VI SA/Wa 738/20 - Wyrok WSA w Warszawie

Data orzeczenia	2020-07-24	*orzeczenie nieprawomocne*
Data wpływu	2020-03-17	
Sąd	Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie	
Sędziowie	Grażyna Śliwińska /przewodniczący sprawozdawca/	
Symbol z opisem	6203 Prowadzenie aptek i hurtowni farmaceutycznych	
Hasła tematyczne	Inne	
Skarżony organ	Inspektor Farmaceutyczny	
Treść wyniku	Oddalono skargę	
Powołane przepisy	Dz.U. 2019 poz 499 art. 112 ust. 1 pkt 1 i ust. 3, art. 115 ust. 1 pkt 4, art. 99 ust. 2, art. 99 ust. 3a pkt 3 oraz art. 104a ust. 1 i 2 *Ustawa z dnia 6 września 2001 r Prawo farmaceutyczne - t.j.*	

SENTENCJA

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w składzie następującym: Przewodniczący Sędzia WSA Grażyna Śliwińska (spr.) Sędziowie Sędzia WSA Pamela Kuraś-Dębecka Sędzia WSA Magdalena Maliszewska Protokolant ref. staż. Robert Mirończyk po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2020 r. sprawy ze skargi G. Spółka jawna z siedzibą w W. na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...] stycznia 2020 r. nr [...] w przedmiocie odmowy przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej oddala skargę

UZASADNIENIE

VI SA/Wa 738/20

Uzasadnienie

"(...)"Sp. j. z/s w "(...)" (dalej jako "skarżąca", "spółka") wniosła skargę na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z "(...)" stycznia 2020 r. nr "(...)", który utrzymał w mocy decyzję "(...)"Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu z "(...)"listopada 2019 r., znak: "(...)"odmawiającą przeniesienia na rzecz skarżącej zezwolenia "(...)"wydanego przez "(...)"Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we "(...)"dla "(...)"" na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie "APTEKA "(...)"" położonej w "(...)"przy ul. "(...)".

Podstawą prawną odmowy były art. 112 ust. 1 pkt 1 i ust. 3, art. 115 ust. 1 pkt 4, art. 99 ust. 2, art. 99 ust. 3a pkt 3 oraz art. 104a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 r., poz. 499 ze zm.), zwanej dalej: "u.p.f." oraz art. 138 § 1 pkt 2 w zw. z art. 104 § 1 i § 2 dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.), zwanej dalej: "k.p.a."

Podstawę faktyczną stanowiły następujące ustalenia.

Pismem z 31 maja 2019 r., Skarżąca oraz "(...)"Sp. j. z siedzibą w "(...)"złożyły wniosek o przeniesienie zezwolenia aptecznego w trybie 104a u.p.f.

Pismami z 19 czerwca 2019 r. oraz 30 lipca 2019 r. "(...)"Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we "(...)"wezwał skarżącą do złożenia oświadczeń, przedłożenia umowy najmu lokalu, przedłożenia dokumentów potwierdzających uzyskanie źródła finansowania na zakup zorganizowanej części przedsiębiorstwa oraz przedłożenia umowy franczyzy zawartej ze spółką "(...)"Sp. z o. o. oraz o wskazanie źródeł finansowania na zakup zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe wezwania, skarżąca przekazała umowę subfranczyzy, ale wskazała, że brak jest podstaw do żądania przez WIF informacji dotyczących wysokości, źródła oraz zasad finansowania i ich podstaw { umów), bowiem wiadomości te są całkowicie niezwiązane ze spełnianiem przez spółkę przesłanki

przeniesienia zezwolenia z art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. Jej zdaniem, umowa pożyczki jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i podlega ochronie na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odmowa związana jest również z brakiem podstawy prawnej do żądania przez WIF umowy pożyczki w toku postępowania o przeniesienie zezwolenia oraz brakiem związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy zawarciem przez spółkę umowy pożyczki, a spełnianiem warunków o których mowa w art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f.

Decyzją z dnia "(...)"istopada 2019 r., znak: "(...)"Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we "(...)"odmówił przeniesienia na rzecz skarżącej, wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem "(...)", zezwolenia "(...)"wydanego przez "(...)"Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we "(...)" dla ""(...)"", wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem "(...)", na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie "APTEKA "(...)"" położonej w "(...)"przy ul. "(...)".

W złożonym odwołaniu od ww. decyzji skarżąca zaskarżyła ją w całości oraz wskazała naruszenie przepisów postępowania, tj.:

1. art. 7, 77 § 1, 80 k.p.a. poprzez nieprzeprowadzenie należytego, wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, brak wyczerpującego rozpatrzenia całego materiału "dowodowego, dowolną a nie swobodną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz wywiedzenie tez, które nie mają związku z zebranym materiałem dowodowym a w szczególności poprzez uznanie, że skarżąca i spółka "(...)"sp. z o.o. (dalej również: "Franczyzodawca") powiązane są stosunkiem zależności, mimo przedłożenia dowodów i wyjaśnień na potwierdzenie okoliczności przez Spółkę, że taki stosunek nie występuje;

2. art. 6 k.p.a. poprzez żądanie od skarżącej dokumentów i informacji (zwłaszcza finansowych), których obowiązek przedłożenia nie wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa oraz bez wykazania związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy żądaniem organu, a przedmiotem badania spełnienia przesłanek niezbędnych do przeniesienia zezwolenia;

3. art. 7a § 1 k.p.a. oraz art. 81a § 1 k.p.a. poprzez jego niezastosowanie i pominięcie obowiązku rozstrzygnięcia występujących w sprawie wątpliwości co do treści normy prawnej na korzyść strony, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że skarżąca należy do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. i bezzasadne przerzucenie ciężaru dowodowego w tym zakresie na spółkę pomimo, że w toku postępowania skarżąca i jej wspólnicy złożyli odpowiednie i wystarczające oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej;

4. naruszenie art. 12 k.p.a. poprzez jego niezastosowanie i przewlekłe prowadzenie postępowania z niedotrzymaniem terminów ustawowych, terminu wyznaczonego przez sam organ, jak również terminu wyznaczonego w postanowieniu Głównego Inspektora Farmaceutycznego uwzględniającego złożone przez spółkę ponaglenie, a także stosowanie uciążliwych środków (w postaci wysyłania analogicznych pytań do wielu adresatów), które wyłącznie w opinii organu miały przyczynić się do załatwienia sprawy;

5. naruszenie art. 10 ust. 1 Prawa przedsiębiorców poprzez brak zastosowania przy wydawaniu decyzji zasady domniemania uczciwości spółki jako przedsiębiorcy, w tym brak poczynienia założenia, że skarżąca i jej wspólnicy - składając wraz z wnioskiem o przeniesienie zezwolenia oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej - działają zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów, a w konsekwencji bezzasadne przerzucenie ciężaru dowodowego w tym zakresie na skarżącą;

naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 104a u.p.f. poprzez jego niezastosowanie i nieprzeniesienie zezwolenia na rzecz skarżącej, która nabyła całą aptekę ogólnodostępną w rozumieniu art. 551 k.c. podczas gdy skarżąca jako nabywca spełniła wszystkie wymagania, o których mowa w art. 104a ust. 1 pkt 1 u.p.f. i brak było podstaw do odmowy przeniesienia zezwolenia.

