

Warszawa, 16.02.2021 r.

Sz. P. Piotr Patkowski
Podsekretarz Stanu

Sz. P. Jan Sarnowski
Podsekretarz Stanu

Ministerstwo Finansów
ul. Świętokrzyska 12
00-916 Warszawa

L. dz. 289-21

Stanowisko w sprawie Projektu ustawy o dodatkowych przychodach Narodowego Funduszu Zdrowia, Narodowego Funduszu Ochrony Zabytków oraz utworzeniu Funduszu Wsparcia Kultury i Dziedzictwa Narodowego w Obszarze Mediów

Szanowni Panowie Ministrowie,

W imieniu organizacji branży farmaceutycznej i wyrobów medycznych pragniemy odnieść się do projektu ustawy o dodatkowych przychodach Narodowego Funduszu Zdrowia, Narodowego Funduszu Ochrony Zabytków oraz utworzeniu Funduszu Wsparcia Kultury i Dziedzictwa Narodowego w Obszarze Mediów („Projekt”), który został opublikowany 2 lutego 2021 r.¹ (numer w wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów – UD182).

Na wstępie należy zauważyć, że konsekwencją wprowadzenia proponowanych regulacji będzie przerzucenie kosztów wynikających z nowej składki na przedsiębiorców reklamujących swoje produkty. Efektywnie koszt wprowadzonej składki **nie obciąży wyłącznie wskazanych w Projekcie podmiotów**, lecz zostanie przeniesiony na przedsiębiorców, co niestety nie pozostanie bez wpływu na konsumentów, w tym pacjentów nabywających leki.

Poprzez takie pośrednie obciążenie fiskalne dojdzie do ograniczenia gwarantowanej konstytucyjnie wolności działalności gospodarczej (którą jedną z emanacji jest możliwość reklamowania), gdyż wielu podmiotom znacznie utrudni, a w skrajnych przypadkach wręcz uniemożliwi to (m.in. z uwagi na sytuację gospodarczą związaną z COVID-19) prowadzenie działań marketingowych. Warto przy tym przypomnieć, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej mogą być wprowadzane tylko ze względu na ważny interes publiczny. Za takie uzasadnienie nie można uznać stwierdzenia, iż dodatkowe środki pochodzące z tej daniny publicznej przeznaczone zostaną na walkę z pandemią.

¹ <https://www.gov.pl/web/finanse/media-pomoga-w-zwalczaniu-skutkow-covid-19-przepisy-o-skladce-reklamowej-w-prekonsultacjach>

Istotnym jest również to, że w tym przypadku nie sposób wykazać, że rozwiązania mniej ograniczające wolność gospodarczą nie będą równie skuteczne. Wskazanie przez projektodawcę związku przyczynowo skutkowego pomiędzy wprowadzeniem nowego podatku, a osiągnięciem zakładanego celu jest także o tyle istotne, że projektodawca jako cel wprowadzenia nowej daniny nie wskazuje na interesy fiskalne państwa, lecz na ochronę zdrowia publicznego i wsparcie kultury.

Powyższe argumenty jasno wskazują, że Projekt ma znaczenie nie tylko dla podmiotów świadczących usługi reklamowe, lecz *de facto* dla całej polskiej gospodarki.

I. Uwaga ogólna – brak pewności prawa dla przedsiębiorców

Nałożenie nowego podatku w trakcie roku kalendarzowego jest niezgodne z ustawą zasadniczą (było to wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zob. np. wyrok z dnia 18 listopada 2014 r., K 23/12). Naruszenie tych zasad prowadzi bowiem do zburzenia bezpieczeństwa prawnego. Podmioty prowadzące działalność gospodarczą muszą mieć pewność, że zasady podatkowe będą stabilne przez cały rok podatkowy.

Pomimo, iż projekt posługuje się pojęciem „składka” to faktycznie jest to publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz państwa. Zgodnie zaś z definicją podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej (art. 6 ustawy Ordynacja podatkowa). Nieodpłatny charakter podatków oznacza brak świadczeń ze strony związku publicznoprawnego (państwa, samorządu) na rzecz podatnika.

Natomiast składki nie zostały zdefiniowane w przepisach rangi ustawowej, można jednak wyróżnić ich istotne cechy jak władczy, publicznoprawny charakter, obligatoryjność i celowość. W doktrynie funkcjonuje stanowisko, według którego odpowiednie stosowanie przepisów Ordynacji podatkowej do składek sprawia, że nabywają one charakter „parapodatkowy”. W Projekcie brakuje celowego charakteru nakładanej składki. Co prawda wskazywane są odpowiednie fundusze celowe, które będą zasilane tą daniną jednak sam pobór daniny, jej charakter i w sumie również przeznaczenie (dla przypomnienia – walka z pandemią) wskazują na jej podatkowy charakter.

