

ทฤษฎีสองเงาในธุรกิจแฟรนไชส์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล

ทฤษฎีสองเงาในธุรกิจแฟรนไชส์ Two Shadows Theory in Franchise Business

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล*
Assistant Professor Dr.Somchai Ratanachueskul

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งเสนอทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเพื่อใช้กับธุรกิจแฟรนไชส์อื่นจะทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายสอดคล้องกับลักษณะ และธรรมชาติที่พิเศษและมีเอกลักษณ์เฉพาะของนิติสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์ โดยยกกรณีศึกษาการปรับใช้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าต่อการกำหนดราคาสินค้าที่แฟรนไชส์จำหน่ายหรือให้บริการ และการปรับใช้หลักกฎหมายภาษีกับการทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing) เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นความคลาดเคลื่อนของการปรับใช้กฎหมายโดยไม่เข้าใจสถานะ ความสัมพันธ์ และธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ที่ปรึกษากฎหมายอาวุโสสมาคมแฟรนไชส์และเอสเอ็มทีไทย, ผู้บรรยายวิชากฎหมายแฟรนไชส์ หลักสูตรสร้างธุรกิจเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์.

Lecturer at Faculty of Law Preedeeponomyong at Dhurakij Pandit University; LL.B. at Ramkhamhaeng University (second class honours), LL.B. in Business Law at Thammasat University, Ph.D Thammasat University, Senior Legal Advisor at Franchise SME Alliance Thai, Lecturer in a course “how to turn a business into a franchise” Department of Business Development Ministry of Commerce.

วันที่รับบทความ (received) 17 เมษายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 มิถุนายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 กรกฎาคม 2561.

Abstract

This article proposes Two Shadows Theory synthesized for implementing legal principles to legal relation of franchise system in consistent with characteristic, identity and unique nature of franchise business. The author selects two case studies to illustrate this theory. First case showing implementing legal principles of competition law to pricing merchandises that franchisee sells or services. Another case study deals with implementing principles of taxation law in relation to setting clause for local store marketing requirement. This case study will be analyzed to show a deviation of implementing law without understanding status, relationship, and nature of franchise business.

คำสำคัญ: ธุรกิจแฟรนไชส์, ทฤษฎีสองเงา

Keywords: franchise business, two shadows theory

1. บทนำ

แฟรนไชส์คือกลยุทธ์ในการขยายสาขา มีต้นกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกาและแพร่หลายไปทั่วโลก ปัจจุบันแฟรนไชส์ได้รับความนิยมมากโดยเฉพาะในภาคธุรกิจค้าปลีกของประเทศไทย หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยยังไม่ชัดเจนนัก และยังไม่มีกฎหมายกำกับประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยตรง¹ ธุรกิจแฟรนไชส์จึงตั้งอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนั้นๆ แต่เนื่องจากสถานะทางกฎหมาย รวมทั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่าแฟรนไชซอร์) และผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ (ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า แฟรนไชซี) มีลักษณะที่ทับซ้อนกันบางส่วนอันเป็นผลจากรูปแบบความสัมพันธ์เฉพาะและที่เป็นเอกลักษณ์ของธุรกิจแฟรนไชส์กล่าวคือ แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันและประกอบธุรกิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองในแต่ละฝ่าย แต่ทั้งสองฝ่ายจะใช้เครื่องหมายทางการค้าเดียวกันเสมือนหน่วยธุรกิจเดียวกัน ทั้งที่กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้านั้นอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยแท้ หรืออาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีก็ได้ สถานะที่ทับซ้อนเช่นนี้ไม่ปรากฏในนิติสัมพันธ์ทางธุรกิจแบบอื่น ดังนั้น การปรับหลักกฎหมายกับธุรกิจแฟรนไชส์ประหนึ่งธุรกิจอื่นทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงธรรมชาติเฉพาะของธุรกิจแฟรนไชส์แล้ว จะก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กระทบต่อการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น กรณีแฟรนไชซอร์กำหนดราคาสินค้าให้แฟรนไชซีจำหน่าย หรือกำหนดให้แฟรนไชซีต้องซื้อสินค้าวัตถุดิบ หรืออุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้จากแฟรนไชซอร์อาจถือเป็นการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกรณีแฟรนไชซีโฆษณาเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ในการทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing) จะถือเป็นประโยชน์ที่ตกได้แก่แฟรนไชซอร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บภาษีได้หรือไม่ ซึ่งทั้งสองประเด็นผู้เขียนจะยกขึ้นเป็นกรณีศึกษาและวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

บทความนี้ผู้เขียนมุ่งนำเสนอทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเพื่ออธิบายลักษณะและรูปแบบนิติสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ซึ่งจะช่วยให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนต่อกิจกรรมต่างๆ ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีในระบบแฟรนไชส์ซึ่งจะทำให้การตีความและการปรับใช้กฎหมายกับธุรกิจแฟรนไชส์มีความเหมาะสม สอดคล้องกับธรรมชาติของธุรกิจ และไม่สร้างข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจ อันจะเป็นหนทางส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์ที่ปัจจุบัน

¹ขณะเขียนบทความนี้ ได้มีการจัดประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ที่ยกร่างโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว และยังไม่ปรากฏความคืบหน้าหลังจากการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าว.

เป็นกลยุทธ์สำคัญของภาครัฐที่ใช้เป็นกลไกผลักดันธุรกิจเอสเอ็มอีของไทย²ให้ขยายตัวเพื่อรองรับตลาดอาเซียนต่อไป

บทความนี้แบ่งเนื้อหาเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกกล่าวถึงลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ ส่วนที่สองกล่าวถึงระดับและลักษณะความสัมพันธ์ของแฟรนไชเซอร์และแฟรนไชซี ตลอดจนความสัมพันธ์ที่มีต่อบุคคลภายนอก ส่วนที่สามเป็นกรณีศึกษาประเด็นการแข่งขันทางการค้า และการทำการตลาดในเขตพื้นที่ เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นผลกระทบที่เกิดจากการปรับใช้กฎหมายโดยไม่เข้าใจลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุป

2. ลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ (Nature of Franchise Business)

เมื่อกล่าวถึง “แฟรนไชส์” หลายคนอาจนึกถึงธุรกิจที่ขยายสาขาเป็นจำนวนมากๆ เช่น ร้านสะดวกซื้อเซเว่นอีเลฟเว่น ร้านไอศกรีมสเวนเซน หรือร้านกาแฟแบล็คแคนยอน เป็นต้น แต่ความจริงแล้วธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ใช้กลยุทธ์แฟรนไชส์ในการขยายสาขา แฟรนไชส์จึงไม่ใช่ธุรกิจแต่เป็นกลยุทธ์อย่างหนึ่งในการขยายสาขา ธุรกิจใดก็ตามที่มีมาตรฐาน มีระบบธุรกิจ (Business system) มีเครื่องหมายการค้าและทำธุรกิจจนประสบความสำเร็จแล้วในระดับหนึ่งย่อมนำกลยุทธ์แฟรนไชส์มาใช้ในการขยายสาขาของตนได้ อย่างไรก็ดี พึงตระหนักว่าเจ้าของธุรกิจอาจเลือกขยายสาขาด้วยวิธีการอื่นแทนได้ เช่น การเปิดสาขาเอง หรือการตั้งตัวแทนจำหน่าย เป็นต้น และทำนองเดียวกัน ผู้ประสงค์จะประกอบธุรกิจก็อาจเริ่มต้นทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องขอรับสิทธิในระบบแฟรนไชส์ก็ได้³

² สำนักส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจ, กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กระทรวงพาณิชย์, **การศึกษาโครงสร้างธุรกิจและการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์** [Online], available URL: [http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper\(latest%20edition\).doc](http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper(latest%20edition).doc), 2016 (May, 13).

³ ธุรกิจแฟรนไชส์จะช่วยให้แฟรนไชเซอร์ขยายธุรกิจได้เร็ว ลดภาระการลงทุนและความเสี่ยงโดยแฟรนไชซีจะเป็นฝ่ายลงทุนทั้งหมด แฟรนไชเซอร์ยังประหยัดกำลังคนและค่าใช้จ่าย ลดปัญหาด้านแรงงานและได้ความชำนาญและมนุษยสัมพันธ์ของคนในท้องถิ่นที่มาเป็นแฟรนไชซี ในส่วนของแฟรนไชซี ธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยให้แฟรนไชซีเป็นเจ้าของธุรกิจอย่างรวดเร็ว มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จในธุรกิจมาแล้ว ได้รับการถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการทำธุรกิจ ช่วยลดความเสี่ยงเมื่อเทียบกับการเริ่มทำธุรกิจด้วยตนเองโปรดดูเพิ่มเติมข้อดีและข้อด้อยของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ได้ใน International Franchise Association, **What are the advantages and disadvantages of owning a franchise** [Online], available URL: <http://www.franchise.org/what-are-the-advantages-and-disadvantages-of-owning-a-franchise>, 2015 (October, 15). ทางด้านเศรษฐศาสตร์อธิบายข้อเด่นของระบบ แฟรนไชส์ว่า ภายใต้ทฤษฎีประสิทธิภาพของตลาด (Market Efficiency Theory) ระบบแฟรนไชส์จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสองประการ ได้แก่ (1) ประสิทธิภาพใน

2.1 ความหมายของ “แฟรนไชส์”

ลักษณะเด่นของแฟรนไชส์ คือ การที่บุคคลหนึ่งให้สิทธิในการประกอบธุรกิจแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง จึงมักสับสนว่า “การให้สิทธิแฟรนไชส์” (Franchising) เหมือนหรือเป็นอย่างเดียวกันกับ “การให้สิทธิ” (Licensing) แต่การให้สิทธิแฟรนไชส์มีสาระต่องานบางส่วนที่ต่างออกไป ทำให้นิยมเรียกการให้สิทธิแฟรนไชส์เฉพาะเจาะจงว่า “Franchising” ไม่ใช่ “Licensing”

“การให้สิทธิ” (Licensing) ตามหลักกฎหมายสัญญาหมายถึง คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจได้มอบสิทธิให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ซึ่งหากไม่มีการมอบสิทธิดังกล่าวแล้ว คู่กรณีฝ่ายหลังจะไม่มีอำนาจดำเนินการดังกล่าว และหากฝ่าฝืนจะละเมิดสิทธิของคู่กรณีฝ่ายแรก⁴

ส่วน “การให้สิทธิแฟรนไชส์” (Franchising) ดั้งเดิมหมายถึง การที่รัฐมอบสิทธิพิเศษในการดำเนินกิจการบางอย่างให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง กิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่เกี่ยวกับสาธารณะหรือที่เกี่ยวกับมหาชนและจะต้องมีกฎหมายอนุญาตในการมอบสิทธิพิเศษดังกล่าว⁵

แต่ปัจจุบันภาคเอกชนนำวิธีการให้สิทธิแฟรนไชส์มาใช้อย่างแพร่หลาย ทำให้ความหมายเปลี่ยนแปลงไป International Franchise Association (IFA) ของสหรัฐอเมริกาให้ความหมายการให้สิทธิแฟรนไชส์ว่า หมายถึง “การที่บุคคลหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซอร์ให้สิทธิแก่บุคคล

ด้านการจัดหาเงินทุนเพื่อขยายเครือข่ายแฟรนไชส์จะทำได้เร็วกว่า เนื่องจากแฟรนไชซีเป็นผู้ลงทุนในแต่ละสาขา (2) ประสิทธิภาพในการจัดการร้านแฟรนไชส์จากความสามารถ และความเป็นเจ้าของกิจการ (entrepreneurial energy) ของแฟรนไชซีโปรดดู Warren S. Grimes, “When Do Franchises have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism,” *Antitrust Law Journal* 65, 1 (1996): 105, 108; กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ภายใต้ทฤษฎีตัวแทน (Agency Theory) แฟรนไชซอร์สามารถถ่ายโอนต้นทุนบางส่วนไปยังแฟรนไชซี และการต้องการได้รับผลประโยชน์ (self-interest) ของแฟรนไชซีจะผลักดันให้ทั้งสองฝ่ายเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ที่เป็นกลไกที่สามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ ผู้สนใจโปรดดู Chen-I Huang, “Agency Theory in Franchising Some Empirical Results,” *Yu Da Academic Journal* 7 (May 2004): 157, 158-159.

⁴State v. Hipp, 38 Ohio St. 220; Youngblood v. Sexton, 32 Mich. 406, 20 Am. Rep. 054; Hubman v. State, 61 Ark. 452.33 S. W. 843; Chicago v. Collins, 175 111. 445. 51 N. E. 907, 49 L. R. A. 40S, 67 L. R. A. 224.

⁵Bank of Augusta v. Earle, 13 Pet.595, 10 L. Ed. 274; Dike v. State, 38 Minn. 366, 38 N. W. 95; Chicago Board of Trade v. People, 91 111. 82; Lasher v. People, 153 111. 226, 55 N. E. 663, 47 L. R. A. 802, 75Am. St. Rep. 103; Southampton v. Jessup, 162 N. Y. 122, 56 N. E. 538; Thompson v. People, 23 Wend. (N. Y.), 578; Black River Imp. Co. v. Holway, 87 Wis. 584, 59 N. W.126; Central Pac. R. Co. v. California, 162 U. S. 91, 16 Sup. Ct. 766, 40 L. Ed. 903; Chicago & W. I. R. Co. v. Dunbar, 95 111. 575; State v. Weather- by, 45 Mo. 20; Morgan v. Louisiana, 93 D. S. 223, 23 L. Ed. 860.

อีกคนหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซีในการประกอบธุรกิจภายใต้เครื่องหมายทางการค้าเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้แฟรนไชซอร์จะต้องจัดให้แฟรนไชซีใช้ระบบการดำเนินธุรกิจ เครื่องหมายทางการค้า และได้รับการสนับสนุน”⁶ Franchise Council of Australia ให้ความหมายไม่ต่างกันว่าหมายถึง “ความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าแฟรนไชซอร์ ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ มอบสิทธิให้แก่บุคคลอิสระอีกคนหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซีในการทำตลาด หรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการ และได้รับสิทธิใช้ชื่อทางการค้าภายในระยะเวลาที่กำหนด”⁷

กล่าวได้ว่าการให้สิทธิแฟรนไชส์ประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

- 1) การให้สิทธิใช้เครื่องหมายทางการค้า โดยแฟรนไชซอร์จะต้องอนุญาตให้แฟรนไชซีใช้เครื่องหมายทางการค้าของตนตลอดอายุสัญญาแฟรนไชส์
- 2) แฟรนไชซอร์มีระบบการทำธุรกิจที่ต้องถ่ายทอดให้แฟรนไชซีและสนับสนุนการทำธุรกิจของแฟรนไชซีตลอดอายุสัญญาแฟรนไชส์ ระบบการทำธุรกิจดังกล่าวจะถูกถ่ายทอดแก่แฟรนไชซีด้วยการฝึกอบรม (Training) การให้คำแนะนำ (Recommendation) และส่งมอบคู่มือการทำธุรกิจ (Operation Manual) เพื่อให้แฟรนไชซีทำธุรกิจตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์และรักษามาตรฐานดังกล่าวได้ตลอดอายุสัญญา
- 3) แฟรนไชซีต้องชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ ซึ่งแบ่งออกเป็นเงินค่าตอบแทนขั้นต้น (Initial Franchise Fee) หรือที่เรียกกันว่า ค่าแรกเข้า (Up-front Fee) หรือค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) ค่าตอบแทนอีกประเภทหนึ่ง คือ ค่าตอบแทนต่อเนื่อง (Continuing Fee) ได้แก่ ค่าสิทธิ (Royalty) และค่าการตลาด (Marketing Fee) เป็นต้น

2.2 คุณสมบัติของธุรกิจแฟรนไชส์

ธุรกิจที่จะนำระบบแฟรนไชส์ไปใช้ในการขยายสาขาและประสบความสำเร็จยังต้องมีคุณสมบัติและลักษณะ ดังนี้

- 1) เป็นธุรกิจที่พิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จ แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดวิธีการทำธุรกิจแก่แฟรนไชซี ดังนั้น แฟรนไชซอร์จึงต้องทำธุรกิจนั้นมาระยะหนึ่งและเป็นที่ประจักษ์ว่า วิธีทำธุรกิจที่แฟรนไชซอร์ใช้นั้นมีประสิทธิภาพทำให้ธุรกิจมีกำไร แฟรนไชซีเข้ารับสิทธิแฟรนไชส์ก็เพราะต้องการรับถ่ายทอดวิธีทำธุรกิจที่พิสูจน์แล้วดังกล่าว แฟรนไชส์จึงเป็นวิธีช่วยให้แฟรนไชซีซึ่งอาจไม่มี

⁶ International Franchise Association, **What is a Franchise** [Online], available URL: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>, 2015 (September, 19).

⁷ Franchise Council of Australia, **What is Franchising** [Online], available URL: <http://www.franchise.org.au/what-is-franchising-.html>, 2015 (September, 19).

ความรู้ในการทำธุรกิจนั้นเลยเป็นเจ้าของธุรกิจ ทำธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และใช้เวลาเรียนรู้การทำธุรกิจ⁸ ธุรกิจแฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จและมีชื่อเสียงแล้วจึงมักเก็บค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ในอัตราสูงกว่าธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น และยังมีชื่อเสียงมากมักเช่น ค่าแฟรนไชส์ของแมคโดนัลด์⁹ และเคเอฟซี¹⁰ 45,000 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนกาแฟแบล็คแคนยอน 800,000 บาท¹¹ เป็นต้น

2) เป็นธุรกิจที่ถ่ายทอดและสอนให้บุคคลอื่นทำตามได้ ในระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดและฝึกอบรมให้แฟรนไชซีทำธุรกิจได้ตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ แม้ในอดีตแฟรนไชส์ส่วนใหญ่ในประเทศไทยจะเน้นให้แฟรนไชซีต้องเป็นผู้ประกอบการเอง (Owner operator) แต่ปัจจุบันแฟรนไชซีในแบบนักลงทุน (Investor) ได้รับความนิยมมากขึ้น แต่ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด แฟรนไชซอร์จะต้องถ่ายทอดและฝึกอบรมให้แฟรนไชซี (ในกรณีแฟรนไชซีเป็นผู้ประกอบการเอง) หรือพนักงานหรือตัวแทนของแฟรนไชซี (ในกรณีเป็นแฟรนไชซีเป็นนักลงทุน) ทำธุรกิจแฟรนไชส์ให้เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์การกำหนดว่าแฟรนไชซีจะเป็นแบบใดขึ้นกับนโยบายของแฟรนไชซอร์แฟรนไชซอร์จึงอาจกำหนดเจาะจงว่าแฟรนไชซีต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่บริหารร้านแฟรนไชส์ด้วยตนเองเท่านั้นก็ได้

การถ่ายทอดและฝึกอบรมแก่แฟรนไชซีหรือผู้แทนของแฟรนไชซีเพื่อให้ทำธุรกิจได้เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์เป็นเงื่อนไขหลักประการหนึ่งของระบบแฟรนไชส์และสอดคล้องกับหลักการของระบบแฟรนไชส์ที่ว่า แฟรนไชซีเป็นเจ้าของร้านแฟรนไชส์ที่ตนลงทุนต้องบริหารจัดการเองตามวิธีการที่รับถ่ายทอดมา ตลอดจนเสี่ยงรับผลกำไรหรือขาดทุนจากธุรกิจนั่นเอง ไม่เกี่ยวกับแฟรนไชซอร์กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ แฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกต่างหากจากแฟรนไชซอร์

⁸กฎหมายแฟรนไชส์ของหลายประเทศจะกำหนดให้แฟรนไชซอร์จะต้องแสดงหลักฐานการมีสาขาแฟรนไชส์จำนวนหนึ่ง และยังต้องแสดงหลักฐานงบการเงินที่แสดงผลกำไรจากการทำธุรกิจติดต่อกันไม่น้อยกว่าระยะเวลาหนึ่ง เช่น Regulation on the Administration of Commercial Franchise, 2007 ของประเทศจีนกำหนดคุณสมบัติแฟรนไชซอร์ต้องมีสาขาแฟรนไชส์ที่เป็นของตนเอง (Own shop) ไม่น้อยกว่าสองสาขา และประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (2+1 Rule) ในประเทศเวียดนาม Decree No.35/2006 ND-CP, Detailing Implementation of Commercial 2005 regarding Franchising กำหนดให้แฟรนไชซอร์ต้องทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี.

⁹International Franchise Association, **McDonalds Franchise** [Online], available URL: <https://www.franchisehelp.com/franchises/mcdonalds/>, 2015 (October, 15).

¹⁰Entrepreneur Asia Pacific, **KFC US LLC** [Online], available URL: <http://www.entrepreneur.com/franchises/kfccorp/282495-0.html>, 2015 (October, 15).

¹¹Thai Franchise Center, **แบล็คแคนยอนคอฟฟี่** [Online], available URL: <http://www.thai-franchisecenter.com/directory/detail.php?fclID=f0000000037>, 2015 (October, 15).

3) เป็นธุรกิจที่ลอกเลียนได้ยาก กรณีธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีวิธีทำธุรกิจไม่ซับซ้อนนักจะง่ายต่อการลอกเลียนทำให้ผู้อื่นไม่สนใจเข้าเป็นแฟรนไชซี เพราะสามารถศึกษาและทำเลียนแบบเองได้ง่ายรวมทั้งง่ายต่อแฟรนไชซีที่จะลอบนำรูปแบบธุรกิจไปดำเนินการต่อหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดด้วย ธุรกิจแฟรนไชส์จึงต้องมีลักษณะพิเศษที่บุคคลอื่นรวมทั้งบุคคลที่เคยเป็นแฟรนไชซีไม่อาจลอกเลียนได้ง่าย เช่น แฟรนไชซอร์มีเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความนิยมสูงแม้บุคคลอื่นทำธุรกิจเลียนแบบได้ แต่เมื่อเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซีไม่ได้รับความนิยมก็ไม่สามารถแข่งขันกับธุรกิจของแฟรนไชซอร์ได้ หรือแฟรนไชส์บางรายปิดสูตรลับหรือวิธีการทำธุรกิจบางอย่างไว้ทำให้ทำธุรกิจเลียนแบบได้ยาก เช่น แฟรนไชส์ก๋วยเตี๋ยวบังคับให้แฟรนไชซีซื้อก้อนน้ำซุปจากแฟรนไชซอร์ ทำให้แฟรนไชซีไม่รู้ส่วนผสมของน้ำซุป เป็นต้น

เอกลักษณ์เฉพาะตัวของธุรกิจแฟรนไชส์ที่ต่างจากธุรกิจอื่นดังกล่าวทำให้ความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์แฟรนไชซี และบุคคลภายนอกมีความซับซ้อนกว่าความสัมพันธ์ในธุรกิจอื่นทั่วไป ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

3. รูปแบบและความสัมพันธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์ (Relationship in Franchise Business)

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์แฟรนไชซี และผู้บริโภคที่มีความซับซ้อนและเชื่อมโยงกัน โดยเฉพาะความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซียังแยกออกได้หลายมิติด้วยกัน ดังนี้

3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี

ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีแยกได้เป็น 3 มิติ ดังนี้

1) สถานะบุคคล แฟรนไชซีจะมีสถานะทางกฎหมายแยกจากกัน โดยแฟรนไชซีจะมีสถานะบุคคลแยกจากแฟรนไชซอร์โดยเด็ดขาดแม้ทำธุรกิจโดยใช้เครื่องหมายการค้าและระบบของแฟรนไชซอร์ แต่ผลกำไรขาดทุนที่เกิดขึ้นจะเป็นของแฟรนไชซี ดังนั้น ในระบบแฟรนไชส์จะมีกลไกหลากหลายเพื่อแยกความแตกต่างของสถานะดังกล่าวให้ชัดเจน เช่น การห้ามแฟรนไชซี (กรณีเป็นนิติบุคคล) ใช้ชื่อที่เหมือนหรือพ้องกับชื่อของแฟรนไชซอร์ หรือเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ดังนั้น แฟรนไชซอร์แบล็คแคนยอนจะไม่อนุญาตให้แฟรนไชซีที่เป็นนิติบุคคลใช้ชื่อนิติบุคคลว่า “แบล็คแคนยอน” รวมทั้งห้ามแฟรนไชซีอ้างเป็นตัวแทนของแฟรนไชซอร์เพื่อป้องกันมิให้สาธารณชนสับสนในสถานะของแฟรนไชซีและเข้าใจผิดว่าร้านของแฟรนไชซีเป็นร้านของแฟรนไชซอร์

2) **นิติสัมพันธ์** แม้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมีสถานะบุคคลแยกกัน แต่สัญญาแฟรนไชส์จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย ทั้งสองฝ่ายจึงเป็นคู่สัญญากันตามสัญญาแฟรนไชส์และสัญญามักกำหนดสิทธิหน้าที่ของแฟรนไชซี เพื่อให้มั่นใจว่าแฟรนไชซีจะปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ และหากเกิดเหตุไม่พึงประสงค์แฟรนไชซอร์สามารถใช้กลไกตามสัญญาระงับยับยั้งหรือบรรเทาผลร้ายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ¹²

3) **คุณค่าทางธุรกิจ** แฟรนไชซีต้องใช้เครื่องหมายการค้า และทำธุรกิจภายใต้มาตรฐานเดียวกันเพื่อรักษาชื่อเสียงและคุณค่าของธุรกิจของแฟรนไชซอร์ แฟรนไชซอร์จะแนะนำช่วยเหลือให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จตามเป้าหมายที่กำหนดร่วมกันไว้แต่ต้น รวมทั้งให้คำแนะนำแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและติดตามผลประกอบการของแฟรนไชซีสม่ำเสมอ หากผลประกอบการดีแฟรนไชซอร์ก็จะมีรายได้สูงตามไปด้วยและยังช่วยสร้างความมั่นใจแก่บุคคลอื่นให้สนใจเข้ามาเป็นแฟรนไชซีเพิ่มขึ้นด้วย ความสัมพันธ์ในลักษณะคุณค่าทางธุรกิจเช่นนี้ทำให้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีต้องทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด เทียบได้กับการแต่งงานในทางธุรกิจ

จากความสัมพันธ์ในมิติต่างๆ ดังกล่าวจะเห็นว่า แม้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะเป็นบุคคลแยกจากกัน และต่างทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ของตน (นิติสถานะบุคคล) แต่ทั้งสองมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายภายใต้สัญญา (นิติสัมพันธ์) แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดองค์ความรู้ ให้คำแนะนำช่วยเหลือแฟรนไชซีอย่างใกล้ชิดตลอดอายุสัญญา เพื่อให้ธุรกิจของแฟรนไชซีเป็นไปตามมาตรฐานและประสบผลสำเร็จตามเป้าหมายที่กำหนดไว้และเพื่อเพิ่มรายได้ของแฟรนไชซอร์ (มิติคุณค่าทางธุรกิจ)¹³ ทั้งสองฝ่ายจึงมีบทบาทและหน้าที่ที่ต้องทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด เปรียบดัง

¹² สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่มีเนื้อหาเข้มงวดแฟรนไชซอร์เป็นฝ่ายทำสัญญาโดยแฟรนไชซีไม่อาจต่อรองหรือแก้ไขสัญญาได้ และแม้สัญญาจะต้องการความเข้มงวดในเงื่อนไขต่างๆ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องการความยืดหยุ่นในการทำธุรกิจไปพร้อมกันด้วย ดังนั้น ในสัญญาแฟรนไชส์จึงมีกระบวนไต่ถามประเภทที่เรียกว่า “ข้อสัญญาตกลงว่าจะตกลง” (agree to agree terms) จึงเป็นเหตุให้มีข้ออ้างว่าเป็นสัญญาที่เอาเปรียบ อย่างไรก็ตามหากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์อาจส่งผลกระทบอย่างรุนแรงและกว้างขวาง ผู้บริโภคจะเกิดทัศนคติที่ไม่ดีต่อแฟรนไชสนั้นทุกสาขา โปรดดู Paul H. Rubin, “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract,” *Journal of Law and Economics* 21 (1978): 223, 227-228 ทำให้แฟรนไชซอร์ต้องกำกับการทำธุรกิจของแฟรนไชซีใกล้ชิด อีกทั้งต้องมีความยืดหยุ่นในการแก้ไขปัญหาทำให้ต้องใช้เงื่อนไขแบบตกลงว่าจะตกลง ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้แฟรนไชซอร์เอาเปรียบ แฟรนไชซีได้ ผู้สนใจแนวทางการบรรเทาความได้เปรียบของแฟรนไชซอร์โปรดดูเพิ่มเติมในสมชาย รัตนเชื้อสกุล, “หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์,” *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์* 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558).

¹³ ความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนหลายระดับ (Multi-layer Relationship) เช่นนี้ไม่ปรากฏในการให้สิทธิในรูปแบบอื่น เช่น การแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่ผู้เดียว (Exclusive distribution) โปรดดู OECD, *Report on*

ส่วนผสมของเครื่องปรุงที่จะช่วยให้อาหารมีรสชาติดี หากส่วนผสมส่วนใดส่วนหนึ่งขาดหายไปความสำเร็จในระบบแฟรนไชส์ก็ยากที่จะเกิดขึ้น¹⁴ ความสัมพันธ์ที่ทับซ้อนหลายระดับ (Multi-layer Relationship) นี้มักก่อความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันและดำเนินธุรกิจเพื่อประโยชน์ร่วมกัน

3.2 ความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีต่อบุคคลภายนอก

ระบบแฟรนไชส์จะสร้างช่องทางกระจายสินค้าไปยังผู้บริโภคผ่านร้านสาขาแฟรนไชส์ที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันทำธุรกิจในรูปแบบเดียวกัน การตกแต่งร้านเป็นอย่างเดียวกัน พนักงานสวมเครื่องแบบเหมือนกัน ฯลฯ ทำให้ในสายตาผู้บริโภคจะไม่ให้ความสำคัญว่าแต่ละสาขาจะมีเจ้าของ (แฟรนไชซี) ต่างรายกันหรือไม่ ผู้บริโภคจะรับรู้ (Consumer perception) ว่าสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นร้านแฟรนไชส์สาขาใดก็จะมีคุณภาพมาตรฐานและจำหน่ายในราคาเท่ากัน¹⁵

แต่โดยหลักการแฟรนไชซีทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ตนเองแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นเพียงพันธมิตรในทางธุรกิจ (Business Partners) และต่างได้รับประโยชน์จากรูปแบบธุรกิจนี้ (Win-win business model) แฟรนไชซีจึงต้องมีความเป็นผู้ประกอบการในตัวเอง (Entrepreneurship)¹⁶ และประกอบธุรกิจเพื่อให้เกิดกำไรสูงสุดแก่ตนเองภายใต้ระบบธุรกิจที่ได้รับถ่ายทอดจากแฟรนไชซอร์ แม้แฟรนไชซอร์จะได้ส่วนแบ่งจากยอดขายของแฟรนไชซีที่เพิ่มขึ้น (กรณีแฟรนไชซอร์เก็บค่าสิทธิ-Royalty จากยอดขายของแฟรนไชซี) แต่ผลกำไรทั้งจำนวนเป็นของแฟรนไชซี ค่าสิทธิที่ชำระแก่แฟรนไชซอร์เป็นต้นทุน (Cost) ทางธุรกิจเช่นเดียวกับค่าเช่า ค่าจ้างพนักงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้นความรู้สึกเป็นเจ้าของจะผลักดันให้แฟรนไชซีมุ่งทำกำไรสูงสุด (self-interest) โดยใช้ประโยชน์จากระบบธุรกิจที่ได้รับถ่ายทอด และชื่อเสียงความนิยมในเครื่องหมายการค้า สินค้าและบริการของแฟรนไชซอร์

Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements [Online], available URL: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, 2015 (November, 12).

¹⁴Minority and Franchising: Hearing before the Committee on Small Business, 102D Cong., 9 (1991).

¹⁵Paul H. Rubin, op.cit., p. 228.

¹⁶ผู้ประกอบการอาจเลือกเริ่มต้นทำธุรกิจด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ แต่ภายใต้ระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซีจะได้รับการถ่ายทอดวิธีการทำธุรกิจ (ที่พิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จ) ตลอดจนประสบการณ์ ทำให้ความเสี่ยงในการทำธุรกิจลดน้อยลง แฟรนไชซีจึงต้องผสมผสานประสบการณ์และระบบของแฟรนไชซอร์เข้ากับความเป็นผู้ประกอบการ (Entrepreneurship) ของตน เพื่อสร้างผลกำไรให้กับธุรกิจของตนมากที่สุด.

เมื่อแฟรนไชซีทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ของตนโดยแท้ แฟรนไชซีจึงต้องรับผิดชอบด้วยตนเองแต่เพียงลำพังจากการทำธุรกิจของตนต่อบุคคลภายนอก (เช่นเดียวกับกรณีแฟรนไชซีทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่เข้าร่วมในระบบแฟรนไชส์) เช่น รับผิดชอบจ้างต่อลูกค้าจ้างในร้าน รับผิดชอบสินค้าหรือวัตถุดิบที่ซื้อจากแฟรนไชซอร์ หรือบุคคลที่แฟรนไชซอร์กำหนด (Suppliers) รับผิดชอบต่อลูกค้าผู้บริโภค ฯลฯ¹⁷ ในสัญญาแฟรนไชส์จึงมีกระบวนว่าแฟรนไชซีได้พิจารณาความเป็นไปได้ทางธุรกิจเป็นอย่างดีแล้ว ก่อนตัดสินใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ และจะรับผิดชอบแต่เพียงฝ่ายเดียวจากการประกอบธุรกิจนั้น ตลอดจนจะไม่กล่าวอ้างความล้มเหลวในการทำธุรกิจ (หากมี) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ จากแฟรนไชซอร์

ดังนั้น การทำความเข้าใจต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกิจกรรมแต่ละประเภทของแฟรนไชซีภายใต้ทฤษฎีสองเงา ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จะช่วยให้การปรับหลักกฎหมายต่างๆ สอดคล้องกับหลักการของระบบแฟรนไชส์อย่างแท้จริง

4. ทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory)

จากลักษณะ ธรรมชาติ และรูปแบบความสัมพันธ์ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ข้างต้นแฟรนไชซีจึงต้องพิจารณาเลือกแฟรนไชซอร์อย่างรอบคอบก่อนตัดสินใจลงทุนในแฟรนไชส์ใดทั้งในแง่ประสบการณ์ธุรกิจของแฟรนไชซอร์ ผลประกอบการที่ผ่านมา ชื่อเสียงและการยอมรับของผู้บริโภคต่อเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ฯลฯ ขณะที่แฟรนไชซอร์ก็ต้องพิจารณาคัดเลือกแฟรนไชซีที่เหมาะสมเพื่อไม่ให้แฟรนไชซีที่ขาดประสิทธิภาพหรือไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรฐานก่อความเสียหายต่อภาพลักษณ์ธุรกิจของแฟรนไชซอร์ ซึ่งจะส่งผลเสียอย่างรุนแรงในวงกว้างทั้งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกราย

ดังนั้น แม้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันดำเนินกิจการเพื่อตนเอง แต่การทำธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ย่อมเปรียบเสมือนแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกรายร่วมมือกันขับเคลื่อนธุรกิจนั้นร่วมกัน ส่งผลต่อองค์กรแฟรนไชส์นั้นในภาพรวม ดังนั้น กิจกรรมหนึ่งๆ ของแฟรนไชซีจึงต้องพิจารณาให้ถ่องแท้ว่าแฟรนไชซีทำเพื่อประโยชน์ของตนเองโดยแท้ หรือทำเพื่อองค์กรแฟรนไชส์โดยรวม แฟรนไชซีจึงเสมือนมีสองเงาในร่างเดียว เงาหนึ่งเป็น “เงาตนเอง” (Individual Shadow) เน้นประโยชน์ตนเอง และ “เงาองค์กร” (Franchise

¹⁷ หากความรับผิดชอบนั้นเกิดขึ้นจากแฟรนไชซอร์มีส่วนด้วย เช่น กรณีสินค้าที่แฟรนไชซอร์ส่งให้แฟรนไชซีจำหน่ายนั้นปนเปื้อนและทำให้ผู้บริโภคท้องเสีย แต่หากการปนเปื้อนนั้นเกิดจากการเก็บรักษาของแฟรนไชซีไม่ดี ไม่เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ กรณีนี้แฟรนไชซีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเองโดยตรง.

Organization Shadow) เน้นประโยชน์องค์กรแฟรนไชส์ในภาพรวม การพิจารณากิจกรรมหรือการดำเนินการของแฟรนไชส์จึงต้องตระหนักและเข้าใจธรรมชาติของระบบแฟรนไชส์ภายใต้ “ทฤษฎีสองเงา” มิเช่นนั้นแล้วอาจเข้าใจและวินิจฉัยคลาดเคลื่อนว่าพฤติกรรมหรือกิจกรรมของแฟรนไชส์ในกรณีหนึ่งๆ นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของฝ่ายใดแน่

เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับกิจกรรมของแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า และภายใต้กฎหมายภาษีอากร เพื่อแสดงให้เห็นถึงความคลาดเคลื่อนที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่เข้าใจธรรมชาติและลักษณะเฉพาะของระบบแฟรนไชส์

4.1 กรณีการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law, Monopoly Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน (Competition Law) มีเป้าหมายส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาด¹⁸ เนื่องจากการแข่งขันจะเป็นกลไก (หรือที่เรียกว่า “มือที่มองไม่เห็น”- Invisible hand) ที่ทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และใช้ทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

ในธุรกิจแฟรนไชส์แฟรนไชส์ต้องจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาที่แฟรนไชซอร์กำหนด เพื่อผลประโยชน์และความสำเร็จในธุรกิจของแฟรนไชซี แฟรนไชซอร์จึงต้องกำหนดโครงสร้างราคาสินค้าและบริการที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดประการหนึ่ง ตนเองเป็นผู้จำหน่ายสินค้าและบริการนั้นๆ ด้วยตนเอง โครงสร้างราคาสินค้าหรือบริการที่เป็นมาตรฐานเดียวกันจะทำให้ผู้บริโภคเชื่อมั่นในสินค้าและบริการร้านแฟรนไชส์ทุกสาขาจึงเปรียบเสมือนหน่วยธุรกิจเดียวกัน และเน้นแข่งขันกับผู้ประกอบการภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่น (Inter-brand competition) มากกว่าที่จะเน้นแข่งขันในระหว่างแฟรนไชส์ด้วยกันเอง (Intra-brand competition) เพราะการแข่งขันราคาระหว่างแฟรนไชส์ด้วยกันเองจะกระทบต่อผลประโยชน์ของแฟรนไชซีทุกราย¹⁹ และกระทบต่อภาพรวมของผลประโยชน์ของแฟรนไชส์นั้น

อย่างไรก็ดี พฤติกรรมที่แฟรนไชซอร์กำหนดให้แฟรนไชซีจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาเดียวกันทั้งหมดนี้ในสายตาของกฎหมายแข่งขันทางการค้าถือว่าเป็น “การร่วมกันกำหนดราคา

¹⁸ สุธีร์ ศุภินิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2522 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 6, 17.

¹⁹ OECD, op.cit., p. 10.

สินค้าในแนวตั้ง” (Vertical Price Fixing) หรือ “การรักษาระดับราคาขายปลีก” (Resale Price Maintenance- RPM) ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า^{20, 21}

แฟรนไชซอร์มีพันธะที่ต้องช่วยให้แฟรนไชซีประสบผลสำเร็จตามแผนธุรกิจ (Business Plan) ที่วางไว้ ปัจจัยด้านรายรับของแฟรนไชซีเป็นหัวใจสำคัญ การตั้งราคาขาย (ตามประสบการณ์ของแฟรนไชซอร์) จึงเป็นกลยุทธ์ที่จะทำให้ยอดขายของแฟรนไชซีเป็นไปตามเป้าที่วางไว้โดยแฟรนไชซอร์จะกำหนดราคาขายประหนึ่งแฟรนไชซอร์กำหนดราคาขายสินค้าในร้านของตนเอง

²⁰ในประเทศสหรัฐอเมริกา RPM เดิมศาลวางหลักในคดี *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (*Per se illegal*) แต่ต่อมาในคดี *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) ศาลเปลี่ยนมาใช้หลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) อย่างไรก็ดี ในหลายมลรัฐปฏิเสธไม่นำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ เช่น ในปี 2009 รัฐแมริแลนด์ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อยืนยันว่า กรณิ RPM ยังคงเป็นความผิดในตัวเอง (Maryland Commercial Law Code 11-204(b)) สภาพการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นในมลรัฐอื่นๆ ด้วย อาทิ แคลิฟอร์เนีย (*California v. Derma Quest, Inc.*, 2010-1 Trade Cas. 76,922 (Sup. Ct. Ala. Cty.Feb. 23, 2010)) นิวยอร์ก อิลลินอยส์ และมิชิแกน (*New York v. Herman Miller Inc.*, No. 08 CV-02977, 2008-2 Trade Cas. (CCH) 76,454 (S.D.N.Y., March 25, 2008) ในคดีนี้ อัยการของอิลลินอยส์ และมิชิแกนเข้าร่วมกับอัยการนิวยอร์กด้วย).

²¹การกำหนดระดับราคานั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบได้แก่ ก. การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง (Maximum Resale Price Maintenance) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาขั้นสูงของสินค้าหรือบริการไว้ และแฟรนไชซีจะไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการเกินกว่าราคาขั้นสูงดังกล่าว ข. การกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำ (Minimum Resale Price Maintenance) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาขั้นต่ำของสินค้าหรือบริการไว้ และแฟรนไชซีจะไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการต่ำกว่าราคาขั้นต่ำดังกล่าว และ ค. การกำหนดราคาขายปลีก (Fixed Resale Price) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาสินค้าหรือบริการ และแฟรนไชซีจะต้องขายสินค้าหรือบริการในราคาดังกล่าวเท่านั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนปี 1997 ศาลถือว่าการกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง (Maximum Resale Price Maintenance) เป็นความผิดในตัวเอง (*Per se illegal*) เนื่องจากเห็นว่า ผู้ประกอบการมักจะขายในราคาขั้นสูงนั้นเหมือนกัน ทำให้ราคาขั้นสูงเปรียบเสมือนราคาขั้นต่ำโดยปริยาย การกำหนดราคาขั้นสูงยังจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบการที่จะขายสินค้าหรือบริการตามที่ผู้บริโภคพึงพอใจจะจ่าย และยังปิดกั้นเสรีภาพของผู้ประกอบการโดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่จะเสนอขายสินค้าหรือบริการภายใต้สิ่งอำนวยความสะดวกอื่นประกอบ โปรดดู *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S.145 (1968) at 152-153 แต่คำพิพากษาในคดี *State Oil v. Khan*, 552 U.S.3 (1997) ได้วินิจฉัยว่า การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูงไม่เป็นความผิดในตัวเอง แต่ต้องพิจารณาความสมเหตุสมผลของการกระทำดังกล่าว (Rule of reason) โดยเห็นว่าการกำหนดราคาขั้นสูงไม่ให้ขายเกินกว่าราคาดังกล่าว จะทำให้ผู้ประกอบการแข่งขันขายสินค้าในราคาที่ต่ำ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับผู้บริโภค.

ประกอบกับแฟรนไชซีแต่ละรายจะได้รับสินค้าหรือวัตถุดิบจากแหล่งเดียวกัน²² จึงมีต้นทุนไม่ต่างกัน หากมีการแข่งขันในระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเอง ย่อมกระทบต่อประมาณการรายรับที่กำหนดไว้ ส่งผลต่อระยะเวลาในการคืนทุนต้องยืดออกไป หากผลประกอบการของแฟรนไชซีล้มเหลวจะกระทบต่อภาพลักษณ์ของธุรกิจแฟรนไชส์นั้นและอาจทำให้ผู้สนใจลงทุนเข้าเป็นแฟรนไชซีในธุรกิจนั้นลดลง

หากลองเทียบร้านแฟรนไชส์ทุกสาขาเป็นของแฟรนไชซอร์ทั้งหมด แฟรนไชซอร์ย่อมกำหนดราคาขายที่มุ่งให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด และไม่มีทางกำหนดราคาให้ร้านของตนเองแต่ละร้านแข่งกันเอง ดังนั้น ราคาที่กำหนดย่อมเป็นสิ่งที่เกิดประสิทธิผลสูงสุดกับร้านของแฟรนไชซีเช่นกัน แฟรนไชซีแต่ละรายจึงเปรียบเสมือนร้านๆ หนึ่งของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีแต่ละรายเสมือนกิ่งไม้แต่ละกิ่งที่ถูกรวมกันเพื่อแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น (Inter-brand competition) ไม่ใช่แข่งขันในระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเอง (Intra-brand competition) การรวมกันแข่งขันกับผู้ประกอบการที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นจะมีประสิทธิภาพ ประโยชน์จะตกแก่แฟรนไชซีแต่ละราย (Micro) ต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจในภาพรวม (Macro) ในมิติของการแข่งขัน แฟรนไชซีทุกรายจึงฉาย “เงาองค์กร” (Franchise Organization Shadow) และร่วมมือกันในฐานะกิ่งไม้ที่ถูกรวมกัน และไม่อาจแยกสถานะออกเป็นกิ่งไม้แต่ละกิ่งได้

ความสับสนที่ถือว่าแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกกันและต้องแข่งขันกันในบริบทของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังที่ปรากฏในบางประเทศ อาทิ ญี่ปุ่น²³ ฝรั่งเศส²⁴ เยอรมัน²⁵ อังกฤษ²⁶ เป็นต้นผู้เขียนเห็นว่า นอกจากจะทำลายความแข็งแกร่งขององค์กรแฟรนไชส์

²² การกำหนดให้แฟรนไชซีต้องซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบจากแฟรนไชซอร์หรือบุคคลที่แฟรนไชซอร์กำหนดจะช่วยให้แฟรนไชซอร์สามารถควบคุมมาตรฐานของสินค้าและวัตถุดิบนั้นได้ อีกทั้งยังช่วยให้แฟรนไชซีซื้อสินค้าและวัตถุดิบในราคาถูกกว่าการซื้อเองในปริมาณน้อยๆ.

²³ Fair Trade Commission ของประเทศญี่ปุ่นเห็นว่า การกำหนดระดับราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (without good reason) ถือเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และต้องห้ามตาม Antimonopoly Act, Article 19 อย่างไรก็ตาม การที่แฟรนไชซอร์แนะนำราคาให้กับแฟรนไชซี (Recommended Price) ได้รับอนุญาตให้กระทำได้เพื่อให้เกิดมาตรฐานในเครือข่ายหรือเพื่อสร้างทางเลือกให้แก่ผู้บริโภค โปรดดู FTC’s 1983 Decree on the Application of Antimonopoly Laws to Franchise Systems.

²⁴ การรักษาระดับราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตาม Title IV of Ordinance No.89-1243 of December 1986 Article 34.

²⁵ Act Against Restraints of Competition, Section 15 ห้ามการรักษาระดับราคาขายปลีกทั้งการกำหนดราคาขั้นสูงและขั้นต่ำ แม้กระทั่งการเผยแพร่ราคาที่แนะนำ (Recommended Price) ก็ถือว่าขัดต่อกฎหมายเช่นกัน กรณีศาล (The Federal Supreme Court) ยอมรับการรักษาระดับราคาขายปลีกนั้น ต้องเป็น

ในการแข่งขันแล้วยังเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาและการเติบโตของระบบแฟรนไชส์อีกด้วย ซึ่งท้ายที่สุด ย่อมกระทบเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า และลดทอนประโยชน์ที่จะเกิดกับผู้บริโภค ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าในบางประเทศจะกำหนดเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นสำหรับกรณีของแฟรนไชส์ เช่น Guidelines Concerning the Franchise System under the Antimonopoly Act, 2002 ของประเทศญี่ปุ่นที่เปิดช่องให้การกำหนดราคาสามารถทำได้หากอยู่บนพื้นฐานที่เหมาะสม หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 56 (3) ที่ยกเว้นให้กับธุรกิจแฟรนไชส์

4.2 กรณีค่าการตลาดในเขตพื้นที่

การทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing, Neighborhood Marketing) เป็นรูปแบบการทำการตลาดประเภทหนึ่งที่เน้นสร้างการรับรู้ (build awareness) ของลูกค้า²⁷ เพื่อช่วยเพิ่มยอดขายของสาขาแฟรนไชส์โดยให้สาขาทำการตลาด โฆษณาประชาสัมพันธ์กับลูกค้ารอบๆ บริเวณที่สาขานั้นตั้งอยู่ ซึ่งรูปแบบการทำการตลาดจะต่างกันในแต่ละสาขาก็ได้²⁸

กรณีที่แฟรนไชซีต้องทำตัวเสมือนเป็นตัวแทนทางการค้า (acting in a way similar to commercial agents) ของแฟรนไชเซอร์เท่านั้น โปรดดู BGH “Telefunken” (1986) WuW/E BGH 2238 ซึ่งได้กล่าวแล้วว่า ลักษณะของระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีจะมีสถานะที่แยกขาดจากแฟรนไชเซอร์ และไม่ได้ดำเนินธุรกิจในฐานะเป็นตัวแทนของแฟรนไชเซอร์แต่ประการใด กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้ไม่ได้คำนึงถึงรูปแบบของระบบธุรกิจแฟรนไชส์แต่อย่างใด.

²⁶The Resale Price Act, 1976 ห้ามการกำหนดราคาขายปลีก แต่ยินยอมให้มีการใช้ราคาที่แนะนำ (Recommended Price) ได้ โดย Office of Fair Trading จะตรวจสอบว่าแฟรนไชซี มีอิสระอย่างแท้จริงที่จะกำหนดราคาขายสินค้าของตนแตกต่างจากราคาที่แนะนำได้หรือไม่.

²⁷Ryan Pirkle, **The Importance of Local Store Marketing to SMBs** [Online], available URL: <http://www.linkedin.com/pulse/201407091632331-13718030-the-importance-of-local-store-marketing-to-smbbs>, 2017 (April, 25).

²⁸การทำการตลาดในเขตพื้นที่อาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การส่งจดหมายถึงลูกค้าโดยตรง (Direct Mail) การจัดโปรโมชั่นในวันใดวันหนึ่งหรือในช่วงใดช่วงหนึ่งของวัน (Day and Day-parts Promotions) การจัดโปรโมชั่นสำหรับลูกค้าประจำ (Loyalty Programs) การจัดกิจกรรมเพื่อหาทุนให้กับโรงเรียน (School and Fundraising Programs) ฯลฯ เป็นต้น โปรดดู Helen Bond, **Building Brand Through Local Store Marketing** [Online], available URL: http://www.franchising.com/articles/building_brand_through_local_store_marketing.html, 2017 (April, 25).

ในระบบแฟรนไชส์จะแบ่งการทำการตลาดเป็น 2 ระดับ ได้แก่ ระดับทั่วไป และระดับเขตพื้นที่²⁹ แฟรนไชซอร์จะรับผิดชอบในการทำการตลาดในระดับทั่วไป ซึ่งเป็นการโฆษณาภาพรวมของเครื่องหมายการค้า ไม่มุ่งเน้นไปยังพื้นที่ใดหรือสาขาใด โดยเฉพาะแฟรนไชซีแต่ละรายจะชำระค่าการตลาด (Marketing Fee) ในอัตราที่กำหนด³⁰ ให้แฟรนไชซอร์ปกติแฟรนไชซอร์จะร่วมสมทบค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดด้วยลักษณะเช่นนี้ทำให้แฟรนไชซอร์มีงบประมาณมากพอที่จะทำการตลาดในภาพรวมเช่น การโฆษณาในโรงภาพยนตร์ ทีวี หรือนิตยสารที่มีชื่อเสียง ซึ่งหากไม่มีการร่วมสมทบเงินแฟรนไชซีแต่ละรายจะไม่มียงบประมาณมากพอที่จะทำการตลาดในระดับนี้ได้

ส่วนการตลาดในเขตพื้นที่หรือเรียกอีกอย่างว่า Below-the-line marketing แฟรนไชซีจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและดำเนินการเอง³¹ ตามมาตรฐานของแฟรนไชสนั้นๆ เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะหรือรูปแบบความต้องการของผู้บริโภคที่เป็นลูกค้าของสาขานั้นโดยเฉพาะ ซึ่งแฟรนไชซีจะเป็นผู้ที่รู้จักและใกล้ชิดกับลูกค้าของตนมากกว่าและดีกว่าแฟรนไชซอร์ แฟรนไชส์ส่วนใหญ่จะกำหนดให้แฟรนไชซีต้องใช้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งตามที่กำหนดเพื่อการโฆษณาในเขตพื้นที่โดยไม่ต้องชำระเงินนี้ให้แฟรนไชซอร์รูปแบบการทำการตลาดอาจต่างไปตามพื้นที่ของแฟรนไชซีแต่ละราย ผู้บริโภคที่มีโอกาสรับรู้การทำการตลาดจะจำกัดเฉพาะผู้บริโภคที่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกับร้านของแฟรนไชซีเท่านั้น ไม่มีผลทั่วไปดังเช่นการทำการตลาดในภาพรวม กรณีนี้จึงถือได้ว่า แฟรนไชซีได้กระทำเพื่อประโยชน์ของตนโดยแท้ จึงเป็นการกระทำในแบบ “เงาตนเอง” (Individual Shadow) เทียบได้กับกรณีผู้ที่ทำธุรกิจด้วยตนเองก็ต้องทำการตลาดของตนเองเช่นกัน โดยในระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซอร์จะใช้ประสบการณ์ของตนกำหนดอัตราค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสมเพื่อให้การทำการตลาดในเขตพื้นที่ประสบความสำเร็จ โดยไม่กระทบต่อเป้าหมายระยะเวลาคืนทุนของแฟรนไชซี ผู้เขียนเห็นว่ารายจ่ายในส่วนนี้แม้ต้องดำเนินการตามที่แฟรนไชซอร์กำหนดแต่ก็ต้องถือเป็นรายจ่ายของแฟรนไชซี

²⁹ ผู้สนใจโปรดศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สมชาย รัตนชื้อสกุล, “ฎีกา 4440/2552: ผลกระทบต่อธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิก AEC,” **บทบัญญัติ** 67, 4 (ธันวาคม 2554).

³⁰ การกำหนดอัตราค่าการตลาดมีหลายรูปแบบขึ้นกับความเหมาะสมที่แฟรนไชซอร์จะพิจารณา เช่น กำหนดให้จ่ายเป็นเปอร์เซ็นต์จากยอดขายทำนองเดียวกับค่าสิทธิ (Royalty) หรืออาจเป็นจำนวนแน่นอน (Fixed Fee) ซึ่งอาจให้จ่ายสม่ำเสมอ เช่น จ่ายเป็นรายเดือนพร้อมกับค่าสิทธิ หรืออาจจ่ายเป็นรายไตรมาส หรือรายปี ขึ้นอยู่กับแผนงานของแฟรนไชซอร์ในการทำการตลาด การเรียกเก็บค่าการตลาดนี้จะทำให้ได้เงินจำนวนมาก และนำไปใช้ทำการตลาดได้ในระดับกว้าง เช่น การทำหนังสือโฆษณาเพื่อลงนิตยสารหรือโทรทัศน์ หรือลงนิตยสารที่มีชื่อเสียง ซึ่งแฟรนไชซีแต่ละรายจะไม่สามารถจัดงบประมาณเพื่อทำโฆษณาในระดับเช่นนี้ได้โดยลำพัง.

³¹ โปรดดู Rod Steven, **Local Store Marketing for your Franchise, QSR of Café** [Online], available URL: <http://ezinearticles.com/?Local-Store-Marketing-For-Your-Franchise,-QSR-Or-Café&id=4436683>, 2018 (April, 9).

และเพื่อประโยชน์ของแฟรนไชซีโดยแท้ทำนองเดียวกับค่าจ้างพนักงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้น ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ที่กำหนดในระบบแฟรนไชส์จึงไม่อาจถือเป็นรายได้ของ แฟรนไชซอร์ แม้ อาจเห็นว่าการโฆษณาประชาสัมพันธ์โดยแฟรนไชซีในกรณีนี้จะมีส่วนช่วยให้เครื่องหมายทางการค้า ของแฟรนไชซอร์ได้รับความนิยมมากขึ้น แต่จากลักษณะและขอบเขตของการดำเนินการก็เป็นความ นิยมเฉพาะในพื้นที่ของแฟรนไชซีอันเป็นประโยชน์โดยตรงและขัดแย้งต่อแฟรนไชซีมากกว่าแฟรนไชซอร์ อย่างไรก็ดี กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่คำพิพากษาฎีกาที่ 4440/2552 ที่ศาลฎีกามีความเห็น ว่า ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ที่ถือเป็นรายได้ หรือผลประโยชน์ที่แฟรนไชซอร์ได้รับซึ่งนำไปสู่ประเด็นภาษี จนเป็นที่มาของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

ข้อเท็จจริงโดยย่อในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4440/2552 นี้เป็นการให้สิทธิมาสเตอร์แฟรนไชส์³² จากบริษัท A (แฟรนไชซอร์) ในประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังบริษัท B (แฟรนไชซี) ในประเทศไทย เงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ระบุให้แฟรนไชซีต้องทำการตลาดในเขตพื้นที่ตามจำนวนเงินที่แฟรนไชซอร์ กำหนดค่าใช้จ่ายส่วนนี้ไม่ต้องชำระให้แฟรนไชซอร์แต่แฟรนไชซีต้องจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวทำ การตลาดในเขตพื้นที่ด้วยตนเองเจ้าพนักงานประเมินแจ้งให้แฟรนไชซีชำระภาษีเงินได้นิติบุคคลและ ภาษีมูลค่าเพิ่มโดยถือว่าเงินค่าการตลาดเป็นเงินได้พึงประเมินของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมี หน้าที่นำส่งภาษีแทนแฟรนไชซอร์ แฟรนไชซีจึงยื่นฟ้องต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอน หนังสือประเมินและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ คู่ความทั้งสองฝ่ายอุทธรณ์ต่อ ศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกภาษีอากรวินิจฉัยในส่วนค่าการตลาดในเขตพื้นที่สรุปว่า แม้แฟรนไชซีจะ มิได้จ่ายให้แก่แฟรนไชซอร์โดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นประโยชน์ที่แฟรนไชซอร์ได้รับโดยแฟรนไชซอร์ ไม่ต้องไปดำเนินการโฆษณาสินค้าภายใต้เครื่องหมายของแฟรนไชซอร์ตามรูปแบบและเนื้อหาที่ แฟรนไชซอร์พอใจ จึงถือได้ว่าเป็นเงินได้พึงประเมินตามบทนิยามความหมายของ "เงินได้พึงประเมิน" ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร กรณีนี้จึงถือได้ว่าแฟรนไชซอร์ได้รับประโยชน์หรือ "เงินได้พึง ประเมิน" เช่นว่านี้เป็นส่วนหนึ่งของค่าแฟรนไชส์ นอกเหนือจากที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาแฟรนไชส์ นั้นเอง เงินได้พึงประเมินที่แฟรนไชซอร์ได้รับจากแฟรนไชซีเช่นนี้จึงจัดเข้าลักษณะเป็นค่าตอบแทน ในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นค่าแห่งกิตติสิทธิ์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่นตาม มาตรา 40 (3) แห่งประมวลรัษฎากรและการที่แฟรนไชซีจ่ายเงินค่าแฟรนไชส์ที่เข้าลักษณะเป็นค่าแห่ง

³² การให้สิทธิในกรณีนี้เป็นแบบมาสเตอร์แฟรนไชส์ (Master Franchise) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในการให้สิทธิแฟรนไชส์ไปต่างประเทศ การให้สิทธิแฟรนไชส์แบบนี้จะต่างจากการให้สิทธิแบบสาขา เดียว (Single Unit Franchise) และการให้สิทธิแบบพัฒนาเขตพื้นที่ (Area Development Franchise); ผู้สนใจ รายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีนี้ โปรดดูเพิ่มเติม สมชายรัตนเชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

สิทธิอย่างอื่นตามมาตรา 40 (3) ให้แก่แฟรนไชซอร์เช่นนี้ย่อมเข้าลักษณะเป็นการชำระราคาค่าบริการให้แก่ผู้ประกอบการที่ได้ให้บริการในต่างประเทศและได้มีการใช้บริการนั้นในราชอาณาจักรจึงเข้าเกณฑ์ตามกฎหมายที่แฟรนไชซีผู้จ่ายเงินค่าบริการมีหน้าที่นำส่งเงินภาษีมูลค่าเพิ่มที่แฟรนไชซอร์มีหน้าที่เสียภาษีตามมาตรา 83/6 (2) แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้นการประเมินตามหนังสือแจ้งให้นำส่งภาษีเงินได้นิติบุคคลและหนังสือแจ้งการประเมินภาษีมูลค่าเพิ่มของเจ้าพนักงานประเมินและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จึงชอบแล้ว พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวส่งผลให้ แฟรนไชซีมีหน้าที่ต้องนำส่งภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่ายและนำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มที่แฟรนไชซอร์มีหน้าที่เสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 83/6 (2)³³

ผู้เขียนเห็นว่า การทำการตลาดในเขตพื้นที่ของแฟรนไชซีโดยหลักการดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ถือเป็นการดำเนินการประหนึ่งการโฆษณาเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซีเอง เพื่อประโยชน์ของตนเอง และยากที่จะคาดหมายหรือคำนวณได้ว่า ผลจากการกระทำของตนจะก่อประโยชน์ต่อความนิยมในเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ในต่างประเทศเท่าใด ในทางกลับกัน หากยึดถือดังเช่นศาลฎีกามีคำวินิจฉัย การโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายไม่ว่าจะโดยแฟรนไชซอร์ (ในประเทศของแฟรนไชซอร์) หรือโดยแฟรนไชซีรายอื่นๆ ย่อมถือเป็นผลประโยชน์ที่ตกได้แก่แฟรนไชซีในประเทศไทยด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ยากจะคาดหมายหรือคำนวณผลประโยชน์เช่นนี้ได้ และยังขัดกับหลักการและแนวคิดของการทำการตลาดในเขตพื้นที่ของระบบแฟรนไชส์ที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายว่า เงินค่าการตลาดในเขตพื้นที่ไม่ถือเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์

ข้อสรุปตามคำพิพากษาฎีกาที่เห็นด้วยกับการประเมินของพนักงานประเมินและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้น แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อสถานะที่ทับซ้อนกันของกิจกรรมของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีในระบบธุรกิจแฟรนไชส์³⁴

ผู้เขียนเห็นว่า ในธุรกิจค้าปลีกซึ่งรวมถึงธุรกิจแฟรนไชส์นั้น การโฆษณาประชาสัมพันธ์เป็นสิ่งจำเป็น ค่าใช้จ่ายส่วนนี้จะสูงหรือต่ำขึ้นกับการวางแผนของผู้ประกอบการเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประโยชน์ในเชิงธุรกิจสูงสุด ดังนั้น หากแฟรนไชซีทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่ได้เข้าสู่ระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซีก็ต้องทำการตลาดและโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายการค้าของตนเช่นเดียวกัน

ภายใต้ระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีได้สิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ประหนึ่งเป็นเครื่องหมายของตนเอง การทำการตลาดจึงเสมือนการทำการตลาดเครื่องหมายการค้า

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4440/2552.

