LEWIATAN

Warszawa, 8 listopada 2021 r.
KL/415/286/AM/2021

Pan
Konrad Szymański
Minister do spraw Unii Europejskiej
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Szanowny Panie Ministrze,

13 października 2021 r. na stronach BIP dawnego ministerstwa cyfryzacji opublikowano nową wersję projektu z dnia 12 października 2021 r. ***ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw*** (dalej „**Projekt**")[1].

Projekt dotyczy obszaru objętego zakresem harmonizowanym na poziomie prawa europejskiego – w szczególności dyrektywy 2016/1148 („*dyrektywa NIS*") i rozporządzenia 2019/881 („*akt o cyberbezpieczeństwie*"), a także wytycznych w sprawie unijnego zestawu narzędzi na potrzeby cyberbezpieczeństwa 5G („*5G Toolbox*").

Projekt koncentruje się na zagadnieniach dotyczących, między innymi, certyfikacji, rozwiązań ICT, zasad funkcjonowania operatora strategicznej sieci cyberbezpieczeństwa, a także oceny ryzyka dostawców dostarczających rozwiązania ICT (tzw. Postępowanie w sprawie uznania za dostawcę wysokiego ryzyka, art. 66 ust. 1 i nast. Projektu, dalej „**Postępowanie**"). Zwłaszcza ten ostatni obszar budzi szereg wątpliwości natury prawnej – zarówno proceduralnej jak i systemowej. Wątpliwości te dotycząc zgodności projektowanych rozwiązań z prawem krajowym oraz unijnym.

Z uwagi na wskazane uchybienia, zwracamy się do Pana Ministra z apelem o podjęcie działań zapewniających zgodność Projektu z przepisami prawa, w szczególności przepisami prawa Unii Europejskiej.

1. Ryzyko niezgodności z przepisami Unii Europejskiej i umowami międzynarodowymi

1.1. W naszej ocenie występuje wysokie prawdopodobieństwo niezgodności przepisów Projektu dotyczących Postępowania z wytycznymi 5G Toolbox. Dotyczy to w szczególności następujących aspektów:

[1] https://mc.bip.gov.pl/projekty-aktow-prawnych-mc/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-krajowym-systemie-cyberbezpieczenstwa-oraz-ustawy-prawo-zamowien-publicznych.html

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

(a) **Przesłanki oceny dostawcy** usług, produktów i procesów ICT za dostawcę wysokiego ryzyka mają charakter wysoce ocenny, a kluczowe znaczenie przypisane zostało kryteriom politycznym i organizacyjnym (bliżej niezdefiniowane związki dostawcy z państwem trzecim, praktyka stosowania prawa w państwie trzecim itd.) . Z kolei kryteria techniczne oceny zostały uwzględnione jedynie w ograniczonym zakresie. Takie podejście jest sprzeczne z wytycznymi określonymi w dokumencie 5G Toolbox, który podkreśla konieczność odniesienia oceny do **kluczowych aktywów** (*key assets*), a zatem skoncentrowanie się na aspektach przedmiotowych, nie zaś podmiotowych.

(b) Proponowane podejście nie tylko stoi w sprzeczności z powyższym regulacjami, ale także stwarza istotne ryzyko uznania projektowanych przepisów za **dyskryminujące** lub wręcz – nakierowane na konkretne rodzaje podmiotów gospodarczych, co może być uznane z naruszające Traktaty (zasada niedyskryminacji – art. 18 TFUE), a także potencjalnie naruszeniami innych zobowiązań międzynarodowych Rzeczpospolitej Polskiej (zob. poniżej). Z tego względu należy w naszej ocenie dokonać rewizji przyjętych kryteriów oceny dostawcy, zaś samo postępowanie w sprawie uznania za dostawcę wysokiego ryzyka powinno odnosić się **jedynie do takiego sprzętu i oprogramowania, które realizuje funkcje krytyczne**.

(c) W obecnym kształcie przepisy Projektu **mogą naruszać zasadę równego traktowania** (niedyskryminacji) ze względu na przynależność państwową, która została określona nie tylko w art. 18 TFUE, ale także w art. 20 i art. 21 ust. 2 Karty praw podstawowych. Zasada niedyskryminacji może zostać naruszona nie tylko jawną dyskryminacją ze względu na przynależność państwową, ale także wszelką ukrytą dyskryminacją, która poprzez zastosowanie innych kryteriów zróżnicowania prowadzi w rzeczywistości do tego samego rezultatu.

(d) Przepisy regulujące postępowanie w sprawie uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka mogą naruszać art. 34 i art. 35 TFUE, które chronią **swobodny przepływ towarów**. Zauważyć należy, że dany dostawca może wytwarzać produkty i usługi w jednym kraju członkowskim i dostarczać do innych krajów, co jest powszechną praktyką w UE. Przepis art. 34 TFUE zakazuje natomiast państwom członkowskim przyjmowania „ograniczeń ilościowych w przywozie" i „wszelkich środków o skutku równoważnym".

(e) Wprawdzie zgodnie z art. 36 TFUE, postanowienia artykułów 34 i 35 nie stanowią przeszkody w stosowaniu wskazanych zakazów lub ograniczeń, gdy jest to uzasadnione m.in. względami bezpieczeństwa publicznego. Ochrona bezpieczeństwa publicznego zakłada jednak „**istnienie rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia**, które narusza jeden z podstawowych interesów społeczeństwa, a w kontekście wspólnotowym należy je interpretować w sposób ścisły". Zwrócić należy także uwagę, że ciężar dowodu spoczywa na państwie członkowskim, które powinno „wykazać w każdym przypadku, że ich przepisy są niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony interesów, o których mowa w art. 36 TFUE".

(f) Zastosowanie odstępstwa przewidzianego w art. 36 TFUE wymaga zastosowania tzw. **testu proporcjonalności**, czyli sprawdzenia czy przewidziane w Projekcie rozwiązania są proporcjonalne do zamierzonych celów, w więc w tym przypadku, do ochrony bezpieczeństwa publicznego. Wskazane warunki i wymagania potwierdzone zostały w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE („TSUE"). TSUE w swoim orzecznictwie także wskazywał, że przepis krajowy zakazujący

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

przywozu produktu **jest nieproporcjonalny, jeżeli istnieją mniej restrykcyjne środki**, które pozwalają na osiągnięcie zamierzonego celu. Ograniczenie swobodnego przepływu towarów oraz swobody przedsiębiorczości można uzasadnić na podstawie art. 36 TFUE, tylko wtedy, gdy środek jest konieczny, a więc w szczególności, gdy nie istnieją inne mniej restrykcyjne środki, które mogłyby osiągnąć ten sam cel.

(g) Zauważyć wreszcie należy, że wykluczenie z polskiego rynku określonych dostawców oznacza automatyczne polepszenie sytuacji innych dostawców działających na polskim rynku. Stanowić to może z kolei naruszenie art. 106 ust. 1 TFUE zakazuje państwom członkowskim przyjmowania lub utrzymywania w mocy, w odniesieniu do przedsiębiorstw, którym przyznano **prawa wyłączne lub specjalne**, wszelkich środków, które prowadziłyby do naruszenia innej zasady w traktatach UE. Przepisy te obejmują w szczególności art. 18 TFUE (zasada niedyskryminacji), art. 34 TFUE (swobodny przepływ towarów) i art. 102 TFUE (zakaz nadużywania pozycji dominującej).

(h) **Katalog funkcji krytycznych** zamierzony w Projekcie w charakterze załącznika do ustawy, również może zostać zakwestionowany z uwagi na niezgodność z dokumentem 5G Toolbox. Mianowicie wytyczne zawarte w tym dokumencie przewidują rozróżnienie na krytyczne i niekrytyczne elementy sieci 5G, zalecając koncentrowanie oceny ryzyka dostawcy na rozwiązaniach należących do tej pierwszej kategorii. Tymczasem w Projekcie katalog funkcji krytycznych przewiduje – m.in., – że do funkcji krytycznych zaliczone zostanie *Zarządzanie łącznością z urządzeniami użytkowników i przydzielanie zasobów radiowych,* inaczej niż w skoordynowanej ocenie ryzyka cyberbezpieczeństwa dla sieci 5G[2]. **Apelujemy o zapewnienie, by Projekt uwzględniał powyższe rozróżnienie, a lista funkcji krytycznych – niezależnie od sposobu jej ustalenia, (o czym** niżej) **– uwzględniała wytyczne zawarte w 5G Toolbox.**

(i) Występuje potencjalna **sprzeczność z założeniami dyrektywy 2018/1972 (Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej, EKŁE).** W szczególności w świetle założeń projektowanego mechanizmu oceny ryzyka dostawcy może pojawić się uzasadniona wątpliwość, co do uwzględnienia w Projekcie zasady neutralności elektronicznej (art. 3.4.c. EKŁE) oraz zasady swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej (art. 12 ust. 1 EKŁE).

1.2. Projektowane rozwiązania mogą okazać się niezgodne nie tylko z przepisami Unii Europejskiej, ale multi- i bilateralnych umów wiążących Rzeczpospolitą Polską. Dotyczy to w szczególności Porozumienia o Wolnym Handlu GATT, a także bilateralnych porozumień inwestycyjnych (BIT), na co zwracano uwagę już na etapie uprzednio prowadzonych konsultacji publicznych. Dlatego w razie zastosowania w projekcie KSC kryterium państwa pochodzenia do oceny ryzyka danego dostawcy sprzętu lub oprogramowania, Polska, jako członek WTO będzie zobowiązana do dokonania notyfikacji takiego środka innym państwom członkowskim, za pośrednictwem Sekretariatu WTO. Notyfikacja jest wymagana na podstawie postanowień Porozumienia w sprawie barier technicznych w handlu, zawartego w ramach WTO, jeżeli proponowane przepisy nie są

[2] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6049

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

zgodne z treścią techniczną odpowiednich norm międzynarodowych oraz mogą wywrzeć istotny wpływ na handel z innymi członkami WTO

1.3. Zastrzeżenia także może wywołać model rozdysponowania częstotliwości przewidziany w rozdziale 3 działu trzeciego. Zastrzeżenia, co do tego modelu zgłaszał już wcześniej Minister ds. UE, wskazując, że jak wynika z art. 48. ust. 2 dyrektywy 2018/1972, indywidualne prawa użytkowania widma radiowego są przyznawane w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury. Wymóg ten potwierdza art. 4 pkt 2 dyrektywy 2002/77/WE, w rozumieniu, którego „przydzielanie częstotliwości w odniesieniu do usług łączności elektronicznej opiera się na obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych oraz proporcjonalnych kryteriach", oraz art. 55 ust. 6 dyrektywy 2018/1972, zgodnie, z którym w przypadku, gdy należy ograniczyć przyznawanie praw użytkowania widma radiowego, państwa członkowskie przyznają takie prawa według kryteriów selekcji i procedury selekcyjnej, które muszą być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz proporcjonalne (zob. pismo Ministra ds. UE sygn. KPDPUE.920.162.2020.KWM(17), dot.: DRC.WL.0610.2.2021 z 15.02.2021 r.).

2. Uchybienia w obszarze procedury administracyjnej i sądowoadministracyjnej

2.1. Zwracamy uwagę, że Projekt przewiduje szereg odstępstw od ogólnych zasad postępowania administracyjnego. **Wyłączona została możliwość dołączenia do postępowania innych podmiotów posiadających w tym interes prawny** oraz organizacji społecznych (proponowany art. 66a ust. 3 ustawy). W sytuacji, w której decyzja wywiera skutki prawne dla podmiotów trzecich – przedsiębiorców, zobowiązanych do wycofania z użytku określonych rozwiązań ICT pod rygorem kary finansowej – takie wyłączenie zasad ogólnych możliwości udziału w postępowaniu jest poważnym ograniczeniem sprawiedliwości proceduralnej.

2.2. Kolejne odstępstwa od standardu wynikającego z KPA dotyczą **ograniczenia jawności postępowania oraz natychmiastowej wykonalności decyzji** w sprawie uznania za dostawcę wysokiego ryzyka, której uchylić nie może nawet sąd administracyjny. Projektowane rozwiązania tak dalece ograniczają prawa dostawcy, którego dotyczy postępowanie, że prowadzą de facto do odebrania mu prawa do obrony. Na wady prawne wskazywała także **Rada Legislacyjna** w opinii do projektu z dnia 23 lutego 2021 r., która zwróciła uwagę na brak dostatecznej precyzji w przepisach o doręczaniu odpisów wyroków sądu administracyjnego w sprawach skarg na decyzję o uznaniu dostawcy sprzętu lub oprogramowania za dostawcę wysokiego ryzyka. Rada Legislacyjna podnosiła także wątpliwość o charakterze konstytucyjnym, a mianowicie czy w ogóle jest zgodne z Konstytucją RP odstępowanie od doręczania stronie pełnego uzasadniania wyroku sądu administracyjnego (. Według Rady, nie ulega wątpliwości, że w świetle konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) zasadą musi być dostarczanie stronie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji administracyjnej, tak, aby strona (będąca adresatem decyzji) mogła w sposób skuteczny, zaskarżyć tę decyzję do sądu administracyjnego. Przyjęcie w obecnej postaci w Projekcie postanowień art. 66d ust. 1-2 rodzi poważne ryzyko uznania tych przepisów za sprzecznie z Konstytucją RP.

2.3. Rozwiązanie przewiduje ponadto **brak indywidualnego informowania dostawcy**, którego dotyczy postępowanie, o jego wszczęciu, jeśli jego siedziba znajduje się poza Unią Europejską/EFTA/Konfederacją Szwajcarską (w to miejsce przewidziano informację na stronie podmiotowej BIP właściwego organu).

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

2.4. Sam proces podejmowania decyzji został zaprojektowany w sposób **mało przejrzysty**. Kluczowy dokument w postępowaniu – opinia Kolegium zawierająca ocenę ryzyka dostawcy – sporządzany jest w gronie ściśle politycznym (określonym zgodnie z art. 66 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa), bez udziału czynnika eksperckiego, przedstawicieli strony społecznej czy wreszcie samego zainteresowanego dostawcy. **Wyłącza to transparentność postępowania**, **zwiększa ryzyko nieprawidłowości merytorycznych** i praktycznie wyłącza możliwość odwołania się do zarzutów przez dostawcę, którego dotyczy postępowanie.

2.5. Należy także zwrócić uwagę na ostateczność, jaka charakteryzuje wydaną decyzję. Powinna ona stanowić ostateczny środek wobec dostawcy, wykorzystywany tylko wtedy, kiedy inne rozwiązania okażą się nieskuteczne. Dostawca powinien mieć możliwość zareagowania na wskazane w toku oceny uchybienia i podjęcia działań naprawczych w celu ograniczenia ewentualnych ryzyk..

2.6. Powyższe uchybienia, w połączeniu z bardzo szerokim zakresem dyskrecjonalności po stronie właściwego organu, w naszej ocenie, mogą spowodować, że projektowane rozwiązania mogą być kwestionowane z powodu naruszenia zasady praworządności, a także zasady niedyskryminacji. Powyższe może skutkować wnoszeniem skarg przeciwko Rzeczpospolitej Polskiej – zarówno w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i Europejskim Trybunale Praw Człowieka.

2.7. W naszej ocenie, powyższe uchybień są bardzo poważne, gdyż pozbawiają stronę postępowania gwarancji rzetelnego procesu i mogą stanowić naruszenie konstytucyjnej zasady państwa prawa.

3. Pozostałe ryzyka w zakresie roszczeń podmiotów gospodarczych

3.1. Przyjęcie rozwiązań w zaproponowanym obecnie w Projekcie kształcie może stworzyć podstawy do wnoszenia roszczeń odszkodowawczych. Z pewnością, bowiem zastosowanie tych rozwiązań spowoduje poważne i wymierne konsekwencje finansowe, zarówno dla operatorów telekomunikacyjnych, jak i dostawców.

3.2. W szczególności należy liczyć się z roszczeniami odnoszącymi się do:

a) obowiązku wycofania z użytkowania produktów i usług ICT przez podmioty do tego zobowiązane. Obecny Projekt **nie przewiduje rekompensat** związanych z koniecznością wymiany używanego obecnie, sprawnego sprzętu;

b) utraconych korzyści po stronie podmiotów, uznanych za dostawców wysokiego ryzyka. Projekt nie odnosi się w ogóle do kwestii skutków prawnych wydawanych ewentualnie decyzji, na istniejące umowy pomiędzy dostawcami a odbiorcami sprzętu. Nie reguluje także skutków finansowych uchylenia nieprawidłowej lub dyskryminującej decyzji przez sąd administracyjny.

3.3. Powyższe roszczenia mogą w szczególności opierać się na zidentyfikowanych niezgodnościach z prawem UE.

4. Rola Operatora Strategicznej Sieci Bezpieczeństwa

4.1. Jednym z możliwych do rozważenia sposobów ograniczenia ryzyk wynikających z powyższych niezgodności, może być ograniczenie postępowania w sprawie uznania za dostawcę wysokiego ryzyka do sprzętu i oprogramowania wykorzystywanego przez operatora strategicznej sieci bezpieczeństwa

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

(OSSB) – nowego podmiotu powoływanego zgodnie z Projektem dla celów zapewnienia realizacji zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego. Skoro ustawodawca planuje utworzenie operatora, który byłby dedykowany do zarządzania siecią bezpieczeństwa, z której korzystałyby kluczowe podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, racjonalnym i logicznym jest, że weryfikacja sprzętu pod względem bezpieczeństwa, powinna dotyczyć sprzętu dostarczanego do tego operatora (OSSB), a nie praktycznie wszystkich działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz wymienionych w ustawie uczestników KSC.

4.2. Przyjęcie rozwiązania, że postępowanie w sprawie uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka dotyczyłyby tylko dostawcy, z którego sprzętu korzystałby OSSB, wyeliminowałoby lub co najmniej znacząco ograniczyło opisanej wcześniej ryzyka, zarówno w obszarze niezgodności z przepisami prawa, jak możliwych i roszczeń odszkodowawczych.

Wyrażamy nadzieję, że uwzględnienie powyższych postulatów ograniczy ryzyko niezgodności projektowanych regulacji z przepisami wspólnotowymi.

Z poważaniem,

Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS