

หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์ (Bona fide in Franchise Agreement)

“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and
fair dealing in its performance and enforcement”

Restatement (Second) of Contract §205

ผศ.ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล*

Asst. Prof. Dr.Somchai Ratanachueskul

บทคัดย่อ

สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) และมักมีเงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-agree Term) แฟรนไชซีต้องทำสัญญาตามที่แฟรนไชซอร์กำหนดไม่ว่าจะเจรจาต่อรองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้ (Take-it-or-leave-it agreement) จึงเป็นช่องทางให้แฟรนไชซอร์เอาเปรียบแฟรนไชซีอย่างไรก็ดี ธุรกิจแฟรนไชส์มีธรรมชาติ (Nature) ที่พิเศษต่างจากสัญญาธุรกิจอื่นทั่วไปที่จำเป็นต้องให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจได้ตามสมควรเพื่อปรับเปลี่ยนธุรกิจแฟรนไชส์ให้เหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจ

การใช้หลักสุจริตกับสัญญาแฟรนไชส์เป็นกลไกทางกฎหมายที่สร้างความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาได้ระดับหนึ่งแต่อาจยังมีข้อจำกัดบางประการ บทความนี้เสนอแนวทางการปรับใช้หลักสุจริตกับเงื่อนไขในสัญญา แฟรนไชส์

Abstract

Franchise agreement is a standard form contract in which “agree to agree term” is generally accepted. Prospect franchisee(s), with weak bargaining power, will hardly success to negotiate for more favorable terms. They must take it or leave it. In this circumstance some franchisors easily take advantages from their franchisees. However, franchise business has a unique nature compare to other type of businesses such that franchisors should have discretion to adapt or modify their businesses to protect their brand, their business and franchisees as well. Bona fide principle is one of the legal mechanisms to

*นบ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นบท., นม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หัวหน้าสาขาธุรกิจแฟรนไชส์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ที่ปรึกษาด้านกฎหมายสมาคมแฟรนไชส์และไลเซนส์.

ensure the fairness among the parties of the agreement. Nevertheless, there are some difficulties of using such principle to the Franchise agreement. This article will explore the prospect of using bona fide principle in agreement and proposed practical platform of applying bona fide principle to franchise agreement.

คำสำคัญ : หลักสุจริต สัญญาแฟรนไชส์

Keywords : Bona Fide, Principle of Good Faith, Franchise Agreement

ระบบธุรกิจแฟรนไชส์¹ ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ (แฟรนไชซี) มีสิทธิใช้ชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้า (Brand) ของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (แฟรนไชซอร์)² และแฟรนไชซีต้องทำธุรกิจภายใต้รูปแบบและมาตรฐานของ แฟรนไชซอร์ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจะกระทบชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้าของ แฟรนไชซอร์ และยังกระทบต่อธุรกิจของแฟรนไชซอร์และของแฟรนไชซีรายอื่นๆ ที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันอีกด้วย³

สัญญาแฟรนไชส์ คือ กลไกหนึ่งที่ใช้กำกับแฟรนไชซีให้ปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ ในสัญญา แฟรนไชส์จึงมีข้อกำหนดให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติเป็นจำนวนมาก เช่น การเลือกสถานที่ตั้งร้าน การออกแบบตกแต่งร้าน การวางผังและจัดร้าน การซื้อสินค้าและวัตถุดิบ การจำหน่ายสินค้าหรือบริการ รูปแบบการทำธุรกิจ การทำรายงาน การปฏิบัติตามคู่มือในการทำธุรกิจ (Operation Manual) รวมทั้งคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ เป็นต้น

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ เจ้าของธุรกิจ ซึ่งจะเรียกว่า แฟรนไชซอร์จะให้สิทธิในการประกอบธุรกิจแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า แฟรนไชซี โดยแฟรนไชซีจะต้องประกอบธุรกิจภายใต้เครื่องหมายทางการค้าของแฟรนไชซอร์ รวมทั้งต้องปฏิบัติตามรูปแบบการทำธุรกิจที่แฟรนไชซอร์เป็นผู้กำหนด ระบบแฟรนไชส์แบ่งเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ “แฟรนไชส์จำหน่ายสินค้า” (Product franchise) ซึ่งเน้นการให้สิทธิแฟรนไชซีจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของแฟรนไชซอร์ เช่น ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ สถานีบริการน้ำมัน เป็นต้น รูปแบบนี้เป็นรูปแบบดั้งเดิมของธุรกิจแฟรนไชส์ อีกรูปแบบที่นิยมเพิ่มขึ้นในระยะหลัง คือ “แฟรนไชส์ระบบธุรกิจ” (Business format franchise) หรือเรียกว่า “Package franchise” หมายถึง แฟรนไชซอร์จะให้แฟรนไชซีทำธุรกิจตามระบบมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ในทุกด้านเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งต้องมีการถ่ายทอดระบบแก่แฟรนไชซีทำให้อธุรกิจแฟรนไชส์ซับซ้อนมากขึ้น โปรดดู U.S. DEP’T of COMMERCE, Franchising in the Economy 1985-1987, p. 1.

²รูปแบบของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะใกล้เคียงกับการให้สิทธิ (License) โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีการให้สิทธิใช้เครื่องหมายการค้าด้วย (Trademark Licensing) แต่การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะมีขอบเขตเนื้อหาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากธุรกิจประเภทการให้สิทธิทั่วไป และคำเรียกเจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์และผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ที่ใช้แพร่หลายและรับรู้เป็นการทั่วไปคือ แฟรนไชซอร์ และแฟรนไชซี ดังนั้น เพื่อให้บทความนี้มีความเฉพาะเจาะจงผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “แฟรนไชซอร์” และ “แฟรนไชซี” ในความหมายของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ.

³Robert W. Emerson, “Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates”, 35 AMB. L.J., 559 Note 29.

เงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์จะมีทั้งที่ระบุรายละเอียดชัดเจน เช่น การชำระค่าสิทธิ วิธีชำระผลเมื่อผิดนัดชำระ เป็นต้น เงื่อนไขอีกส่วนหนึ่งจะระบุให้สิทธิแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดแต่ฝ่ายเดียว เช่น ระบุให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ หรือแฟรนไชซอร์มีสิทธิปรับเปลี่ยนรายละเอียดในการทำธุรกิจ เป็นต้น เงื่อนไขประเภทแรก แฟรนไชซีย่อมตระหนักถึงพันธะตามสัญญาเป็นอย่างดีตั้งแต่ก่อนทำสัญญา แต่เงื่อนไขประเภทหลัง แฟรนไชซีรู้เพียงว่าแฟรนไชซอร์มีสิทธิใช้ดุลพินิจแต่จะไม่รู้ว่าแฟรนไชซอร์จะใช้ดุลพินิจอย่างไร และเงื่อนไขอีกส่วนหนึ่งจะเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจและประสบการณ์ทางธุรกิจของแฟรนไชซอร์อย่างมาก เช่น การตัดสินใจเลือกสถานที่ตั้งร้าน เป็นต้น

สัญญาแฟรนไชส์เป็นนิติสัมพันธ์ที่มีอายุสัญญาค่อนข้างยาว⁴ แต่รูปแบบและมาตรฐานในการทำธุรกิจ ย่อมต้องเปลี่ยนแปลงในอนาคตเพื่อความอยู่รอดของธุรกิจ ดังนั้น สัญญาแฟรนไชส์จึงต้องมีเงื่อนไข “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-agree Terms) หรือระบุให้แฟรนไชซอร์เป็นผู้ใช้ดุลพินิจ เพื่อให้แฟรนไชซอร์มีอิสระปรับเปลี่ยนรูปแบบการทำธุรกิจเพื่อให้เกิดความเหมาะสมมีประสิทธิภาพและสร้างผลกำไรสูงสุดให้กับแฟรนไชซี รวมทั้งการให้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแก่แฟรนไชซอร์ที่จะบอกเลิกสัญญาหรือต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์หรือไม่⁵ เพื่อให้สามารถตัดแฟรนไชซีที่ไม่ทำตามมาตรฐานออกจากระบบแฟรนไชส์ของตน แฟรนไชซีทุกรายต้องทำสัญญาเป็นมาตรฐานเดียวกัน และจะขอแก้ไขสัญญาไม่ได้ (Take-it-or-leave-it Contract)⁶

⁴Glickman กล่าวว่า ในสัญญาแฟรนไชส์คู่สัญญามุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์ในระยะยาว และจากการสำรวจพบว่า อายุสัญญา แฟรนไชส์มักจะอยู่ระหว่าง 10-20 ปี โปรดดู Robert W. Emerson, “Franchising and the Collective Rights of Franchisees”, *Vanderbilt Law Review*, (October, 1990), Footnote 19.

⁵โปรดดู Ernest A. Braun, “Policy Issue of Franchising”, 14 SW. U.L. REV. 156, 226 (1984) และโปรดดู Robert W. Emerson, “Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care Toward Its Franchisees, 72 N.C. L. REV. 905, 949-950 (1994) ซึ่งระบุว่า แฟรนไชซอร์จะระบุนสาเหตุที่หลากหลายที่ให้สิทธิแฟรนไชซอร์บอกเลิกสัญญา อาทิ แฟรนไชซีเป็นบุคคลมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือตกเป็นคนล้มละลาย การเสียสิทธิในสถานที่ตั้งร้านแฟรนไชส์ การไม่สามารถทำธุรกิจหรือมีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย กระทำความผิดในทางอาญา การละทิ้งไม่ดำเนินธุรกิจ หรือการปฏิเสธไม่ให้แฟรนไชซอร์เข้าตรวจสอบการทำธุรกิจ เป็นต้น และแฟรนไชซอร์ยังต้องการให้ศาลยอมรับสิทธิของแฟรนไชซอร์ในการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์แม้จะไม่ได้ระบุเหตุในสัญญาก็ตาม หากเหตุนั้นกระทบต่อระบบแฟรนไชส์ทั้งระบบอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นแนวเดียวกับคำพิพากษาของศาลในคดี *Dayan v. McDonald’s Corp.*, 446 N.E.2d 958, 975 (Ill. App. Ct.1984) ที่วินิจฉัยว่า แฟรนไชซอร์มีเหตุผลสมควรที่จะบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ ในกรณีแฟรนไชซีไม่รักษาคูณภาพ บริการ หรือมาตรฐานความสะอาดปลอดภัย โดยไม่ต้องคำนึงว่าสัญญาจะระบุเหตุดังกล่าวเป็นเหตุเลิกสัญญาหรือไม่ก็ตาม.

⁶โปรดดู Harold Brown, “A Fair Dealership Law—Proposed Findings and Purpose”, N.Y. L.J., Mar.28 1991.

โดยทั่วไปสัญญาแฟรนไชส์มักถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่เอาเปรียบแฟรนไชซี และควรนำหลักสุจริต (*Bona fide*) มาใช้ประกอบการตีความสัญญาเพื่อลดความไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 171⁷ จะกำหนดให้การตีความการแสดงเจตนาจะต้องคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร และมาตรา 368 จะกำหนดให้ตีความสัญญาไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย แต่การตีความเจตนาจะต้องเป็นกรณีที่มีนิติกรรมที่ทำไว้มีข้อความไม่ชัดเจน หรือมีข้อความขัดแย้งกัน หรืออาจแปลข้อความได้เป็นหลายนัย แต่ถ้าข้อความในสัญญาชัดเจนแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีก⁸

บทความนี้มุ่งวิเคราะห์ปัญหาข้อพิพาทในสัญญาแฟรนไชส์ และเสนอแนะการใช้และตีความสัญญา แฟรนไชส์ภายใต้หลักสุจริต (*Bona Fide/Good Faith Principle*) เนื้อหาบทความแบ่งเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกจะกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์ และปัญหาเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ โดยยกกรณีเงื่อนไขการกำหนดเขตพื้นที่ (*Store Territory*) การโอนสิทธิ (*Assignment*) และการบอกเลิกสัญญา (*Termination*) เป็นตัวอย่าง ส่วนที่สองเป็นการตีความเงื่อนไขสัญญาแฟรนไชส์ในสหรัฐอเมริกา ภายใต้หลักสุจริต (*Good Faith*) ส่วนต่อไปเป็นวิเคราะห์การปรับใช้หลักสุจริตภายใต้กฎหมายไทยกับสัญญาแฟรนไชส์ และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุปข้อเสนอนะ

1. ลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์

(1) บทบาททางเศรษฐกิจและลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์

แฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ในการขยายสาขารูปแบบหนึ่ง ถือกำเนิดในสหรัฐอเมริกาและแพร่หลายไปทั่วโลก⁹ กล่าวกันว่า 1/3 ของธุรกิจค้าปลีกในสหรัฐอเมริกาขยายด้วยระบบแฟรนไชส์จากการศึกษาผลกระทบของธุรกิจแฟรนไชส์ในสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2007 ของ International Franchise Association (IFA) พบว่า ในสหรัฐอเมริกามีธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งสิ้น 828,139 กิจการ สร้างงานถึง 9,125,700 ตำแหน่ง จ่ายค่าจ้างเงินเดือนรวมกันสูงถึง 304.4 พันล้านเหรียญสหรัฐ ผลิตสินค้าและบริการมีมูลค่ารวมกันสูงถึง 802.2 พันล้านเหรียญสหรัฐ และเม็ดเงินในภาคธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยเพิ่มผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศ (*Gross Domestic Product-GDP*) ถึงร้อยละ 3.9¹⁰

⁷กรณีระบุมตราในบทความนี้ ผู้เขียนหมายถึง มาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น

⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 3325/2548, 641/2554, และ 12104/2547.

⁹ในรายงาน Fifteenth Report on Competition Policy (1986) ซึ่งจัดทำโดย Commission of the European Communities เสนอความเห็นข้อเด่นของระบบแฟรนไชส์ว่า (1) ช่วยให้ธุรกิจขนาดเล็กสามารถแข่งขันกับธุรกิจจำหน่ายสินค้าขนาดใหญ่ได้ (2) ช่วยให้แฟรนไชซอร์สามารถสร้างเครือข่ายในการกระจายสินค้าโดยไม่จำเป็นต้องลงทุนเปิดสาขาด้วยตนเอง และ (3) ช่วยให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าสู่ตลาดได้ง่ายและทำการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างแบรนด์.

¹⁰International Franchise Association, [Online], available URL: <http://www.buildingopportunity.com/impact/index.aspx>, 2014 (กรกฎาคม, 25).

ธุรกิจแฟรนไชส์ได้รับความนิยมเพิ่มมากขึ้นในประเทศไทยและถือเป็นภาคเศรษฐกิจที่สำคัญ ปัจจุบันมีผู้ประกอบการแฟรนไชส์ไทยกว่า 300 กิจการ มีมูลค่าธุรกิจเป็นยอดขายหมุนเวียนในระบบกว่า 168,000 ล้านบาท¹¹

ความนิยมในธุรกิจแฟรนไชส์เกิดขึ้นเนื่องจากช่วยให้แฟรนไชซอร์ขยายธุรกิจได้เร็ว ลดภาระ การลงทุนและความเสี่ยงโดยแฟรนไชซีจะเป็นฝ่ายลงทุนทั้งหมด แฟรนไชซอร์ยังประหยัดกำลังคนและค่าใช้จ่าย ลดปัญหาด้านแรงงานและได้ความชำนาญและมนุษยสัมพันธ์ของคนในท้องถิ่นที่มาเป็นแฟรนไชซี

ในส่วนของแฟรนไชซี ธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยให้แฟรนไชซีเป็นเจ้าของธุรกิจอย่างรวดเร็ว มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จในธุรกิจมาแล้ว ได้รับการถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการทำธุรกิจ ช่วยลดความเสี่ยงเมื่อเทียบกับการเริ่มทำธุรกิจด้วยตนเอง

ธุรกิจที่จะขยายในรูปแบบแฟรนไชส์ต้องเป็นธุรกิจที่มีอายุธุรกิจนานพอสมควรและมีผลประกอบการที่พิสูจน์ให้เห็นว่าธุรกิจประสบความสำเร็จ แฟรนไชซีได้รับสิทธิให้ใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์และทำธุรกิจภายใต้รูปแบบ คำแนะนำ และประสบการณ์ของแฟรนไชซอร์ โดยแฟรนไชซีจะต้องชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ ดังนั้น ลักษณะสำคัญของระบบแฟรนไชส์จึงประกอบด้วย (1) การอนุญาตให้แฟรนไชซี ใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ (2) การมีระบบสนับสนุนเพื่อให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จ และ (3) การชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ในรูปของค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) หรือค่าสิทธิ (Royalty)¹²

เป็นที่ยอมรับกันว่า การทำธุรกิจแฟรนไชส์เปรียบเสมือนการแต่งงานในทางธุรกิจระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี¹³ บทบาท หน้าที่ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีภายใต้ความสัมพันธ์ในระบบธุรกิจ แฟรนไชส์เปรียบดังส่วนผสมของเครื่องปรุงที่จะช่วยให้อาหารมีรสชาติดี หากส่วนผสมส่วนใดส่วนหนึ่งขาดหายไป ความสำเร็จในระบบแฟรนไชส์ก็ยากที่จะเกิดขึ้น¹⁴

(2) สภาพปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์

การให้สิทธิแฟรนไชส์ทำให้แฟรนไชซอร์สูญเสียอำนาจบางส่วนในการควบคุมธุรกิจเนื่องจาก แฟรนไชซีจะเป็นเจ้าของกิจการในสาขานั้นๆ หากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตามระบบธุรกิจที่แฟรนไชซอร์ถ่ายทอด หรือแนะนำย่อมกระทบต่อชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้าของ

¹¹พีระพงษ์ กิตติเวชโกวัฒน์, **สถานการณ์แฟรนไชส์ไทย 2555-2556** [Online], available URL: <http://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=582>, 2014 (กรกฎาคม, 24).

¹²โปรดดู Warren Pengilly, "International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiation." 7 Northwestern Journal of International Law & Business, 185 (1985-1986).

¹³สมชาย รัตนเชื้อสกุล, **พลิกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์** (กรุงเทพมหานคร: เอ อาร์บีเอส เพรส, 2546), หน้า 19.