³⁴ ผู้สนใจบทวิเคราะห์และผลกระทบของคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้โดยละเอียด โปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

ของแฟรนไชซีเอง เพื่อเป้าหมายทางธุรกิจของตนเองโดยแท้ (Individual Shadow) โดยต้องอยู่ภายใต้การกำกับของแฟรนไชซอร์ที่มีประสบการณ์ที่จะกำหนดได้ว่า แฟรนไชซีควรใช้งบประมาณเท่าใด ในช่วงเวลาใด และต้องทำการตลาดในรูปแบบใดจึงจะเหมาะสมกับธุรกิจของแฟรนไชซีในพื้นที่นั้นๆ แม้โดยทั่วไปในสัญญาแฟรนไชส์ แฟรนไชซอร์จะควบคุมรูปแบบของการทำการตลาดของแฟรนไชซีก็ตาม แต่ก็เป็นไปได้เพื่อมิให้รูปแบบหรือลักษณะของการทำการตลาดโดยแฟรนไชซีนั้นกระทบต่อภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้า³⁵ และเกิดประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุดแก่แฟรนไชซี การกำกับการทำการตลาดดังกล่าวเป็นไปตามรูปแบบของระบบแฟรนไชส์ และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อแฟรนไชซีที่มีประสบการณ์ในเรื่องนี้น้อยกว่า แม้ว่าในท้ายที่สุดเมื่อธุรกิจของแฟรนไชซีประสบผลสำเร็จย่อมส่งผลดีต่อรายได้ของแฟรนไชซอร์และต่อชื่อเสียงของแฟรนไชส์นั้น แต่ก็เพียงผลทางอ้อมที่ยากจะคำนวณเป็นตัวเลขที่ชัดเจนว่าผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาโดยแฟรนไชซีนั้นมีจำนวนเท่าใด

การกำหนดให้เงินค่าการตลาดในเขตพื้นที่ทั้งจำนวนเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์ตามความเห็นของศาลฎีกาที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกา 4440/2552 ข้างต้นทั้งที่เงินจำนวนดังกล่าวไม่ใช่และไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์แม้จะเป็นประโยชน์ต่อการเก็บภาษีรัฐ แต่ผู้เขียนเห็นว่า กลับทำให้เป้าหมายการทำการตลาดในเขตพื้นที่ในระบบแฟรนไชส์เกิดอุปสรรคและบิดเบี้ยวเพราะแฟรนไชส์บางรายอาจยกเลิกการทำการตลาดในเขตพื้นที่ หรืออาจปรับเปลี่ยนไปเก็บค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เป็นอย่างอื่นซึ่งอาจกระทบต่อรูปแบบของระบบแฟรนไชส์ และท้ายที่สุดอาจกระทบต่อการขยายตัวและการเจริญเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยโดยรวมทั้งที่ระบบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ในเชิงเศรษฐกิจในระดับมหภาคที่สำคัญที่ภาครัฐใช้ยกระดับความเจริญเติบโตของเศรษฐกิจของประเทศที่ขณะนี้นั้นการเก็บภาษีโดยไม่คำนึงถึงลักษณะและธรรมชาติที่พิเศษของธุรกิจแฟรนไชส์เช่นนี้จึงคลาดเคลื่อนและก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงลบได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ควรถือว่าเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์ แต่ควรต้องถือเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจตามปกติของแฟรนไชซี ทำนองเดียวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ อาทิ ค่าจ้างแรงงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้น

³⁵ในระบบแฟรนไชส์ การควบคุมการทำการตลาดในเขตพื้นที่อาจดำเนินการได้ในหลายรูปแบบ อาทิ การกำหนดให้ต้องขออนุมัติจากแฟรนไชซอร์ก่อนดำเนินการ หรือแจ้งให้แฟรนไชซอร์ทราบเมื่อดำเนินการไปแล้ว ภายในเวลาที่กำหนด หรืออาจกำหนดรูปแบบมาตรฐานของการทำการตลาดในคู่มือปฏิบัติการ (Operation Manual) หากแฟรนไชซีดำเนินการตามที่กำหนดไว้แล้ว แฟรนไชซีสามารถดำเนินการได้เลย แต่ยังคงขออนุมัติจากแฟรนไชซอร์เฉพาะกรณีการดำเนินการที่ต่างไปจากคู่มือปฏิบัติการ.

5. บทสรุป

แฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ทางธุรกิจที่มีมิติทับซ้อนกันหลายเรื่อง แต่ก็ยังเป็นกลยุทธ์ที่ได้รับการยอมรับทั่วไปว่ามีประสิทธิภาพสูงสุดในการขยายสาขา ภาคธุรกิจค้าปลีกทั้งการจำหน่ายสินค้าหรือบริการจึงนิยมนำไปใช้อย่างแพร่หลาย มิติความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีที่ทับซ้อนกันทำให้เกิดลักษณะและรูปแบบพิเศษของความสัมพันธ์ โดยเฉพาะการเป็นองค์กรธุรกิจที่แยกขาดจากกันระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี แต่กลับใช้เครื่องหมายการค้าและดำเนินธุรกิจในรูปแบบและมาตรฐานเดียวกัน กิจกรรมหนึ่งๆ ในระบบแฟรนไชส์จึงอาจทำเพื่อประโยชน์ขององค์กรแฟรนไชส์โดยรวม (Organization Shadow) เช่น การร่วมมือในการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่น (Inter-brand competition) แต่บางกิจกรรมก็มุ่งเป้าที่ผลประโยชน์ของตนเองโดยแท้ (Individual Shadow) เช่น การทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local store marketing) เป็นต้น ความสับสนหรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของพฤติกรรมทางธุรกิจของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายคลาดเคลื่อนและอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย เช่น กรณีไม่มีการแข่งขันระหว่างแฟรนไชซีของแฟรนไชซอร์รายเดียวกัน ต้องถือว่าไม่ใช่พฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดในเขตพื้นที่จะต้องไม่ถือเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์

ดังนั้น ทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นจึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะช่วยให้เกิดความเข้าใจต่อพฤติกรรมทางธุรกิจในระบบแฟรนไชส์ว่าพฤติกรรมหนึ่งๆ นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ขององค์กรแฟรนไชส์โดยรวม หรือเพื่อประโยชน์ของแฟรนไชซีเฉพาะรายความเข้าใจที่ชัดเจนดังกล่าวจะนำมาซึ่งการปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมสอดคล้องกับหลักการและแนวคิด ตลอดจนแนวประเพณีปฏิบัติของระบบแฟรนไชส์ซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้ระบบแฟรนไชส์ในประเทศไทยเติบโต มีความเข้มแข็งและเจริญก้าวหน้าทัดเทียมกับแฟรนไชส์ของต่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยต่อไป

บรรณานุกรม

- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. “ฎีกา 4440/2552: ผลกระทบต่อธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิก AEC.” **บทบัญญัติ** 67, 4 (ธันวาคม 2554).
- _____. “หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์.” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558).
- สุธีรสุภณิตย์. **หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2522**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555
- สำนักส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจ, กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กระทรวงพาณิชย์. **การศึกษาโครงสร้างธุรกิจและการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์** [Online]. Available URL: [http:// www.dbd.go.th/download/doc/10Paper\(latest%20edition\).doc](http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper(latest%20edition).doc), 2016 (May, 13).
- Bond, Helen. **Building Brand through Local Store Marketing** [Online]. Available URL: http://www.franchising.com/articles/building_brand_through_local_store_marketing.html, 2017 (April, 25).
- Entrepreneur Asia Pacific. **KFC US LLC** [Online]. Available URL: <http://www.entrepreneur.com/franchises/kfccorp/282495-0.html>, 2015 (October, 15).
- Franchise Council of Australia. **What is Franchising** [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org.au/what-is-franchising-.html>, 2015 (September, 19).
- Grimes, Warren S. “When Do Franchises have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism.” **Antitrust Law Journal** 65, 1 (1996): 105, 108.
- Huang, Chen-I. “Agency Theory in Franchising Some Empirical Results,” **Yu Da Academic Journal** 7 (May 2004): 157.
- International Franchise Association. **McDonalds Franchise** [Online], Available URL: <https://www.franchisehelp.com/franchises/mcdonalds/>, 2015 (October, 15).
- _____. **What are the advantages and disadvantages of owning a franchise** [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/what-are-the-advantages-and-disadvantages-of-owning-a-franchise>, 2015 (October, 15).
- _____. **What is a Franchise** [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>, 2015 (September, 19).

- OECD. **R eport on Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements**, p. 9 [Online]. Available URL: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, 2015 (November, 12).
- Pirkle, Ryan. **The Importance of Local Store Marketing to SMBs** [Online]. Available URL: <http://www.linkedin.com/pulse/201407091632331-13718030-the-importance-of-local-store-marketing-to-smb>s, 2017 (April, 25).
- Rubin, Paul H. "The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract." **Journal of Law and Economics** 21 (1978): 223, 227-228.
- Steven, Rod. **Local Store Marketing for your Franchise, QSR of Café** [Online]. Available URL: <http://ezinearticles.com/?Local-Store-Marketing-For-Your-Franchise,-QSR-Or-Cafe&id=4436683>, 2018 (April, 9).
- Thai Franchise Certer. **แบล็คแคนยอนคอฟฟี่** [Online]. Available URL: <http://www.thaifranchisecenter.com/directory/detail.php?fcID=f0000000037>, 2015 (October, 15).