2. art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. z zw. z art. 104a u.p.f., poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że skarżąca jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą łącznie więcej niż 4 apteki ogólnodostępne poprzez powiązanie wynikające z zawartej umowy franczyzy z Franczyzodawcą mimo, że:

a) sam fakt przynależności do sieci franczyzowej nie stwarza stosunku zależności w rozumieniu przepisów ustawy ochronie konkurencji i konsumentów, a co za tym idzie franczyzodawca i franczyzobiorca nie tworzą grupy kapitałowej w rozumieniu ww. ustawy;

b) zawarte w umowie franczyzy postanowienia, omówione w uzasadnieniu odwołania, nie stanowią przesłanek pozwalających na bezpośrednie wnioskowanie o istnieniu pomiędzy tymi podmiotami stosunku zależności w rozumieniu u.o.k.i.k.;

c) fakt, że na mocy umowy franczyzy franczyzobiorca zobowiązuje się do postępowania zgodnie ze standardami wyznaczonymi przez franczyzodawcę (w tym: zastosowanie się do wyglądu zewnętrznego i wewnętrznego lokalu), nie stanowi jednoznacznej podstawy do stwierdzenia, że franczyzobiorcy tracą swoją niezależność;

d) uprawnienie do korzystania ze znaku towarowego franczyzodawcy przez franczyzobiorców nie jest równoznaczne z utratą przez nich niezależności, a co za tym idzie, spółka nie jest członkiem żadnej grupy kapitałowej przekraczającej łącznie wskazany w przepisach prawa limit prowadzonych aptek, wobec czego brak jest przesłanki do odmowy przeniesienia Zezwolenia.

W uzasadnieniu odwołania rozwinęła i uzasadniła swoje zarzuty oraz wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu uzupełniającego ze stanowiska Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców z 6 listopada 2019 r., opublikowanego pod adresem "(...)", którego wydruk dołączyła do odwołania (Załącznik nr 3) na okoliczność wykazania błędnej wykładni art. 104a u.p.f. przyjętej przez WIF w zaskarżonej decyzji i konieczność jej uchylenia.

Główny Inspektor Farmaceutyczny po rozpatrzeniu odwołania utrzymał zaskarżoną decyzję w mocy, kierując się art. 99 ust. 2 pkt 2 i 3 u.p.f. Wskazał, że kluczowym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest ustalenie, czy spółka "(...)"Sp. j. z siedzibą w W. wraz ze spółką "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"należą do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy ochronie konkurencji i konsumentów. Kierując się zamieszczonym w art. 99 ust. 2 pkt 2 i 3 u.p.f. odesłaniem, odwołał się do definicji pojęć grupy kapitałowej określonej w art. 4 pkt 14 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r., poz. 369 ze zm.) zwaną dalej "u.o.k.i.k.". Wskazał również, że w ww. ustawie zdefiniowano również pojęcie "przejęcia kontroli" (art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k.). Jego zdaniem, istotą przejęcia kontroli przez jednego przedsiębiorcę nad innym lub innymi przedsiębiorcami, jest uzyskanie (bezpośrednio lub pośrednio) możliwości wywierania decydującego wpływu na niezależnie dotychczas operującego na rynku przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Kierując się stanowiskiem doktryny, przedstawił również poglądy definiujące pojęcie "wywierania decydującego wpływu". Uzyskanie decydującego wpływu na działalność innego przedsiębiorcy może mieć dowolne źródło, o ile skutkiem jest wskazany wpływ. Artykuł 4 pkt 4 u.o.k.i.k. mówi o uzyskaniu "uprawnień" pozwalających na wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia, o których mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k., przedsiębiorca przejmujący kontrolę może nabyć zarówno w drodze czynności prawnych lub faktycznych, które sam podejmuje (np. nabycie akcji), jak i w rezultacie działań podmiotów trzecich, przy jego całkowitej bezczynności (np. nabycie akcji przez przedsiębiorcę od niego zależnego). (...) W świetle ww. normy, dla przyjęcia występowania (posiadania) "kontroli" wystarcza istnienie samej "możliwości" wywierania decydującego wpływu na działania innego przedsiębiorcy czy przedsiębiorców, a nie to, czy wpływ ten jest faktycznie wywierany. Bez znaczenia dla przyjęcia istnienia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k. jest zakres swobody, jaki przedsiębiorca dominujący pozostawia kontrolowanym przez siebie przedsiębiorcom w odniesieniu do ich zachowań rynkowych. Jednakże możliwość wywierania takiego wpływu

musi być rzeczywista (por. komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów red. Skoczny 2014, wyd. 2).

Analizując umowę subfranczyzy z 1 marca 2019 r., Główny Inspektor Farmaceutyczny ocenił, że "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"uzyskała kontrolę (zgodnie z definicją z art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k.) poprzez pośrednie uzyskanie uprawnień przez przedsiębiorcę, tj. "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w W., które łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, tj. skarżącą. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie organ wskazał w sposób szczegółowy na zapisy zawartej umowy, w szczególności na zapisy regulujące obowiązki franczyzobiorcy - § 6 ust. 8, 9 pkt a, n, o, v, x, y, § 10 ust 3, § 13 ust. 6 i § 16 umowy oraz uprawnienia franczyzodawcy - § 10 ust 1 i § 23 ust. 2 umowy.

Główny Inspektor Farmaceutyczny ocenił, że zawarta umowa subfranczyzy jednoznacznie wskazuje, że "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w W., w trakcie trwania umowy posiadać będzie, pod zastrzeżeniem natychmiastowego zakończenia umowy franczyzy, możliwości kontrolne nad skarżącą w zakresie sprzedaży udziałów lub praw tej spółki, ewentualnego uruchomienia i prowadzenia nowych aptek ogólnodostępnych bez zawarcia kolejnej umowy franczyzy.

Zdaniem Głównego Inspektora Farmaceutycznego, powyższe ustalenia stron mogą w znacznym stopniu zawężać możliwość działania Skarżącej w toku prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczają tego przedsiębiorcę, praktycznie do formy uczestnictwa na rynku aptek, bez możliwości wolnorynkowego dysponowania przedsiębiorstwem. W związku z powyższym uznał, że spółka "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"oraz skarżąca znajdują się w grupie kapitałowej, której definicja zawarta została w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 369).

Organ w toku prowadzonego postępowania ustalił również, na postawie danych ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym, że w skład zarządu "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)" (KRS "(...)") oraz "(...)" Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)" (KRS "(...)") wchodzą te same osoby, tj. "(...)". Ustalenia te wskazują zatem, że między spółkami istnieje powiązanie osobowe. Analiza rejestrów aptek ogólnodostępnych wskazała, że "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w W. oraz "(...)" Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"prowadzą łącznie na terenie województwa (...) 7 aptek ogólnodostępnych.

Przez wzgląd na uznanie, że skarżąca poprzez zawarcie umowy subfranczyzy ze spółką "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w W. weszła w skład grupy kapitałowej, o której mowa w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k., to GIF był zobowiązany wziąć pod uwagę ilość aptek prowadzonych przez wszystkich członków grupy kapitałowej, w skład której weszła skarżąca, Członkowie ww. grupy kapitałowej prowadzą więcej niż 4 apteki ogólnodostępne na terenie województwa (...), a to powoduje niedozwolone przekroczenie progu określonego w art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f.

W konsekwencji, wg GIF brak jest możliwości przeniesienia na rzecz spółki zezwolenia "(...)"wydanego przez "(...)"Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we "(...)"dla ""(...)"" na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie ""(...)"" położonej w "(...)"przy ul. "(...)".

GIF nie dopatrzył się także naruszenia przepisów postępowania.

W skardze złożonej na powyższą decyzję do tut. Sądu skarżąca zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) naruszenie art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. w zw. z art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że pomiędzy skarżącą a "(...)"Sp. z o.o. (dalej: ""(...)"") a w konsekwencji "(...)"sp. z o.o. istnieją związki uzasadniające uznanie przez GIF, że podmioty te wchodzą w skład jednej grupy kapitałowej, której członkowie posiadają więcej niż 4 apteki ogólnodostępne;

b) naruszenie art. 104a u.p.f. poprzez jego niezastosowanie i nie przeniesienie zezwolenia na rzecz spółki, która nabyła całą aptekę ogólnodostępną w rozumieniu art. 551 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, dalej jako: "k.c.") podczas gdy skarżąca jako nabywca spełniła wszystkie wymagania, o których mowa w art. 104a ust. 1 pkt 1 Prawa farmaceutycznego i brak było podstaw do utrzymania w mocy decyzji WIF przez GIF.

1. naruszenie przepisów postępowania administracyjnego, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) naruszenie art. 7 § 1 k.p.a. poprzez jego niezastosowanie, tj. niepodjęcie wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz pominięcie postulatów kierowania się interesem społecznym i słusznym interesem obywateli;

b) naruszenie art. 77 § 1 w zw. 80 i art. 7 k.p.a. poprzez ich niezastosowanie, pominięcie dowodów oraz argumentów świadczących na korzyść stanowiska Skarżącego, zaniechanie należytego, wszechstronnego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez brak rozważenia całości materiału dowodowego, a także dowolną i wybiórczą ocenę zebranych w sprawie dowodów;

c) naruszenie art. 107 § 3 w zw. z 77 § 1, art. 80 oraz 7 k.p.a. poprzez brak wskazania przyczyn, z powodu których organ odmówił wiarygodności dowodom przytoczonym przez Spółkę, a także zaniechanie wystarczającego wyjaśnienia przyjętej przez GIF interpretacji stanu faktycznego i wykładni stanu prawnego, co było podstawą utrzymania w mocy decyzji WIF.

2. Naruszenie przepisów ustawy "Prawo Przedsiębiorców ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 z późn. zm., dalej: "Prawo przedsiębiorców", "PP.").

a) naruszenie art. 10 ust. 1 Prawa przedsiębiorców poprzez jego niezastosowanie i niekierowanie się przez GIF zasadą zaufania do Spółki jako przedsiębiorcy przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy oraz brakiem przyjęcia założenia, że Spółka działa zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów;

b) naruszenie art. 12 Prawa przedsiębiorców poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób niewzbudzający zaufania spółki jako przedsiębiorcy do władzy publicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty skarżąca wniosła o uchylenie decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji WIF w całości oraz zobowiązanie WIF do wydania decyzji o przeniesieniu zezwolenia na prowadzenie Apteki na rzecz skarżącej w określonym terminie na podstawie art. 145a p.p.s.a. w zw. z art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) p.p.s.a.; lub alternatywnie w przypadku uznania przesłanek z art. 145a p.p.s.a. za niespełnione, alternatywnie o uchylenie decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji WIF w całości na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) oraz c) p.p.s.a. w zw. z art. 135 p.p.s.a. Skarżąca wniosła również o zwrot kosztów postępowania niezbędnych do celowego dochodzenia praw, zgodnie z art. 200 p.p.s.a. w zw. z art. 205 § 2 p.p.s.a.

W odpowiedzi na skargę organ wniósł o jej oddalenie podtrzymując argumentację zawartą wcześniej w zaskarżonej decyzji.

Na rozprawie 17 lipca 2020r. Sąd uwzględnił wniosek "(...)"Izby Aptekarskiej i dopuścił ją w charakterze uczestnika postępowania w sprawie na mocy art. 33 § 2 p.p.s.a.

Pełnomocnik Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców na rozprawie przed Sądem popierał skargę przedsiębiorcy. Wskazywał, że usługi franczyzowe są dla małych i średnich przedsiębiorstw i zaskarżona decyzja wypacza wolność gospodarczą.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:

Skarga jest nieuzasadniona.

W myśl art. 1 § 1 i § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. - Prawo o ustroju sądów administracyjnych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2167) sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej.

W świetle art. 145 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r. poz. 2523 ze zm.- dalej powoływanej w skrócie jako: "p.p.s.a.") sąd administracyjny zobligowany jest uwzględnić skargę w przypadku: naruszenia prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, naruszenia prawa dającego podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego lub innego naruszenia przepisów postępowania, jeśli mogło mieć ono istotny wpływ na wynik sprawy (pkt 1), a także w przypadku stwierdzenia przyczyn powodujących nieważność kontrolowanego aktu (pkt 2) lub wydania tego aktu z naruszeniem prawa (pkt 3). Art. 145 § 3 p.p.s.a. przewiduje, że w przypadku, o którym mowa w § 1 pkt 1 i 2, sąd stwierdzając podstawę do umorzenia postępowania administracyjnego, umarza jednocześnie to postępowanie.

Stosownie do art. 134 § 1 p.p.s.a. sąd wydaje rozstrzygnięcie w granicach danej sprawy, nie będąc związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną.

Dopiero w przypadku uznania, że skarga nie ma uzasadnionych podstaw, podlega ona oddaleniu na podstawie art. 151 p.p.s.a. i taka sytuacja ma miejsce w sprawie niniejszej. Sąd nie dopatrzył się bowiem naruszenia, w sposób mający wpływ na wynik sprawy, ani prawa materialnego, ani procesowego, skutkującego koniecznością eliminacji z obrotu prawnego zaskarżonej decyzji i decyzji organu I instancji w oparciu o przesłanki określone w art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c p.p.s.a.

Podstawą prawną wydania zaskarżonej decyzji, oprócz nie budzących wątpliwości norm kompetencyjnych, jest art. 99 ust. 3a pkt 3 i art. 104a ust. 1 i 2 u.p.f.

Kwestią sporną w niniejszej sprawie jest zasadność odmowy przeniesienia na rzecz skarżącej zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

Należy wskazać na wstępie, że działalność gospodarcza w postaci prowadzenia apteki jest działalnością reglamentowaną, wymagającą posiadania aktu administracyjnego w postaci zezwolenia. Dotyczy to zarówno udzielenia, jak i odmowy udzielenia, zmiany zezwolenia, jak i cofnięcia lub stwierdzenia wygaśnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki. W konsekwencji, tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia apteka ogólnodostępna może być prowadzona (art. 99 ust. 1 u.p.f.).

Należy podkreślić, że prowadzenie apteki należy do tych kategorii działalności gospodarczej, które objęte są reglamentacją w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. Uchylony 30 kwietnia 2018 r., ale wiążący organy w tej sprawie, z mocy art. 198 ust. 6 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz. U. z poz. 650 ze zm.), art. 17 ust. 1 pkt 75 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.) przewidywał, że wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach ustawy Prawo farmaceutyczne wymaga uzyskania zezwolenia.

Zezwolenie, "oznacza dopuszczenie przedsiębiorcy do wykonywania określonej działalności gospodarczej po uprzednim stwierdzeniu, że przedsiębiorca spełnia określone prawem warunki wykonywania tej działalności. (...) W odniesieniu do indywidualnego przypadku zezwolenie stwierdza, że nie zachodzą przeszkody w podjęciu i wykonywaniu działalności gospodarczej przez ubiegającego się o zezwolenie." (C. Kosikowski, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, wyd. VII, Lex/el., komentarz do art. 75, teza 3).

Przeniesienie zezwolenia zostało wprowadzone przez ustawodawcę art. 104a dodanym przez art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. (Dz.U.2017.1015) zmieniającej ustawę Prawo farmaceutyczne z dniem 25 czerwca 2017 r.

Warunkiem przeniesienia przez organ zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej jest spełnienie przesłanek wyrażonych w art. 104a ust. 1 u.p.f. Przepis ten stanowi, że organ zezwalający przenosi zezwolenie, o którym mowa w art. 99 ust. 1, na rzecz podmiotu, który nabył całą aptekę ogólnodostępną, w rozumieniu art. 551 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, od podmiotu, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie, jeżeli nabywca apteki spełnia wymagania, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4-4b i art. 101 pkt 2-5 oraz przyjmuje w pisemnym oświadczeniu wszystkie warunki zawarte w zezwoleniu, a nadto adres prowadzenia apteki nie ulega zmianie. (art. 104a ust. 1 pkt 1 i 2). Stronami w postępowaniu o przeniesienie zezwolenia, o którym mowa w art. 99 ust. 1, są podmiot, który nabył całą aptekę ogólnodostępną oraz podmiot, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie. (art. 104a ust. 2).

Wprowadzona zmiana oznaczała, że także przeniesienie zezwolenia z jednego przedsiębiorcę na drugiego w przypadku, gdy nabycie dotyczyło całej apteki, nie stanowi automatyzmu, uprawnienia opartego na wolności prowadzenia działalności gospodarczej, o której zapewnia art. 20 Konstytucji RP, który należy odczytywać z przewidzianym w art. 22 Konstytucji ograniczeniem tej wolności. Przepis ten zakłada, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Brzmienie art. 104a ust. 1 u.p.f. oznacza, że przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej na rzecz nabywcy apteki uzależnione jest od spełnienia wymagań, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4-4b i art. 101 pkt 2-5 u.p.f., a mianowicie:

Art. 99. 3. Zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, nie wydaje się, jeżeli podmiot ubiegający się o zezwolenie:

1)prowadzi lub wystąpił z wnioskiem o wydanie zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, lub zajmuje się pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi lub

2)prowadzi na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych albo podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek na terenie województwa;

3)jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych.

3a. Zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, nie wydaje się, jeżeli wnioskodawca, wspólnik lub partner spółki będącej wnioskodawcą:

1)jest wspólnikiem, w tym partnerem, w spółce lub spółkach, które prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne lub;

2)prowadzi co najmniej 4 apteki ogólnodostępne albo podmiot lub podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmiot lub podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub

3)jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub

4)wchodzi w skład organów spółki posiadającej zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej lub zajmującej się pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi.

4. Prawo do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej posiada:

1)farmaceuta posiadający prawo wykonywania zawodu, o którym mowa w art. 4 i art. 4b ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą;

2)spółka jawna lub spółka partnerska, której przedmiotem działalności jest wyłącznie prowadzenie aptek, i w której wspólnikami (partnerami) są wyłącznie farmaceuci posiadający prawo wykonywania zawodu, o którym mowa w pkt 1.

4a. Podmiot prowadzący aptekę jest obowiązany zatrudnić osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, o której mowa w art. 88 ust. 2, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki.

4b. W przypadku gdy występującym o zezwolenie na prowadzenie apteki jest lekarz lub lekarz dentysta, zezwolenie wydaje się, jeżeli występujący przedstawi oświadczenie o niewykonywaniu zawodu lekarza.

5. (uchylony).

6. Przepis ust. 4a nie dotyczy farmaceuty posiadającego uprawnienia, o których mowa w art. 88 ust. 2.

Art. 101. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny odmawia udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, gdy:

(...)

2)wnioskodawcy w okresie 3 lat przed dniem złożenia wniosku cofnięto zezwolenie na wytwarzanie lub import produktów leczniczych lub produktów leczniczych weterynaryjnych, prowadzenie apteki lub hurtowni farmaceutycznej, lub wnioskodawca w okresie 3 lat przed dniem złożenia wniosku został skreślony z Krajowego Rejestru Pośredników w Obrocie Produktami Leczniczymi;

3)wnioskodawca posiada zezwolenie na wytwarzanie lub import produktu leczniczego albo produktu leczniczego weterynaryjnego albo wystąpił z wnioskiem o wydanie takiego zezwolenia, prowadzi hurtownię farmaceutyczną lub hurtownię farmaceutyczną produktów leczniczych weterynaryjnych albo wystąpił z wnioskiem o wydanie zezwolenia na jej prowadzenie, zajmuje się pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi albo wystąpił z wnioskiem o wpis do rejestru, o którym mowa w art. 73a ust. 3, lub wykonuje działalność leczniczą albo wystąpił z wnioskiem o wpis do rejestru, o którym mowa w art. 100 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej;

4)wnioskodawca nie daje rękojmi należytego prowadzenia apteki;

5)na wnioskodawcę w okresie 3 lat przed dniem złożenia wniosku nałożono karę pieniężną na podstawie art. 127, art. 127b lub art. 127c.

Powyższe warunki, uregulowane ustawą Prawo farmaceutyczne, niewątpliwie stanowią ograniczenia w swobodnym prowadzeniu działalności gospodarczej o jakich mowa w art. 22 Konstytucji, zarówno podmiotowe jak i przedmiotowe.

Innymi słowy, istnienie ograniczeń w prawie farmaceutycznym stanowi jeden z elementów gwarantujących realizację zapewnienia bezpieczeństwa farmaceutycznego. Wynika to z faktu, że tego typu instytucja chroni konkurencyjność usług farmaceutycznych świadczonych na danym obszarze, przeciwdziałając ich monopolizacji, co może prowadzić do podnoszenia cen czy też likwidacji placówek na mniej atrakcyjnym pod względem sprzedaży terenie. (v.Stankiewicz Rafał (red.), Instytucje rynku farmaceutycznego Opublikowano: WK 2016).

Niewątpliwie, to organ z racji posiadanych kompetencji, w postępowaniu inicjowanym przez stronę wnioskiem o przeniesienie zezwolenia ma obowiązek zbadania istnienia przeszkód ustawowych, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4-4b i art. 101 pkt 2-5 u.p.f..

W konsekwencji, oznacza to, że przedsiębiorca, który nabył całą aptekę ogólnodostępną, w rozumieniu art. 551 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny musi liczyć się z ograniczeniami wynikającymi nie tylko z warunków wynikających z zezwolenia, o które się ubiega, ale jednocześnie musi mieć świadomość poddania

się w postępowaniu administracyjnym procedurze sprawdzającej, czy spełnia ustawowe wymagania, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4-4b i art. 101 pkt 2-5 u.p.f.

Zdaniem Sądu, w okolicznościach niniejszej sprawy, w ramach procedury sprawdzającej wnioskodawcę, organ I instancji, jak wynika z akt sprawy, prawidłowo wezwał spółkę i jej wspólników nie tylko do złożenia stosownych oświadczeń o treści tam wskazanej, ale był uprawniony do żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających uzyskanie źródła finansowania na zakup zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Czyli. przedłożenia umów, porozumień, dokumentów potwierdzających od jakich podmiotów, kiedy i na jakich zasadach nabywca uzyskał zewnętrzne finansowanie zakupu przedsiębiorstwa oraz złożenia wyjaśnień w zakresie ewentualnych związków wnioskującej spółki z grupą "(...)", skoro z rejestru aptek wynikało, że spółka prowadzi aptekę o nazwie "(...)"w "(...)".

I, jak wynika z niespornego stanu faktycznego, o ile spółka i jej wspólnicy złożyli wymagane oświadczenia; oświadczenie kierownika apteki o tym, że nadal będzie ją prowadzić; czy zgodę właściciela lokalu na dokonanie cesji dotychczasowej umowy najmu na jej rzecz; o tyle ich oświadczenia o środkach własnych i zewnętrznych finansowania nabycia apteki nie poparła żadnymi dokumentami.

Co istotne, odmowę przedłożenia dowodów w zakresie finansowania nabycia przedsiębiorstwa, będącego przedmiotem wniosku, skarżąca spółka uzasadniła naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz wykroczeniem takiego żądania poza ramy art. 104 u.p.f. i zarzuciła naruszenie zasad praworządności.

Tymczasem, wbrew zarzutom skargi, art. 104a u.p.f. daje uprawnienie organowi zezwalającemu, w przypadku wniosku o przeniesienie zezwolenia na rzecz podmiotu, który nabył całą aptekę ogólnodostępną od podmiotu, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie, na badanie, czy nabywca apteki spełnia wymagania, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4-4b i art. 101 pkt 2-5 oraz przyjmuje w pisemnym oświadczeniu wszystkie warunki zawarte w zezwoleniu i adres prowadzenia apteki nie ulegnie zmianie.

Dla Sądu jest oczywiste, że badanie powiązań kapitałowych / finansowych może wynikać, bądź nie z umowy dotyczącej finansowania nabytej apteki. Tym bardziej, że wejście do sieci aptek wiąże się z nakładami na całkowicie odmienny wystrój kolorystyczny apteki, jej wyposażenie i inne rozwiązania obowiązujące w sieci franczyzowej i wynikające z umowy. Odmowa złożenia umowy kredytowania nabycia, co oczywiście skarżąca mogła uczynić, niemniej taka postawa nie rozwiewa wątpliwości co do jej powiązań kapitałowych. Wszak składając taką umowę skarżąca mogła oznaczyć ją jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie jest zatem słuszny zarzut skarżącej, co do braku podstaw organu I instancji do żądania informacji dotyczących wysokości, źródła oraz zasad finansowania i ich podstaw {umów), skoro informacje te są ściśle związane ze spełnianiem przez spółkę przesłanki przeniesienia zezwolenia z art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. Okoliczność, ze umowa pożyczki jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i podlega ochronie na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie dotyczy organu prowadzącego postępowanie o przeniesienie zezwolenia. Takie rozumienie tajemnicy przedsiębiorstwa czyniłoby iluzorycznym działania organów administracji. Tymczasem ustawowo, przez tajemnicę przedsiębiorstwa, rozumie się tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), o czym stanowi art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2019.369 t.j. ze zm.) Według tej legalnej definicji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. (ust.2).

Wykorzystanie tajemnicy przedsiębiorstwa, za zgodą tej spółki, z zastrzeżeniem tej tajemnicy, do oceny źródła finansowania inwestycji, która ma być przedmiotem zezwolenia organu administracji nie jest zatem czynem

nieuczciwej konkurencji. Żadnej konkurencji, bo organ nie jest konkurentem skarżącej.

Ust. 3 art. 11 cyt. ustawy wyjaśnia m.in. zakres przedmiotowy dokumentów i innych informacji, których pozyskanie, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zaliczone zostało do czynów nieuczciwej konkurencji, ale wówczas, gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści.

Przenosząc powyższe na grunt dokonanej przez organ analizy umowy subfranczyzowej z 1 marca 2019r. i uwzględniając zakres pozyskania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa skarżącego: dokumenty, przedmioty, materiały, substancje, pliki elektroniczne obejmujące te informacje lub umożliwiające wnioskowanie o ich treści, to taki pełny dostęp do skarżącej uzyskał franczyzodawca "(...)"Sp. z o.o. z siedzibą w "(...)". Holding ten uzyskał z kolei od spółki S. (Israel) Ltd., na podstawie odrębnej umowy franczyzy, prawo do powszechnie rozpoznawalnych znaków towarowych oraz unikalnego know-how dotyczącego sposobów prowadzenia działalności w dziedzinie sprzedaży: produktów leczniczych, wyrobów medycznych, suplementów diety, kosmetyków oraz przygotowania leków recepturowych na które składają się m.in. charakterystyczne wyposażenie i umeblowanie lokalu obejmujące wystrój zewnętrzny i wewnętrzny oraz strój służbowy pracowników, metody obsługi klientów oraz wyszkolenia pracowników, doświadczenie handlowe i metody zarządzania, zarówno organizacyjnego jak i finansowego.

Zdaniem Sądu, organy administracji prawidłowo oceniły, przy analizie umowy subfranczyzy z 1 marca 2019r. że wnioskodawca jest 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.), wskazując na szeroki zakres dostępu Holdingu do działalności gospodarczej skarżącej zarówno biznesowej, organizacyjnej, jak i finansowej.

Definicja legalna grupy kapitałowej zawarta jest w art. 4 pkt 14) ww. ustawy i rozumie grupę kapitałową jako "wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośrednio przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę".

Dlatego prawidłowa jest ocena organu, że zapisy umowy subfranczyzy z 1 marca 2019r. nie ograniczają się jedynie do identycznego w sieci aptek franczyzodawcy wystroju apteki i pracowników, ale głębokiej ingerencji w prowadzoną działalność gospodarczą skarżącej, jako franczyzobiorcy, pełną jej kontrolę finansową, elektroniczny wgląd do dokumentów, mimo zachowania jej odrębności jako firmy.

Środki umożliwiające tę ingerencję wynikają wprost z definicji objętych § 1 umowy subfranczyzy.

Zdaniem Sądu, szereg zawartych tam pojęć wyraża zakres ingerencji franczyzodawcy w działania gospodarcze franczyzobiorcy. Np. definicja "(...)"która obejmuje: metody badania rynku, metody prowadzenia ewidencji, praktyki gospodarcze, procesy, procedury i polityki oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą tworzące specyfikę prowadzenia aptek pod znakami towarowymi. Obejmuje m.in. formaty obiektów handlowych, projekt rozmieszczenia towarów, regały, stojaki do ekspozycji towarów, sposoby obsługi, metody prowadzenia ewidencji, praktyki gospodarcze, tajemnice handlowe, informacje poufne, procesy, procedury i polityki oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą tworzące specyfikę prowadzenia aptek pod znakami "(...)". Na "Model" w szczególności składa się "Podręcznik" i "Komunikaty".

Zakres zależności pogłębiają terminy kryjące się pod definicjami np. "Know-how", "Komunikatu", "Podręcznika", "Programu partnerskiego", "Systemu informatycznego". Ten ostatni, jako sprzęt i oprogramowanie, zainstalowany w lokalu apteki skarżącego jest rekomendowany przez franczyzodawcę i kompatybilny z systemem przez niego używanym, służy do zarzadzania ofertą i sprzedażą, raportowania stanów magazynowych, zakupów i sprzedaży, a jego specyfikacja zawarta jest w "Podręczniku".

"Podręcznik" zawiera informacje o franczyzodawcy, określające m.in. zasady używania znaków towarowych, opisuje elementy wizualizacji zewnętrznej i wystroju wnętrza, stroje służbowe oraz standardy prowadzenia działalności i obsługi pacjentów.

"Komunikat" to oświadczenie woli składane przez franczyzodawcę na podstawie umowy w formie pisemnej, które zostaje przekazane za pomocą systemu informatycznego, lub innymi wymienionymi w definicji drogami komunikacji elektronicznej. Komunikaty to: wytyczne, zalecenia, instrukcje oraz procedury dotyczące działalności apteki.

Już z treści tego ostatniego zdania, odnoszącego się do zakresu "Komunikatów" wynika, na jakiej pozycji franczyzodawca pozostaje względem skarżącego: jako dający wytyczne, zalecający, instruujący oraz wprowadzający procedury dotyczące działalności apteki i je egzekwujący. Te zapisy wskazują bezpośrednio na podległość i podporządkowanie franczyzodawcy w prowadzeniu działalności franczyzobiorcy. Jego działalność, w tym obroty apteki, zyski, pozostają całkowicie czytelne i pod kontrolą - przez poprzez system informatyczny franczyzodawcy.

Powołane definicje znalazły zastosowanie w postanowieniach umowy franczyzowej z 1 marca 2019r., dlatego organ słusznie ocenił, że poprzez jej zawarcie doszło do utworzenia się grupy kapitałowej, bowiem sskarżąca jako przedsiębiorca jest kontrolowana bezpośrednio lub pośrednio przez franczyzodawcę.

Twierdzenie przeciwne skarżącej, że umowa franczyzy nie może przyczynić się do powstania grupy kapitałowej, jest gołosłowne, w kontekście postanowień tej konkretnie umowy. Jej szczegółowe uregulowania wskazują na stosunek zależności franczyzobiorcą od franczyzodawcy, przez co franczyzobiorca wejdzie w skład grupy kapitałowej – tak, jak to uznał organ w przedmiotowej sprawie.

Świadczą o tym szczegółowe uregulowania opisanej umowy. Np. z § 2 ust 3 umowy wynika, że franczyzodawca zobowiązuje się wspierać franczyzobiorcę przy wdrażaniu "Modelu" oraz korzystaniu ze Znaków Towarowych, w szczególności w obszarach wskazanych w § 4 umowy. Tymczasem "wsparcie" przy wdrażaniu "Modelu", którym są m.in. "Komunikaty", oznacza w istocie podporządkowanie się franczyzobiorcy poprzez respektowanie: wytycznych, zaleceń, instrukcji oraz procedur dotyczących działalności apteki, przychodzących ze strony franczyzodawcy, który posiada pełny wgląd w dokumentację księgową i kadrową poprzez system informatyczny. W konsekwencji franczyzobiorca, przy wdrażaniu "Modelu", jest zobligowany do współpracy z franczyzodawcą przy prowadzeniu działalności gospodarczej oraz innych czynnościach, wdrażaniu procesów jak również do prowadzenia polityki zgodnej z założeniami HOLDINGu, a więc będzie mógł wywierać realny wpływ na czynności podejmowane przez skarżącą.

O ile § 1 umowy subfranczyzy, poprzez definicję "Modelu" narzuca: metody badania rynku, prowadzenia ewidencji, praktyki gospodarcze, procesy, procedury i politykę oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, to użyty w § 2 ust. 3 umowy subfranczyzy zwrot "w szczególności" wskazuje, że ustalenia mają charakter otwarty, a ingerencja Holdingu dotyczy narzucenia "wsparcia" przy wykonywaniu pozostałych paragrafów umowy subfranczyzy.

Kluczowym przykładem jest objęte § 2 ust. 4 umowy świadczenie na rzecz franczyzobiorcy innych usług "wsparcia" niezbędnych do spełnienia wymogów "Modelu", w tym m.in. pośrednictwa przy obrocie produktami leczniczymi, wsparcia kadrowego, wsparcia informatycznego oraz wsparcia księgowego. Oznacza to zależność prowadzonej przez skarżącą działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia apteki od franczyzodawcy.

Co więcej, system pośredniej zależności od izraelskiej spółki S. potwierdza § 7 umowy subfranczyzy, który w celu skutecznej realizacji przez franczyzobiorcę zadań określonych w umowie, wręcz zobowiązuje franczyzodawcę do udzielania skarżącej stałej pomocy organizacyjnej i handlowej udzielanej przez "(...)"Ltd., organizowanej przez franczyzodawcę lub świadczonej bezpośrednio przez franczyzodawcę) poprzez m.in.

podejmowanie działań wspomagających franczyzobiorcę w korygowaniu i zapobieganiu odchyleniom od "Modelu", zapewnienie franczyzobiorcy wsparcia w zakresie negocjowania warunków zakupu asortymentu, działając w granicach wytyczonych przez franczyzodawcę oraz zgodnie z otrzymanymi wytycznymi i instrukcjami, w szczególności wspólnego zakupu asortymentu z uwzględnieniem zniżek i rabatów wypracowanych przez franczyzodawcę, oraz poprzez wspieranie franczyzobiorcy w zarządzaniu dostawami towarów oraz zapasami produktów w Aptece.

Innymi słowy, zapewnione umową działanie franczyzobiorcy, wyłącznie w granicach wytyczonych przez franczyzodawcę, zgodnie z otrzymanymi wytycznymi i instrukcjami, w warunkach wspomagania go w korygowaniu i zapobieganiu odchyleniom od "Modelu" – w istocie wyłącza franczyzobiorcy jakąkolwiek swobodę w prowadzeniu działalności aptekarskiej. O realnym wpływie franczyzodawcy na politykę zamówień oraz magazynową apteki świadczy jego zobowiązanie do "wspierania" franczyzobiorcy w zarządzaniu dostawami towarów oraz zapasami produktów w aptece.

Kolejnym kluczowym dowodem podporządkowania się gospodarczego skarżącej jako franczyzobiorcy są zapisy § 6 ust. 8, 9 pkt a, n, o, v, x, y umowy, w których franczyzobiorca zobowiązał się do: przekazywania wszelkich informacji i danych niezbędnych dla realizacji celu, dla którego niniejsza umowa została zawarta; realizacji okresowych celów związanych ze sprzedażą i rentownością (pkt n); nieustanawiania zastawu, hipoteki ani innego rodzaju zabezpieczenia związanego z Apteką lub majątkiem apteki lub w związku z niniejszą umową (pkt o); zapewnienia dostępności towarów i utrzymywania minimalnych stanów magazynowych wskazanych przez franczyzodawcę (pkt v); używania systemu informatycznego (sprzętu i oprogramowania) zainstalowanego w Lokalu, rekomendowanego przez franczyzodawcę i kompatybilnego z systemem informatycznym używanym przez franczyzodawcę, zgodnie z umową licencyjną zawartą z dostawcą systemu informatycznego (pkt x) oraz udostępniania franczyzodawcy danych sprzedażowych, zakupowych oraz magazynowych dostępnych w systemie informatycznym.

W istocie zapisy te oznaczają pełen wgląd franczyzodawcy, jako kontrahenta umowy w dokumentację handlową i finansową skarżącej w trakcie prowadzenia działalności, mającej realizować cele franczyzodawcy wobec zagwarantowanego zakazu zaciągania przez spółkę zobowiązań obciążających majątek apteki i z tym majątkiem apteki związanych.

Gwarancja ze strony franczyzobiorcy nieustanawiania zastawu, hipoteki ani innego rodzaju zabezpieczenia związanego z Apteką lub majątkiem apteki lub w związku z umową franczyzy z 1 marca 2019r. (pkt o) odbiera skarżącej możliwość rozwijania działalności, np. otwarcia innej apteki. Tego typu zależność uzasadniało zatem wezwanie skarżącej do złożenia umowy pożyczki, umożliwiającej sfinansowanie zakupu tej apteki, celem przekonania się o braku powiązania kapitałowego z franczyzodawcą. Odmowa jej złożenia nie wyklucza zatem możliwości takiego powiązania, tym bardziej uwzględniając treść zapisów dotychczasowych analizowanej umowy, jak i następnych.

Wbrew twierdzeniu skarżącej, w okolicznościach niniejszej sprawy istniał związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy zawarciem przez spółkę umowy pożyczki celem nabycia apteki, umowy subfranczyzy z 1 marca 2019r., a wnioskiem o przeniesienie zezwolenia z 31 maja 2019r. i kwestią spełniania warunków, o których mowa w art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. Uprawniał on organ do żądania złożenia umowy pożyczki właśnie dlatego, że zezwolenia, nie wydaje się, jeżeli wnioskodawca, wspólnik lub partner spółki będącej wnioskodawcą jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępnej.

System powiązania zacieśniał § 10 ust 1 umowy subfranczyzy, który uprawniał franczyzodawcę do kształtowania polityki marketingowej i wizerunkowej realizowanej przez franczyzobiorcę z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa, a franczyzobiorcy obowiązek stosowania wytycznych polityki marketingowej i wizerunkowej przekazanych przez franczyzodawcę (§10 ust 3 umowy subfranczyzy).

A zatem, polityka marketingowa oznaczająca sposoby przyciągania klienta oznacza z góry określone i ustalone przez franczyzodawcę działania i zasady postępowania, które zobowiązuje się stosować franczyzobiorca, opracowane przez Holding w celu efektywniejszego prowadzenia działalności oraz maksymalizacji zysków.

Ma rację organ w stanowisku zawartym w odpowiedzi na skargę, że z prowadzeniem polityki marketingowej przez franczyzobiorcę powiązane są również ustalenia wskazane w § 16 ust 2 pkt b i c umowy franczyzy. Dotyczą one obowiązku franczyzobiorcy sporządzania wymaganych przez franczyzodawcę raportów okresowych obejmujących m.in. co kwartał - sprawozdanie finansowe franczyzobiorcy, kluczowe wydarzenia, podsumowanie finansowe, uwagi marketingowe, nakłady kapitałowe, a co więcej: coroczne raporty obejmujące bilans, rachunek zysków i strat oraz sprawozdanie z sytuacji finansowej sporządzone zgodnie z GAAP i poświadczone przez biegłych rewidentów franczyzobiorcy.

Należy podkreślić drastyczne skutki braku wykonania tego obowiązku. Otóż umowa w § 16 przewiduje, że niedostarczenie przez franczyzobiorcę raportów określonych umowy lub dostarczenie takiej dokumentacji z rażącym naruszeniem terminów określonych w umowie; świadomie podanie przez franczyzobiorcę nieprawdziwych informacji lub wprowadzenie franczyzodawcy w błąd w zakresie obrotów lub wartości zapasów apteki oraz podjęcia próby lub faktycznego sfałszowania przez franczyzobiorcę jakichkolwiek danych ujawnionych w rejestrach lub księgach apteki, skutkować będzie możliwością rozwiązana umowy ze skutkiem natychmiastowym bez uprzedniego wezwania. (§ 23 ust 2 pkt v, w, x umowy subfranczyzy).

Ponadto w § 13 ust 5 Strony zawarły, że franczyzobiorca ma również obowiązek udzielania na piśmie na wezwanie franczyzodawcy wszelkich informacji, które dotyczą realizacji zobowiązań franczyzobiorcy wynikających z umowy.

W świetle powyższych, przykładowych zapisów tej konkretnej umowy franczyzy wynika, w sposób nie budzący wątpliwości, zależność franczyzobiorcy od dominującej pozycji w tym przedsięwzięciu gospodarczym franczyzodawcy.

Sposób prowadzenia działalności wyznaczony m.in. Modelem i Komunikatami, prawo wglądu w sytuację finansową poprzez konieczność dostarczenia sprawozdań finansowych franczyzobiorcy, oznaczający dostęp franczyzodawcy do danych finansowych franczyzobiorcy (w powiązaniu z § 10 ust 1 umowy subfranczyzy), a ostatecznie zakazanie przedsiębiorcy zaciągania zobowiązań – odbiera franczyzodawcy swobodę zarządzania działalnością spółki i uwiarygadnia przekonanie, że HOLDING posiada kontrolę nad skarżącą,

Za takim wnioskiem przemawia także § 23 ust. 2 umowy subfranczyzy, w którym strony ustaliły, że franczyzodawca może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym bez wezwania w przypadku m.in.: sprzedaży udziałów lub przedsiębiorstwa franczyzobiorcy bądź jego części (pkt i); upadłości, likwidacji, konsolidacji franczyzobiorcy lub niezdolności (fizycznej lub psychicznej) lub śmierci wspólnika franczyzobiorcy (pkt j); prowadzenia działalności konkurencyjnej (uregulowanej w § 18 umowy subfranczyzy) wobec franczyzodawcy w okresie obowiązywania umowy subfranczyzy (por. pkt k) oraz uniemożliwienia lub utrudniania kontroli przez franczyzobiorcę (pkt n).

Zdaniem Sądu, trafny jest wniosek organu, że powyższe zapisy umowy jednoznacznie wskazują, że franczyzodawca, w trakcie trwania umowy, posiadać będzie pod zastrzeżeniem natychmiastowego zakończenia umowy franczyzy, możliwości kontrolne nad skarżącą w zakresie sprzedaży udziałów lub praw spółki skarżącej, ewentualnego uruchomienia i prowadzenia nowych aptek ogólnodostępnych bez zawarcia kolejnej umowy franczyzy ze spółką "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)". O takiej sytuacji mówi art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. wskazując na wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę; jako o grupie kapitałowej.

Dodatkowym argumentem było także ustalenie w toku postępowania, na postawie danych ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym, że w skład zarządu "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)" ("(...)") oraz "(...)"Sp. z

o. o. z siedzibą w "(...)" (KRS "(...)") wchodzą te same osoby, tj. "(...)". Ustalenia te wskazują zatem, że między tymi spółkami istnieje powiązanie osobowe. Analiza rejestrów aptek ogólnodostępnych wskazała, że obie te firmy: "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"oraz "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w "(...)"prowadzą łącznie na terenie województwa (...) 7 aptek ogólnodostępnych.

Poczynione ustalenia wskazują, że organy były obowiązane wziąć pod uwagę liczbę aptek prowadzonych przez wszystkich członków grupy kapitałowej, w skład której weszła skarżąca, prowadzących apteki ogólnodostępne na terenie województwa (...). Skoro skarżąca jest członkiem grupy kapitałowej której członkowie prowadzą więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych na terenie województwa (...), a to powoduje niedozwolone przekroczenie progu określonego w art. 99 ust. 3 pkt 3 u.p.f. i uniemożliwia przeniesienie na jej rzecz zezwolenia "(...)"wydanego przez "(...)"Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we "(...)"dla ""(...)"" na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie ""(...)"" położonej w "(...)"przy ul. "(...)".

Sąd podziela stanowisko doktryny, że sposoby przejmowania kontroli przedstawione w definicji grupy kapitałowej postrzegać należy w sposób wielowymiarowy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że zdolność oddziaływania na innego przedsiębiorcę może przybrać zarówno charakter bezpośredni, jak i pośredni. W pierwszym przypadku przedsiębiorca przejmujący kontrolę uzyskuje samodzielną możliwość wpływania na aktywność innego przedsiębiorcy – pozostaje on samodzielnym dysponentem środków oddziaływania w określonych formach i w określonych obszarach aktywności innego przedsiębiorcy. W drugim zaś jest on wyłącznie pośrednio podmiotem mającym uprawnienia do wpływania na inny podmiot przejmujący kontrolę nad przedsiębiorcą. Uprawnienia takie mogą de facto zostać przypisane podmiotom, które pozostają w takim stosunku zależności od innego podmiotu, dzięki któremu ten ostatni będzie mógł w rzeczywisty sposób korzystać z uprawnień do wywierania wpływu na określonego przedsiębiorcę (vide: Stankiewicz Rafał (red. Opublikowano: WK 2016 Instytucje rynku farmaceutycznego). Podobnie m.in. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. C. Banasiński, E. Piontek, Warszawa 2010, s. 337.).

Należy zgodzić się z doktryną, że instytucja zakazu antykoncentracyjnego zawarta w ustawie – Prawo farmaceutyczne powinna być traktowana jako swoiste lex specialis wobec rozwiązań przepisów dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 1070 . Zarówno zakaz antykoncentracyjny aptek, jak i mechanizmy prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców (a właściwie nadzoru nad zamierzonymi procesami koncentracji) opierają się na podobnym celu, którym jest zapobieganie monopolizacji rynku. W przypadku zakazu antykoncentracyjnego aptek chodzi oczywiście o normatywną kreację mechanizmów przeciwdziałania monopolizacji rynku usług aptecznych. Omawiana instytucja zawiera jednak wiele odmiennych cech. W przeciwieństwie do rozbudowanego ustawowo zespołu kryteriów oceny skutków zamierzonej koncentracji w ustawie antymonopolowej, regulacja farmaceutyczna, tworząc przepisy dotyczące zakazu antykoncentracyjnego aptek odnosi się tylko i wyłącznie do kryterium ilościowego. Zauważyć należy również to, że w regulacji prawa antymonopolowego kryterium ilościowe udziału w rynku (rynkach) podmiotu, który powstanie w wyniku zamierzonej koncentracji, przyjmuje wyłącznie domniemanie prawne istotnego ograniczenia na rynku. Może ono zostać obalone, jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania w sprawie koncentracji okaże się, że konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku (...) Faktyczna koncentracja podmiotów świadczących usługi farmaceutyczne może odbyć się poprzez tworzenie aptek sieciowych lub "wykupywanie" już istniejących. (Opublikowano: WK 2016 Stankiewicz Rafał (red.), Instytucje rynku farmaceutycznego).

Taka sytuacja wynika z ustalonego w niniejszej sprawie stanu faktycznego. Uprawniało to organ do uznania, że skarżąca poprzez zawarcie umowy subfranczyzy ze spółką "(...)"Sp. z o. o. z siedzibą w W. weszła w skład grupy kapitałowej, o której mowa w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k., zatem GIF był zobowiązany wziąć pod uwagę ilość aptek prowadzonych przez wszystkich członków grupy kapitałowej, w skład której weszła skarżąca.

Zastosowane w sprawie przepisy wynikają z zasadniczego celu jakim dobro pacjentów, względem działalności farmaceutycznej, skutkujące ustawowym ograniczeniem wolności gospodarczej, której z tego względu ustawodawca nadał charakter reglamentacyjny. Innymi słowy przedłożył dobro pacjentów nad wolnością działalności gospodarczej.

Z powyższych względów Sąd nie zgadza się z zarzutami skarżącego, ani Rzecznika Małych i Średnich przedsiębiorstw. Nie zostało naruszone prawo materialne, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.: art. 99 ust. 3a pkt 3 u.p.f. w zw. z art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. i art. 104a ust. 1 pkt 1 u.p.f., o czym wyżej zostało wskazane, jak również nie został naruszony art. 10 ust. 1 i art. 12 ustawy "Prawo Przedsiębiorców ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, ani przepisy postępowania administracyjnego, art. 7 § 1 k.p.a., art. 77 § 1 w zw. 80 i art. 7 k.p.a. oraz art. 107 § 3 w zw. z 77 § 1, art. 80 oraz 7 k.p.a. które mogłoby mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Sąd nie zgadza się z twierdzeniem skarżącego, ze sprawa ma precedensowy charakter, bowiem dotyczy wszystkich przedsiębiorców franczyzobiorców działających na rynku aptecznym, bo organ kwestionuje możliwość prowadzenia działalności aptecznej w systemie franczyzy. Tymczasem w ramach największych sieci działa w Polsce 2800 przedsiębiorców.

W ocenie Sadu, organ prawidłowo ocenił, że wobec przepisów antykoncentracyjnych, każda umowa franczyzy podlega indywidualnej ocenie. Natomiast zapisy przedmiotowej umowy zasadniczo podporządkowały franczyzobiorcę tak, że jego możliwości kreowania własnej działalności gospodarczej są iluzoryczne. Zostały całkowicie podporządkowane wymogom i kontroli franczyzodawcy. Inne umowy franczyzy mogą być inaczej skonstruowane, dlatego wyniku niniejszej skargi nie można przekładać na inne stany faktyczne.

Wobec niezasadności zarzutów skargi oraz niestwierdzenia przez Sąd z urzędu tego rodzaju uchybień, które mogłyby mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a które Sąd ma obowiązek badać z urzędu - skargę należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze, Sąd na podstawie art. 151 p.p.s.a. orzekł jak w sentencji.