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

แฟรนไชซอร์ (Brand's image of Franchisor) ซึ่งสั่งสมมาเป็นเวลานาน ผลกระทบจะเกิดในวงกว้างทั้งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกรายที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน

สัญญาแฟรนไชส์จึงเป็นกลไกสำคัญในระบบแฟรนไชส์ที่แฟรนไชซอร์ใช้กำหนดกรอบสิทธิและหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญาโดยเฉพาะหน้าที่ที่แฟรนไชซีต้องปฏิบัติ ลักษณะสำคัญของสัญญาแฟรนไชส์ 2 ประการ คือ

(1) เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่แฟรนไชซอร์เป็นฝ่ายจัดทำขึ้น และผู้ประสงค์จะเป็นแฟรนไชซีต้องทำสัญญานั้นโดยไม่อาจแก้ไขได้ (Take-it-or-leave-it Contract) เนื่องจากอำนาจต่อรองน้อยกว่าจากการที่ขาดประสบการณ์ในการทำธุรกิจ

(2) ในสัญญาแฟรนไชส์จะระบุเงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-Agree Terms) ซึ่งเปิดโอกาสให้แฟรนไชซอร์แต่ฝ่ายเดียวใช้ดุลพินิจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข สิทธิและหน้าที่บางประการของแฟรนไชซีในภายหลัง ทำให้แฟรนไชซีเกิดภาระหรือหน้าที่เพิ่มขึ้น และหากไม่ปฏิบัติตามอาจถูกบอกเลิกสัญญา ซึ่งจะสร้างความเสียหายแก่แฟรนไชซีที่ต้องสูญเสียเงินลงทุน (Sunk cost)

ลักษณะสำคัญข้างต้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของระบบแฟรนไชส์ 2 ประการ คือ

(1) ควบคุมให้แฟรนไชซีทุกรายประกอบธุรกิจตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์เพื่อรักษาชื่อเสียงและคุณค่าของเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์

(2) ดูแลให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จตามเป้าหมายที่วางไว้

สัญญาแฟรนไชส์ที่ใช้ในประเทศไทยส่วนใหญ่พัฒนาจากสัญญาแฟรนไชส์ที่ใช้แพร่หลาย ในต่างประเทศ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงขอหยิบยกเงื่อนไขบางประเด็นที่ใช้แพร่หลายในสัญญาแฟรนไชส์และมักมีข้อวิจารณ์ว่าเป็นเงื่อนไขที่เอาเปรียบแฟรนไชซี เพื่อแสดงให้เห็นแง่มุมและการให้เหตุผลทั้งจากฝ่ายแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ดังนี้

(1) การกำหนดเขตพื้นที่ (Store Territory)

สัญญาแฟรนไชส์มักไม่กำหนดเขตพื้นที่ที่ให้สิทธิแก่แฟรนไชซี บางสัญญาจะระบุชัดเจนว่า แฟรนไชซีไม่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Non-exclusive) แฟรนไชซอร์สงวนสิทธิที่จะเปิดร้านในพื้นที่ใดก็ได้ เงื่อนไขเช่นนี้เปิดโอกาสให้แฟรนไชซอร์สามารถเปิดร้านแฟรนไชส์ (ทั้งที่เป็นร้านของแฟรนไชซอร์เองหรือให้สิทธิแก่ แฟรนไชซีรายใหม่) ใกล้กับร้านของแฟรนไชซีรายเดิมและอาจกระทบต่อยอดขายของแฟรนไชซีเดิมได้

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้เหตุผลต่อกรณีนี้ว่า การกำหนดเขตพื้นที่ชัดเจนตายตัวอาจเกิดปัญหาต่อธุรกิจ ในกรณีที่บริเวณนั้นมีกำลังซื้อเพิ่มขึ้นและร้านของแฟรนไชซีไม่อาจรองรับปริมาณลูกค้าที่เพิ่มขึ้นได้ แม้แฟรนไชซอร์อาจคาดได้ว่าร้านแฟรนไชส์หนึ่งๆ รองรับลูกค้าได้เท่าใด แต่บางครั้งสภาพแวดล้อมของธุรกิจอาจเปลี่ยนแปลงเกินคาดหมาย เช่น เขตที่อยู่อาศัยขยายตัวทำให้ประชากรในบริเวณดังกล่าวเพิ่มขึ้น หรือมีอาคารสำนักงานขนาดใหญ่ทำให้มีผู้คนมาทำงานในอาคารดังกล่าวเป็นจำนวนมาก หรือมีศูนย์การจราจรขนส่งเกิดขึ้น ทำให้มีคนเข้ามาในพื้นที่ดังกล่าวเพิ่มขึ้น เป็นต้น การกำหนดเขต

พื้นที่แน่ชัดจะทำให้ขาดความยืดหยุ่นในอนาคต แฟรนไชซอร์ไม่อาจเพิ่มร้านแฟรนไชส์ในพื้นที่ดังกล่าวได้เนื่องจากขัดกับสัญญาที่ทำไว้ แต่ขณะเดียวกันร้านของ แฟรนไชซีก็ไม่มีศักยภาพที่จะรองรับลูกค้าที่เพิ่มขึ้นได้ ดังนั้น จึงเหมาะสมกว่าที่จะไม่ระบุเขตพื้นที่ไว้ (Store territory)

อย่างไรก็ดี แฟรนไชซอร์ต้องช่วยให้ธุรกิจของแฟรนไชซีมีกำไรเพื่อจะได้รับค่าสิทธิเป็นค่าตอบแทน หากแฟรนไชซอร์เปิดร้านใกล้เคียงมากย่อมกระทบต่อยอดขายของแฟรนไชซีเดิม และทำให้แฟรนไชซีเดิมลดความมุ่งมั่นในการทำธุรกิจส่งผลให้ต้องเลิกธุรกิจไป¹⁵ เสมือนหนึ่งการฆ่าห่านเพื่อเอาไข่ และท้ายที่สุดจะลดจำนวนผู้สนใจเข้าเป็นแฟรนไชซี ดังนั้น โดยหลักการแฟรนไชซอร์จะไม่กระทำการที่กระทบต่อแฟรนไชซีของตน อีกทั้งเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปในธุรกิจแฟรนไชส์ที่แฟรนไชซอร์จะให้สิทธิแฟรนไชซีเดิมในการเปิดร้านใหม่ก่อน การให้ดุลพินิจแก่แฟรนไชซอร์ในประเด็นนี้จะทำให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่หนึ่งๆ ได้อย่างเต็มที่

(2) การโอนสิทธิ (Assignment)

สัญญาแฟรนไชส์จะห้ามโอนสิทธิแก่บุคคลอื่นเว้นแต่แฟรนไชซอร์จะยินยอม และกรณีแฟรนไชซอร์ให้ความยินยอมก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมโอนสิทธิ รวมทั้งผู้รับโอนต้องเข้ารับการฝึกอบรมการทำธุรกิจกับ แฟรนไชซอร์อีกด้วย ทำให้แฟรนไชซีในฐานะเจ้าของกิจการไม่มีสิทธิเต็มที่ในกิจการของตนเอง และแม้อาจขอความยินยอมจากแฟรนไชซอร์ได้ แต่อาจจะไม่ได้รับความยินยอมและถ้าแฟรนไชซีไม่ประสงค์จะทำธุรกิจนั้นต่อไป แฟรนไชซีต้องเลิกธุรกิจและสูญเสียเงินลงทุนทั้งหมด และในบางสัญญาจะให้แฟรนไชซอร์เป็นผู้รับโอนสิทธิได้ก่อน (First to refusal) การไม่ให้ความยินยอมจึงอาจเพราะต้องการยึดกิจการของแฟรนไชซีไว้เองก็ได้

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้ความเห็นว่า ผู้รับโอนสิทธิจะเข้าสวมสิทธิเป็นแฟรนไชซีต่อไป แฟรนไชซอร์จึงมีสิทธิเต็มที่ที่จะคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมจะเป็นแฟรนไชซีของตนป้องกันไม่ให้บุคคลที่ไม่พึงประสงค์เข้ามาเป็น แฟรนไชซี แฟรนไชซอร์ต้องฝึกอบรมแก่ผู้รับโอนสิทธิเหมือนแฟรนไชซีใหม่จึงต้องเรียกเก็บค่าโอนสิทธิ และกรณีการใช้สิทธิซื้อก่อน (First to refusal) นั้นก็มักใช้กรณีจำเป็นที่ยังหาผู้รับโอนรายใหม่ที่เหมาะสมไม่ได้ และเพื่อป้องกันมิให้ร้านแฟรนไชส์นั้นต้องหยุดกิจการอันกระทบถึงภาพลักษณ์ของธุรกิจโดยรวม และการไม่อนุญาตให้โอนสิทธิจะทำการจำเป็นเท่านั้นเพราะเกรงจะกระทบต่อจำนวนผู้ประสงค์จะเข้าเป็นแฟรนไชซี (Prospective Franchisee)

(3) การบอกเลิกสัญญา (Termination)

ดังได้กล่าวแล้วว่า สัญญาแฟรนไชส์จะกำหนดหน้าที่ของแฟรนไชซีเป็นด้านหลัก และมักกำหนดหน้าที่โดยใช้เงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-agree Terms) สัญญายังกำหนดให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ที่จะแจ้งให้ทราบเป็นคราวๆ ไป การไม่ปฏิบัติตามถือว่าแฟรนไชซีผิดสัญญาและนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาหรือไม่ต่ออายุสัญญาได้

¹⁵ พิระพงษ์ กิตติเวชโกวัฒน์, แฟรนไชส์ยุทธการโคลนนิ่งธุรกิจ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทแฟรนเน็ก จำกัด, 2557), หน้า. 99.

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้เหตุผลว่า สัญญาแฟรนไชส์ต้องกำหนดกรอบหน้าที่ของแฟรนไชซีไว้เป็นจำนวนมาก เพื่อให้แฟรนไชซีปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ การทำผิดมาตรฐานจะก่อความเสียหายใน วงกว้างต่อชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้า กระทั่งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีรายอื่นๆ ด้วย โดยทั่วไปสัญญาแฟรนไชส์จะแบ่งระดับการผิดสัญญาเป็น 2 ระดับ คือ (1) ระดับร้ายแรง เช่น การไม่ยอมชำระ ค่าสิทธิ ค่าการตลาด การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของแฟรนไชซอร์ เป็นต้น กรณีนี้สัญญามักกำหนดให้ แฟรนไชซอร์บอกเลิกสัญญาได้ทันที และ (2) ระดับไม่ร้ายแรง เช่น การไม่ยอมส่งพนักงานเข้าฝึกอบรมเพิ่มเติม การปฏิบัติไม่ได้ตามมาตรฐานหรือคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ในบางเรื่อง เป็นต้น กรณีนี้สัญญามักกำหนดให้ต้องเตือนแฟรนไชซีให้แก้ไขเหตุผิดสัญญาภายในระยะเวลาตามสมควรก่อน หากแฟรนไชซียังไม่ยอมปฏิบัติตามจึงจะบอกเลิกสัญญาได้

โดยทั่วไปแฟรนไชซอร์จะการใช้การเจรจาแทนการบอกเลิกหรือไม่ต่ออายุสัญญา เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ต่ออายุสัญญาจะมีผลทางจิตวิทยาต่อแฟรนไชซีรายอื่นๆ และผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาเป็น แฟรนไชซีรายใหม่ได้ ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อธุรกิจของแฟรนไชซอร์¹⁶ ความสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์จะมีระยะยาวและมีปฏิสัมพันธ์ในทางธุรกิจค่อนข้างมาก การทำผิดเงื่อนไขในสัญญาบ้าง (ในข้อเล็กน้อยและมีการแก้ไข) เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เป็นปกติและการรักษาคำคำที่ร่วมกันทำธุรกิจย่อมมีคุณค่ามากกว่าการตัดสัมพันธ์โดยสิ้นเชิงด้วยการ บอกเลิกหรือไม่ต่ออายุสัญญา

จากตัวอย่างเงื่อนไขข้างต้น อาจกล่าวโดยรวมได้ว่า นิติสัมพันธ์ในสัญญาแฟรนไชส์ซับซ้อนกว่าสัญญาธุรกิจประเภทอื่น คู่สัญญาแม้จะเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันแต่จะผูกพันทางธุรกิจอย่างใกล้ชิด ความสัมพันธ์มีระยะเวลานาน แฟรนไชซอร์ต้องพัฒนารูปแบบและมาตรฐานเพื่อให้ธุรกิจสอดคล้องกับสภาพธุรกิจและการแข่งขันตลอดเวลาเพื่อให้ธุรกิจแฟรนไชส์มีประสิทธิภาพและกำไรสูงสุด การไม่ทำตามมาตรฐานจะกระทบอย่างรุนแรงและในวงกว้างต่อแฟรนไชส์นั้น ด้วยลักษณะพิเศษและพันธกรณีของแฟรนไชซอร์ทำให้สัญญา แฟรนไชส์เปิดช่องให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดรายละเอียดเงื่อนไขต่างๆ ได้อย่างกว้างขวางเพื่อให้สัมฤทธิ์ผลตามเป้าหมายธุรกิจ

อย่างไรก็ดี ศาลในสหรัฐอเมริกาได้นำหลักสุจริต (*Bona fide/Good faith*) และหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (*Fair dealing*) ซึ่งมีฐานะเป็นเพียงข้อตกลงโดยปริยาย (*Implied covenant*) มาปรับใช้ในบางคดีเพื่อลดทอนความได้เปรียบของฝ่ายแฟรนไชซอร์ และทำให้ข้อตกลงที่ระบุให้สิทธิแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา (*Express terms*) ไม่สามารถใช้บังคับได้

2. การใช้หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์ : บทเรียนจากสหรัฐอเมริกา

ในระดับสหพันธรัฐ (Federal) สหรัฐอเมริกามีเพียงกฎของคณะกรรมการการค้ากลาง (Federal Trade Commission: FTC) ที่เรียกว่า (Disclosure Requirements and Prohibitions

¹⁶Thomas M. Pitegoff, "Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisor," 45 BUS. LAW. 289, 309 (1989).

Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures: FTC Rule)¹⁷ เพียงฉบับเดียวที่กำกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ โดยกำหนดให้แฟรนไชซอร์ต้องเปิดเผยข้อมูลแก่แฟรนไชซีก่อน (Pre-sale disclosures) ส่วนในระดับมลรัฐ (State) มีเพียงบางมลรัฐที่มีกฎหมายกำกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีเนื้อหาทำนองเดียวกับ FTC Rule

ธุรกิจแฟรนไชส์ได้รับความนิยมมากในสหรัฐอเมริกา ข้อพิพาทในธุรกิจแฟรนไชส์จึงมีมากเช่นกัน และแทบทุกคดีแฟรนไชส์จะอ้างว่าการกระทำของแฟรนไชซอร์ขัดต่อหลักสุจริต (Good faith) หรือหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Fair dealing) อย่างไรก็ตาม การนำหลักกฎหมายทั้งสองหลักมาใช้เพื่อหักล้างข้อสัญญาที่ระบุให้สิทธิแก่แฟรนไชซอร์โดยชัดแจ้งนั้น (Express terms) แนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกายังไม่ลงรอยกันนัก

(1) การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Vylene*¹⁸ แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ถูกฟ้องว่าตั้งร้านใหม่ในระยะห่างไม่ถึงสองไมล์จากร้านของแฟรนไชซี (โจทก์) เพื่อแข่งกับร้านโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าในสัญญาระบุชัดเจนว่าโจทก์ไม่มีสิทธิเด็ดขาดในพื้นที่ ตั้งร้าน (territorial exclusivity to the franchisee) ดังนั้น จำเลยจะตั้งร้านที่ใดก็ได้

ศาลอุทธรณ์ภาค 9 (Ninth Circuit Court) วินิจฉัยว่า ในสัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้ให้สิทธิพิเศษใดๆ แก่โจทก์ในพื้นที่ตั้งร้าน อย่างไรก็ตาม ศาลพบว่าการที่จำเลยตั้งร้านของตนเองในระยะห่างประมาณไมล์เศษจากร้านโจทก์ ถือเป็นการทำผิดข้อตกลง (โดยปริยาย-Implied Covenant) ว่าจะทำการโดยสุจริตและปฏิบัติอย่างเป็นธรรม¹⁹

ฟ้องโจทก์ยังกล่าวว่า จำเลยไม่ยอมต่ออายุสัญญาแก่โจทก์โดยไม่สุจริตด้วยการเสนอเงื่อนไข ต่อสัญญาที่ไม่เหมาะสมในทางธุรกิจ (Commercially unreasonable) จำเลยต่อสู้ประเด็นนี้ว่า ในสัญญาให้สิทธิโจทก์ที่จะขอต่ออายุสัญญาแต่ไม่ได้ระบุรับรองว่าโจทก์จะได้รับการต่ออายุสัญญา

¹⁷ 16 C.F.R. 436 (2007), ภายใต้ FTC Rule แฟรนไชซอร์จะต้องเปิดเผยข้อมูลอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ให้แก่ผู้ที่สนใจจะเป็นแฟรนไชซี ทั้งนี้ตามแบบที่ FTC กำหนด การฝ่าฝืนจะทำให้แฟรนไชซอร์ไม่อาจเสนอขายแฟรนไชส์ได้ และจะมีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา รวมทั้งฝ่ายบริหารของแฟรนไชซอร์ด้วย 15 U.S.C. § 45 (M) 1994.

¹⁸ *Vylene Enters., Inc. v. Naugles, Inc.*, 90 F.3d 1472 (9th Cir. 1996) คำพิพากษาของศาลที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ยังปรากฏในคดี *Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.*, 930 F.2d 228 (2nd Cir. 1991) โดยศาลวินิจฉัยว่าแม้สัญญาจะให้อำนาจอย่างเต็มที่แก่แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ในการอนุมัติสถานที่ตั้งร้าน (Location) แต่ศาลเห็นว่าจำเลยใช้ดุลพินิจนั้นอย่างไม่สมเหตุผล (Unreasonable) คำวินิจฉัยนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าประหนึ่งจำเลยจะใช้ดุลพินิจได้เฉพาะเท่าที่แฟรนไชซี (โจทก์) จะเห็นด้วยเท่านั้น เท่ากับทำให้ข้อสัญญาที่ระบุให้ดุลพินิจแก่จำเลยไม่อาจใช้บังคับได้ โปรดดู Kathryn Lea Harman, “The Good Faith Gamble in Franchise Agreements: Does Your Implied Covenant Trump My Express Terms?,” 28 *Columbia Law Review*, 473,488 (1997-1998).

¹⁹ คดีนี้ศาลอ้างคำวินิจฉัยศาลในคดี *Scheck v. Burger King Corp.*, 756 F. Supp. 543 (S.D. Fla. 1991) โดยศาลไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคำวินิจฉัยในคดี *Scheck* ถูกกลับโดยคำวินิจฉัยในคดีอื่นแล้ว โปรดดู Kathryn Lea Harman, *ibid* Note 82.

ศาลอุทธรณ์ภาค 9 (Ninth Circuit Court) วินิจฉัยว่า สัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้รับรองว่า โจทก์จะได้รับการต่ออายุสัญญา และสัญญาระบุให้การต่ออายุสัญญาขึ้นอยู่กับผลการเจรจาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ศาลก็เห็นด้วยกับโจทก์ว่าจำเลยไม่สุจริต (Bad faith) ที่เสนอเงื่อนไขการต่อสัญญาที่ไม่มีความเป็นไปได้ในทางธุรกิจทั้งที่รู้ว่าโจทก์จะต้องปฏิเสธเงื่อนไขการต่ออายุสัญญาดังกล่าวแน่นอน

ผลของคำพิพากษาในคดี *Vylene* แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงโดยปริยาย (Implied covenant) ที่แฟรนไชซอร์ต้องทำการโดยสุจริต (Good faith) และปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Fair dealing) มีฐานะเหนือกว่า ข้อสัญญาที่ระบุไว้ชัดเจน (Express terms) และเข้าแทนที่ (Supplemented) เงื่อนไขที่ระบุชัดเจนในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Carvel Corp.*²⁰ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 (Second Circuit Court) วินิจฉัยว่า แม้สัญญาจะให้อำนาจแก่แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ใช้ดุลพินิจอนุมัติสถานที่ตั้งร้านก็ตาม แต่ศาลเห็นด้วยกับคำชี้ขาดของคณะลูกขุนที่ระบุว่า จำเลยใช้อำนาจโดยไม่มีเหตุอันสมควร (Unreasonably) และแสดงให้เห็นถึงการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของจำเลย มีข้อสังเกตว่าคดีนี้ศาลไม่ได้กล่าวถึง ข้อต่อสู้ของจำเลยที่อ้างว่าการไม่อนุมัติสถานที่ตั้งเพราะไม่มั่นใจกับทำเลที่ตั้งดังกล่าว และศาลก็ไม่ได้แยกให้เห็นว่า กรณีอย่างไรเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลยอมรับได้

ผลของคดีนี้สร้างความกังวลแก่แฟรนไชซอร์ เพราะทำให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจของตนไม่ได้ หากแฟรนไชซีไม่เห็นด้วย เทียบกับอำนาจใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ถูกลดทอนลง

แนวคำวินิจฉัยในคดี *Vylene* และคดี *Carvel Corp.* ยังปรากฏในคดี *Photovest*²¹ ของศาลอุทธรณ์ภาค 7 (Seventh Circuit Court) ที่วินิจฉัยว่า แฟรนไชซอร์ละเมิดข้อตกลงโดยปริยายที่จะต้องดำเนินการโดยสุจริตและปฏิบัติด้วยความเป็นธรรม (breached the implied covenant of good faith and fair dealing) ในการตั้งร้านของตนเพิ่มขึ้นในเขตพื้นที่ร้านของแฟรนไชซี (market areas of franchised stores) เพราะแย่งลูกค้าจากร้านของแฟรนไชซี

คดี *Dunkin' Donut*²² เป็นอีกคดีที่ศาลอุทธรณ์ภาค 11 (Eleventh Circuit Court) วินิจฉัยให้ แฟรนไชซี (จำเลย) ชนะคดีโดยศาลไม่คำนึงถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ (โจทก์) ในคดีนี้ศาลพบว่า แฟรนไชซอร์ใช้เกณฑ์ตรวจสอบยอดขายของจำเลยด้วยวิธีการใหม่ซึ่งไม่ได้ระบุในสัญญา เนื่องจากเห็นว่าจำเลยแจ้งยอดขายต่ำเกินไป (underreported) และผลตรวจสอบที่ได้จากเกณฑ์ใหม่ดังกล่าวแตกต่างจากยอดขาย ที่จำเลยแจ้งแก่โจทก์ ศาลพบว่า โจทก์ใช้เกณฑ์ตรวจสอบใหม่เพราะต้องการตอบโต้จำเลยที่ไม่ยอมต่อสัญญา ในเงื่อนไขที่โจทก์กำหนดจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต นอกจากนี้ ศาลยังวินิจฉัยว่า จำเลยไม่ได้รายงานยอดขายต่ำกว่าความเป็นจริงโดยตั้งใจ แต่ไม่ได้ให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดศาลจึงเห็นเช่นนั้น

²⁰*Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.* 930 F.2d 228 (2d Cir.1991).

²¹*Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979).

²²*Dunkin' Donut of America, Inc. v. Minerva, Inc.*, 956 F.2d 1566 (11th Cir.1992).

แม้จะปรากฏคำวินิจฉัยของศาลในหลายคดีที่ให้ความสำคัญกับข้อตกลงโดยปริยายที่แฟรนไชเซอร์จะต้องใช้สิทธิโดยสุจริตและต้องปฏิบัติตามด้วยความเป็นธรรมต่อแฟรนไชซี ดังได้กล่าวมาเป็นตัวอย่างแล้ว แต่กลับปรากฏในอีกหลายคดีที่ศาลวินิจฉัยในทางตรงข้าม

(2) การปฏิเสธหลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Massey*²³ ศาลอุทธรณ์ภาค 8 (Eighth Circuit Court) วินิจฉัยว่า เมื่อคู่สัญญาได้ระบุเรื่องใดเรื่องหนึ่งอย่างชัดเจนในสัญญาแฟรนไชส์แล้ว เท่ากับคู่สัญญาได้ตัดไม่ให้นำข้อตกลงโดยปริยายมาใช้กับเรื่องนั้น อีกต่อไป และศาลเห็นว่าข้อตกลงที่ได้ตกลงไว้ชัดเจนแล้วย่อมสำคัญกว่าหลักทั่วไปที่ปรับใช้กับกรณีอื่นๆ เป็นการทั่วไป ในคดีนี้ศาลไม่ถือว่าแฟรนไชซีมีสิทธิพิเศษเหนือพื้นที่ที่ตั้งร้าน เนื่องจากสัญญาได้ระบุตัดสิทธิดังกล่าวไว้ชัดเจนแล้ว ศาลยังกล่าวไว้น่าสนใจว่า ศาลยอมรับว่าในสัญญาแฟรนไชส์ต้องนำหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมมาใช้ แต่ไม่สามารถใช้ในลักษณะลบล้างข้อตกลงที่ระบุไว้ชัดเจนได้

ในคดี *Corenswet*²⁴ แฟรนไชซี (โจทก์) อ้างว่าแฟรนไชเซอร์ (จำเลย) กลั่นแกล้งด้วยการบอกเลิกสัญญา แต่ศาลอุทธรณ์ภาค 5 (Fifth Circuit Court) ไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของโจทก์ เนื่องจากเห็นว่าในสัญญาอนุญาตให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดๆ

ในคดี *Dome Stadium Hotel*²⁵ ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับแฟรนไชซี (โจทก์) ที่อ้างว่าการที่แฟรนไชเซอร์ (จำเลย) เข้ารับบริหารโรงแรมที่ใกล้กับโรงแรมของโจทก์ถือเป็นการผิดข้อตกลงที่จะทำการโดยสุจริต โดยศาลให้ความเห็นทำนองเดียวกับคดี *Corenswet* ว่า ข้อตกลงโดยปริยายที่ (คู่สัญญา) ต้องทำการโดยสุจริตหรือการปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อตกลงที่ระบุในสัญญาโดยชัดเจนได้ เมื่อสัญญาระบุว่าโจทก์ไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ ในพื้นที่ตั้งโรงแรม (non-exclusive) จำเลยจึงเข้าบริหารจัดการโรงแรมใดๆ ก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด และศาลอุทธรณ์ภาค 5 ยังยืนยันความเห็นเดิมอีกในคดี *MacDonald*²⁶

กล่าวโดยสรุป แนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกายังไม่ลงรอยกันว่าในสัญญาแฟรนไชส์จะนำหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Good faith and fair dealing) มาใช้กับความสัมพันธ์ในสัญญา แฟรนไชส์ได้หรือไม่ หากสัญญาได้ระบุเงื่อนไขในเรื่องอื่นๆ ไว้ชัดเจนแล้ว

เพื่อลดความไม่แน่นอนและเพื่อให้การคุ้มครองแฟรนไชซีมีความเป็นมาตรฐาน จึงมีความพยายามเสนอกฎหมาย Federal Fair Franchise Practices Act²⁷ กฎหมายฉบับนี้ให้น้ำหนักกับ

²³*Massey v. Tandy Corp.* 987 F.2d 1307(8th Cir.1993).

²⁴*Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.* 594 F.2d 129 (5th Cir. 1979).

²⁵*Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 732 F.2d 480 (5th Cir.1984).

²⁶*McDonald's Corp. v. Watson*, 69 F.3d 36 (5th Cir. 1995).

²⁷141 Cong.Rec. E1146-03 (daily ed. May 26, 1995 และโปรดดู H.R. 104-1717 (1995)).

การคุ้มครองแฟรนไชซีเป็นหลัก แต่ฝ่ายสนับสนุนร่างกฎหมายนี้ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดการให้ความคุ้มครองแฟรนไชซีมากกว่าจะทำให้เกิดความเป็นธรรม

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยให้ความเห็นว่า ร่างกฎหมายฉบับนี้ตัดอำนาจแฟรนไชซอร์ในการใช้ดุลพินิจในทางธุรกิจ เช่น จะตั้งร้านแฟรนไชส์มากน้อยเพียงใดในพื้นที่หนึ่งๆ และการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ที่ร่างกฎหมายกำหนดให้มีเงื่อนไขขั้นตอนที่ซับซ้อนยุ่งยากจะทำให้แฟรนไชซียังคงทำธุรกิจต่อไปได้จนกว่ากระบวนการบอกเลิกสัญญาจะแล้วเสร็จ สภาพเช่นนี้น่าจะทำให้แฟรนไชซอร์เผชิญกับปัญหาด้านชื่อเสียงและสถานะทางการเงินได้ อย่างไรก็ตามท้ายที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ผ่านออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมาย

ในส่วนของสมาคมของแฟรนไชซี (The American Franchisee Association – AFA) ก็เสนอ Model Responsible Franchise Practices Act เพื่อบังคับความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีโดยยกร่างมาตรฐานความเป็นธรรมเพื่อให้แฟรนไชซีใช้ในการเจรจาสัญญากับแฟรนไชซอร์ แต่มาตรฐานดังกล่าว เน้นช่วยเหลือแฟรนไชซีมากกว่าโดยยึดแนวคำวินิจฉัยในคดี *Vylene* แต่ก็มีความเห็นแย้งว่าร่างมาตรฐานดังกล่าวส่งผลเสียต่อระบบแฟรนไชส์มากกว่าผลดี²⁸ ร่างมาตรฐานดังกล่าวจึงไม่ได้รับการยอมรับ

สถานะของหลักสุจริต (Good Faith) ในสหรัฐอเมริกาต่างจากในประเทศไทยซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และนำไปใช้กับเงื่อนไขในสัญญาได้อย่างไรก็ดี การปรับใช้หลักสุจริตกับเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยอาจมีข้อจำกัดทั้งจากแนวคำวินิจฉัยของศาล และจากธรรมชาติ (Nature) ของธุรกิจแฟรนไชส์

3. หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์ : ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทย

(1) การปรับใช้หลักสุจริตกับสัญญาทั่วไป

ในมาตรา 5 ได้บัญญัติหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายไทย²⁹ มาตรานี้ถือเป็นบทยุติธรรม (*jus aequum*) เป็นบทบังคับ (*jus cogens*) และเป็นบททั่วไป (*jus generale*)³⁰ ถือเป็นแกนของระบบกฎหมาย เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยที่คู่กรณีไม่อาจตกลงยกเว้นได้ หลักสุจริตจะแทรกซึมอยู่ในทุกบทมาตราของระบบกฎหมายไทยทั้งในกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา

²⁸Kathryn Lea Harman, *supra* note 18, p.520.

²⁹หลักสุจริตมีที่มาจากหลักความซื่อสัตย์ และหลักความไว้วางใจตามกฎหมายเยอรมัน โปรตุเกส กิตติศักดิ์ ปรกติ, **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 61; หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้ (1) หลักสุจริตทั่วไป ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 (2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เช่นที่บัญญัติไว้เรื่องลามิควรได้ หรือเรื่องการปลูกสร้างโรงเรือนรุกล้ำที่ดินของผู้อื่น เป็นต้น.

³⁰กิตติศักดิ์ ปรกติ, **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 71-77.

และกฎหมายมหาชน คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่เป็นนามธรรม ผู้ทำหน้าที่ปรับใช้จึงต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจปรุงแต่งให้การใช้กฎหมายหรือตีความสัญญาอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับความยุติธรรม³¹

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ กล่าวว่า “หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่สังคม เป็นหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรมเป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่ไม่อาจอธิบายให้ชัดเจนในรายละเอียดได้...”³² หลักสุจริตจึงเป็นมาตรฐานนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และใช้กับทุกกรณีไม่จำกัดเฉพาะนิติกรรมสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติในเรื่องการตีความการแสดงเจตนาที่ต้องฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร (มาตรา 171) และการตีความสัญญาให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (มาตรา 368) ซึ่งการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวต้องเป็นกรณีไม่รู้ว่าคุณสัญญามีเจตนาแท้จริงอย่างไร หรือได้ความไม่แน่ชัดในทางใดทางหนึ่ง จึงจะนำความประสงค์ในทางสุจริตโดยคำนึงถึงปกติประเพณีมาใช้ และการปรับใช้ในตอนนี้ที่หลักสุจริตจะเข้าไป มีบทบาทในการตีความเจตนา

กล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การตีความสัญญาเป็นเรื่องเน้นมุ่งหาเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก แต่การปรับใช้หลักสุจริตเน้นหาเกณฑ์มาตรฐานความประพฤติในกรณีนั้นๆ เป็นสำคัญ³³ มาตรฐานความประพฤตินี้เป็นมาตรฐานนิติสัมพันธ์ในระหว่างคู่กรณี ไม่ใช่มาตรฐานขั้นต่ำเหมือนกรณีมาตรฐานความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เป็นเกณฑ์ความประพฤติขั้นต่ำสุดที่สังคมยอมรับได้ ดังนั้น การกระทำใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ย่อมขัดต่อหลักสุจริต แต่การกระทำใดที่ขัดต่อหลักสุจริตไม่จำเป็นต้องขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ มาตรฐานตามหลักสุจริตจึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป³⁴

ศาลไทยปรับใช้หลักสุจริตในการตีความ³⁵ ข้อสัญญาเสมอมา และในบางคดีการใช้หลักสุจริตอาจมีผลที่ขัดกับข้อตกลงที่ระบุชัดแจ้งในสัญญาเพื่อสร้างความเป็นธรรมในคดี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1687/2551 ศาลฎีกานำหลักสุจริตมาใช้เพื่อแก้ปัญหการใช้สิทธิอย่างไม่เป็นธรรมของโจทก์ที่ระบุไว้ในข้อสัญญา โดยศาลวินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยผิดนัดชำระหนี้บัตรเครดิต โจทก์ก็ไม่ได้ให้จำเลยใช้บัตรเครดิตอีก พฤติการณ์แสดงว่าสัญญาบัตรเครดิตสิ้นสุดลง แต่โจทก์ก็ไม่ได้

³¹ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักสุจริตถูกนำมาใช้ใน 3 แนวทาง คือ (1) ใช้เพื่อเสริมให้กฎหมายหรือสัญญาสมบูรณ์ขึ้น (2) ใช้เพื่อปรุงแต่งเรื่องให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป และ (3) ใช้เพื่อต่อสู้ขัดขวางการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบมาพากล โปรดดู สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 157.

³²ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519), หน้า 32-33.

³³กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

³⁴กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดิม, หน้า 79-80.

³⁵คำว่า “ตีความ” ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Interpretation” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละติน “interpretatio” ซึ่งตามกฎหมายโรมันหมายถึง “การปรับใช้” โปรดดู ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรมสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 367.

เร่งรัดฟ้องคดีและภายหลังกลับใช้สิทธิตามข้อตกลงที่จำเลยยินยอมให้โจทก์หักเงินจากบัญชีออมทรัพย์เพื่อชำระหนี้บัตรเครดิตได้ หักเงินจำนวน 6.68 บาทเพื่อชำระหนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าแม้เป็นการใช้สิทธิตามข้อตกลงแต่ก็เป็นการใช้สิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นช่องทางให้โจทก์ได้รับประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว โดยได้ดอกเบี้ยและค่าเบี้ยปรับชำระหนี้ล่าช้าในระหว่างนั้น และเพื่อให้อายุความสะดุดหยุดลงโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่จำเลยจะได้รับย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและถือว่าอายุความไม่สะดุดหยุดลง³⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 7217/2549 ศาลใช้หลักสุจริตประกอบการตีความสัญญาที่ไม่ได้ระบุไว้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อตกลงโดยปริยายที่คู่สัญญาต้องผูกพัน ในคดีนี้สัญญาไม่มีข้อความระบุว่า การเปิดหน้าดินเพื่อตรวจสอบความเสียหายของเสาเข็มนั้นโจทก์จะต้องดำเนินการภายในเมื่อใด ศาลเห็นว่า ยอม เป็นที่เข้าใจกันได้ (ในระหว่างโจทก์จำเลย-เพิ่มโดยผู้เขียน) ว่าจำเลยจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่สมควร มิฉะนั้นโจทก์ที่ ตอกเสาเข็มเสร็จแล้วจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา เมื่อปรากฏว่าจำเลยไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่สมควร จึงต้องถือว่าเสาเข็มที่โจทก์ตอกเสร็จแล้วไม่เกิดความเสียหาย³⁷

(2) ข้อเสนอการปรับใช้หลักสุจริตกับสัญญาแฟรนไชส์

ธุรกิจแฟรนไชส์จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสภาพตลาด และการแข่งขันอยู่ตลอดเวลาเช่นเดียวกับธุรกิจอื่น ภาระในการปรับเปลี่ยนรูปแบบธุรกิจเป็นของแฟรนไชซอร์โดยอาศัยเงื่อนไขการให้ดุลพินิจแก่แฟรนไชซอร์จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ปัญหาคือ การให้ดุลพินิจเช่นนั้นอาจเปิดช่องให้แฟรนไชซอร์บางราย เอาไว้เอาเปรียบแฟรนไชซี

