

Joanna Affre*, Rafał Czerwiec**

Pojęcie „grupy kapitałowej” w prawie konkurencji a franchising w orzecznictwie sądów administracyjnych

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Grupa kapitałowa i kontrola w prawie konkurencji
 1. Grupa kapitałowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów
 2. Przejęcie (sprawowanie) kontroli
 3. Znaczenie grupy kapitałowej dla stosowania prawa konkurencji
- III. Franczyza w prawie konkurencji
 1. Definicja franczyzy
 2. Charakter franczyzy w orzecznictwie prawnokonkurencyjnym
- IV. Franczyza a grupa kapitałowa – wykładnia na tle prawa farmaceutycznego
 1. Do czego potrzebna jest wykładnia „grupy kapitałowej” w prawie farmaceutycznym?
 2. Argumenty wykładni WSA za włączeniem franczyzobiorcy do grupy kapitałowej francyzodawcy
 - 2.1. Przekazywanie wytycznych co do modelu działalności i ich egzekwowanie
 - 2.2. Dostęp do dokumentacji i udostępnienie systemów oraz zakaz obciążania majątku
 - 2.3. Współpraca przy zakupach asortymentu
 - 2.4. Współpraca marketingowa
 - 2.5. Konsekwencje naruszeń umowy
 - 2.6. Ocena franczyzy w sprawie VI SA/Wa 738/20 – podsumowanie
 3. Franczyza jako grupa kapitałowa – „skutki uboczne”
 4. Argumenty wykładni WSA przeciw włączeniu franczyzobiorcy do grupy kapitałowej francyzodawcy
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia rozbieżności w rozumieniu franczyzy i grupy kapitałowej na tle prawa konkurencji oraz prawa farmaceutycznego. Organy inspekcji farmaceutycznej uznają czasem, że francyzobiorca wchodzi w skład grupy kapitałowej francyzodawcy organizującego sieć aptek. W sytuacji stwierdzenia, że zbyt wiele aptek zostało skupionych w jednej grupie kapitałowej, organy odmawiają wydania zezwolenia na prowadzenie apteki. Skargi na decyzje organów inspekcji farmaceutycznej są rozpoznawane przez wojewódzkie sądy administracyjne, które w niektórych

* Adwokat, partner zarządzający w kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k.; adres e-mail: joanna.affre@affre.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8117-8369>.

** Radca prawny; adres e-mail: rafal.czerwiec@gmail.com.

przypadkach uznają, że włączenie franczyzobiorców do grup kapitałowych franczyzodawców było słuszne. Stanowisko, że franczyzobiorca jest częścią grupy kapitałowej franczyzodawcy jest odmienne od przyjętego w przepisach, doktrynie i orzecznictwie prawa konkurencji, gdzie franczyzobiorcę uznaje się za niezależnego przedsiębiorcę, działającego we własnym imieniu i na własny rachunek. Niezrozumiałą jest rozdzwięk w interpretacji, ponieważ przepisy prawa farmaceutycznego nie zawierają własnej definicji grupy kapitałowej, lecz odsyłają do definicji w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Artykuł prezentuje poglądy prawa konkurencji na franczyzę i grupę kapitałową, porównując je z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądów administracyjnych w ramach prawa farmaceutycznego. Wskazuje na potrzebę systemowej wykładni prawa dla uniknięcia rozbieżności w jego stosowaniu.

Słowa kluczowe: franczyza; franchising; grupa kapitałowa; kontrola; przejęcie kontroli; prawo farmaceutyczne; inspekcja farmaceutyczna.

JEL: K12, K21, K23

I. Wprowadzenie

Prawo konkurencji reguluje zachowania rynkowe przedsiębiorców w interesie publicznym (zob. Kępiński, 2014, s. 3). To „regulowanie” może być postrzegane przez uczestników rynku jako ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Jednak wynika ono z założenia, że niektóre ograniczenia są niezbędne, aby rynek mógł poprawnie funkcjonować. Ograniczenia nie powinny jednak wykraczać poza to, co niezbędne, a przepisy powinny być wykładane spójnie. W szczególności należy dążyć do tego, aby definicje ustawowe nakładające te ograniczenia były interpretowane jednakowo przez stosujące je organy administracyjne. W artykule omawiamy potencjalny „rozdźwięk” w tym zakresie, wywołany niektórymi orzeczeniami wojewódzkich sądów administracyjnych (i poprzedzającymi je decyzjami organów administracji). Orzeczenia te dotyczą „punktów styku” prawa konkurencji i prawa farmaceutycznego, którymi są antykoncentracyjne przepisy ustawy – Prawo farmaceutyczne¹, przeciwdziałające skupieniu zbyt wielu aptek ogólnodostępnych w jednych rękach.

Artykuł przedstawia poglądy prawa konkurencji na grupę kapitałową i franczyzę, zestawiając je z tym, jak są one interpretowane w niektórych rozstrzygnięciach na tle prawa farmaceutycznego. Autorzy postulują, aby stosując prawo farmaceutyczne, unikać takiej wykładni pojęcia „grupy kapitałowej”, która jest niespójna z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów. Ta niespójność wynika z ustalenia, że franczyzodawca i franczyzobiorca apteczny tworzą grupę kapitałową, podczas gdy w prawie konkurencji franczyza jest systemem dystrybucji między niezależnymi przedsiębiorcami. Zagadnienie to było już przedmiotem rozważań (Chojna-Duch i Zapadka, 2022) i podzielamy przedstawione w tych rozważaniach poglądy. Artykuł w szerszym zakresie odnosi się do dorobku krajowego i europejskiego ustawodawstwa i orzecznictwa z zakresu prawa ochrony konkurencji. Wskazuje on, że poprawna, systemowa wykładania pojęcia „grupy kapitałowej”

¹ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. 2021, poz. 1977).

przez organy inspekcji farmaceutycznej (i sądy administracyjne) powinna prowadzić do takiej samej oceny instytucji franczyzy, jak w prawie konkurencji. Choć nie wyczerpuje on zagadnienia, to pozwala przybliżyć czytelnikom problem i jego potencjalne skutki.

II. Grupa kapitałowa i kontrola w prawie konkurencji

1. Grupa kapitałowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Zgodnie z art. 4 pkt 14) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) przez grupę kapitałową rozumiemy wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Ustawa nie definiuje przy tym czym jest „kontrolowanie”, wskazuje jednak kiedy następuje „przejęcie kontroli” jednego przedsiębiorcy nad drugim. Zgodnie z art. 4 pkt 4) uokik przez 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. Ustawa nie poprzestaje na tej otwartej definicji (Stawicki, 2016), lecz podaje także przykłady (Skoczny, 2014) sytuacji, w których ten decydujący wpływ będzie wywierany. Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik, uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na przedsiębiorcę tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami;
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami;
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego);
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami;
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego);
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Podstawą kontroli jest zatem posiadanie przez jednego przedsiębiorcę uprawnień, które dają możliwość decydowania lub współdecydowania w sprawach istotnych, kluczowych (strategicznych) (Skoczny, 2015, s. 12; Chojna-Duch i Zapadka 2022, s. 36). W skład grupy kapitałowej danego sprawującego kontrolę (czyli dominującego) przedsiębiorcy wejdą ci przedsiębiorcy, na których wywiera on decydujący wpływ. Ten wpływ będziemy oceniać z uwzględnieniem wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych. Sam przedsiębiorca dominujący również wejdzie w skład grupy kapitałowej.

2. Przejęcie (sprawowanie) kontroli

Z uwagi na konstrukcję przepisów katalog przypadków, gdy doszło do przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą nie jest zamknięty. Dlatego chcemy przedstawić czytelnikom przykłady podejścia do tej kwestii w orzecznictwie.

Sąd Najwyższy² w wyroku z 16 stycznia 2003 r. wypowiedział się na temat stosunków między producentem a współpracującymi z nim hurtownikami. Chodziło o przedsiębiorców funkcjonujących w ramach wertykalnego systemu dystrybucji, czyli na różnych szczeblach obrotu. SN oceniał czy w ramach takiej relacji producent może narzucać ceny odsprzedaży oraz zakazywać odsprzedaży do konkurentów producenta. Sąd stwierdził, że takie narzucanie woli przez podmiot nadrzędny na podległe mu hierarchicznie jednostki organizacyjne byłoby dopuszczalne tylko w przypadku istnienia takiej zależności, która odbiera podporządkowanemu podmiotowi samodzielność gospodarczą i prawną na tyle, że pełni on jedynie funkcje wykonawczo-pomocnicze względem innego podmiotu. Zdaniem sądu, hurtownicy, mimo pewnych, przewidzianych w umowach uzależnień prawno-gospodarczych od producenta, zachowali samodzielność gospodarczą i prowadzili działalność na własny koszt i ryzyko. Zaznaczamy, że mimo zmiany przepisów, poglądy wyrażone w tym wyroku SN pozostają aktualne³. Powtórzył je Sąd Apelacyjny⁴ w wyroku z 17 kwietnia 2015 r. w sprawie dotyczącej zmowy na rynku farb i lakierów. Sąd uznał, że relacja producenta z dystrybutorami, mimo współzależności stron, nie stworzyła „wewnętrznego” systemu stosunków między nimi na potrzeby stosowania prawa konkurencji.

Widzimy więc, że nawet w przypadku silnych powiązań między przedsiębiorcą-dostawcą a przedsiębiorcą-dystrybutorem nie będzie to oznaczało „przejęcia kontroli” nad tym drugim. Przedsiębiorcy ci, mimo że blisko współpracujący, pozostawali niezależni, a w efekcie narzucenie zakazu odsprzedaży towarów konkurentom było niedopuszczalne, dystrybutor zaś powinien zachować swobodę w ustalaniu swoich cen odsprzedaży.

O kwestii przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą (bez wymaganego zgłoszenia koncentracji) szczegółowo wypowiedział się SOKiK w niedawnym wyroku z dnia 16 lutego 2022 roku⁵. Sąd badał relację między przedsiębiorcami, którzy zabezpieczyli roszczenia z umowy dystrybucyjnej zastawem na udziałach jednego z nich. Sąd uznał, że doszło do przejęcia kontroli bez uprzedniego zgłoszenia zamiaru koncentracji. Zastawnik uzyskał bowiem uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na przejętego przedsiębiorcę poprzez nałożenie na niego m.in.: obowiązku informowania o planowanych zgromadzeniach wspólników i przedstawiania planowanego sposobu głosowania nad uchwałami. Co bardzo istotne – zastawnikowi przysługiwało nawet prawo wskazania wiążącego dla wspólników sposobu głosowania. Podjęcie uchwał niezgodnych z wytycznymi zastawnika lub bez powiadomienia zastawnika we właściwym trybie stanowiło podstawę dochodzenia zaspokojenia wierzytelności. Wspólnicy przejętego w ten sposób przedsiębiorcy zostali zobowiązani, aby przez czas trwania umowy oraz bez pisemnej zgody nie sprzedawać udziałów, nie przelewać ich ani nie obciążać prawami osób trzecich, jak również

² Wyr. SN z 16 stycznia 2003 r., I CKN 1200/00 (OSNC 2004/4/58).

³ Aktualnie obowiązująca w tym zakresie ustawa, tj. ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów weszła w życie 21 kwietnia 2007 r.

⁴ Wyr. SA w Warszawie z 17 kwietnia 2015 r., VI ACa 1935/13 (LEX nr 1808794).

⁵ Tak wyr. SOKiK w Warszawie z 16.02.2022 r., XVII AmA 2/21 (LEX nr 3321479), wydany na tle dokonania koncentracji bez uprzedniego zgłoszenia Prezesowi UOKiK.

nie obejmować nowych udziałów w kapitale zakładowym spółki. Bogaty „zestaw” uprawnień, które nabył przedsiębiorca przejmujący kontrolę, obejmował również prawo pobierania dywidendy.

Uważamy, że w tym przypadku uprawnienia nabyte w ramach zastawu na udziałach wykroczyły daleko poza niezbędne zabezpieczenie wierzytelności. Zwłaszcza możliwość narzucania wspólnikom treści uchwał i pobierania dywidendy w zasadzie przenosiła kierowniczą rolę w spółce na zastawnika. W efekcie spółka, na udziałach której ustanowiono zastaw, była tylko biernym wykonawcą woli przedsiębiorcy będącego zastawnikiem.

3. Znaczenie grupy kapitałowej dla stosowania prawa konkurencji

To, czy wskutek przejścia kontroli, jeden przedsiębiorca wszedł do grupy kapitałowej drugiego ma w prawie konkurencji znaczenie przede wszystkim dla stosowania przepisów o koncentracji przedsiębiorców (Stawicki, 2016). Przykładowo, przedsiębiorcy nie muszą zgłaszać do organów ochrony konkurencji koncentracji (np. połączenia przedsiębiorców lub utworzenia przez nich wspólnego przedsiębiorcy) dokonywanych w ramach grup kapitałowych⁶. Oznacza to, że organy ochrony konkurencji (np. Prezes UOKiK) nie będą sprawdzały czy takie koncentracje ograniczają konkurencję lub tworzą pozycję dominującą. Wynika to stąd, że na potrzeby prawa konkurencji przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej traktowani są jak jeden organizm gospodarczy (jeden przedsiębiorca) (tak UOKiK, 2015, s. 24).

Wejście w skład grupy kapitałowej rzutuje też na to, jak organy ochrony konkurencji będą oceniały porozumienia ograniczające konkurencję zawierane między przedsiębiorcami w ramach grupy. Zgodnie z koncepcją jednej jednostki gospodarczej (*single economic unit*)⁷ podmioty działające w ramach grupy kapitałowej nie podlegają zakazowi zawierania porozumień ograniczających konkurencję (chyba że, mimo formalnych związków, faktycznie rywalizują ze sobą na rynku) (Stawicki, 2016). Prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm⁸, w związku z czym tracą one zdolność do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Taka ocena wynika z założenia że swoboda zachowań rynkowych przedsiębiorców w grupie kapitałowej jest ograniczona⁹.

Działalność w ramach grupy kapitałowej może mieć również skutek w postaci „rozlania się” odpowiedzialności za niedozwolone ograniczenie konkurencji. Mianowicie, jeżeli przedsiębiorca dominujący zawrze ze swoimi konkurentami antykonkurencyjne porozumienie, to jego spółki zależne w ramach grupy kapitałowej również mogą być odpowiedzialne (cywilnoprawnie) za szkodę wyrządzoną tym porozumieniem osobom trzecim¹⁰. Taka odpowiedzialność może powstać nawet wtedy, kiedy decyzja organu ochrony konkurencji stwierdzająca antykonkurencyjną zmwę nie wymienia spółki zależnej jako „sprawcy” zabronionej zmywy rynkowej.

⁶ Art. 14 pkt 5) uokik.

⁷ Nazywane też „koncepcją jednego podmiotu gospodarczego”, a w języku angielskim niekiedy jako *single economic entity*.

⁸ Tak wyr. SOKiK z 13 grudnia 2013 r., XVII AmA 173/10 (LEX nr 2155803).

⁹ Por. wyr. Sądu Pierwszej Instancji z 16 grudnia 1999 r., T-198/98, *Micro Leader Business v. Komisja* (ECLI:EU:T:1999:341), zgodnie z którym zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie może mieć zastosowania do decyzji podjętych w ramach grupy tworzącej jedną jednostkę gospodarczą, zmierzających do zorganizowania stosunków między różnymi elementami grupy, gdy przedsiębiorcy w jej ramach nie posiadają rzeczywistej autonomii w określaniu swojego sposobu działania na rynku.

¹⁰ Por. wyr. TSUE z 6 października 2021 r., *Sumal S.L. przeciwko Mercedes Benz Trucks España S.L.*, C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800), dotyczący odpowiedzialności hiszpańskiej spółki zależnej, tj. Mercedes Benz Trucks España SL za naruszenie prawa konkurencji dokonane przez „centralę” firmy, czyli Daimler AG, polegające na ogólnoeuropejskiej zmwie cenowej na rynku samochodów ciężarowych.

III. Franczyza w prawie konkurencji

1. Definicja franczyzy

Franczyza (*franchising*) to jeden z systemów dystrybucji¹¹. Jest to system wertykalny, tj. działający między podmiotami na różnych szczeblach obrotu gospodarczego¹². Umowa franczyzy¹³ zawiera przyznanie licencji dotyczącej udzielenia praw własności intelektualnej, w szczególności w zakresie korzystania ze znaków towarowych (oznaczeń) oraz udostępnienia *know-how* w celu dystrybucji towarów lub usług. Najczęściej francyzodawca zapewnia francyzobiorcy, w czasie trwania umowy, pomoc handlową lub techniczną, a francyzobiorca płaci francyzodawcy wynagrodzenie. Licencja i pomoc są nieodłącznymi składnikami prowadzenia działalności w formie franczyzy. Najczęściej umowa franczyzy nakłada też różnorodne ograniczenia na francyzobiorcę. Komisja Europejska zakłada przy tym, że wiele z ograniczeń nałożonych na francyzobiorcę będzie zazwyczaj zgodnych z prawem konkurencji, wymieniając w tym m.in.: zakaz konkurowania, zobowiązanie do nienabywania udziałów w konkurencyjnym przedsiębiorstwie (które dawałoby możliwości wpływania na jego postępowanie gospodarcze), zobowiązanie do nieujawniania *know-how*, zobowiązania do przekazania francyzodawcy wszelkich doświadczeń zdobytych podczas trwania umowy *franchisingu* i przyznania mu licencji niewyłączonej do *know-how* wynikającego z tych doświadczeń, zobowiązanie do nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franczyzy bez zgody francyzodawcy¹⁴. Ponadto, charakterystycznym elementem franczyzy jest daleko posunięty stopień ujednoczenia sposobu sprzedaży („ustandaryzowanie”, „spójność standardów”, „format”, „model biznesowy”) (Bolecki, 2013, s. 61–62). Warto również podkreślić, że ta umowa ma charakter adhezyjny (Chojna-Duch i Zapadka, 2022, s. 4).

Warto podkreślić, że powyższe cechy są typowe dla franczyzy jako systemu dystrybucji funkcjonującego między niezależnymi przedsiębiorcami. Wniosek ten wynika stąd, że tylko w takim przypadku konieczne jest regulowanie franczyzy jako porozumienia, które – pod określonymi warunkami – nie narusza prawa konkurencji¹⁵. Gdyby ustawodawca uznał, że francyzobiorca – z uwagi na silne związki z francyzodawcą – zostaje włączony do jego grupy kapitałowej, to nie wprowadzono by szczegółowych regulacji dotyczących porozumień wertykalnych między nimi. W takim przypadku francyzodawca i francyzobiorca stanowiliby jeden organizm gospodarczy, a regulowanie tych kwestii byłoby zbędne.

2. Charakter franczyzy w orzecznictwie prawnokonkurencyjnym

Organy ochrony konkurencji zbudowały jednolitą ocenę prawną systemu franczyzy. Już w tym miejscu zaznaczamy, że jest to ocena odmienna od tej, która wyłania się z orzeczeń niektórych organów farmaceutycznych (prezentujemy ją w dalszej części artykułu).

¹¹ Por. definicja systemu dystrybucji franchisingowej z § 3 pkt 6 rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz. U. 2014, poz. 1012).

¹² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 102/1).

¹³ Treść umowy franczyzy ustalona na podstawie Komunikatu Komisji (UE) z 19 maja 2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 189 (Dz. Urz. 2010 C 130.1); dalej: Wytyczne Wertykalne 2010.

¹⁴ Wytyczne Wertykalne 2010, pkt 45.

¹⁵ Por. Wytyczne Wertykalne 2010, pkt 189.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyznaczył sposób postrzegania franczyzy w unijnym prawie konkurencji w wyroku w sprawie *Pronuptia*¹⁶. TSUE scharakteryzował *franchising* jako system, w którym przedsiębiorca, który uzyskał uznanie na rynku i w związku z tym rozwinął pewne metody prowadzenia biznesu, udziela prawa niezależnemu przedsiębiorcy, za opłatą, do prowadzenia działalności na innych rynkach, z użyciem nazwy handlowej i metod działalności, które zapewniły mu sukces. Miałyby to być system, który pozwala przedsiębiorcom bez odpowiedniego doświadczenia na dostęp do metod, których nie mogliby się nauczyć bez znacznego wysiłku oraz który pozwala im korzystać z renomy nazwy handlowej franczyzodawcy. Cechą odróżniającą franczyzę od innych umów miałyby być m.in. stosowanie jednolitych metod prowadzenia działalności w zamian za uiszczanie opłat licencyjnych. Kończąc tę charakterystykę, Trybunał stwierdził, że taki system, który pozwala franczyzodawcy czerpać korzyści z jego sukcesu sam w sobie nie narusza prawa konkurencji¹⁷.

W decyzji w sprawie *Yves Rocher* Komisja Europejska wskazała, że nie narusza prawa konkurencji zobowiązanie do udostępniania franczyzodawcy informacji o stanach magazynowych franczyzobiorcy oraz o jego rachunkach i bilansie¹⁸. Komisja potwierdziła przy tym, że w przedstawionym jej stanie faktycznym (obejmującym takie obowiązki) franczyzobiorcy *Yves Rocher* pozostają niezależnymi przedsiębiorcami¹⁹.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie²⁰ w sprawie stosowania cen sztywnych w sieci gastronomicznej Sphinx wskazano, że system franczyzowy polega „na ścisłej i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi oraz niezależnymi przedsiębiorcami”. W związku z tym zarówno Prezes UOKiK²¹, jak i sądy rozpoznające kolejne środki odwoławcze w sprawie²² uznały, że narzucenie franczyzobiorcom prowadzącym restauracje cen sztywnych stanowiło porozumienie ograniczające konkurencję. Świadczy to, że bliskie związki organizatora sieci franczyzowej z franczyzobiorcami nie przekreślały ich niezależności. Dlatego też organy ochrony konkurencji uznały za niedopuszczalne narzucanie przez franczyzodawcę franczyzobiorcom cen odsprzedaży.

Zbliżając się do polskich realiów i prawa farmaceutycznego, należy wskazać na decyzję Prezesa UOKiK nr DKK – 50/2017²³, w sprawie wydania zgody na koncentrację przedsiębiorców z branży farmaceutycznej. Prezes UOKiK musiał ocenić rolę podmiotu dotkniętego koncentracją, który był organizatorem sieci aptek franczyzowych pod nazwą „Apteka Gemini”. W sprawach dotyczących koncentracji zagadnieniem podstawowym jest ustalenie jakie podmioty są nią objęte. Prezes UOKiK przeanalizował umowy franczyzowe m.in. w zakresie ustalania oferowanego asortymentu, wyboru dostawców, ustalania cen czy wysokości marż i stwierdził, że nie ograniczają one samodzielności franczyzobiorcy. W związku z powyższym, Prezes UOKiK, analizując zgłoszony

¹⁶ Wyr. TS z 28 stycznia 1986 r. w sprawie *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84 (EU:C:1986:41), co do charakterystyki franczyzy.

¹⁷ Ibidem, pkt 15 wyr. (tłumaczenie własne).

¹⁸ Dec. KE z 17 grudnia 1986 r., *Yves Rocher*, IV/31.428, pkt 50.

¹⁹ Ibidem, pkt 45.

²⁰ Wyr. SA w Warszawie z 10 stycznia 2018 r., VII Aga 828/18 (niepubl.).

²¹ Dec. Prezesa UOKiK z 25 czerwca 2013 r., DOK-1/2013.

²² Wyr. SOKiK z 6 października 2014 r., XVII AmA 123/13 (LEX nr 1855138), oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK. Od wyr. wniesiono apelację, którą SA w Warszawie uznał za częściowo zasadną wyr. z 10 stycznia 2018 r., VII Aga 828/18 i obniżył karę nałożoną na przedsiębiorcę. SN wyr. z 9 października 2019 r., I NSK 89/18 (LEX nr 2683752) oddalił skargę kasacyjną od wyr. SA.

²³ Dec. Prezesa UOKiK z 31 marca 2017 r., DKK-50/2017.

zamiar koncentracji, nie znalazł podstaw ku temu, aby przy ocenie koncentracji uwzględniać także apteki działające na podstawie umowy franczyzowej. Skoro Prezes UOKiK uznał apteki działające w formie franczyzy za obojętne z punktu widzenia dokonywanej koncentracji, to ocenił, że apteki franczyzowe nie wchodzą w skład grupy kapitałowej podmiotów objętych koncentracją.

IV. Franczyza a grupa kapitałowa – wykładnia na tle prawa farmaceutycznego

1. Do czego potrzebna jest wykładnia „grupy kapitałowej” w prawie farmaceutycznym?

Potrzeba wykładni pojęcia „grupy kapitałowej” wynika z art. 99 ust. 3 pkt 3) i ust. 3a pkt 3) w zw. z art. 104a prawa farmaceutycznego. Zgodnie z nimi, jeżeli przedsiębiorca nabywa aptekę (przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego), to organ inspekcji farmaceutycznej przenosi zezwolenie na prowadzenie apteki na przedsiębiorcę nabywającego aptekę. Podmiot przejmujący musi wówczas spełnić warunki uzyskania zezwolenia, w tym nie spełniać przesłanek negatywnych z art. 99 prawa farmaceutycznego (dalej: pf), dotyczących udziałów aptek z jego grupy kapitałowej w rynku. Organy inspekcji farmaceutycznej odmawiają wydania pozwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej podmiotowi, który nabył taką aptekę (tj. nie przenoszą zezwolenia), jeśli udział grupy kapitałowej podmiotu starającego się o zezwolenie przekroczy pewien próg. Ten próg to prowadzenie przez członków grupy kapitałowej, której częścią jest wnioskodawca (nabywca apteki) na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych (art. 99 ust. 3 pkt 3 pf). Organy nie wydają pozwolenia także wówczas, gdy wnioskodawca, partner lub wspólnik spółki będącej wnioskodawcą jest członkiem grupy kapitałowej, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne (art. 99 ust. 3a pkt 3 pf). Uogólniając, można powiedzieć, że organy inspekcji farmaceutycznej oceniają czy doszło do zbytniego skumulowania aptek ogólnodostępnych we władztwie jednego podmiotu, a jeżeli stwierdzą taką sytuację, odmawiają przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki. Organami właściwymi do rozpoznawania takich spraw są Wojewódzcy Inspektorzy Farmaceutyczni (dalej: WIF) oraz Główny Inspektor Farmaceutyczny (dalej: GIF), rozpoznający odwołania od decyzji WIF. Skargi na decyzje organów inspekcji farmaceutycznej są rozpoznawane przez wojewódzkie sądy administracyjne.

Co kluczowe, ustawa – Prawo farmaceutyczne nie zawiera odrębnej definicji pojęcia „grupa kapitałowa”. Artykuł 99 prawa farmaceutycznego odsyła w tym zakresie do definicji zawartej w art. 4 pkt 14) w zw. pkt 4) ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów. Organy inspekcji farmaceutycznej oraz sądy administracyjne powinny więc stosować pojęcie „grupa kapitałowa” zgodnie z jego znaczeniem w prawie ochrony konkurencji. Przepisy te są podstawą do wydania przez organy inspekcji farmaceutycznej decyzji o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie apteki lub odmowie jego udzielenia.

W dalszej części artykułu analizujemy orzecznictwo sądów administracyjnych, kontrolujących decyzje organów inspekcji farmaceutycznej w zakresie ich legalności. Kontrola ta obejmuje więc również zgodność decyzji organów inspekcji farmaceutycznej z prawem ochrony konkurencji.

2. Argumenty wykładni WSA za włączeniem franczyzobiorcy do grupy kapitałowej franczyzodawcy

Wbrew znaczeniu i interpretacji pojęcia „grupy kapitałowej”, a także wbrew ocenie relacji franczyzodawca – franczyzobiorca w prawie konkurencji, w orzecznictwie sądowo-administracyjnym pojawiają się poglądy, w myśl których przedsiębiorca będący franczyzobiorcą zostaje uznany za wchodzącego w skład grupy kapitałowej franczyzodawcy. W związku z taką wykładnią niektóre sądy administracyjne uznają, że organy inspekcji farmaceutycznej zasadnie odmawiają przedsiębiorcy wydania zezwolenia na prowadzenie apteki (względnie: przeniesienia zezwolenia na tego przedsiębiorcę), jeżeli przedsiębiorca jest franczyzobiorcą. Wynika to ze spełnienia negatywnej przesłanki wydania takiego zezwolenia, tj. przekroczenia antykoncentracyjnych progów liczby aptek skupionych w jednej grupie kapitałowej. Sądy administracyjne w kilku sprawach uznały, że wnioskodawca będący franczyzobiorcą sieci aptek wchodzi w skład grupy kapitałowej franczyzodawcy (tak np.: wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie: z dnia 24 lipca 2020 r., VI SA/Wa 738/20, z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt VI SA/Wa 929/20, z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt VI SA/Wa 707/20, z dnia 14 maja 2021 r. sygn. akt VI SA/Wa 886/20).

Poniżej posłużymy się pierwszym z przytoczonych orzeczeń (tj. wyrokiem WSA w Warszawie, VI SA/Wa 738/20) jako przykładem²⁴ dla zobrazowania istoty problemu. Zdaniem sądu, szeroki dostęp franczyzodawcy do działalności gospodarczej franczyzobiorcy, w tym w wymiarze biznesowym, organizacyjnym i finansowym, świadczył o tym, że wchodził on w skład grupy kapitałowej franczyzodawcy. Przyjrzyjmy się wybranym kwestiom, które zdaniem sądu administracyjnego wskazują na przejęcie kontroli nad franczyzobiorcą, a więc które miały doprowadzić do włączenia go do grupy kapitałowej franczyzobiorcy. Każde takie cząstkowe zagadnienie opatrzymy naszym krótkim komentarzem.

2.1. Przekazywanie wytycznych co do modelu działalności i ich egzekwowanie

Sąd²⁵ stwierdził, że pozycja franczyzodawcy jako dającego wytyczne, zalecającego, instruującego oraz wprowadzającego procedury dotyczące działalności apteki i je egzekwującego miała by wskazywać bezpośrednio na podległość i podporządkowanie franczyzodawcy w prowadzeniu działalności franczyzobiorcy. Franczyzodawca, wdrażając model współpracy franczyzowej, był zobligowany do współpracy z franczyzodawcą przy prowadzeniu działalności gospodarczej oraz innych czynnościach, wdrażaniu procesów, jak również do prowadzenia polityki zgodnej z założeniami franczyzodawcy. Stąd konstatacja sądu, że franczyzodawca będzie mógł wywierać realny wpływ na czynności podejmowane przez franczyzodawcę.

Uważamy, że cechy te są typowymi elementami umowy franczyzy, która, ze swej istoty, zakłada tworzenie sieci placówek wykonujących działalność ściśle według koncepcji i wskazówek franczyzodawcy (Koch, 2019, s. 164) i nie świadczą o przejęciu kontroli nad nim. Odmienne podejście sprawiałoby, że każda umowa franczyzy zawierałaby w sobie element „przejęcia kontroli” nad franczyzobiorcą, a to jest sprzeczne z ugruntowanymi poglądami na temat franczyzy w prawie konkurencji. System franczyzy opiera się na przerzuceniu „ciężaru” określenia procedur danej

²⁴ Sprawa VI SA/738/20 dotyczyła wprowadzenia umowy subfranczyzy, co jednak nie zmienia jej oceny prawnej.

²⁵ Wyr. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24.07.2020 r., VI SA/Wa 738/20.

działalności gospodarczej na podmiot mający renomę, doświadczenie i wiedzę w tym zakresie. Na niezależnego uczestnika sieci franczyzowej spada zaś ryzyko faktycznego wykonywania działalności w tych ramach. Aby model franczyzowy działał, przestrzeganie wytycznych musi być monitorowane przez organizatora sieci, m.in. dla utrzymania renomy czy sposobu postrzegania marki (de Pree i The, 2016). Działalność franczyzowa prowadzona np. w gastronomii jest ujednolicona do tego stopnia, że klienci mogą nie mieć świadomości, że są klientami różnych przedsiębiorców w każdej restauracji²⁶. Nie oznacza to przecież tworzenia grup kapitałowych, skoro działalność prowadzona jest wciąż na własny rachunek i własne ryzyko indywidualnego franczyzobiorcy. Gdyby ustawodawca zakładał, że zawieranie umów franczyzowych prowadzi do powstania grupy kapitałowej, to zbędne byłoby zaliczanie systemu franczyzowego jako specyficznego systemu dystrybucyjnego do porozumień wyłączonych (Jurkowska-Gomułka, 2018, s. 616). Przykładami postrzegania przez ustawodawcę franczyzy jako porozumienia dwóch niezależnych przedsiębiorców jest rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz. U. 2014, poz. 1012)²⁷ oraz unijne rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 2010 Nr 102, str. 1)²⁸ wraz z wytycznymi Komisji Europejskiej do tego rozporządzenia²⁹, a także nowe rozporządzenie Komisji (UE) nr 2022/720 z dnia 10 maja 2022 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. L 2022 Nr 134, str. 4), które weszło w życie 1 czerwca br., wraz z wytycznymi Komisji do tego rozporządzenia³⁰.

2.2. Dostęp do dokumentacji i udostępnienie systemów oraz zakaz obciążania majątku

Zdaniem sądu, na przejęcie kontroli nad przedsiębiorcą prowadzącym aptekę w ramach umów franczyzowych miałyby wskazywać to, że organizator sieci uzyskuje dostęp do tajemnic przedsiębiorstwa i dokumentacji franczyzobiorcy. Franczyzodawca udostępnia system informatyczny, sprzęt i oprogramowanie, kompatybilne z systemem informatycznym używanym przez franczyzobiorcę, który zaś miałby udostępniać swoje dane sprzedażowe. Należy ponownie stwierdzić, że taki element organizacyjnej „synchronizacji” jest typowy dla franczyzy z każdej branży – najczęściej jest on niezbędny dla efektywnego wykorzystania *know-how* (czyli wdrażanego modelu działania „dostarczanego” przez franczyzodawcę). Działanie wspólnego systemu informatycznego między franczyzobiorcą a franczyzodawcą, stanowiącego integralną część sieci franczyzowej nie jest kwestionowane w prawie konkurencji³¹. Dane sprzedażowe są natomiast często udostępniane na potrzeby obliczenia wynagrodzenia należnego franczyzodawcy, obliczanego od dochodu z dzia-

²⁶ Ujednolicenie standardów w ramach franczyzy restauracji McDonalds sięga tak daleko, że tzw. Big Mac Index, oparty na cenie kanapki Big Mac w różnych krajach jest używany przez tygodnik The Economist do mierzenia parytetu siły nabywczej.

²⁷ Por. § 4, § 3 pkt 6) w zw. z pkt 3) rozporządzenia.

²⁸ Por. art. 1 lit f), g), art. 2, w zw. z art. 5 ust. 3 rozporządzenia.

²⁹ Wytyczne Wertykalne 2010.

³⁰ Komunikat Komisji (UE) z 30 czerwca 2022 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. C 2022.248.1); dalej Wytyczne Wertykalne 2022.

³¹ Komisja Europejska informowała o decyzji greckiego organu ochrony konkurencji ws. *Carrefour* Nr 495/VI/2010 z 6 lipca 2010 r. dotyczącej narzucania cen franczyzobiorcom. Grecki organ antymonopolowy uznał porozumienie za ograniczenie konkurencji m.in. dlatego, że system IT utrudniał franczyzobiorcom samodzielne ustalanie cen. Samo funkcjonowanie wspólnego systemu IT między franczyzobiorcą a franczyzodawcą nie stanowiło problemu dla organów ochrony konkurencji. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/ecnr/brief/04_2010/el_carrefour.pdf (27.03.2022).

łałości przedsiębiorcy wykonywanej w ramach franczyzy³². Nie jest to więc żadna nadzwyczajna cecha umowy franczyzowej zidentyfikowanej przez sąd w tej sprawie. Na miano wyjątkowości zasługuje natomiast szeroko dyskutowany fakt wciągnięcia franczyzobiorcy do grupy kapitałowej franczyzodawcy (Mazurkiewicz, 2018).

Co do zakazu obciążania majątku apteki, to Komisja Europejska zarówno w swoim obwieszczeniu³³, jak i w indywidualnych decyzjach³⁴ wskazuje, że franczyzobiorca działa na własny rachunek nawet wtedy, kiedy korzysta z aktywów (majątku) franczyzobiorcy. Skoro tak, to tym bardziej zakaz obciążania majątku należącego do franczyzobiorcy nie może świadczyć o tym, że przestał on być samodzielnym przedsiębiorcą.

2.3. Współpraca przy zakupach asortymentu

Kolejnym elementem, który miałby świadczyć o całkowitym podporządkowaniu franczyzodawcy jest wsparcie franczyzobiorcy w zakresie negocjowania warunków zakupu asortymentu (w tym z uwzględnieniem zniżek i rabatów wypracowanych przez franczyzodawcę), a także wspieranie franczyzobiorcy w zarządzaniu dostawami towarów i zapasami produktów w aptecze.

Takie rozwiązanie należy ocenić jako element tzw. pakietu franchisingowego. Skoro franczyza może mieć postać także udostępnienia poufnych informacji odnośnie do technologii produkcji, często ze składników dostarczonych przez franczyzodawcę (Koch, 2019), to podane okoliczności nie świadczą o jakimś nadzwyczajnym (ponadstandardowym) związaniu tego franczyzobiorcy aptecznego, względem rozwiązań funkcjonujących na innych rynkach.

2.4. Współpraca marketingowa

Jako „zacieśniający system powiązań” sąd określił postanowienie umowy franczyzy, które uprawniało franczyzodawcę do kształtowania polityki marketingowej i wizerunkowej realizowanej przez franczyzobiorcę, a na franczyzobiorcę nakładało obowiązek stosowania wytycznych polityki marketingowej i wizerunkowej przekazanych przez franczyzodawcę. Franczyzobiorca miałby stosować określone przez franczyzodawcę działania marketingowe i zasady postępowania w celu efektywniejszego prowadzenia działalności oraz maksymalizacji zysków.

Ponownie, taka konstatacja w zasadzie powtarza istotę „zwykłej” (tj. zupełnie oderwanej od branży aptecznej) franczyzy. Dopuszczalne jest ograniczenie swobody franczyzobiorcy w prowadzeniu własnych akcji marketingowych³⁵ oraz nakazanie franczyzobiorcy uczestniczenia w ogólnokrajowych akcjach marketingowych (Bolecki, 2013, s. 65–66). Franczyzobiorca, przyjmując dobrodziejstwo *know-how* prowadzenia biznesu od organizatora sieci franczyzowej, realizuje politykę tej sieci, co jednak nie jest jednoznaczne z byciem częścią grupy kapitałowej. Wyobraźmy sobie najbardziej typową sieć franczyzową, zajmującą się gastronomią – sprzedażą zdrowej żywności, w której franczyzobiorca odchodzi od marketingowego

³² Dostrzegł to z resztą sam Główny Inspektor Farmaceutyczny, por. Komunikat Głównego Inspektora Farmaceutycznego w sprawie umów franczyzy na rynku detalicznego obrotu produktami leczniczymi z 15 września 2021, s. 2. Pozyskano z: <https://www.gov.pl/web/gif/komunikat-glownego-inspektora-farmaceutycznego-z-dnia-15-wrzesnia-2021-roku> (dalej: Komunikat GIF).

³³ Por. Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 16 kwietnia 2008 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 19 (Dz. Urz. UE 2008 C 95/1).

³⁴ Por. Dec. KE z 9 lipca 1997 r. w sprawie *UBS/Mister Minit*, IV/M.940, pkt 14–15.

³⁵ Dec. KE z 17 grudnia 1986 r., *Yves Rocher*, IV/31.428, pkt 50.

przekazu podkreślania właśnie tego wymiaru zdrowotnego. Jest to działanie nie do zaakceptowania dla franczyzodawcy, które mogłoby podważać model franczyzowy „sprzedawany” przez franczyzodawcę³⁶.

2.5. Konsekwencje naruszeń umowy

Sąd administracyjny odniósł się także do konsekwencji naruszeń umowy między organizatorem sieci aptek franczyzowych a franczyzobiorcą. I tak, zdaniem sądu, za przejęciem kontroli nad franczyzobiorcą przemawiać miały m.in. możliwość natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku sprzedaży udziałów lub przedsiębiorstwa franczyzobiorcy, jego upadłości, likwidacji, konsolidacji lub niezdolności (fizycznej lub psychicznej) lub śmierci współnika franczyzobiorcy, a także w przypadku prowadzenia działalności konkurencyjnej w okresie obowiązywania umowy franczyzy czy utrudniania kontroli przez franczyzobiorcę. Te postanowienia umożliwiają franczyzodawcy rozwiązanie umowy w przypadku istotnej zmiany okoliczności.

Niewątpliwie czynnikiem odgrywającym istotną rolę przy dobieraniu franczyzobiorcy jest pewien stopień zaufania – który może się zmienić w przypadku zbycia przedsiębiorstwa należącego do sieci franczyzowej na rzecz innego podmiotu (a więc np. na rzecz konkurenta organizatora sieci). Inne okoliczności powołane przez sąd są albo konsekwencjami stanów obiektywnych (takich jak psychiczna niezdolność do prowadzenia działalności, w czym zapewne mogłoby mieścić się np. ubezwłasnowolnienie całkowite), albo braku współpracy właścicieli apteki przy wykonywaniu umowy (np. utrudnianie kontroli).

2.6. Ocena franczyzy w sprawie VI SA/Wa 738/20 – podsumowanie

Sąd wskazał, że każda umowa franczyzy podlega indywidualnej ocenie. Jednocześnie uznał, że postanowienia umowy franczyzy badane w tej sprawie „podporządkowały franczyzobiorcę tak, że jego możliwości kreowania własnej działalności gospodarczej są iluzoryczne”.

Dla porządku należy przypomnieć, że katalog form przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą pozostaje otwarty (art. 4 pkt 4) uokik, a wskazane w ustawie wyliczenie, gdy takie przejęcie zachodzi (skutkujące włączeniem do grupy kapitałowej), jest przykładowe. Uważamy jednak, że w związku ze stosowaniem przepisów uokik i odsyłających do nich przepisów prawa farmaceutycznego jako wyjątku od zasady swobody działalności gospodarczej, należy interpretować je zawężająco. Dostrzegł to także Główny Inspektor Farmaceutyczny³⁷. Przed pojawieniem się orzeczeń WSA na tle prawa farmaceutycznego, za przykłady przejęcia kontroli Prezes UOKiK podawał np. przejęcie zarządzania funduszem³⁸, nauka prawa z kolei wskazywała np. umowę dzierżawy przedsiębiorstwa (Karasiewicz, Stankiewicz i Wierzbowski, 2014, s. 1061).

Żadna z okoliczności wskazanych przez sąd ani także ich suma nie mogą świadczyć o „przejęciu kontroli” nad przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 4 uokik. „Bezpośrednie” przyczyny wskazano przy tym powyżej, odnosząc się do poszczególnych, przykładowych przejawów tej kontroli. Co bardzo istotne, stan faktyczny powołany przez sąd administracyjny nie wskazuje na to, aby organizator sieci franczyzowej ingerował w dobór dostawców, ceny ani marże apteki

³⁶ Por. wyr. w cytowanej już sprawie *Pronuptia*, pkt 50, gdzie TSUE wskazał, że postanowienia umowy franczyzy, które ustanawiają nad franczyzobiorcą kontrolę ściśle niezbędną do utrzymania tożsamości i reputacji sieci nie stanowią ograniczeń konkurencji.

³⁷ Komunikat GIF, s. 3.

³⁸ Tak: dec. Prezesa UOKiK z 26 lutego 2008 r., DKK-23/2008, wyrażająca zgodę na koncentrację.

będącej franczyzobiorcą. Są to cechy wskazujące na niezależność franczyzodawcy w jego działalności na rynku. Sąd administracyjny w istocie zidentyfikował typowe cechy umów franczyzowych, dostrzegane dotychczas w prawie zarówno umów gospodarczych, jak i konkurencji. Natomiast, jak dotąd, te cechy nie prowadziły do uznania, że franczyzobiorca jest częścią grupy kapitałowej organizatora sieci franczyzowej. Jest to pogląd niemożliwy do pogodzenia z dotychczasowym ujęciem umów franczyzy jako systemu dystrybucji, produkcji czy świadczenia usług z franczyzobiorcą jako niezależnym przedsiębiorcą. Dlatego też należy postulować szersze uwzględnienie przez sądy administracyjne dorobku krajowego i unijnego orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji przy wykładaniu pojęcia „grupy kapitałowej”.

3. Franczyza jako grupa kapitałowa – „skutki uboczne”

Warto zastanowić się, jakie skutki wywołuje stanowisko WSA wyrażone w sprawie VI SA/Wa 738/20 przy szerszym spojrzeniu na sytuację przedsiębiorców stosujących system franczyzowy. Artykuł 4 pkt 14) w zw. pkt 4) uokik jest przecież stosowany względem franczyzobiorcy i franczyzodawcy na gruncie nie tylko prawa farmaceutycznego, lecz także prawa konkurencji. Zgodnie z zasadą pewności prawa³⁹, w tym samym stanie faktycznym i prawnym rezultaty wykładni tego samego przepisu powinny być takie same. To czy wykładni dokonuje organ stosujący ten przepis przez odesłanie z prawa farmaceutycznego (WIF/GIF/WSA), czy stosujący je wprost, na podstawie uokik (np. Prezes UOKiK, SOKiK) nie powinno zmieniać rezultatu wykładni.

Wykładnia, dotycząca oceny czym są franczyza i grupa kapitałowa, przedstawiona w niektórych decyzjach inspekcji farmaceutycznej i niektórych wyrokach WSA nie uwzględnia w wystarczającym stopniu przepisów, doktryny i orzecznictwa prawa konkurencji. Rozumowanie przedstawione w tych sprawach nie wpisuje się w bardzo ważny postulat zachowania spójności systemu prawa. Spójność ta jest szczególnie ważna tam, gdzie przepisy nakładają ograniczenia na przedsiębiorców. Organy i sądy administracyjne w swej wykładni powinny wyjść od tego, że racjonalny ustawodawca świadomie skonstruował w prawie farmaceutycznym odesłanie do przepisów uokik, gdy chodzi o ocenę rozumienia grupy kapitałowej. W ramach uokik franczyza nie tworzy grupy kapitałowej i mimo że relacja między franczyzobiorcą a franczyzodawcą jest bardzo bliska, pozostają oni niezależnymi przedsiębiorcami. Organy stosujące prawo konkurencji wielokrotnie potwierdziły to stanowisko. Taki stan rzeczy potwierdza również sam ustawodawca, który opisał franczyzę jako rodzaj systemu dystrybucji wertykalnej, funkcjonujący między niezależnymi przedsiębiorstwami. Rezultat wykładni polegający na uznaniu, że franczyzobiorca wchodzi do grupy kapitałowej franczyzodawcy nie daje się więc pogodzić z systemową wykładnią prawa.

Zaskoczenie takimi rozstrzygnięciami jest tym większe, że antykoncentracyjne przepisy prawa farmaceutycznego są wyjątkiem od zasady swobody działalności gospodarczej. To sprawia, że organy i sądy je stosujące powinny je wyklądać zawężająco (ściśle).

Organy ochrony konkurencji, tak polskie, jak i unijne, jak również sądy (TSUE i SOKiK), konsekwentnie orzekają, że franczyzobiorca pozostaje niezależnym przedsiębiorcą. Co trzeba podkreślić – czynią to mimo świadomości wielowymiarowych i ścisłych związków franczyzodawcy z organizatorem sieci franczyzowej. Należy więc postawić pytanie: czy nie jest zasadnym oczekiwać podobnej wykładni przy stosowaniu przepisów uokik na tle prawa farmaceutycznego? Uznanie,

³⁹ Por. art. 14 ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. 2021, poz. 162 z późn. zm.).

że umowa franczyzy przypisuje franczyzobiorcę do grupy kapitałowej franczyzodawcy jest też nie do pogodzenia z celowościową wykładnią antykoncentracyjnych przepisów prawa farmaceutycznego. Przepisy te mają zapobiegać nadmiernej koncentracji na rynku aptek ogólnodostępnych. Tymczasem bywają niesłusznie stosowane tam, gdzie tej koncentracji nie ma, odbierając przedsiębiorcom prawo do decydowania o sposobie prowadzenia swojej działalności – w tym przypadku wykluczając dystrybucję w formie franczyzy.

Zwracamy uwagę, że stan faktyczny sprawy VI SA/Wa 738/20 nie wskazuje na to, że ścisła współpraca w ramach franczyzy wyeliminowała kluczowy element konkurencji, tj. możliwość rywalizacji cenowej między poszczególnymi aptekami tej samej sieci franczyzowej.

Argumenty WSA za włączeniem franczyzobiorcy do grupy kapitałowej (wyrok w sprawie VI SA/Wa 738/20) skonfrontujemy teraz ze zgoła przeciwnym wyrokiem sądu administracyjnego również dotyczącym aptek w systemie dystrybucji franczyzowej, tj. wskazującym, że franczyzobiorca nie wchodzi w skład grupy kapitałowej franczyzodawcy.

4. Argumenty wykładni WSA przeciw włączeniu franczyzobiorcy do grupy kapitałowej franczyzodawcy

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 19 września 2018 r., VI SA/Wa 701/18, również rozstrzygającym skargę na decyzję inspekcji farmaceutycznej (a więc na tle art. 99 pf), wyrażono kategorię pogląd, że sieć franczyzowa nie stanowi grupy kapitałowej ani też kontroli, o której mowa w uokik. Uzasadnienie wyroku wskazuje na dobre zrozumienie istoty franczyzy w obrocie gospodarczym. Zdaniem tego składu orzekającego WSA umowa franczyzy pozostaje umową nienazwaną, stąd rekonstrukcja warunków takiej umowy jest zawsze wyzwaniem. Sąd stwierdził m.in., że „Obowiązek poddania się przez franczyzobiorcę kontroli ze strony franczyzodawcy wpisany jest w istotę umowy franczyzowej”. Dalej zauważył, że jest to element tworzenia jednolitej sieci franczyzowej i obejmuje kontrolę franczyzobiorcy, np. w zakresie jakości świadczonych usług, metod prowadzenia działalności. Zdaniem sądu obejmuje to także poddanie się przez franczyzobiorcę kontroli w zakresie dokumentacji handlowej i księgowej przedsiębiorstwa. Sąd – ze znajomością praktyki obrotu – wywodził, że jest to uzasadnione zwłaszcza wówczas, gdy obrót stanowi podstawę wynagrodzenia należnego franczyzodawcy. Sąd podkreślił, że mimo wyżej określonego kształtu relacji „(...) franczyzobiorca działa cały czas zawsze na własny rachunek. Kontrola, wynikająca z umów franczyzy bezwzględnie nie może być traktowana jako sprawowanie kontroli bezpośredniej czy pośredniej, o których mowa w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Takie rozstrzygnięcie oceniamy jako prawidłowe. Przede wszystkim, sąd uwzględnił, że rozstrzygając sprawę, musi zastosować definicję grupy kapitałowej z uokik z uwzględnieniem całego dorobku orzeczniczego prawa ochrony konkurencji, takim jakie ono jest.

V. Podsumowanie

Z zestawienia wyżej przedstawionych wyroków WSA w Warszawie w sprawach VI SA/Wa 738/20 oraz VI SA/Wa 701/18 widać, że nie wykształciła się orzecznicza spójność oceny instytucji franczyzy na potrzeby stosowania art. 99 prawa farmaceutycznego.

Pogląd wyrażony w niektórych orzeczeniach wojewódzkich sądów administracyjnych, jakoby prowadzenie apteki w formie franczyzy wciągało franczyzobiorcę do grupy kapitałowej francyzodawcy jest nieuzasadniony i niebezpieczny dla pewności prawa. W tym miejscu następuje rozdzwięk z interpretacją dokonywaną przez krajowe i europejskie organy ochrony konkurencji.

Organy i sądy stosujące prawo konkurencji „na co dzień” (np. Prezes UOKiK, TSUE), uważają bowiem franczyzobiorcę za podmiot niezależny od francyzodawcy, mimo że ściśle z nim współpracujący. Prawo konkurencji zakłada, że franczyza jest formą porozumienia dystrybucyjnego (wertikalnego) między dwoma lub więcej przedsiębiorcami. Tymczasem, niektóre organy inspekcji farmaceutycznej i sądy administracyjne (stosując te same przepisy) niesłusznie zrównują status aptecznego franczyzobiorcy ze statusem spółki zależnej francyzodawcy (mimo braku powiązań na gruncie prawa handlowego). Doszły one do wniosku, że franczyza może być formą wewnętrznego zorganizowana grupy kapitałowej przedsiębiorcy, tym samym pozbawiając franczyzobiorcę przymiotu niezależności. Widać więc, że są to poglądy przeciwstawne, nie dające się pogodzić.

Uważamy, że te same przepisy (tj. art. 4 pkt 14) w zw. z pkt 4) uokik) nie mogą tworzyć dwóch różnych pojęć „grupy kapitałowej”, odmiennych w zależności od tego, jaki organ lub jaki sąd je stosują. Sytuacja taka wprowadzałaby ogromną niepewność, niszcząc zaufanie przedsiębiorców do działalności państwa. Ponieważ przepisy będące przedmiotem tak istotnych rozbieżności wywodzą się z działu prawa konkurencji, uważamy, że przy ich stosowaniu należy uwzględnić wykładnię systemową w ramach tego działu prawa. Taka wykładnia powinna uwzględniać dorobek orzecznictwa prawa konkurencji w tym zakresie, który wskazuje, że franczyzobiorca, mimo często bardzo bliskiej, wielowymiarowej współpracy z francyzodawcą, pozostaje jednak niezależnym przedsiębiorcą, działającym we własnym imieniu i na własny rachunek. Organy i sądy stosujące prawo powinny zakładać, że racjonalny ustawodawca świadomie i rozważnie zawarł w prawie farmaceutycznym odesłanie do rozumienia grupy kapitałowej w prawie konkurencji. W przeciwnym wypadku antykoncentracyjne przepisy prawa farmaceutycznego z pewnością zawierałyby własną definicję grupy kapitałowej. Skoro tak nie jest, to za nieuzasadnioną i błędną uznajemy wykładnię, w myśl której franczyzobiorca apteczny wchodzi do grupy kapitałowej francyzodawcy, jak uznał WSA w sprawie VI SA/Wa 738/20. Z aprobatą natomiast przyjmujemy orzeczenie WSA w sprawie VI SA/Wa 701/18, gdzie sąd prawidłowo stwierdził, że franczyza to nie grupa kapitałowa ani kontrola w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Bibliografia

- Chojnicka-Duch, E. i Zapadka, P. (2022). Umowa franczyzy czy grupa kapitałowa? Analiza prawna w świetle reguł prawa farmaceutycznego. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (2), 30–38.
- Bolecki, A. (2013). Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji. *iKAR*, 7(2), 59–77.
- Główny Inspektor Farmaceutyczny. (2021). *Komunikat Głównego Inspektora Farmaceutycznego w sprawie umów franczyzy na rynku detalicznego obrotu produktami leczniczymi*. Główny Inspektor Farmaceutyczny.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2018). Rodzaje dystrybucji. W: A. Jurkowska-Gomułka, O. Szejnert-Roszak, F. Tuytschaeffer, F. Wijckmans, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska–Polska*. Wolters Kluwer.

- Karasiewicz, K., Stankiewicz, R., Wierzbowski, M. (2014). Rozdział XIX. Kontrola koncentracji przedsiębiorców. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*. C.H. Beck/Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Kępiński, M. (red.). (2014). *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*. C.H. Beck/Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Koch, A. (red.). (2019). Umowa Franchisingowa. W: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*. Wolters Kluwer.
- Mazurkiewicz, P. (2018). Apteczna wojna wchodzi na kolejny front. *Rzeczpospolita*. Pozyskano z: <https://www.rp.pl/biznes/art9655531-apteczna-wojna-wchodzi-na-kolejny-front> (28.03.2022).
- de Pree, J., The, S. (2016). Franchising: an overview of EU and national case law. *e-Competitions Franchising*, 80770.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. C.H. Beck.
- Skoczny, T. (2015). *Pojęcie podmiotów zależnych i grupy kapitałowej w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z uwzględnieniem treści art. 99 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne*. CARS.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II*. LEX/el.
- UOKiK. (2015). *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.