Posługiwanie się w Projekcie pojęciem „składka” wydaje się mieć na celu wyłącznie uzasadnienie wprowadzenia nowego podatku w trakcie roku podatkowego ponieważ zgodnie z projektem ustawy ma ona wejść w życie z dniem 1 lipca 2021 r. A przecież nowe podatki nie mogą być nakładane w trakcie roku podatkowego. Przedsiębiorcy nie mogą być zaskakiwani nowymi daninami, muszą mieć czas na przygotowanie się do ich wprowadzenia.

Wprowadzając nową daninę ustawodawca powinien zapewnić stosowne *vacatio legis*, tak aby podmioty mogły dostosować swoje strategie prowadzonej działalności do nowych zasad przy uwzględnieniu ryzyk wynikających z wprowadzanych regulacji.

Tymczasem projektowana ustawa miałaby wejść w życie z dniem 1 lipca 2021 r. a więc pozostało nieco ponad 4 miesiące na jej uchwalenie i opublikowanie. To jest zdecydowanie zbyt krótki okres czasu aby możliwe było przygotowanie się firm do wejścia w życie tak istotnych zmian. Wprowadzenie nowej daniny publicznej wymaga zmiany modelu funkcjonowania podmiotów gospodarczych dotkniętych zmianami. Wymaga również odpowiedniego przygotowania technicznego i organizacyjnego. Nie wspominając już o przemodelowaniu strategii rynkowych i budżetów zaplanowanych na ich realizację. Podkreślić przy tym należy, że warunki finansowe zakupu czasu antenowego itp. ustalone są z góry na okres jednego roku. To wszystko pokazuje, iż przedsiębiorcy zostaną zaskoczeni nowymi podatkami, a to jak wyżej wykazano, jest niezgodne z ustawą zasadniczą.

II. Uwagi dotyczące uznania leków za „towary kwalifikowane”

Ze szczególnym zaniepokojeniem przyjęliśmy propozycje rozwiązań, które prowadzą do uznania produktów leczniczych za „towary kwalifikowane”, a w konsekwencji do obłożenia ich wyższą stawką składki w odniesieniu do reklamy „konwencjonalnej”.

a. Podstawowe informacje dotyczące reklamy leków

Warto przypomnieć, że reklama leków jest działaniem prawnie dozwolonym. W ustawie – Prawo farmaceutyczne poświęcono cały rozdział regulacji tego zagadnienia.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że obok funkcji marketingowej reklama odgrywa również istotną rolę edukacyjną. Dotyczy to tak leków na receptę, które są reklamowane m.in. w prasie specjalistycznej kierowanej do lekarzy, jak również leków bez recepty w odniesieniu do reklam kierowanych do publicznej wiadomości. W obu przypadkach, reklamy pozwalają jej odbiorcom uzyskać informacje o terapiach lekowych i ich zaletach.

b. Brak uzasadnienia zakwalifikowania leków do towarów kwalifikowanych

W uzasadnieniu Projektu nie znajdujemy żadnego wyjaśnienia, dlaczego właśnie reklama leków ma podlegać wyższej stawce składki (zamieszczono jedynie stwierdzenie o charakterze czysto opisowym, że „W ustawie zaproponowano zamknięty katalog produktów, których reklama objęta będzie podwyższoną stawką składki. W katalogu tym uwzględniono: produkty lecznicze, suplementy diety, wyroby medyczne i napoje z dodatkiem substancji o właściwościach słodzących - art. 10 ust 2 projektu.”).

Jedynym uzasadnieniem, które można znaleźć w związku z informacjami dotyczącymi Projektu jest uznanie, że leki to towary szkodliwe dla zdrowia („*Wyższymi stawkami objęte zostaną przychody z reklam towarów szkodliwych dla zdrowia, w szczególności napojów słodzonych, ale także od suplementów diety.*”²).

Z całą stanowczością sprzeciwiamy się takim twierdzeniom. Uznanie, że legalnie dopuszczone do obrotu produkty lecznicze:

- których podawanie (zgodnie z definicją zawartą w ustawie – Prawo farmaceutyczne) ma na celu postawienie diagnozy lub przywrócenie, poprawienie lub modyfikację fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne,
- i których stosowanie jest kontrolowane przez Państwową Inspekcję Farmaceutyczną oraz Urząd Rejestracji Produktów leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych

są niekorzystne dla zdrowia jest **niedopuszczalne**. Takie sugestie przeczą samej istocie leków. Dodatkowo należy mieć na względzie, że leki wprost przyczyniają się poprawy zdrowia Polaków

² Informacja zawarta na stronie Ministerstwa Finansów, podana przy publikacji treści Projektu: <https://www.gov.pl/web/finanse/media-pomoga-w-zwalczaniu-skutkow-covid-19-przepisy-o-skladce-reklamowej-w-prekonsultacjach>

i poprzez to pozytywnie wpływają na wydatki płatnika publicznego, obniżając koszty systemu poprzez funkcjonowanie samoleczenia.

Co więcej, cały katalog towarów kwalifikowanych wskazuje, że wybór produktów do niego zaliczonych nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego oraz że nie przyjęto żadnego racjonalnego kryterium kwalifikacji (w jaki sposób przedsiębiorcy mają rozumieć racjonalność prawodawcy, skoro nie znają przyczyn objęcia ich produktów podwyższoną stawką składek?).

W tym kontekście trudno również uznać by produkty lecznicze czy wyroby medyczne stosowane zgodnie z zaleceniami (w przypadku leków – zgodnie z ulotką kierowaną do pacjenta) były bardziej szkodliwe niż jakiegokolwiek inne towary. Na marginesie, należy wskazać, że leki wymagające większej ostrożności, tj. leki wydawane na receptę, mogą być reklamowe wyłącznie profesjonalistom medycznym i takich materiałów nie znajdziemy w telewizji czy radiu.

Idąc tym tokiem rozumowania za towary kwalifikowane powinny zostać uznane np. samochody (nieprawidłowe korzystanie, które może doprowadzić do wypadków śmiertelnych, a nadto generuje zanieczyszczenie powietrza) czy napoje alkoholowe, których reklama jest dozwolona (których spożywanie wpływa na zdrowie, a często i życie konsumentów).

c. Proponowane rozwiązania a zasady wynikające z innych aktów prawnych

Brak jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia wprowadzanego rozwiązania, nakazuje zadać zasadne pytanie o jego zgodność z zasadami zawartymi w polskim prawodawstwie.

W tym zakresie najważniejszy wydaje się art. 32 ust. 1 Konstytucji, który wskazuje, że: „1. *Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.*”³.

Adresatem tego obowiązku są jak wynika wprost z treści przepisu „władze publiczne”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że „ustęp 1 formułuje w sposób ogólny zasadę równości jako normę konstytucyjną adresowaną do wszelkich organów władzy publicznej - zarówno do organów stosujących prawo jak i do organów stanowiących prawo”⁴.

Oczywiście powyższe nie stanowi zakazu tworzenia rozwiązań legislacyjnych różnicujących sytuacje różnych podmiotów⁵, jednak takie rozwiązania – jak podkreśla się zarówno w orzecznictwie

³ „W orzecznictwie TK zasadę równości odnosi się zarówno do osób fizycznych, jak i do osób prawnych oraz wszelkich innych podmiotów konstytucyjnych praw i wolności. W wyr. TK z 18.4.2000 r. (K 23/99, OTK 2000, Nr 3, poz. 89) uznano, że zasada równości dotyczy nie tylko podmiotów będących osobami fizycznymi, ale także osób prawnych, „albowiem art. 32 konstytucji nie ogranicza kręgu podmiotów, którym przysługuje prawo do równego traktowania przez władze publiczne, a więc także przez ustawodawcę, tylko do osób fizycznych.” Zob. Komentarz do art. 32 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek.

⁴ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 2002 r., sygn. akt P 10/01.

⁵ „W orzecznictwie przyjmuje się, że „równość wobec prawa, to także zasadność wybrania takiego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów prawa” (orzec. TK z 29.9.1997 r., K 15/97, OTK 1997, Nr 3–4, poz. 37). W orzecznictwie TK wyjaśniono, że nakaz równości dotyczy bowiem tylko tych podmiotów, które są obdarzone określoną cechą relewantną z punktu widzenia danej sfery stosunków prawnych, gdy dyspozycja normy prawnej wyróżnia daną sferę stosunków ze względu na wskazaną cechę relewantną oraz gdy istnieje związek pomiędzy cechą relewantną danej kategorii podmiotów a treścią przyjętej regulacji (tak wyr. TK z 30.3.2004 r., K 32/03, OTK-A 2004, Nr 3, poz. 22; zob. też wyr. TK z: 2.12.2009 r., U 10/07, OTK-A 2009, Nr 11, poz. 163 i 2.4.2003 r.,

jak i doktrynie prawa – powinny być uzasadnione: „W świetle art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP każde odstępstwo od zasady równego traktowania powinno znajdować swoje uzasadnienie w **odpowiedniej argumentacji natury konstytucyjnej**. W orzecznictwie zauważa się, że wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych – aby nie stanowiły dyskryminacji – „muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonywujących argumentach”, które muszą odwoływać się do aksjologii konstytucyjnej (orzecz. TK z 3.9.1996 r., K 10/96, OTK 1996, Nr 4, poz. 33).”⁶.

W Projekcie, jak wykazano w pkt b. powyżej, nie wskazano żadnego uzasadnienia czy metodologii, którą kierowano się przy wprowadzeniu rozróżnienia na towary kwalifikowane i zwykłe.

Inną ważną normą, z którą należy skonfrontować projektowane rozwiązania jest art. 67 ustawy – Prawo przedsiębiorców (fundamentu Konstytucji dla Biznesu wprowadzonej przez Premiera Mateusza Morawieckiego).

Zgodnie z przywołanym przepisem: „Opracowując projekt aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej, należy kierować się zasadami **proporcjonalności i adekwatności** (...)”.

Trudno jednak przyjąć, by za takie można było uznać rozwiązania, które na reklamę leków nakładają wyższe stawki składki niż na inne produkty (które nie służą ratowaniu życia i zdrowia pacjentów, jak leki, a nieprawidłowo używane mogą w większym stopniu wpływać negatywnie na życie i zdrowie Polaków).

d. Skutki nierównego traktowania przedsiębiorców dla branży farmaceutycznej

Skutki sprzecznego z art. 32 Konstytucji traktowania przedsiębiorców z branży farmaceutycznej będą daleko idące.

Po pierwsze, przyjęcie rozwiązań zawartych w Projekcie będzie stanowiło (niczym nieuzasadnione) pogorszenie warunków i zmniejszenie konkurencyjności tych podmiotów. Będzie miało to oczywiście negatywny wpływ zarówno na cenę zakupu mediów, jak i na samą dostępność do tych mediów. Jest więcej niż oczywiste. Tytułem przykładu, w sytuacji ograniczonej podaży np. czasu antenowego, jego sprzedawca zaoferuje swój towar podmiotom, które będą generowały po jego stronie mniejsze obciążenie podatkowe.

Innym dyskryminacyjnym skutkiem będzie „karanie” producentów za działania wymagane prawem. W reklamach leków (a po wejściu w życie nowej ustawy o wyrobach medycznych - również wyrobów) wymagane są ściśle określone ostrzeżenia, których czas emisji wynosi nawet do 13 sekund podczas gdy sama reklama trwa z reguły ok. 30 sekund.

Ostrzeżenia umieszczane w reklamach leków stanowią dodatkowy czas, za który firma musi zapłacić i wyemitować go wraz z reklamą, choć jest to element edukacyjno – informacyjny wymagany przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

K 13/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 28; zob. też I. Pużycka, J. Wojnowska-Radzińska, *Zasada równości*, s. 268–269”, zob. Komentarz do art. 32 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek.

⁶ Zob. Komentarz do art. 32 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek.

Oznacza to w praktyce, że podatek od reklamy będzie pobierany od elementu, który jest niezależny ani od firmy zlecającej reklamę ani od podmiotu emitującego reklamę ponieważ został wprowadzony jako obowiązkowa część reklamy przez regulatora.

* * *

Mając na uwadze powyższe, apelujemy o zaniechanie dalszych prac nad Projektem.

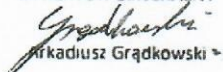
W niniejszym stanowisku nie odnosimy się szczegółowo do wszelkich rozwiązań zaproponowanych w ustawie (w tym np. poziomu składek), lecz przedstawiamy uwagi o charakterze ogólnym. Zastrzegamy sobie prawo zgłaszania uwag i propozycji do Projektu także na ewentualnych, kolejnych etapach procesu legislacyjnego.

Wyrażamy nadzieję, że przedstawione wyżej argumenty zostaną uwzględnione przez projektodawców.

Z wyrazami szacunku,

Ogólnopolska Izba Gospodarcza
Wyrobnów Medycznych „POLMED”

DYREKTOR GENERALNY


Arkadiusz Grądkowski



Ewa Jankowska,
Prezes
PASMI



Krzysztof Kopeć,
Prezes
PZPPF - Krajowi Producenci Leków



Irena Rej,
Prezes
Izba Gospodarcza
„FARMACJA POLSKA”



Dr Paulina Skowrońska,
Dyrektor
POLFARMED

Do wiadomości:

- Sz. P. Mateusz Morawiecki – Prezes Rady Ministrów,
- Sz. P. Jarosław Gowin – Wiceprezes Rady Ministrów, Minister Rozwoju, Pracy i Technologii
- Sz. P. Adam Abramowicz, Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców