

15 września 2021 r.



KOMUNIKAT GŁÓWNEGO INSPEKTORA FARMACEUTYCZNEGO W SPRAWIE UMÓW FRANCZYZY NA RYNKU DETALICZNEGO OBROTU PRODUKTAMI LECZNICZYMI

KOMUNIKAT POWSTAŁ Z WYKORZYSTANIEM

WYNIKÓW PRAC ZESPOŁU ROBOCZEGO DZIAŁAJĄCEGO PRZY GŁÓWNYM
INSPEKTORZE FARMACEUTYCZNYM, Z UDZIAŁEM PRZEDSTAWICIELI RZECZNIKA
MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORCÓW ORAZ PREZESA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

1. KONIECZNOŚĆ RESPEKTOWANIA ZASAD OGÓLNYCH PRAWA PRZEDSIĘBIORCÓW

Główny Inspektor Farmaceutyczny, zwany dalej: „GIF”, przedkłada poniżej wyjaśnienia dotyczące umów franczyzy zawieranych przez przedsiębiorców prowadzących aptekę ogólnodostępną i ich oceny w ramach prowadzonych przez organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej postępowań administracyjnych w zakresie spełnienia wymogów, o których mowa w art. 99 ust. 3 i 3a ustawy – Prawo farmaceutyczne¹, zwanej dalej „u.p.f.” GIF w ramach prowadzonych postępowań administracyjnych stosuje również zasady określone Prawem przedsiębiorców².

2. ISTOTA I DEFINICJA UMOWY FRANCZYZY

Umowa francyzowa należy do nienazwanych i objętych wynikającą z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny³ swobodą umów. Zakłada ona, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą ukształtować go swobodnie „byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Tak rozumiana wolność w formułowaniu postanowień umowy franczyzy sprawia, że umowy te bywają redagowane różnorodnie, a w samej umowie możliwe są rozmaite zastrzeżenia, właściwe charakterystyce danego stosunku prawnego i potrzebom gospodarczym.

Zgodnie z definicją zawartą w Europejskim Kodeksie Etyki Franczyzy Europejskiej Federacji Franczyzy „franczyza to system sprzedaży towarów, usług lub technologii, który opiera się na bliskiej, a także ciągłej współpracy pomiędzy **prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami** (Francyzodawcą i jego indywidualnymi Francyzobiorcami), w ramach którego Francyzodawca udziela indywidualnemu Francyzobiorcy prawa oraz nakłada na niego obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z koncepcją Francyzodawcy.”⁴

Indywidualny francyzobiorca jest uprawniony i zobowiązany, w zamian za bezpośrednio lub pośrednio świadczenia finansowe, do korzystania z nazwy handlowej, znaku towarowego lub znaku usługowego, „know-how”, metod biznesowych i technicznych, systemu procedur oraz innych praw własności przemysłowej lub intelektualnej Francyzodawcy, popartych ciągłym świadczeniem pomocy handlowej i technicznej, w ramach oraz przez okres obowiązywania pisemnej umowy francyzowej zawartej w tym celu między stronami.

Jako jedną z zasad etyki franczyzy kodeks wskazuje na obowiązek francyzodawcy polegający na **traktowaniu swoich francyzobiorców jako niezależnych przedsiębiorców**, a oni nie mogą być mu podporządkowani bezpośrednio ani pośrednio jako pracownicy. Ponadto zgodnie z ww. kodeksem francyzobiorca przyjmuje obowiązek lojalnej współpracy z francyzodawcą w celu zapewnienia sukcesu sieci, **do której przystąpił jako świadomy i w pełni niezależny przedsiębiorca.**⁵

UWAGA! Dalsze rozważania dotyczące umowy franczyzy i umów okołofranczyzowych zawarte w komunikacie co do wpływu postanowień umownych na przejęcie kontroli i ewentualne przekroczenie progów antykoncentracyjnych na podstawie u.p.f. są aktualne także w odniesieniu do innych rodzajów umów zawieranych na rynku aptecznym.

GIF „A PRIORI” NIE NEGUJE MOŻLIWOŚCI ANI ZASADNOŚCI...

...zawierania umów franczyzowych przez podmioty prowadzące aptekę ogólnodostępną. Działalność taka jest dozwolona pod warunkiem nienaruszenia przepisów określonych w Prawie farmaceutycznym.

3. GIF NIE NEGUJE FRANCZYZY NA RYNKU APTECZNYM

Rynkowe korzyści płynące z funkcjonowania aptek ogólnodostępnych w ramach franczyzy pozostają niekwestionowane. Pacjent jest beneficjentem także i tego, że na rynku aptecznym mamy do czynienia z konkurencją między różnymi formami prowadzenia działalności. Należy jednak zaznaczyć, że nie można wykluczyć, że indywidualnie ukształtowany stosunek franczyzy czy stosunek powstały w wyniku innej umowy może (choć nie musi w każdym przypadku) prowadzić do stosunku bezpośredniej lub pośredniej zależności, skutkującego w niektórych przypadkach niespełnieniem wymogów określonych w art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 u.p.f. i art. 99 ust. 3a pkt 2 i 3 u.p.f., co z kolei obliuguje organy PIF do podjęcia stosownych czynności.

Innymi słowy, **funkcjonowanie apteki ogólnodostępnej w ramach franczyzy stanowi okoliczność faktyczną, która może podlegać badaniu w toku postępowania administracyjnego pod kątem spełnienia wskazanych wyżej przesłanek. Badanie tych przesłanek opiera się**

w pierwszej kolejności na oświadczeniach przedsiębiorcy. Przedmiotowe oświadczenia mogą podlegać weryfikacji w sytuacji zaistnienia wątpliwości co do ich zgodności z prawdą. Na powyższe wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: II GSK 1197/20 i II GSK 1215/20.

Ogólne obowiązki poddania się przez franczyzobiorcę kontroli ze strony franczyzodawcy wpisane są w istotę umowy franczyzowej i nie stanowią „per se” naruszenia przepisów Prawa farmaceutycznego, byleby nie wykraczały one poza racjonalną potrzebę. Organizator sieci ma zapewnioną pieczę nad sposobem stosowania pakietu franchisingowego przez poszczególnych franczyzobiorców, co jest istotne przy tworzeniu jednolitej sieci franczyzowej, ale jest to kontrola w zakresie: jakości świadczonych usług, używania oznaczeń franczyzodawcy, stosowania wiedzy

technicznej i metod prowadzenia działalności, określonych przez francyzodawcę. Obowiązek ten dotyczy również poddania się kontroli w zakresie dokumentacji handlowej i księgowej przedsiębiorstwa francyzobiorcy, co jest szczególnie uzasadnione przede wszystkim w tych przypadkach, gdy podstawę opłat na rzecz francyzodawcy stanowi obrót osiągany przez francyzobiorcę. Jednak podkreślenia wymaga fakt, że mimo to francyzobiorca powinien faktycznie i realnie działać cały czas na własny rachunek.

Podkreślenia wymaga, że **wobec przepisów antykoncentracyjnych, każda umowa franczyzy wraz z umowami współistniejącymi, (np. umową pożyczki udzielanej na rzecz francyzobiorcy przez francyzodawcę, umową najmu lokalu apteki będącego własnością francyzodawcy, umową o usługi centralne itp.), powinna podlegać indywidualnej ocenie.** Natomiast postanowienia tej umowy i umów jej towarzyszących mogą prowadzić do oceny naruszenia przepisów antykoncentracyjnych zawartych w u.p.f., jeżeli zasadniczo podporządkowują francyzobiorcę francyzodawcy tak, że jego możliwości kreowania własnej działalności gospodarczej są w rzeczywistości iluzoryczne.

4. PROWADZENIE APTEKI DZIAŁALNOŚCIĄ REGLAMENTOWANĄ

Przenosząc ogólne założenia umowy francyzowej na możliwość jej stosowania przez podmioty prowadzące aptekę ogólnodostępną, należy zwrócić uwagę, że prowadzenie apteki należy do tych kategorii działalności gospodarczej, które objęte są reglamentacją w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP.

Przepis art. 99 ust. 1 u.p.f., do którego odsyła art. 41 ust. 1 Prawa przedsiębiorców, stanowi, że apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia.

Spełnienie przewidzianych w art. 99 ust. 3 i 3a, ust. 4-4b u.p.f. warunków ustawowych do uzyskania zezwolenia lub przeniesienia zezwolenia, kreuje po stronie przedsiębiorcy roszczenie, które powinno być zrealizowane w postępowaniu administracyjnym zakończonym wydaniem decyzji administracyjnej stwierdzającej wydanie zezwolenia lub jego przeniesienia. Ze względu na to, że instytucję reglamentacji działalności traktować należy jako wyjątek od konstytucyjnie gwarantowanej swobody prowadzenia działalności gospodarczej, wszelkie przepisy statuujące ograniczenia wykladać należy ściśle. Niemniej zawężająca metoda wykładni nie może prowadzić do pominięcia części hipotezy stosowanej normy prawnej bądź automatyzmu w stosowaniu prawa.

Przepisy wyrażone w art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 oraz ust. 3a pkt 2 i 3 u.p.f. odwołują się do unormowania art. 4 pkt 4 i 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, definiującego **pojęcie przejęcia kontroli jako wszelkie formy bezpośredniego lub**

pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców oraz pojęcia grupy kapitałowej rozumianej jako wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Antykoncentracyjna funkcja wskazanych przepisów służyć ma zabezpieczeniu rynku produktów leczniczych przed takimi powiązaniem pomiędzy przedsiębiorcami, które mogłyby wpływać na dostęp do tych produktów i instrumentalne (sztuczne) kształtowanie ich cen, jedynie w celu maksymalizacji zysku przedsiębiorców prowadzących przedmiotową działalność gospodarczą.

Na konieczność ścisłego stosowania ww. przepisów, tj. art. 4 pkt 4 i 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zwrócił uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 15 kwietnia 2021 r. (II GSK 1197/20 i II GSK 1215/20), wskazując: „że wykładnia art. 99 ust. 3 pkt 2 Pf w zakresie pojęcia "podmiotów kontrolowanych w sposób bezpośredni lub pośredni" powinna obracać się w granicach siatki pojęciowej zawartej w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów, do której to ustawy odesłanie dynamiczne, a więc uwzględniające każdorazowe brzmienie tych przepisów, zawarto właśnie w ustępie trzecim omawianego przepisu ustawy Prawo farmaceutyczne.

Przy analizie wzajemnych zależności i pokrywających się zakresów art. 99 ust. 3 pkt 3 Pf i art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów trzeba jednak uwzględnić i podkreślić, że odwołanie zawarte w art. 99 ust. 3 pkt 2 Pf do przepisów ustawy o ochronie konsumentów i konkurencji nie zawęży przesłanek stosowania tego przepisu wyłącznie do wymienionych w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów form przejęcia kontroli nad podmiotem zależnym, gdyż są one tam wymienione przykładowo. Niemniej istotne jest, że w pierwszej części art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawodawca odwołuje się wprost do wszelkich form "pośredniego lub bezpośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców", co w przypadkach nieprzewidzianych w katalogu zawartym w ww. przepisie, ale uzasadnionych w konkretnym stanie faktycznym, z odwołaniem się do zasad logiki i doświadczenia życiowego (jak słusznie w tym zakresie wskazał WSA) pozwalać będzie na dokonywanie oceny, czy nie zachodzą formy zależności wliczane do progu antykoncentracyjnego przewidzianego w ustawie Prawo farmaceutyczne."

5. UMOWA FRANCZYZY A POWSTANIE KONTROLI

Forma współpracy gospodarczej w postaci franczyzy sama w sobie nie musi zatem świadczyć o tym, że pomiędzy stronami umowy francyzowej zachodzi stosunek zależności, o którym mowa w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dopiero bowiem zestawienie postanowień wszystkich umów zawartych między przedsiębiorcami (francyzodawcą i francyzobiorcą) może wskazywać na relację podporządkowania gospodarczego pomiędzy nimi.

Dopuszczalność kształtowania w ten sposób relacji gospodarczych w kontekście analizowanej problematyki nie powinna podlegać ocenie w zakresie ustawowych granic swobody kontraktowania, gwarantowanej w art. 353¹ KC. Jednakże badaniu i ocenie podlegają skutki tak uregulowanych praw i obowiązków stron nawiązanych stosunków zobowiązaniowych, w sferze prawa publicznego, tj. przepisów antykoncentracyjnych w u.p.f. O ile organy administracji ani sąd administracyjny nie są upoważnione do podważenia skuteczności zawartych umów cywilnoprawnych lub poszczególnych ich postanowień, to jednak **obowiązane są do weryfikacji ukształtowanej w ten sposób sytuacji przedsiębiorcy, który ubiega się o uprawnienie o charakterze reglamentowanym, którego udzielenie determinowane jest jego cechami podmiotowymi, na który zawarte w obrocie kontrakty mają bezpośredni wpływ.**

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z praktyką decyzyjną Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sam fakt zawarcia umowy francyzowej nie jest traktowany jako przejęcie przez francyzodawcę kontroli nad francyzobiorcą i nie prowadzi do powstania grupy kapitałowej, do której należą strony takiej umowy.

Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. W dalszej części tego przepisu wskazane są przykładowe sposoby przejęcia kontroli.

Katalog ten ma charakter otwarty, w związku z tym z przejęciem kontroli będziemy mieli do czynienia zawsze wtedy, gdy jeden z przedsiębiorców staje się przedsiębiorcą zależnym w stosunku do innego przedsiębiorcy (przedsiębiorców). Dla przykładu, przejęcie kontroli nad francyzobiorcą może nastąpić poprzez nabycie kontrolnego pakietu udziałów we francyzobiorcy, a zamiar takiego nabycia, przy spełnieniu ustawowych progów obrotowych, będzie podlegał uprzedniej kontroli Prezesa Urzędu. Jest to najczęściej występujący przypadek przejęcia kontroli. Takie koncentracje były także w przeszłości niejednokrotnie rozpatrywane przez Prezesa

UOKiK. Gdyby uznać, że franczyzodawca zawsze sprawuje kontrolę nad franczyzobiorcą (franczyzobiorca należy do jego grupy kapitałowej), zamiar takiej koncentracji nie podlegałby obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK (transakcje w ramach grupy kapitałowej nie podlegają kontroli Prezesa UOKiK).

Nie można także wykluczyć, że w konkretnym stanie faktycznym, franczyzodawca może uzyskać takie uprawnienia, które bezpośrednio lub pośrednio, osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na franczyzobiorcę, a zatem powodują powstanie stosunku zależności franczyzobiorcy względem franczyzodawcy.

Relacje pomiędzy franczyzobiorcą a franczyzodawcą mogą być zatem również przedmiotem oceny przez Prezesa Urzędu w zakresie tego czy doszło do przejęcia kontroli.

Przy tej ocenie decydujące znaczenie może mieć kwestia, czy franczyzobiorca jest w stanie kontynuować działalność polegającą na prowadzeniu apteki po rozwiązaniu umowy z franczyzodawcą, w tym poprzez zawarcie umowy z innym franczyzodawcą. Jeżeli taka możliwość istnieje trudno jest raczej mówić o sprawowaniu kontroli przez franczyzodawcę nad franczyzobiorcą.

6. UMOWA FRANCZYZY A POWSTANIE KONTROLI

Stanowisko, że uczestnictwo w sieci franczyzowej może stanowić przesłankę negatywną w zakresie dopuszczalności przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej (z uwagi na powstanie grupy kapitałowej poprzez łączące stosunki zobowiązaniowe) zostało potwierdzone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyrokach z dnia:

- 24 lipca 2020 r., sygn. akt VI SA/Wa 738/20 (wyrok **prawomocny**),
- 21 października 2020 r., sygn. akt VI SA/Wa 929/20 (wyrok nieprawomocny),
- 28 stycznia 2021 r., sygn. akt VI SA/Wa 707/20 (wyrok nieprawomocny),
- 14 maja 2021 r. sygn. akt VI SA/Wa 886/20 (wyrok nieprawomocny),

na mocy których Sąd oddalił skargi przedsiębiorców na decyzje GIF utrzymujące decyzje organów I instancji w przedmiocie odmowy przeniesienia zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych.

Wojewódzki Sąd Administracyjny prawomocnym wyrokiem z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt VI SA/Wa 738/20, oddalił skargę na decyzję GIF w przedmiocie odmowy przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, podzielając stanowisko Organu, iż poprzez powiązania wynikające z umowy subfranczyzy przedsiębiorca ubiegający się o przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki stał się członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne (art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f.), poprzez szeroki zakres dostępu Holdingu

do działalności gospodarczej franczyzobiorcy zarówno biznesowej, organizacyjnej, jak i finansowej.

Z uwagi na uznanie, że przedsiębiorca poprzez zawarcie umowy subfranczyzy ze spółką "(...) wszedł w skład grupy kapitałowej, o której mowa w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k., WSA w Warszawie stwierdził, że organ odwoławczy był zobowiązany wziąć pod uwagę liczbę aptek prowadzonych przez wszystkich członków grupy kapitałowej, w skład której weszła Spółka, prowadzących apteki ogólnodostępne na terenie danego województwa. Tym samym zasadnie organ uznał, że nabywca jest członkiem grupy kapitałowej, której członkowie prowadzą więcej niż 4 apteki ogólnodostępne na terenie danego województwa, a to powoduje niedozwolone przekroczenie progu określonego w art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f."

Podkreślenia wymaga, że orzeczenia wydane przez Naczelną Sąd Administracyjny w sprawach ze skarg kasacyjnych na nieprawomocne ww. wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zasadniczo wpłyną na linię orzeczniczą dotyczącą umów franczyzy i ich oceny w zakresie przejęcia kontroli czy powstania grupy kapitałowej w kontekście ewentualnego przekroczenia progów antykoncentracyjnych na podstawie przepisów u.p.f. Warto zatem monitorować rozstrzygnięcia przedmiotowych spraw w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych, dostępnej na stronie internetowej:

<https://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>.

Zaznaczenia wymaga również, że w prawomocnym wyroku z dnia 19 września 2018 r. (sygn. akt VI SA/Wa 701/18), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał, że „Sieć franczyzowa to nie grupa kapitałowa, ani kontrola, o których mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.”

Wskazać ponadto należy na wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: II GSK 1197/20 i II GSK 1215/20, w zakresie, w jakim Naczelną Sąd Administracyjny wskazał na konieczność ścisłego korzystania z siatki pojęciowej wynikającej z przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wyznaczył granice oceny zaistnienia kontroli oraz wywierania decydującego wpływu o których mowa w art. 4 ust. 4 UOKIK.

Ewa Krajewska

Główny Inspektor Farmaceutyczny

¹ ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne Dz. U. z 2021 r. poz. 974, z późn. zm.)

² ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162)

³ (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)

⁴ „European Code of ethics for franchising”, European Franchise Federation, Bruksela, 2016, s. 3

⁵ *Ibidem*, s. 3 i 4