

1% a prywatyzacja państwowych CEFARM-ów

- W latach 2002 – 2011 prowadzony był zasadniczy proces prywatyzacji polskiej branży farmaceutycznej. Istotnym elementem prywatyzacji były przedsiębiorstwa połączone wspólną nazwą „Cefarm”.
- Cefarmy były państwowymi przedsiębiorstwami prowadzącymi między innymi sieci aptek na terenie całego kraju.
- Łącznie przeprowadzono prywatyzację 16 Cefarmów. Niemal wszystkie zostały nabyte przez polskie firmy.
- W latach 2007–2011 Skarb Państwa sprzedał akcje i udziały 14 spośród 18 spółek sektora farmaceutycznego. Przychód z prywatyzacji wynosił prawie 560 mln zł.
- Od 2004 r. do chwili obecnej obowiązuje art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 Prawa farmaceutycznego w niezmienionym brzmieniu. W myśl przedmiotowego przepisu zezwolenia na prowadzenia apteki: *„nie wydaje się, jeżeli podmiot ubiegający się o zezwolenie: (...) 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”*. Tym samym, przepis ten dotyczy jedynie wydawania nowych zezwoleń.
- Dwukrotnie, w 2007 r. oraz 2008 r. proponowano dodanie do Prawa farmaceutycznego art. 99a w brzmieniu: *„Zabrania się prowadzenia na terenie województwa więcej niż 1% łącznie aptek ogólnodostępnych przez: 1) przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów; 2) grupę kapitałową w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.”* W obu przypadkach ze zmiany tej zrezygnowano. Proponowany zapis spotkał się z miążdzącą krytyką ze strony Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Ministerstwa Skarbu Państwa¹.
- Gdy Skarb Państwa posiadał jeszcze udziały w CEFARM-ach i oferował ich sprzedaż inwestorom Ministerstwo Skarbu Państwa, opiniując projekt zmiany Prawa farmaceutycznego w kierunku zakazu posiadania powyżej 1% aptek, odniosło się do niego jednoznacznie negatywnie. W piśmie z dnia 3 grudnia 2008 r. nr DP-AK-0244-2029/08, stwierdzono:
 - *„W nadzorze Ministra Skarbu Państwa pozostają spółki prowadzące działalność w sektorze dystrybucji leków, w tym w dwóch podmiotach Skarb Państwa posiada 100% kapitału zakładowego. Są to Centrala Farmaceutyczne CEFARM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz CEFARM Białystok S.A. Podstawowym przedmiotem działalności ww. Spółek jest hurtowa i detaliczna sprzedaż środków farmaceutycznych, realizowana przez hurtownie oraz sieć aptek własnych.*
 - ***Dotychczas jednym z najefektywniejszych i właściwie jedynym możliwym sposobem poprawy rentowności, zapewniającym wzrost wartości firmy w sektorze farmaceutycznym, jest rozwój poprzez wzrost organiczny – przejęcia podmiotów***

¹ Stanowiska Prezesa UOKiK raz Ministerstwa Skarbu Państwa dostępne pod następującymi linkami:

http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/3502_1_5012009.pdf;

http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/3502_15_5012009.pdf

prowadzących sieci detaliczne oraz dalszy ich rozwój poprzez pozyskiwanie i tworzenie nowych aptek. Podkreślić należy, że obecnie obowiązujące, bardzo rygorystyczne przepisy w tym zakresie, zostały w proponowanym projekcie jeszcze bardziej zaostrzone, co niewątpliwie stanowi barierę rozwojową dla wspomnianych Spółek.

- ***Obecne przepisy uniemożliwiają utworzenie nowej apteki ogólnodostępnej podmiotowi, który kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni więcej niż 1% aptek na terenie województwa bądź należy do grupy kapitałowej prowadzącej taką liczbę aptek. Projekt ustawy uniemożliwia również uzyskanie pozwolenia na prowadzenie apteki podmiotowi zależnemu od podmiotu prowadzącego sprzedaż hurtową. Oznacza to, że istniejące lub nabyte spółki zależne, prowadzące sieci detalicznej sprzedaży leków nie będą mogły otwierać nowych bądź przejmować istniejących aptek. W praktyce oznacza to znaczne ograniczenie możliwości rozwoju Spółek, poprzez uniemożliwienie zwiększania skali działalności i umacniania pozycji w sektorze aptek. (...) Konkludując, w mojej ocenie proponowane zmiany w wymienionych we wstępie przepisach ograniczą możliwości rozwojowe wspomnianych Spółek i wpłyną negatywnie na ich wartość, co w konsekwencji może doprowadzić do ich likwidacji. ”***
- Obecnie inspekcja farmaceutyczna podejmuje próby nadania art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego sensu, który miał art. 99a Prawa farmaceutycznego w nieprzyjętych projektach z 2007 r. i 2008 r. W ocenie niektórych WIF-ów i GIF-u art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego zawiera normę zakazową posiadania przez jednego właściciela liczby aptek przekraczających 1% aptek w danym województwie. Dodatkowo naruszenie tego limitu, ma rzekomo prowadzić do odebrania zezwolenia na prowadzenie apteki/aptek.
- Pomijając że nadawanie nowej treści art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego odbywa się wbrew literalnej treści przepisu i stanowi w istocie wykładnię *contra legem*, należy wskazać, że taka wykładnia oznaczałaby nielojalność Skarbu Państwa wobec nabywców sprywatyzowanych spółek z branży farmaceutycznej.
- Dopóki CEFARM-y były państwowe interpretacja art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego była zgodna z jego językowym brzmieniem. Po sprzedaży wszystkich państwowych sieci aptecznych, przy braku zmian w prawie, inspekcja farmaceutyczna forsuje interpretację przepisów skrajnie niekorzystną dla właścicieli aptek. Usiłuje się wprowadzić mechanizmy, które Ministerstwo Skarbu Państwa określiło mianem „bariery rozwojowej”.
- Nowa, sprzeczna z treścią przepisu wykładnia art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego uniemożliwia organiczny wzrost poprzez przejęcia aptek i otwieranie nowych placówek, co zgodnie ze stanowiskiem MSP jest „jedynym sposobem na poprawę rentowności”. Do nabywców państwowych spółek stosuje się rozwiązania, które: „wpłyną negatywnie na ich wartość, co w konsekwencji może doprowadzić do ich likwidacji”.
- Szczególnie rażącym przykładem nieuczciwości w procesie nadawania nowego znaczenia przepisom o 1% jest sytuacja, w której nabycie prywatyzowanych spółek wprost doprowadziło do przekroczenia limitu 1%. CEFARM-y zarządzały rozbudowanymi sieciami aptek, liczącymi często po kilkadziesiąt placówek w województwie. Nierzadko nabycie samych placówek CEFARM-u doprowadziło do posiadania przez przedsiębiorcę większej ilości aptek niż 1%. Tak więc, z jednej strony państwo sprzedało spółki prowadzące po kilkanaście aptek, a po paru latach zamierza odebrać zezwolenia na prowadzenie znacznej części z nich.

- Oba wspomniane projekty nowelizacji, wprowadzające zakaz posiadania ponad 1% aptek, przewidywały przepisy przejściowe, dające przedsiębiorcom pięć lat na dostosowanie się do wprowadzonego limitu. Zgodnie z uzasadnieniem projektu z 2008 r. „Przepis art. 6 projektu przewiduje pięcioletni okres na dostosowanie się przedsiębiorców do art. 99a oraz zmian wprowadzanych w art. 81 ust. 1 oraz art. 103 ustawy – Prawo farmaceutyczne. (...) Projektodawca (...) wprowadził rozwiązania prawne, które zawężają do niezbędnego minimum negatywne skutki dla zainteresowanego przez wyznaczenie odpowiednio długiego okresu na dostosowanie się do przepisu art. 99a oraz przewidzianych zmian do art. 81 ust. 1 i art. 103 ust. 1. Przewidziany art. 14 projektu pięcioletni okres przejściowy jest wystarczający na dostosowanie się przedsiębiorców do nowych przepisów, jak również na przygotowanie się przez organy administracji publicznej do egzekwowania obowiązków przewidzianych zmienionymi przepisami ustawy – Prawo farmaceutyczne”. Tymczasem zakaz, który miał zostać implementowany poprzez nowelizację ustawy po długim okresie dostosowawczym, jest teraz forsowany poprzez zmianę praktyki organów administracji z dnia na dzień. Taka sytuacja godzi bezpośrednio w konstytucyjną zasadę ochrony praw nabytych. Przedsiębiorcy prowadzący apteki mają być arbitralnie, bez zmiany prawa i czasu na dostosowanie się do nowych obowiązków zmuszani do zamykania i wyprzedazy aptek.
- Próby nadania art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego nowego sensu prowadzą do jeszcze dalszych patologii. Zamknięcie „ponad limitowych” aptek może nierzadko doprowadzić do obniżenia limitu posiadanych aptek w danym województwie. Wówczas inspekcja farmaceutyczna powinna wydać decyzję o cofnięciu jednej koncesji wszystkim podmiotom prowadzącym apteki ponad limit. Próby forsowania nowego znaczenia art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego nie uwzględniają faktu, że liczba aptek w województwie jest zmienna, placówki ulegają zamknięciu, otwierane są nowe. Właściciele aptek nie są w stanie dostosować się do rzekomego zakazu posiadania 1% aptek.
- Wprowadzenie ograniczeń dotyczących prawa do prowadzenia aptek oraz nakazanie pozbycia się sporej części z nich są okolicznościami, które uzasadniają odpowiedzialność Skarbu Państwa wobec poszkodowanych inwestorów. Prawdopodobieństwo zaistnienia takiego scenariusza znacząco zwiększa fakt, iż przedsiębiorcy dokonywali znaczących inwestycji w oparciu o uzasadnione oczekiwania względem stanu prawnego. Przepis art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 PF został wprowadzony do systemu prawa w 2004 roku. Przez okres ponad dziesięciu lat organy nadzoru farmaceutycznego nie wywodziły istnienia obowiązku nieprzekraczania progu 1 % w odniesieniu do zezwoleń wydanych zgodnie z obowiązującym prawem. Interpretacja przepisu zmienia się gwałtownie po dekadzie odmiennej praktyki i skutkuje zastosowaniem środków *quasi* wywłaszczeniowych.
