be prescribed by the minister;

“franchise” means a contract or an agreement, either expressed or implied, whether oral or written, between two or more persons by which—

- (a) The franchisor grants to the franchisee the right to operate a business according to the franchise system as determined by the franchisor during a term to be determined by the franchisor;
- (b) The franchisor grants to the franchisee the right to use a mark, or a trade secret, or any confidential information or intellectual property, owned by the franchisor or relating to the franchisor, and includes a situation where the franchisor, who is the registered user of, or is licensed by another person to use, any intellectual property, grants such right that he possesses to permit the franchisee to use the intellectual property;
- (c) The franchisor possesses the right to administer continuous control during the franchise term over the franchisee’s business operations in accordance with the franchise system;
- (d) The franchisor has the responsibility to provide assistance to the franchisee to operate his business including such assistance as the provision or supply of materials and services, training, marketing, and business or technical assistance;
- (e) in return for the grant of rights, the franchisee may be required to pay a fee or other form of consideration; and
- (f) the franchisee operates the business separately from the franchisor, and the relationship of the franchisee with the franchisor shall not at any time be regarded as a partnership, service contract or agency;

“franchise agreement” means a contract or an agreement made between a franchisor and a franchisee in respect of a franchise in return for any form of consideration but does not include any contract or agreement made for the purpose of direct selling as provided by the direct sales act _993 [Act 500];

“franchise broker” means a person doing business as an agent or representative of a franchisor to sell a franchise to any person for a certain consideration but does not include any director, officer or employee of the franchisor or franchisee;

“Franchisee” means a person to whom a franchise is granted and includes, unless stated otherwise in this act—

- (a) A master franchisee with regard to his relationship with a franchisor; and
- (b) A Sub franchisee with regard to his relationship with a master franchisee;

“Franchisor” means a person who grants a franchise to a franchisee and includes a master franchisee with regard to his relationship with a sub franchisee, unless stated otherwise in this act;

“Mark” includes a trade mark, service mark, symbol, design, brand, heading, label, ticket, name, signature, word and letter or any combination of them;

“Master franchisee” means a person who has been granted rights by a franchisor to subfranchise to another person, at his own expense, the franchise of the franchisor;

“Minister” means the minister for the time being charged with the responsibility for matters relating to franchises;

“Person” includes a natural person, corporation, partnership, association, firm, joint venture or trust;

“Prescribed” means prescribed by regulations made under this act;

“Registrar”, “deputy Registrar” and “assistant Registrar” mean respectively the Registrar of franchises, a deputy Registrar of franchises and an assistant Registrar of franchises appointed under section 5;

“Regulations” means regulations made under this act;

“This act” includes any regulations made under this act.

Part II

Appointment of Registrar of Franchises ,Registration, *ETC.*

Appointment of registrar, Deputy Registrar, *etc.*

5. (1) the minister may appoint a public officer as a Registrar of franchises and such number of deputy Registrars of franchises, assistant Registrars of franchises and other officers as may be necessary for the purposes of this act.

(2) the Registrar shall, subject to the general direction and control of the

minister, perform the duties imposed and exercise the powers conferred on him under this act.

(3) The deputy Registrar, assistant Registrars and other officers appointed under subsection (1) shall be under the direction and control of the Registrar.

(4) The deputy Registrar may perform all the duties and exercise all the powers conferred upon the Registrar under this act.

(5) The Registrar or deputy Registrar may perform all the duties imposed and exercise all the powers conferred upon an assistant Registrar under this act.

(6) All officers appointed under this section shall be deemed to be public servants within the meaning of the penal Code [Act 574].

Registration

6. (1) a franchisor shall register his franchise with the Registrar before he can make an offer to sell the franchise to any person.

(2) a person who fails to comply with this section commits an offence unless he has been exempted by the minister under section 58 from the requirement to register under this section.

Application for registration

7. (1) a franchisor shall make an application to register his franchise by submitting to the Registrar the application in the prescribed form together with—

(a) The complete disclosure documents with all the necessary particulars filled in;

(b) A sample of the franchise agreement;

(c) The operation manual of the franchise;

(d) The training manual of the franchise;

(e) A copy of the latest audited accounts, financial statements, and the reports, if any, of the auditors and directors of the applicant; and

(f) Such other additional information or documents as may be required by the Registrar for the purpose of determining the application.