การให้ศาลใช้หลักสุจริตควบคุมการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์อาจมีความยุ่งยาก เนื่องจากศาลขาดความเชี่ยวชาญในธุรกิจนั้นๆ และการตัดหรือห้ามการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์โดยสิ้นเชิงอาจกระทบต่อประสิทธิภาพและความอยู่รอดของธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่า การตีความเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ ตลอดจนการปรับใช้หลักสุจริตเพื่อคุ้มครองแฟรนไชซี รักษาความเป็นธรรม โดยยังคงสภาพความยืดหยุ่นในทางธุรกิจเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ (Workable Approach) ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในการปรับใช้หลักสุจริตควรแบ่งเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

(1) เงื่อนไขที่ระบุรายละเอียดเสร็จเด็ดขาดแล้วก่อนทำสัญญา

เงื่อนไขกลุ่มนี้มีลักษณะดังนี้ (ก) หลังทำสัญญาแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจเปลี่ยนแปลงไม่ได้

(ข) เงื่อนไขระบุรายละเอียดชัดเจน (ค) เงื่อนไขนั้นเสร็จสมบูรณ์ในตัว แฟรนไชซีไม่ต้องอาศัยหรือพึ่งพา

³⁶โปรดดูเพิ่มเติม คำพิพากษาฎีกาที่ 4091/2549 วินิจฉัยในแนวเดียวกันว่า เมื่อจำเลยแสดงเจตนาและชวนขายจะชำระหนี้แก่โจทก์ แต่โจทก์กลับเพิกเฉย และภายหลังกลับอ้างว่าจำเลยผิดนัดชำระหนี้และให้ชำระหนี้ทั้งหมด เป็นการอาศัยสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นช่องทางให้โจทก์ได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต.

³⁷โปรดดูเพิ่มเติม คำพิพากษาฎีกาที่ 3776/2549 วินิจฉัยในแนวเดียวกันว่า แม้สัญญาจะซื้อขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจะไม่ได้กำหนดเวลาก่อสร้างแล้วเสร็จ แต่ผู้จะขายก็ต้องก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร.

แฟรนไชซอร์ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น และ (ง) แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมีผลประโยชน์ที่ตรงข้ามกันในเรื่องนี้³⁸

ตัวอย่างเงื่อนไขลักษณะนี้ ได้แก่ อัตราค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ อัตราค่าสิทธิหรือ ค่าการตลาด อัตราดอกเบี้ยกรณีชำระหนี้ล่าช้า ค่าสำรวจสถานที่ การกำหนดให้ต้องทำประกันภัย เป็นต้น

แม้แฟรนไชซอร์เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวฝ่ายเดียว แต่แฟรนไชซีมีอิสระที่จะทำสัญญานั้นหรือไม่ก็ได้โดยแฟรนไชซอร์ไม่อาจบังคับได้³⁹ ศาลจึงควรต้องตีความให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ปรากฏชัดเจนนั้น (Express Terms) และไม่อาจใช้หลักธุรกิจเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขสัญญา ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาที่วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาไม่อาจขอให้ศาลตีความเงื่อนไขในสัญญาเป็นอย่างอื่นได้⁴⁰ ศาลต้องบังคับตามเงื่อนไขที่ระบุในสัญญานั้น⁴¹ คู่สัญญาจะอ้างว่าต้องดูที่เจตนาที่แท้จริงเป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงถ้อยคำในสัญญาไม่ได้⁴² คู่สัญญาอาจขอให้ศาลตีความเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ได้เฉพาะกรณีข้อความหรือถ้อยคำในสัญญาไม่ชัดเจน หรืออาจตีความได้เป็นสองนัย เช่น สัญญาตอนต้นระบุให้แฟรนไชซีชำระค่าสิทธิอัตราร้อยละ 5 ของยอดขายรายเดือน แต่ในส่วนต่อมาที่

³⁸Robert W. Emerson, “Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care Toward its Franchisees.” 72 *North Carolina Law Review*, 905 (April, 1994), p.928 และดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *O’Neal v. Burger Chef System, Inc.*, 860 F.2d 1341 (6th Cir.1988).

³⁹ก่อนทำสัญญาแฟรนไชซอร์จะไม่มีอำนาจเหนือแฟรนไชซี (Pre-contract stage) และอำนาจบังคับแฟรนไชซีภายหลังทำสัญญาก็เป็นอำนาจที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา โปรดดูเพิ่มเติม *Queen City Pizza, Inc. v. Domino Pizza, Inc.* 922 F.Supp. 1055 (E.D. Pa. 1996), *aff’d*, 124 F.2d 430 (3d Cir.1997).

⁴⁰โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3325/2548, 641/2554, 12104/2547.

⁴¹กรณีที่เงื่อนไขนั้นก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างคู่กรณี หากไม่เป็นการได้เปรียบเสียเปรียบกันเกินสมควร ศาลย่อมต้องบังคับให้ตามเจตนาของคู่สัญญา แต่หากเงื่อนไขนั้นก่อให้เกิดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ข้อสัญญานั้นจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา, ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด, ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ, ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร, ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา เป็นต้น (มาตรา 4) อย่างไรก็ตามในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัด จัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา การรับภาระที่หนักกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 10)

⁴²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 212/2491.

กำหนดเวลาชำระค่าสิทธิกลับมีข้อความระบุว่า ไม่ต้องเสียค่าสิทธิ จึงอาจเกิดข้อสงสัยว่าสัญญาแฟรนไชส์ระบุให้แฟรนไชซีต้องชำระค่าสิทธิหรือไม่ กรณีนี้ศาลจึงจะเข้ามาตีความเจตนาของคู่กรณี⁴³

(2) เงื่อนไขทั่วไปที่ต้องให้คู่พินิจแก่แฟรนไชซอร์

เงื่อนไขกลุ่มนี้ คือ เงื่อนไขที่ไม่อาจจะระบุอย่างชัดเจนในขณะที่ทำสัญญาได้ โดยต้องปล่อยให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดในภายหลังตามเหมาะสมตามสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

ตัวอย่างของเงื่อนไขในกลุ่มนี้ ได้แก่ การกำหนดให้ต้องอบรมเพิ่มเติม การกำหนดให้ต้องซื้อสินค้าและวัตถุดิบจากแฟรนไชซอร์หรือบุคคลที่แฟรนไชซอร์กำหนด การกำหนดให้ต้องใช้หรือติดตั้งเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่กำหนด การเปลี่ยนแปลงคู่มือการทำธุรกิจ (Business Manual) เป็นต้น

ในระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีทุกรายต้องทำธุรกิจในรูปแบบเดียวกันเพื่อรักษามาตรฐานของแฟรนไชส์นั้นๆ รวมถึงกรณีแฟรนไชซอร์เห็นควรปรับเปลี่ยนรูปแบบหรือเงื่อนไขธุรกิจเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจหรือสภาพการแข่งขันในตลาด แต่การให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่มีกฎเกณฑ์ใดกำกับอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังนั้น ศาลจึงควรนำหลักสุจริต (Good Faith) และควรมีเหตุผลอันสมควร (Good Cause) มากำกับการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ในกรณีนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจน เช่น แฟรนไชซอร์กำหนดให้แฟรนไชซีส่งพนักงานมาฝึกอบรมเพิ่มเติมบ่อยๆ ทำให้ร้านของแฟรนไชซีขาดพนักงาน และเพิ่มต้นทุนในการดำเนินการโดยไม่จำเป็น หรือสั่งให้แฟรนไชซีส่งรายงาน (Report) ที่เกินกว่าความจำเป็น อาจถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักสุจริต และปราศจากเหตุผลที่สมควร ในกรณีเช่นนี้หากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตาม และแฟรนไชซอร์อาศัยเป็นเหตุเล็กหรือไม่ต่ออายุสัญญา ศาลย่อมใช้หลักสุจริตเข้าแทรกแซงอำนาจของ แฟรนไชซอร์ได้ แม้อำนาจนี้จะระบุอย่างชัดแจ้งในสัญญา (Express terms) แล้วก็ตาม

(3) เงื่อนไขที่แฟรนไชซีต้องอาศัยความไว้วางใจและพึ่งพาแฟรนไชซอร์

เงื่อนไขในกลุ่มนี้เป็นกรณีที่แฟรนไชซีจะต้องพึ่งพาการพิจารณาและตัดสินใจของแฟรนไชซอร์ เป็นหลัก เนื่องจากขาดประสบการณ์และความชำนาญในธุรกิจนั้น

ตัวอย่างของเงื่อนไขในกรณีนี้ เช่น การเลือกทำเลตั้งร้าน (Site selection) การออกแบบตกแต่งร้านแฟรนไชส์ (Layout and sign) เนื้อหาและรูปแบบการฝึกอบรม (Training of franchisee) ระดับมาตรฐานของธุรกิจ (Operational standard) หรือการทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ หรือการทำการตลาด (Advertising)

ในกรณีเหล่านี้การตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งแฟรนไชซอร์จะต้องดำเนินการบนพื้นฐานของความไว้วางใจของแฟรนไชซีที่มีต่อตน และต้องพิจารณาตัดสินใจบนพื้นฐานผลประโยชน์ของ

⁴³เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3375/2549 วินิจฉัยว่า หนังสือสัญญากู้ยืมระบุให้เสียดอกเบี้ยยั้งละ 1 บาทต่อเดือน แต่ข้อความต่อไปที่เว้นช่องว่างไว้สำหรับกรอกกำหนดเวลาชำระดอกเบี้ย กลับมีข้อความว่าไม่ต้องเสียดอกเบี้ย ถือว่าข้อความทั้งสองแห่งขัดกันและเป็นที่สงสัย คู่กรณีจึงนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นเจตนาที่แท้จริงได้.

แฟรนไชซีเป็นสำคัญตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Obligation) เช่น การเลือกทำเลที่ตั้งให้กับแฟรนไชซี แฟรนไชซอร์ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ (ภายใต้ประสบการณ์และความชำนาญของตน) เพื่อให้ร้านของแฟรนไชซีตั้งอยู่ในทำเล ที่เป็นประโยชน์ต่อแฟรนไชซีสูงสุด และกรณีที่มีผลประโยชน์ขัดกัน เช่น แฟรนไชซอร์ให้แฟรนไชซีเปิดร้านบนทำเลที่ดินเช่าไว้ก่อนแล้ว ทั้งที่มีทำเลอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อแฟรนไชซีมากกว่า กรณีเช่นนี้แฟรนไชซอร์จะต้องแนะนำให้เปิดร้านในทำเลที่ดีที่สุดแม้จะขัดกับประโยชน์ของตนก็ตาม

เงื่อนไขในกลุ่มนี้เรียกร้องความเป็นมืออาชีพ (Professional) จากแฟรนไชซอร์ให้สมกับที่แฟรนไชซีไว้วางใจ (Trust) ดังนั้น นอกจากแฟรนไชซอร์จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของแฟรนไชซีเป็นหลักแล้ว แฟรนไชซอร์ยังควรเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องให้กับแฟรนไชซีทราบ เช่น ทำเลที่ตั้งทั้งหมดที่แฟรนไชซอร์สำรวจไว้ รายละเอียดและผลของการสำรวจ ผลเปรียบเทียบของแต่ละทำเล เหตุผลหรือปัจจัยที่แฟรนไชซอร์เลือกทำเลนั้น เป็นต้น หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลนี้เทียบเคียงได้กับหลักสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (Utmost good faith) ที่ใช้กันแพร่หลายในสัญญาประกันภัย⁴⁴

การเปิดเผยเหตุผลแก่แฟรนไชซีมีใช้เรื่องแปลกแยกหรือเป็นหลักการใหม่ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ เงื่อนไขบางกรณี เช่น กรณีการบริหารจัดการเงินค่าการตลาด (Marketing Fee) ที่แฟรนไชซอร์เรียกเก็บจาก แฟรนไชซีทุกรายเพื่อใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายการค้า ก็ถือเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปที่แฟรนไชซอร์จะต้องแยกเงินจำนวนนี้และเปิดเผยรายละเอียดต่อแฟรนไชซีว่าแฟรนไชซอร์มีแผนงานจะใช้เงินค่าการตลาดนี้ในลักษณะใด อย่างไร

4. บทสรุป

การตัดสินใจในทางธุรกิจต้องคำนึงถึงปัจจัยและเงื่อนไขของตลาด สภาพเศรษฐกิจ ระดับการแข่งขัน การเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ ความต้องการและรสนิยมของผู้บริโภค บลงทุนที่เพิ่มขึ้น ระยะเวลาคืนทุน (Return of Investment-ROI) ของแฟรนไชซี ฯลฯ อีกทั้งยังขึ้นกับประสบการณ์และความเชี่ยวชาญของแฟรนไชซอร์ การปรับใช้หลักสุจริต (Good Faith) ภายใต้ข้อเสนอแยกประเภทเงื่อนไขในสัญญา เป็น 3 กลุ่ม และเสริมด้วยหลักการมีเหตุผลที่สมควร (Good Cause) และการเปิดเผยข้อมูลภายใต้หลักสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (Utmost Good Faith) จะทำให้การตีความและบังคับใช้เงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์มีความยืดหยุ่นและให้การคุ้มครองแฟรนไชซีได้เป็นอย่างดี โดยไม่กระทบต่อลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์

⁴⁴หลักสุจริตเป็นอย่างยิ่งเป็นหลักที่กำหนดให้ ผู้เอาประกันภัยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการรับประกันภัย หรือการกำหนดเบี้ยประกันภัย เนื่องจากข้อเท็จจริงเหล่านี้อยู่ในความรู้เห็นของผู้เอาประกันแต่เพียงฝ่ายเดียว (โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865) หลักนี้ใช้บังคับทั้งก่อนและหลังการเกิดสัญญาประกันภัย หลักนี้บังคับให้ต้องเปิดเผยข้อความจริง (Disclosure) และการไม่แถลงข้อความเท็จ (Non-misrepresentation) และโปรดดูเพิ่มเติมเจริญชัย อัครวิริยอนันต์, “หลักความสุจริตอย่างยิ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเล.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 6 3 (กุมภาพันธ์-มีนาคม 2555): 89-104.

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ สัมพันธภาพที่ดีระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะช่วยให้การปรับเปลี่ยนรูปแบบธุรกิจของแฟรนไชซอร์ได้รับการยอมรับจากแฟรนไชซี IFA ได้เผยแพร่แถลงการณ์เกี่ยวกับหลักการของ แฟรนไชส์ข้อหนึ่งว่า ในการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นความชัดเจน (Clarity) และความโปร่งใส (Transparency) เป็นปัจจัยสำคัญที่จะสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ทั้งสองฝ่ายต้องมีส่วนร่วมมือกันในการกำหนดนโยบายทางธุรกิจ และการสื่อสารพูดคุยกันอย่างสม่ำเสมอจะช่วยเสริมสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างทั้งสองฝ่าย⁴⁵ และปัจจุบันหลายประเทศส่งเสริมให้ผู้ประกอบการแฟรนไชส์ควบคุมกันเองผ่านองค์กรหรือสมาคมของแฟรนไชซอร์ ที่อาจกำหนดเป็นธรรมนูญหรือหลักจรรยาบรรณในทางธุรกิจ (Business Ethics) และเผยแพร่ข้อมูลแฟรนไชซอร์ที่ไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวให้สาธารณชนรับรู้ ซึ่งถือเป็นมาตรการบังคับเชิงสังคม (Social Sanction) ได้ทางหนึ่ง⁴⁶

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554.
- เจริญชัย อัครพิริยอนันต์. “หลักความสุจริตอย่างยิ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเล.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์** 6, 3 (กุมภาพันธ์-มีนาคม 2555).
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519).
- พระพงษ์ กิตติเวชโกคาวัฒน์. **สถานการณ์แฟรนไชส์ไทย 2555-2556** [Online]. Available URL: [http://www.thaifranchisecenter.com/document /show.php?docuID=582](http://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=582), 2014 (กรกฎาคม, 24).
- พระพงษ์ กิตติเวชโกคาวัฒน์. **แฟรนไชส์ยุทธการโคลนนิ่งธุรกิจ**. กรุงเทพมหานคร: บริษัทแฟรนเน็ก จำกัด, 2557.
- ศันันท์ภรณ์ โสถธิพันธุ์. **คำอธิบายนิติกรรมสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554.

⁴⁵IFA, **Statement of Guiding Principles**, [Online], available URL: <http://www.franchise.org/STATEMENT-OFGUIDINGPRINCIPLES.aspx>, 2014 (August, 13).

⁴⁶โปรดดู Norman D. Bishara, Cindy A. Schipani, “A Corporate Governance Perspective on the Franchisor-Franchisee Relationship.” 19 **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, 303 (Spring 2014) ซึ่งให้ความเห็นว่าการเพิ่มเติมหน้าที่ของแฟรนไชซอร์ในการเปิดเผยข้อมูลแก่แฟรนไชซีก่อนทำสัญญาอาจไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้อง และเสนอว่าควรจะเน้นให้องค์กรธุรกิจด้านแฟรนไชส์เพิ่มกลไกในการควบคุมกันเอง (Self-regulatory approach) และยังให้ความเห็นว่าบทบาทศาลในการปรับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) กับธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเป็นสิ่งที่ละเอียดอ่อนและต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์จะสร้างความสัมพันธ์ที่ยาวนาน.

- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. **พริกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์**. กรุงเทพมหานคร: เอ อาร์บีสิเนสเพรส, 2546.
- สมยศ เชื้อไทย. **ความรู้กฎหมายทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2555.
- Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.* 930 F.2d 228 (2d Cir.1991).
- Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.* 594 F.2d 129 (5th Cir. 1979).
- Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 732 F.2d 480 (5th Cir.1984).
- Dunkin' Donut of America, Inc. v. Minerva, Inc.*, 956 F.2d 1566 (11th Cir.1992).
- IFA. **Statement of Guiding Principles**. [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/STATEMENTOFGUIDINGPRINCIPLES.aspx>, 2014 (August, 13).
- International Franchise Association. [Online]. Available URL: <http://www.buildingopportunity.com/impact/index.aspx>, 2014 (July, 25).
- Massey v. Tandy Corp.* 987 F.2d 1307(8th Cir.1993).
- McDonald's Corp. v. Watson*, 69 F.3d 36 (5th Cir. 1995).
- Minority and Franchising: Hearing before the Committee on Small Business, 102D Cong., 9 (1991).
- Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979).
- Emerson, Robert W. "Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates", 35 **AMB. L.J.**, 559 Note 29.
- Pitegoff, Thomas M. "Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisor," 45 **BUS. LAW**, 289, 309 (1989).
- Warren Pengilly. "International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiation." 7 **Northwestern Journal of International Law & Business**, 185 (1985-1986).