

Warszawa, 27 kwietnia 2020 r.
KL/198/130/AM/2020

Pan
Marek Zagórski
Minister Cyfryzacji

Szanowny Panie Ministrze,

W nawiązaniu do konsultacji projektu rozporządzenia Ministra Cyfryzacji w sprawie minimalnych środków technicznych i organizacyjnych oraz metod, jakie przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani stosować w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub integralności sieci lub usług (wersja z dnia 22 kwietnia 2020 r.), Konfederacja Lewiatan, w załączeniu, przedstawia szczegółowe stanowisko do pakietu zmian.

Z poważaniem,



Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Do wiadomości:

Pan Robert Kośla - Dyrektor Departamentu Cyberbezpieczeństwa, Ministerstwo Cyfryzacji

Załącznik:

Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu rozporządzenia Ministra Cyfryzacji w sprawie minimalnych środków technicznych i organizacyjnych oraz metod, jakie przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani stosować w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub integralności sieci lub usług (wersja z dnia 22 kwietnia 2020 r.).



Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu rozporządzenia Ministra Cyfryzacji w sprawie minimalnych środków technicznych i organizacyjnych oraz metod, jakie przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani stosować w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub integralności sieci lub usług (wersja z dnia 22 kwietnia 2020 r.)

Przedstawiona do konsultacji kolejna wersja publicznego projektu rozporządzenia Ministra Cyfryzacji w sprawie minimalnych środków technicznych i organizacyjnych oraz metod, jakie przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani stosować w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub integralności sieci lub usług (z dnia 22 kwietnia 2020 roku („Projekt")), zawiera zmiany sprzeczne z przepisami prawa krajowego oraz naruszające zasady prawa unijnego, w szczególności dyrektywy 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii („Dyrektywa NIS"). Konsekwencje prawne związane z potencjalnymi uchybieniami, wiążą się z ryzykiem wniesienia przeciwko Polsce skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz dochodzenia naprawienia szkody materialnej powstałej wskutek nieprawidłowej implementacji.

Poniżej pragniemy przedstawić nasze pozostałe kluczowe zastrzeżenia do Projektu:

I. Uwagi do poszczególnych zapisów § 3 ust. 1 Projektu

1. § 3 ust. 1 pkt 1 Projektu

Zmieniona treść §3 ust. 1 pkt 1 Projektu nakłada na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dostarczającego sieć 5G, obowiązek stosowania rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa („UKSC"). **Rozciągnięcie mechanizmu rekomendacji o których mowa w art. 33 UKSC na przedsiębiorców telekomunikacyjnych budujących sieć 5G jest sprzeczne z zasadą prymatu ustawy, pewności prawa oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego.**

Na chwilę obecną przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie wchodzą w skład krajowego systemu cyberbezpieczeństwa (por. art. 4 UKCS), a wręcz przeciwnie, są oni z zakresu podmiotowego stosowania wyłączeni (art. 1 ust. 2 pkt 1 UKSC). Przedsiębiorcy Ci nie są i nie mogą być zatem adresatami rekomendacji wydawanych na podstawie UKSC.

Rekomendacje są szczególnego rodzaju aktem administracyjnym, sformułowanym arbitralnie przez pełnomocnika rządu ds. cyberbezpieczeństwa w nieprzejrzystej procedurze. Procedura przewidziana w art. 33 UKSC ogranicza sądową i administracyjną kontrolę nad poprawnością rekomendacji. Ustalanie



rozwiązań technicznych, regulujących istotne aspekty działalności gospodarczych, tego typu aktami może być sprzeczne z zasadą prymatu ustawy oraz z art. 24 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i jedynie ze względu na ważny interes publiczny.

Co więcej, w obecnym stanie prawnym rekomendacje są aktami skierowanymi jedynie do podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa i tylko te podmioty są uprawnione by poznać ich treść. Ponadto, tylko te podmioty mogą kwestionować rekomendacje i wnosić do pełnomocnika rządu ds. cyberbezpieczeństwa zastrzeżenia do tych rekomendacji z uwagi na ich negatywny wpływ na świadczoną usługę lub realizowane zadanie publiczne. Projekt nakłada na operatorów obowiązek stosowania się do postanowień dokumentów, w których tworzeniu nie brali udziału i których nie mogą kwestionować przed sądem lub innym organem, a których treść może w sposób istotny wpływać na ich prawa i obowiązki. Mogą one także istotnie wpływać na koszty i warunki prowadzenia działalności. Zgodnie z art. 87 Konstytucji RP „źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia.” W tym przypadku źródłem prawa dla operatorów telekomunikacyjnych ma być dokument tworzony przez grono podmiotów, którego operator nie jest członkiem. Tego rodzaju rozwiązanie może naruszać art. 87 Konstytucji.

W zaistniałej sytuacji domagamy się wykreślenia całego pkt 1) z §3 ust. 1 Projektu.

2. § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu

Wątpliwości budzi treść § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu. Zastrzeżenia budzi treść § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu pod względem językowym, gdyż nie jest stosowana potocznie konstrukcja językowa w postaci: „gwarantowania braku”. Powoduje to niejasności interpretacyjne i trudność w jej zastosowaniu.

Pod względem legislacyjnym § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu jest **sprzeczny z § 6 w zw. z § 132 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”** (Dz.U. Nr 100, poz. 908 ze zm.) („Zasady”). Zgodnie z przepisami tych Zasad przepisy rozporządzenia redaguje się tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy. Postanowienie § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu naruszają ten przepis, gdyż są niezrozumiałe i nie jest możliwe na podstawie Postanowień Projektu i jego uzasadnienia ustalenie jego treści przy zastosowaniu każdej z możliwych, dostępnych wykładni. Stosując więc w pierwszym rzędzie, zgodnie z zasadami wykładni, wykładnię literalną, gwarantować oznacza, zgodnie ze słownikiem języka polskiego i wyrazów obcych: „dawać gwarancję; dawać rękojmię; ręczyć, zabezpieczać, zapewniać”. Każde z wymienionych słów wyjaśniających słowo gwarancja posiada inne znaczenie, co ważniejsze, nie tylko w języku potocznym, ale także prawniczym, czy nawet prawnym. Funkcjonują bowiem w obrocie prawnym konstrukcje prawne: gwarancji, rękojmi, poręczenia, zabezpieczenia. W których



z tych znaczeń jest używane pojęcie w Projekcie „gwarantowania”? Przepis ten w praktyce z tych powodów będzie niezwykle trudny czy wręcz niemożliwy do zastosowania w praktyce.

Budzi zastrzeżenia sformułowanie postanowienia § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu także pod względem ściśle merytorycznym. Ani projektowany tekst rozporządzenia ani uzasadnienie Projektu nie zawierają jakichkolwiek wskazówek co do stanu faktycznego i prawnego jaki spełniałby wymóg „braku uzależnienia od jednego producenta”. Wprost przeciwnie, na stronie 13 (uzasadnienie Projektu) wskazuje się, że „*Konieczne jest rozważenie dywersyfikacji elementów sieci telekomunikacyjnej. Oczywistym jest, że w **niektórych przypadkach będzie to niemożliwe bądź bardzo utrudnione** – stąd nie wskazuje się w procentowy sposób, ile urzędzeń powinno być od różnych producentów.*”. Sam zatem ustawodawca zakłada, że osiągnięcie dywersyfikacji będzie w wielu miejscach niemożliwe lub znacznie utrudnione, niemniej jednak nakłada na operatora telekomunikacyjnej bezwzględny obowiązek gwarantowania zapewnienia takiego stanu rzeczy. Samo bowiem uzasadnienie (s. 14 i 15 Projektu) wskazuje na konieczność osiągnięcia rezultatu, a nie dążenie do niego. Innymi słowy, **nałożony obowiązek może okazać się niewykonalny – co sam ustawodawca przyznaje – a mimo to ten sam ustawodawca wymaga jego realizacji**. Powiązanie tego wymogu z obowiązkami szacowania ryzyka (§ 2 pkt 3-5 Projektu) nie usuwa tej wewnętrznej sprzeczności. Formułowanie obowiązków nakładanych na adresatów aktu prawnego z jednoczesnym przyznaniem, że nie będą mogli im sprostać, jest nielogiczne oraz narusza zasadę pewności prawa i zaufania do organów państwa. Należy także zwrócić uwagę na wadliwość uzasadnienia Projektu. Uzasadnienie, zamiast wyjaśniać ewentualne wątpliwości związane z zakresem nakładanych na operatorów telekomunikacyjnych obowiązków i sposobem ich prawidłowego wykonania, wprowadza kolejny element niepewności. Wadliwym elementem uzasadnienia jest, między innymi, odwołanie się do koncepcji dostawców o zwiększonym poziomie ryzyka (s. 14, akapit).

Wreszcie, należy stwierdzić, że regulacja § 3 ust. 1 pkt 2 Projektu wkracza w obszar prawa konkurencji, stanowiąc o braku uzależnienia od jednego producenta, który jest regulowany już innymi aktami prawnymi. Przede wszystkim omawiana problematyka pozostaje w zakresie przedmiotowym ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 1 tej ustawy, w szczególności określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji. To ta ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję. Nie wspominając, że akt prawny w postaci rozporządzenia wkracza w problematykę zastrzeżoną dla ustawy.

Biorąc pod uwagę treść zaproponowanych zmian proponujemy rozważenie nowej treści § 3 ust. 1 Projektu o następującym brzmieniu:

§ 3. 1. Przedsiębiorca telekomunikacyjny dostarczający sieć piątej generacji (5G), określoną w dokumencie technicznym – Raporcie ETSI TR 121 915 V.15.0.0. (2019-10) lub dokumencie go zastępującym, w ramach realizacji środków, o których mowa w § 2 pkt 3-5, w ramach tej sieci:



LEWIATAN

- ~~3. stosuje rekomendacje, o których mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. poz. 1560, z 2019 r. poz. 2020 i 2248 oraz z 2020 r. poz. 695);~~
4. **uwzględnia unikanie** ~~gwarantuje brak~~ uzależnienia się od jednego producenta poszczególnych elementów sieci telekomunikacyjnej przy jednoczesnym zapewnieniu interoperacyjności usług;
5. ~~zapewnia~~ **uwzględnia** podwyższanie odporności na zakłócenia sieci i usług telekomunikacyjnych.
2. Przedsiębiorca telekomunikacyjny prowadzi dokumentację działań, o których mowa w ust. 1.

Konfederacja Lewiatan, KL/198/130/AM/2020

member of  BUSINESS EUROPE



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