(2) At any time after receiving an application and before it is determined, the Registrar may, by written notice, require the applicant, or the director or manager of the applicant, to provide additional information or documents.

(3) The matters specified under paragraph (1) (f) or the requirements under subsection (2) may differ as between different applicants, or different classes, categories or descriptions of applicants.

(4) An application under this section may be withdrawn at any time before it is approved or refused.

(5) if any additional information or document required under subsection (2) is not provided by the applicant or his director or manager within the time specified in the requirement or any extension of time granted by the Registrar, the application shall be deemed to have been withdrawn and shall not be further proceeded with, but without affecting any fresh application

being made by the applicant.

(6) A person who submits false or misleading information or documents under this section commits an offence.

Approval or refusal of application for registration

8. (1) Upon receipt of an application for registration together with the information or documents required under section 7, the Registrar may approve or refuse the application, and shall give the reason for the refusal.

(2) An application for registration which is approved under this section may be subject to such conditions as the Registrar may impose.

(3) Upon approving an application under subsection (1), the Registrar may require the applicant to pay such amount of fees as may be prescribed.

(4) The Registrar shall give the applicant a written notice of his decision under this section.

Effective date of registration of franchise

9. If the registration of a franchise is approved under section 8, the registration shall be effective on the date stated in the written notice given by the Registrar and such date shall be after the date of the filing of all required information or documents unless, prior to it, one of the following events has taken place:

- (a) The Registrar has notified the applicant that the applicant has failed to comply with the requirements of section 6 and subsections 7(1), (2) and (3); or
- (b) The Registrar has issued an order under section 10 or paragraph 16(3)(b).

Period of effectiveness

10. The registration of a franchise shall continue to be effective unless the Registrar issues an order made by written notice to the applicant or the franchisor to suspend, terminate, prohibit or deny the sale or registration of the franchise under this act.

Amendments to disclosure documents

11. (1) if there is any material change in the disclosure documents mentioned in paragraphs 7(1)(a) and (f), the applicant or his director or manager shall amend the documents according to the prescribed form.

(2) The documents in subsection (1) shall be filed with the Registrar.

(3) The Registrar may, at any time, require additional information on the amendments made under this section.

Notice of suspension, termination, *etc.*, of registration

12. (1) subject to section 13, if the Registrar proposes to suspend, terminate, prohibit or

deny the sale or registration of a franchise, he shall give the applicant or the franchisor written notice of his intention to do so, specifying the nature of the proposed action and the grounds on which he proposes to take such action, and he shall give the applicant or the franchisor an opportunity to make a written representation on the matter within fourteen days from the date of service of the notice.

(2) After the expiry of the period of fourteen days mentioned in subsection (1) and after considering any representation made by the applicant or franchisor under that subsection, the Registrar shall decide whether to proceed with the proposed action or to take no further action.

(3) The Registrar shall give the applicant or franchisor written notice of his decision under subsection (2) and the decision shall take effect from the date on which the written notice is served on the applicant or franchisor.

Cancellation from register

13. (1) A franchisor may, at any time after the franchise term, apply to the Registrar for cancellation of the registration of the franchise from the register.

(2) The Registrar shall accordingly cancel the registration of the franchise from the register if he is satisfied that the franchisor is no longer granting rights under the franchise.

Registration of franchise broker

14. (1) A franchise broker shall register himself with the Registrar in the following manner:

- (a) By using the prescribed application form; and
- (b) By filing with the Registrar any information, which shall be determined by the Registrar, in respect of any representative or agent appointed by the franchise broker.

(2) The franchise broker must meet all the requirements as prescribed on the qualifications of a franchise broker before he can be registered.

(3) The Registrar may impose conditions on the registration of a franchise broker.

(4) The conditions in subsection (3) may include conditions governing the sale of a franchise by a franchise broker and conditions on the conduct, suspension, termination, prohibition or denial of registration of a franchise broker.

(5) The registration under this section shall be effective for one year from the date of registration, unless determined otherwise by the Registrar.

(6) The provisions relating to confidential information and the prohibition on carrying on a similar business in sections 26 and 27 are also applicable to a franchise broker.

Compulsory practice

15. (1) A franchisor shall submit to a franchisee a copy of the franchise agreement and

disclosure documents at least ten days before the franchisee signs the agreement with the franchisor.

(2) The disclosure documents in subsection (1) shall be the same documents submitted to the Registrar.

(3) A person who fails to comply with this section commits an offence.

Annual report

16. (1) Annually the franchisor shall, within thirty days from the anniversary date of the registration, submit a report to the Registrar in the prescribed form.

(2) The report shall contain the disclosure documents which have been updated.

(3) The Registrar may review the report and disclosure documents and—
 (a) Notify the franchisor if any additional information or modification of the disclosure documents is to be included or deleted; or
 (b) Issue an order to suspend, terminate, prohibit or deny the sale or registration of the franchise in the public interest or for the purpose of protecting prospective franchisees until any deficiencies specified by the Registrar have been corrected.

Appeal against registrar's decision

17. (1) a person who is aggrieved by any decision of the Registrar under this part may appeal to the minister in the prescribed manner within one month from the date the decision is communicated to the person.

(2) The minister's decision on the appeal shall be final.

Part III

Franchise Agreement

Requirements of franchise agreement

18. (1) a franchise agreement shall be in writing.

(2) A franchise agreement shall contain but is not limited to—

(a) The name and description of the product and business under the franchise;

(b) The territorial rights granted to the franchisee;

(c) The franchise fee, promotion fee, royalty or any related type of payment which may be imposed on the franchisee, if any;

(d) The obligations of the franchisor;

(e) The obligations of the franchisee;

(f) The franchisee's rights to use the mark or any other intellectual property, pending the registration or after the registration of the franchise;

(g) The conditions under which the franchisee may assign the rights

under the franchise;

(h) A statement on the cooling off period as provided in subsection (4);

(i) A description pertaining to the mark or any other intellectual property owned or related to the franchisor which is used in the franchise;

(j) If the agreement is related to a master franchisee, the franchisor's identity and the rights obtained by the master franchisee from the franchisor;

(k) The type and particulars of assistance provided by the franchisor;

(l) The duration of the franchise and the terms of renewal; and

(m) The effect of termination or expiration of the franchise agreement.

(3) Failure to comply with subsection (2) shall render a franchise agreement null and void.

(4) A franchise agreement shall have a cooling off period, which shall be determined by both contracting parties but shall not be less than seven working days, during which the franchisee has the option to terminate the agreement.

(5) Upon termination of the franchise agreement under subsection (4), an amount to cover the reasonable expenses incurred by the franchisor to prepare the agreement may be retained by the franchisor from the initial fees paid under section 9; however, all other moneys shall be refunded to the franchisee.

(6) A person who fails to comply with subsection (5) commits an offence.

Payment of franchise fee, *etc.*

19. If a franchisor requires that a franchisee makes a payment before signing a franchise agreement, including a payment which is part of a franchise fee, the franchisor shall state in writing the purpose for the payment and the conditions for the use and refund of the moneys.

Prohibition against discrimination

20. It shall be an unfair franchise and a contravention of this act for any franchisor to unreasonably and materially discriminate between franchisees operating a franchise in the charges offered or made for franchise fees, royalties, goods, services, equipment, rentals or advertising services if such discrimination will cause competitive harm to a franchisee who competes with a franchisee who receives the benefit of the discrimination, unless and to the extent that any classification of or discrimination between franchisees is—

(a) Based on franchises granted at different times, and such discrimination is reasonably related to the differences in time;

b) related to one or more programmes for making franchises available to persons with insufficient capital, training, business experience or education, or lacking other qualifications;

(c) Related to efforts by the Government or any of its agencies to promote variation in products or service lines or business formats or designs;

(d) Related to efforts by one or more franchisees to cure deficiencies in the operation of franchised businesses or defaults in franchise agreements; or

(e) Based on other reasonable distinctions considering the purposes of this act and is not arbitrary.

Payment of franchise fees or royalty

21. If a franchisee is required to pay any franchise fees or royalty to a franchisor, the rate of franchise fees or royalty shall be the rate as provided in the disclosure documents.

Promotion Fund

22. (1) A franchisor who requires a franchisee to make any payment for the purpose of the promotion of a franchise shall establish a promotion fund ("fund").

(2) The fund shall be managed under a separate account and shall only be used for the promotion of the product under the franchise.

(3) If a franchisee is required to make any payment under section 23, the franchisor shall submit a financial statement of the fund, which has been endorsed by a registered public accountant, to the Registrar within thirty days after the conclusion of the last financial term.

(4) The financial statement in subsection (3) shall be submitted to the Registrar together with the annual report under section 16.

(5) A person who fails to comply with this section commits an offence.

Promotion fees, *etc.*

23. (1) If a franchisee is required to make any payment for promotional purposes or pay promotion fees to the franchisor, the payment shall be at the rate as provided in the disclosure documents.

(2) The payment required to be made under subsection (1) shall be deposited into the fund.

Registration of trade mark or service mark

24. a franchisor is required to register his trade mark or service mark relevant to his franchise in accordance with the trade marks act _976 [Act 175] (if they are registrable under the act) before applying for the registration of the franchise under section 7.

Franchise term

25. A franchise term shall not be less than five years.

confidential information

26. (1) a franchisee shall give a written guarantee to a franchisor that the franchisee and his employees shall not disclose to any person any information contained in the operation manual or obtained while undergoing training organized by the franchisor during the franchise term and for two years after the expiration or earlier termination of the franchise agreement.

(2) The franchisee and his employees shall comply with the terms of the written guarantee given under subsection (1).

(3) A person who fails to comply with subsection (1) or (2) commits an offence.

Prohibition against similar business

27. (1) A franchisee shall give a written guarantee to a franchisor that the franchisee and his employees shall not carry on any other business similar to the franchised business operated by the franchisee during the franchise term and for two years after the expiration or earlier termination of the franchise agreement.

(2) The franchisee and his employees shall comply with the terms of the written guarantee given under subsection (1).

(3) A person who fails to comply with subsection (1) or (2) commits an offence.

Waivers void

28. (1) any condition, stipulation or provision in a franchise agreement purporting to bind a franchisee to waive compliance with any provision of this act is void.

(2) this section shall not prevent any person from entering into a settlement agreement or executing a general release regarding a potential or actual civil action filed in respect of the franchise nor shall it prevent the arbitration of any claim.

Part IV

Conduct of parties and termination of franchise agreement

Conduct of parties

29. (1) a franchisor and a franchisee shall act in an honest and lawful manner and shall endeavour to pursue the best franchise business practice of the time and place.

(2) a franchisor and a franchisee in their dealings with one another shall avoid the following conduct:

(a) Substantial and unreasonable overvaluation of fees and prices;

(b) Conduct which is unnecessary and unreasonable in relation to the risks to be incurred by one party; and

(c) Conduct that is not reasonably necessary for the protection of the legitimate business interests of the franchisor, franchisee or franchise system.

Obligations of franchisor and franchisee

30. (1) A franchisor shall give a written notice about a breach of contract by a franchisee and allow the franchisee time to remedy the breach.

(2) A franchisee shall pay the franchise fees, royalty, promotion fees or any other payment as provided in the franchise agreement.

(3) A franchisor shall provide assistance to a franchisee to operate his business, such as the provision or supply of materials and services, training, marketing, and business or technical assistance.

(4) A franchisor and a franchisee shall protect the consumer's interests at all times.

Termination of franchise agreement

31. (1) no franchisor shall terminate a franchise agreement before the expiration date except for good cause as provided in subsections (2) and (3).

(2) "Good cause" shall include, but is not limited to—

(a) The failure of a franchisee to comply with any terms of the franchise agreement or any other relevant agreement entered into between the franchisor and franchisee; and

(b) The failure of the franchisee to remedy the breach committed by him or any of his employees within the period stated in a written notice given by the franchisor, which shall not be less than fourteen days, for the breach to be remedied.

(3) "Good cause" shall include, but without the requirement of notice and an opportunity to remedy the breach, circumstances in which the franchisee—

(a) Makes an assignment of the franchise rights for the benefit of creditors or a similar disposition of the assets of the franchise to any other person;

(b) Voluntarily abandons the franchised business;

(c) is convicted of a criminal offence which substantially impairs the goodwill associated with the franchisor's mark or other intellectual property; or

(d) Repeatedly fails to comply with the terms of the franchise agreement.

Non-renewal of franchise agreement

32. A franchisor commits an offence if he refuses to renew a franchise agreement or extend a franchise term without compensating a franchisee either by a repurchase or by other means at a price to be agreed to between the franchisor and the franchisee after considering the diminution in the value of the franchised business caused by the expiration of the franchise where—

(a) the franchisee is barred by the franchise agreement, or by the refusal of the franchisor at least six months before the expiration date of the franchise agreement to waive any portion of the franchise agreement which prohibits the franchisee, from continuing to conduct substantially the same business under another mark in the same area subsequent to the expiration of the franchise agreement; or

(b) The franchisee has not been given a written notice of the franchisor's intent not to renew the franchise agreement at least six months prior to the expiration date of the franchise agreement.

Earlier termination of franchise term

33. Notwithstanding section 5, a franchise term may be terminated before the expiry of the minimum term of five years in the following circumstances:

(a) Where both parties to the franchise agreement agree to a termination; or

(b) Where the court has decided that there are certain conditions in the franchise agreement which merit the agreement to be terminated earlier than the minimum term.

Extension of franchise term

34. (1) at any time before the expiration of the franchise term, a franchisee shall at his option give written notice to the franchisor to extend the franchise term.

(2) Except when a franchisee has breached the terms of a previous franchise agreement, a franchisor shall extend the franchise term to another period if the franchisee has applied for the extension of term under subsection (1).

(3) a franchise agreement which franchise term has been extended shall contain conditions which are similar or not less favorable than the conditions in the previous franchise agreement.

Part V

Franchise advisory board

Franchise Advisory Board

35. (1) There is established a franchise advisory board.

(2) The franchise advisory board shall consist of such persons, not exceeding fifteen in number, as the minister may, from time to time, appoint.

(3) The members to be appointed under subsection (1) shall be persons who have wide knowledge and experience in matters relating to franchises.

(4) The members of the franchise advisory board may receive such remuneration as may be prescribed for their services.

Functions of Franchise Advisory Board

36. (1) The franchise advisory board shall advise the minister and the Registrar on matters relating to franchises, and the due administration and enforcement of laws relating to franchises.

(2) The minister and the Registrar shall not be bound to act upon the advice or report of the franchise advisory board.

Part VI

Offences and penalties

Offence for fraud, deceit, *etc.*

37. A person who, whether directly or indirectly—

- (a) Employs any device or scheme in order to defraud;
- (b) Makes any untrue statement of a material fact or omits to state a material fact which renders his statement to be misleading;
- (c) Engages in any act, practice or course of business, which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in relation to an offer to sell or a sale of a franchise, commits an offence.

Obstruction of officers

38. A person who—

- (a) Obstructs any person appointed under this act acting in pursuance of this act;
- (b) Fails to comply with any requirement properly made to him by an authorized officer under this act; or
- (c) Without reasonable cause fails to give to an authorized officer any assistance or information which may reasonably be required by the officer for the purpose of the performance of his duties under this act,

Commits an offence and shall, on conviction, be liable to a fine not exceeding two thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

General penalty

39. (1) a person who commits an offence under this act for which no penalty is expressly provided shall, on conviction, be liable—

- (a) For the first offence, to a fine of not less than five thousand ringgit and not more than fifty thousand ringgit; and
- (b) for a second or subsequent offence, to a fine of not less than ten thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding five years or to both.

(2) Upon sentencing a franchisor for a first offence, the court may—

- (a) Declare the franchise agreement between the franchisor and any franchisee to be null and void;
- (b) Order that the franchisor refunds any form of payment which he has obtained from any franchisee; or
- (c) Prohibit the franchisor from making any new franchise agreement or appointing any new franchisee.

Offence by body corporate

40. If an offence against any provision of this act has been committed by a body corporate, any person who at the time of the commission of the offence was a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or was purporting to act in any such capacity, or was in any manner or to any extent responsible for the management of any of the affairs of such body corporate, or was assisting in such management, shall be deemed to have committed that offence unless, having regard to the nature of his functions in that capacity and to all circumstances, he proves—

(a) That the offence was committed without his knowledge, consent or connivance; and

(b) That he had taken all reasonable precautions and had exercised due diligence to prevent the commission of the offence.

Compounding of offences

41. (1) the Registrar may, with the consent in writing of the public prosecutor, compound any offence committed by any person under this act and prescribed by the minister to be a compoundable offence by making a written offer to the person suspected to have committed the offence to compound the offence upon payment to the Registrar of an amount of money not exceeding fifty per cent of the amount of maximum fine for that offence within the time specified in the offer.

(2) An offer under subsection (1) may be made at any time after the offence has been committed, but before any prosecution for it has been instituted.

(3) If the amount specified in the offer is not paid within the time specified in the offer or within such extended period as the Registrar may grant, prosecution for the offence may be instituted at any time after that against the person to whom the offer was made.

(4) If an offence has been compounded under subsection (1), no prosecution shall be instituted in respect of the offence against the person to whom the offer to compound was made.

(5) All sums of money received by the Registrar under this section shall be paid into and form part of the federal Consolidated fund.

Part VII

Enforcement

Authorized officer

42. (1) the minister may, in writing, authorize the Registrar or any deputy Registrar, assistant Registrar or public officer to exercise the powers of enforcement under this act.

(2) in exercising any of the powers of enforcement under this act, an authorized officer shall on demand produce to the person against whom he is acting the authority card signed by the minister and issued to him.

Power to investigate

43. (1) an authorized officer may investigate the activities of a franchisor, franchise broker or franchisee for the purpose of determining whether he is complying with this act.

(2) for the purposes of subsection (1), the authorized officer may issue orders to a franchisor, franchise broker or franchisee to further his investigation and secure compliance with this act.

(3) in addition to his powers under subsections (1) and (2), in any case relating to the commission of an offence under this act, an authorized officer carrying on an investigation may exercise all or any of the powers in relation to police investigation in seizable cases given by the Criminal procedure Code [Act 594].

Search by warrant

44. (1) If it appears to a magistrate, upon written information on oath and after such inquiry as he considers necessary, that there is reasonable cause to believe that an offence under this act is being or has been committed on any premises, the magistrate may issue a warrant authorizing any authorized officer named therein, to enter the premises at any reasonable time by day or by night, with or without assistance and if need be by force.

(2) an authorized officer may, in the premises entered under subsection (1), search and seize—

(a) copies of any books, accounts or other documents, including computerized data, which contain or are reasonably suspected to contain information as to any offence so suspected to have been committed;

(b) any mark, signboard, card, letter, pamphlet or other device or thing representing or implying that the person is a franchisor, franchise broker or franchisee;

(c) Any other document or item that is reasonably believed to furnish evidence of the commission of such offence.

(3) An authorized officer conducting a search under subsection (1) may, if in his opinion it is reasonably necessary to do so for the purpose of investigating into the offence, search any person who is in or on such premises.

(4) An authorized officer making a search of a person under subsection (3) may seize, detain or take possession of any book, accounts, document, computerized data, mark, card, letter, pamphlet, device or thing found on such person for the purpose of the investigation being carried out by such officer.

(5) where, by reason of its nature, size or amount, it is not practicable to remove any book, accounts, document, computerized data, mark, signboard, card, letter, pamphlet, device or thing seized under this section, the seizing officer shall, by any means, seal such book, accounts, document, computerized data, mark, signboard, card, letter, pamphlet, device or thing in the premises or container in which it is found.

(6) a person who, without lawful authority, breaks, tampers with or damages the seal referred to in subsection (5) or removes any book, accounts, document, computerized data, mark, signboard, card, letter, pamphlet, device or thing under seal or attempts to do so commits an offence.

Search and seizure without warrant

45. If an authorized officer in any of the circumstances referred to in section 44 has reasonable cause to believe that by reason of delay in obtaining a search warrant under that section the investigation would be adversely affected or evidence of the commission of an offence is likely to be tampered with, removed, damaged or destroyed, such officer may enter the premises and exercise in, upon and in respect of the premises all the powers referred to in section 44 in as full and ample a manner as if he were authorized to do so by a warrant issued under that section.

Search of female person

46. No female person shall be searched under section 44 or 45 except by another female person.

Access to computerized data

47. An authorized officer conducting a search under section 44 or 45 shall be given access to computerized data whether stored in a computer or otherwise.

List of things seized

48. (1) Except as provided in subsection (2), where any book, accounts, document, computerized data, mark, signboard, card, letter, pamphlet, device or thing is seized under section 44 or 45, the seizing officer shall prepare a list of the things seized and immediately deliver a copy of the list signed by him to the occupier of the premises which have been searched, or to his agent or servant, at those premises.

(2) Where the premises are unoccupied, the seizing officer shall whenever possible post a list of the things seized conspicuously on the premises.

Power to require attendance of person acquainted with case

49. (1) An authorized officer making an investigation under this act may by order in writing require the attendance before himself of a person who appears to the authorized officer to be acquainted with the circumstances of the case, and the person shall attend as so required.

(2) If the person fails to attend as required, the authorized officer may report the failure to a magistrate who shall issue a warrant to secure the attendance of the person.

Examination of person acquainted with case

50. (1) An authorized officer making an investigation under this act may examine orally a person supposed to be acquainted with the facts and circumstances of the case.

(2) The person shall be legally bound to answer all questions relating to the case put to him by the authorized officer, but the person may refuse to answer any question the answer to which would have a tendency to expose him to a criminal charge or penalty or forfeiture.

(3) a person making a statement under this section shall be legally bound to state the truth, whether or not the statement is made wholly or partly in

answer to questions.

(4) The authorized officer obtaining information from a person shall first inform that person of the provisions of subsections (2) and (3).

(5) A statement made by a person under this section shall, whenever possible, be reduced into writing and signed by the person making it or affixed with his thumb print after it has been read to him in the language in which he made it and after he has been given an opportunity to make any corrections he may wish.

Additional powers

51. An authorized officer shall, for the purposes of the execution of this act, have power to do all or any of the following:

- (a) to require the production of records, accounts, computerized data and documents kept by a franchisor, franchise broker or franchisee and to inspect, examine and copy any of them;
- (b) to require the production of any identification document from any person in relation to any case or offence under this act;
- (c) to make such inquiry as may be necessary to ascertain whether the provisions of this act have been complied with.

Prosecution

52. No prosecution shall be instituted under this act without the consent in writing of the public prosecutor.

Part VIII

Miscellaneous

Sale of franchise to non-citizen subject to registrar's approval

53. A franchisor who intends to sell a franchise to a person who is not a Malaysian citizen shall obtain the approval of, and be subject to the conditions which may be imposed by, the Registrar.

Sale of franchise by foreigner in Malaysia

54. (1) a foreign person who intends to sell a franchise in Malaysia or to any Malaysian citizen shall submit an application to the Registrar.

(2) The Registrar may approve or refuse an application under subsection (1) without giving any reason for the refusal.

(3) An application which is approved under this section may be subject to such

conditions as the Registrar may impose.

Registration of franchisee of foreign franchisor

55. (1) Notwithstanding section 6, a franchisee of a foreign franchisor shall register his franchise with the Registrar by using the prescribed application form.

(2) The Registrar may impose conditions on the registration of a franchisee referred to in subsection (1).

Public inspection of disclosure documents

56. the Registrar may allow the public inspection of any disclosure documents filed with the Registrar unless, in his opinion, the inspection may bring harm to a franchisor or franchisee or any person involved in the franchised business related to the inspection or the inspection is not necessary or appropriate in the public interest.

Advertisement

57. (1) a person who wishes to publish, distribute or use any advertisement offering to sell or to buy a franchise under this act shall file with the Registrar one original copy of the advertisement at least five days before the first publication, distribution or use of the advertisement or such shorter period as may be approved by the Registrar, or unless the advertisement has been exempted from this section by the Registrar.

(2) the Registrar may, by order, prohibit the use of any advertising deemed to be false, fraudulent, misleading or deceptive.

(3) a person who fails to comply with subsection (1) commits an offence.

Power to exempt

58. The minister may, by order published in the *Gazette*, exempt, subject to such conditions as he deems fit to impose, any person or class of persons or business or industry from all or any of the provisions of this act.

Protection of officers

59. No action or prosecution shall be brought, instituted or maintained in any court against—

(a) the Registrar, deputy Registrar, assistant Registrar or any officer or person duly authorized under this act for or on account of or in respect of any act ordered or done for the purpose of carrying into effect this act; and

(b) any other person for or on account of or in respect of any act done or purported to be done by him under the order, direction or instruction of the minister, Registrar, deputy Registrar, assistant Registrar, or any officer or person duly authorized under this act if the act was done in good faith and in a reasonable belief that it was necessary for the purpose intended to be served by it.

Regulations

60. (1) the minister may make regulations for all or any of the following purposes:

- (a) Prescribing the forms, procedure and other requirements for the purposes of this act;
- (b) Prescribing the form and content of disclosure documents;
- (c) prescribing the fees or charges to be paid to the Registrar in respect of the registration of a franchise and the manner for collecting and disbursing such fees or charges;
- (d) Prescribing the procedure for appeal under this act;
- (e) Prescribing the procedure and requirements for the registration of any franchise granted or sold in or outside Malaysia by a franchisor or a franchise broker before the commencement of this act;
- (f) Prescribing the remuneration for the services of the franchise advisory board; and
- (g) Providing for such other matters as are contemplated by, or necessary for giving full effect to, the provisions of this act and for their due administration.

(2) the regulations made under subsection (1) may prescribe any act in contravention of the regulations to be an offence and may prescribe penalties of a fine not exceeding ten thousand ringgit or imprisonment for a term not exceeding five years or both.

Savings and transitional

61. A franchisor or a franchise broker who has granted or sold in or outside Malaysia a franchise to a franchisee before the commencement of this act shall, not later than twelve months from the commencement, register his franchise with the Registrar in accordance with the prescribed procedure and requirements under this act.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LAWS OF MALAYSIA Act 590 Franchise Act 1998

list of sections amended

Section amending authority in force from -- nil --



ศูนย์วิทยทรัพยากร

กองบรรณารักษ์มหาวิทยาลัย

UNIVERSITY OF MALAYA
LIBRARY
100, YONGE STREET, KUALA LUMPUR
MALAYSIA

ภาคผนวก ง

ตัวอย่างข้อสัญญาจำกัดสิทธิแข่งขันในการประกอบธุรกิจของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตามสัญญาแฟรนไชส์

ข้อจำกัดการแข่งขัน

ตลอดระยะเวลาตามสัญญานี้ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ ตกลงจะไม่ประกอบธุรกิจหรือร่วมกิจกรรมที่มีลักษณะเดียวกันหรือที่เหมือนหรือคล้ายกัน หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าที่พื้นที่รับอนุญาตแห่งใดของสมาชิกเครือข่ายแฟรนไชส์ ซึ่งมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมตามที่นี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เห็นสมควรรวมทั้งจะไม่กระทำการใด ๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม อันเป็นการชักจูงลูกจ้าง หรือพนักงานของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ เข้าทำงาน เป็นที่ปรึกษา เป็นผู้ถือหุ้น หรือเข้าเป็นหุ้นส่วน ของผู้ประกอบการอื่นซึ่งประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับธุรกิจตามสัญญาฉบับนี้

ข้อจำกัดตามความในวรรคก่อนให้รวมถึง การขายหรือเสนอขายผลิตภัณฑ์และให้บริการ หรือเสนอให้บริการ หรือการทำกิจกรรมใด ๆ อันเกี่ยวกับการดูแลความงาม แนวคิดในการการส่งเสริมการประกอบธุรกิจซึ่งเกี่ยวข้องกับการดูแลความงาม และการให้บริการใด ๆ ที่โดยสภาพถือเป็นการแข่งขันกับกิจกรรมหรือธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และสมาชิกเครือข่ายแฟรนไชส์ โคนเฉพาะการกระทำผ่านสื่อหรือผ่านระบบสื่อสาร โทรคมนาคมชนิดใด ๆ เป็นต้นว่า โทรศัพท์เคลื่อนที่ หรืออินเทอร์เน็ต เป็นต้น และรวมถึงการเข้าถือหุ้น การเข้าเป็นหุ้นส่วน ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือทำงานในระดับผู้บริหาร หรือที่ปรึกษา ในกิจการอื่นซึ่งประกอบธุรกิจเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน ซึ่งโดยสภาพถือเป็นการแข่งขันกับกิจกรรมหรือธุรกิจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ และ/หรือสมาชิกเครือข่าย แฟรนไชส์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในพื้นที่อนุญาตหรือไม่ก็ตาม

อนึ่ง ความข้างต้นให้ยังคงใช้บังคับแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจต่อไปมีกำหนดระยะเวลา หนึ่ง (1) ปี นับแต่วันที่สัญญาฉบับนี้สิ้นสุดลงไม่ว่าในกรณีใด เว้นแต่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ จะได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร อนึ่ง การ

ชักชวนลูกค้านิยมของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบธุรกิจ หรือสมาชิกอื่นของเครือข่ายแฟรนไชส์ ในระหว่างเวลาดังกล่าว ย่อมถือเป็นการแข่งขันกับธุรกิจกับธุรกิจตามสัญญาด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพรรณพิไล อีสริยะฤทธิ์ เกิดเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2527 สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยปีการศึกษา 2549 ได้รับประกาศนียบัตรวิชาว่าความจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ รุ่นที่ 32 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2550 ในระหว่างการศึกษาทำงานอยู่บริษัท ไพร์ซซานนท์ประภาสและวินน์จำกัด (ดีคอนส์) ตั้งแต่ พ.ศ. 2550 จนถึงปัจจุบัน



ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย