

## OBOWIĄZEK NOTYFIKACJI PROJEKTOWANYCH ART. 66A-66E USTAWY O KRAJOWYM SYSTEMIE CYBERBEZPIECZEŃSTWA W ŚWIETLE PRZEPISÓW DYREKTYWY 2015/1535

**Zleceniodawca:** Polska Izba Komunikacji Elektronicznej  
**Wykonawca:** r.pr. Michał Krotoszyński, Kancelaria Prawna Media

**Przedmiot opracowania:** Obowiązek notyfikacji art. 66a-66e u.KSC, w brzmieniu przyjętym w datowanym na 7 czerwca 2023 r. projekcie jej nowelizacji, w świetle przepisów Dyrektywy 2015/1535.

**Tezy opracowania:**

1. Istnieją silne argumenty przemawiające za uznaniem, że przepisy art. 66a-66e u.KSC, ze szczególnym uwzględnieniem art. 66b u.KSC, stanowią przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535, albowiem przepisy te ustanawiają „inne wymagania” odnoszące się do produktów ICT bądź „zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego”, gdy idzie o usługi ICT i procesy ICT.
2. Na sądzie krajowym ciąży obowiązek odmowy zastosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z ww. dyrektywą. Dotyczy to tak sporów wertykalnych, na linii państwo-jednostka, jak i sporów w ramach postępowań cywilnych między podmiotami prywatnymi. Brak notyfikacji stanowi też naruszenie obowiązków państwa członkowskiego.
3. Biorąc pod uwagę argumenty odnoszące się do kwalifikacji ww. przepisów u.KSC jako przepisów technicznych oraz dotkliwe konsekwencje braku notyfikacji, uznać należy, że art. 66a-66e u.KSC, ze szczególnym uwzględnieniem art. 66b u.KSC, powinny zostać notyfikowane.

Poznań, dnia 13 czerwca 2023 r.

Indeks skrótów:

Dyrektywa 2001/95/WE	- Dyrektywa 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów (Dz.U. L 011, 15.1.2002, str.4)
Dyrektywa 2002/21/WE	- Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33).
Dyrektywa 2015/1535	- Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 241 z 17.9.2015, str. 1)
EKŁE	- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE. L 321 z 17.12.2018, str. 36 ze zm.)
Projekt	- Projekt ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (wersja z 7 czerwca 2023 r.)
P.t.	- Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.).
Rozporządzenie 2019/796	- Rozporządzenie Rady (UE) 2019/796 z dnia 17 maja 2019 r. w sprawie środków ograniczających w celu zwalczania cyberataków zagrażających Unii lub jej państwom członkowskim (Dz. Urz. UE L 129I z 17.05.2019, str. 1, ze zm.).
Rozporządzenie 2019/881	- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylecia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie) (Dz. Urz. UE L 151 z 07.06.2019, str. 15).
r.d.p.t.z.	- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 sierpnia 2020 r. w sprawie planu działań przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w sytuacjach szczególnych zagrożeń (Dz.U. poz. 1464 ze zm.).
r.k.s.n.	- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 ze zm.).
u.KSC	- Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 913)

## 1. Wprowadzenie

W dniu 7 czerwca 2023 r. Ministerstwo Cyfryzacji opublikowało kolejną wersję projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup> (dalej: „Projekt”). Obok innych zmian, Projekt przewiduje też  **dodanie do u.KSC<sup>2</sup> nowych art. 66a-66e**, regulujących procedurę uznania dostawcy sprzętu i oprogramowania za dostawcę wysokiego ryzyka – oraz skutki podjęcia takiej decyzji. Decyzja ta w sposób bezpośredni oddziaływać będzie na produkty, usługi i procesy, z których korzystać będą mogli m.in. przedsiębiorcy telekomunikacyjni w zakresie swojej działalności.

W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy powyższe przepisy nie stanowią przepisów technicznych, które podlegałyby obowiązkowi notyfikacji zgodnie z **Dyrektywą 2015/1535**<sup>3</sup>. Pytanie to jest o tyle zasadne, że w wersji projektu datowanej na 25 marca 2022 r. wskazywano, że projektowana regulacja będzie poddana notyfikacji technicznej<sup>4</sup>. Takie stanowisko projektodawcy prezentowali jeszcze w odniesieniu do wersji z 5 maja 2023 r. Dopiero w odniesieniu do aktualnej wersji projektu, datowanej na 7 czerwca 2023 r., stwierdza się, że projektowana regulacja nie podlega notyfikacji technicznej. Niniejsze opracowanie przedstawia argumenty, które wskazują na istnienie takiego obowiązku.

---

<sup>1</sup> Zob. <https://mc.bip.gov.pl/projekty-aktow-prawnych-mc/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-krajowym-systemie-cyberbezpieczenstwa-oraz-niektorych-innych-ustaw.html>

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 913).

<sup>3</sup> Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 241 z 17.9.2015, str. 1).

<sup>4</sup> Przebieg procesu legislacyjnego dostępny na: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12337950/katalog/12716608>

## 2. Postanowienia Projektu dotyczące dostawców wysokiego ryzyka (art. 66a-66e u.KSC)

### 2.1. Procedura uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka

Zgodnie z projektowanym art. 66a ust. 1 u.KSC, minister właściwy do spraw informatyzacji, w celu: (1) ochrony bezpieczeństwa państwa lub (2) bezpieczeństwa i porządku publicznego, będzie mógł może wszcząć z urzędu albo na wniosek przewodniczącego Kolegium ds. Cyberbezpieczeństwa **postępowanie w sprawie uznania dostawcy sprzętu lub oprogramowania za dostawcę wysokiego ryzyka**. Procedura ta dotyczyć ma dostawców:

- 1) **produktów ICT**, tj. elementów lub grup elementów systemu informacyjnego; na produkty ICT składają się przy tym zarówno **urządzenia informatyczne**, jak i **oprogramowanie**<sup>5</sup>;
- 2) **usług ICT**, tj. usług polegających w pełni lub głównie na przekazywaniu, przechowywaniu, pobieraniu lub przetwarzaniu informacji za pośrednictwem systemów informacyjnych; lub
- 3) **procesów ICT**, tj. zestawów czynności wykonywanych w celu projektowania, budowy, rozwijania, dostarczania lub utrzymywania produktów ICT lub usług ICT.

Procedura ta będzie mogła dotyczyć wyłącznie produktów, usług lub procesów ICT wykorzystywanych przez (art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC):

- 1) **podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa**, wskazane w art. 4 u.KSC;
- 2) **przedsiębiorców komunikacji elektronicznej** obowiązanych posiadać aktualne i uzgodnione oraz wprowadzone do stosowania plany działań w sytuacji szczególnego zagrożenia; zgodnie z art. 176a ust. 2 P.t.<sup>6</sup>, plany takie ma obowiązek posiadać każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, za wyjątkiem przedsiębiorców zwolnionych z tego obowiązku na mocy r.d.p.t.z.<sup>7</sup>;
- 3) właścicieli lub posiadaczy obiektów, instalacji lub urządzeń **infrastruktury krytycznej**.

---

<sup>5</sup> Art. 2 pkt 34 i 41 u.KSC w zw. z w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 57).

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.).

<sup>7</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 sierpnia 2020 r. w sprawie planu działań przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w sytuacjach szczególnych zagrożeń (Dz.U. poz. 1464 ze zm.). Obowiązek ten jest co do zasady wyłączony w przypadku podmiotów, których roczne przychody z tytułu wykonywania działalności telekomunikacyjnej w poprzednim roku obrotowym były równe kwocie 10 milionów złotych lub mniejsze od tej kwoty oraz w przypadku przedsiębiorcy który wykonuje działalność telekomunikacyjną m.in.: polegającą wyłącznie na dostarczaniu udogodnień towarzyszących, polegającą wyłącznie na rozprowadzaniu lub rozpowszechnianiu programów radiofonicznych lub telewizyjnych czy wyłącznie za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (§ 2 r.d.p.t.z.).

Przed rozstrzygnięciem sprawy Minister zasięgać będzie **opinii Kolegium**. Opinia, sporządzana w terminie 3 miesięcy, zawierać ma **analizę** (art. 66a ust. 9 u.KSC):

- 1) zagrożeń bezpieczeństwa narodowego o charakterze ekonomicznym, wywiadowczym i terrorystycznym oraz zagrożeń dla realizacji zobowiązań sojuszniczych i europejskich, jakie stanowi dostawca sprzętu i oprogramowania, z uwzględnieniem informacji uzyskanych od państw członkowskich lub organów Unii Europejskiej lub NATO;
- 2) prawdopodobieństwa z jakim dostawca sprzętu lub oprogramowania znajduje się pod kontrolą państwa spoza terytorium Unii Europejskiej lub NATO, z uwzględnieniem:
  - a) przepisów prawa regulujących stosunki między dostawcą, a tym państwem oraz praktyki stosowania prawa w tym zakresie,
  - b) prawodawstwa oraz stosowania prawa w zakresie ochrony danych osobowych,
  - c) struktury własnościowej dostawcy,
  - d) zdolności ingerencji tego państwa w swobodę działalności gospodarczej dostawcy;
- 3) trybu, zakresu i rodzaju powiązań dostawcy z podmiotami odpowiedzialnymi za przeprowadzenie lub usiłowanie przeprowadzenia cyberataków albo za ich wsparcie (np. materialne czy organizacyjne), wskazanymi w Rozporządzeniu 2019/796<sup>8</sup>;
- 4) liczby i rodzajów wykrytych podatności i incydentów dotyczących typów produktów, rodzajów usług lub konkretnych procesów ICT dostarczanych przez dostawcę oraz sposobu i czasu ich eliminowania;
- 5) trybu i zakresu, w jakim dostawca sprawuje nadzór nad procesem wytwarzania i dostarczania sprzętu lub oprogramowania dla podmiotów z art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC oraz ryzyka dla procesu wytwarzania i dostarczania sprzętu lub oprogramowania;
- 6) treści wydanych rekomendacji, o których mowa w art. 33 ust. 4 u.KSC, dotyczących sprzętu lub oprogramowania dostawcy.

Po otrzymaniu powyższej analizy, **Minister będzie mógł uznać dostawcę za dostawcę wysokiego ryzyka**, jeżeli w ocenie Ministra stanowi on **poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego, lub życia i zdrowia ludzi**. Decyzja Ministra zawierać ma w szczególności **typy produktów ICT, rodzaje usług ICT lub konkretne procesy ICT**,

---

<sup>8</sup> Rozporządzenie Rady (UE) 2019/796 z dnia 17 maja 2019 r. w sprawie środków ograniczających w celu zwalczania cyberataków zagrażających Unii lub jej państwom członkowskim (Dz. Urz. UE L 129I z 17.05.2019, str. 1, ze zm.).

pochodzące od tego dostawcy. Decyzja Ministra będzie mieć rygor natychmiastowej wykonalności. Ogłaszać się ją będzie w Monitorze Polskim i w BIP. Nie będzie od niej przysługiwał wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, choć podlegać będzie ona skardze do sądu administracyjnego. Listę produktów, usług i procesów objętych takimi decyzjami Minister udostępniać będzie przez system teleinformatyczny (art. 66a ust. 12-16, art. 66d, art. 66e u.KSC).

## 2.2. Skutki uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka

Uznanie dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka rodzić ma istotne konsekwencje nie tylko (1) dla tego **dostawcy**, ale również (2) dla podmiotów z art. 66a ust. 1 pkt 1-3, tj. dla **podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, operatorów infrastruktury krytycznej i przedsiębiorców komunikacji elektronicznej** obowiązanych posiadać plany działań w sytuacji zagrożenia. Podmioty te **nie będą mogły wprowadzać do użytkowania** wskazanych w decyzji typów produktów ICT, rodzajów usług ICT i konkretnych procesów ICT dostarczanych przez tego dostawcę – i **zobowiązane będą zaprzestać ich stosowania w ciągu 7 lat** od ogłoszenia lub udostępnienia informacji o decyzji Ministra. Jeśli produkty, usługi lub procesy wymienione będą w załączniku nr 3 do u.KSC, to termin ten – w przypadku ww. przedsiębiorców komunikacji elektronicznej oraz w przypadku zakupów w drodze zamówienia publicznego – wynosić ma **lat 5**. Do czasu wycofania sprzętu lub oprogramowania możliwe będzie użytkowanie dotychczas posiadanych typów produktów, rodzajów usług i konkretnych procesów w celu naprawy, wymiany, modernizacji czy aktualizacji, jeżeli będzie to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniej jakości i ciągłości świadczonych usług (art. 66b u.KSC).

Artykuł 66a i n. u.KSC wprowadzają więc procedurę, której skutkiem będzie:

- 1) **niezwłoczny zakaz stosowania** przez ww. podmioty sprzętu, oprogramowania i procesów dostarczonych przez dostawcę wysokiego ryzyka **w nowych inwestycjach**; oraz
- 2) w przypadku sprzętu, oprogramowania i procesów stosowanych w działalności ww. podmiotów: **konieczność zaprzestania ich stosowania w ciągu 5 albo 7 lat**.

### 3. Regulacje Dyrektywy 2015/1535 i orzecznictwo TSUE

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2015/1535 państwa członkowskie niezwłocznie przekazują Komisji Europejskiej projekty **przepisów technicznych**. Celem procedury jest zapewnienie „przejrzystości w zakresie krajowych inicjatyw dotyczących wprowadzania przepisów technicznych” (motyw 3), bariery w handlu wynikające z takich przepisów są bowiem „dopuszczalne jedynie tam, gdzie są konieczne do spełnienia wymagań podstawowych, oraz gdy służą interesowi publicznemu, którego stanowią główną gwarancję” (motyw 4).

Regulacje dyrektywy są w Polsce implementowane przepisami r.k.s.n.<sup>9</sup>

#### 3.1. Rodzaje przepisów technicznych

Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. f Dyrektywy 2015/1535 przez **przepisy techniczne** rozumie się:

- 1) specyfikacje techniczne;
- 2) inne wymagania;
- 3) zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego;
- 4) przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne, zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu lub stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług (dalej też: „**przepisy zakazujące**”).

#### 3.2.1. Specyfikacje techniczne

Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. c Dyrektywy 2015/1535, **specyfikacja techniczna** (ang. *technical specification*) oznacza zawartą w dokumencie specyfikację, opisującą **wymagane cechy produktu wyprodukowanego przemysłowo** (m.in.: poziom jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary), w tym wymogi dotyczące jego nazwy, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności – także metod produkcji i przetwarzania, jeśli te mają wpływ na charakterystykę produktu.

---

<sup>9</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 ze zm.).

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „pojęcie specyfikacji technicznej zakłada, że krajowy przepis odnosi się zawsze do produktu lub jego opakowania jako takich, a zatem ustala jedną z wymaganych cech produktu”<sup>10</sup>. Nie będą więc specyfikacjami technicznymi np. regulacje przewidujące konieczność uzyskania zezwolenia na wykonywanie działalności zawodowej, nie odnoszą się bowiem bezpośrednio do cech produktu.

### 3.2.2. Inne wymagania

**Inne wymagania** (ang. *other requirements*) definiuje się jako wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkt w celu ochrony (w szczególności konsumentów lub środowiska), które wpływają na jego cykl życia po wprowadzeniu go na rynek, takie jak warunki użytkowania, powtórnego przetwarzania, ponownego zastosowania lub usuwania, gdzie takie warunki mogą mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj (właściwość) produktu lub obrót nim (art. 1 ust. 1 lit. d Dyrektywy 2015/1535). Na gruncie orzecznictwa TSUE, **musi istnieć przy tym wystarczająco bezpośredni związek pomiędzy wprowadzonym ograniczeniem, a obrotem, tj. pomiędzy regulacją a spadkiem w sprzedaży produktu**<sup>11</sup>.

W orzecznictwie uznano, że „innymi wymaganiami” mogą być przepisy:

- 1) **zakazujące urządzenia gier losowych przy wykorzystaniu niektórych automatów do gier**, stanowią bowiem wprowadzony z myślą o ochronie konsumentów zakaz dotyczący użytkowania produktu wpływający na jego cykl życia po wprowadzeniu go na rynek; dla takiej klasyfikacji konieczne jest jednak spełnienie dwóch dodatkowych warunków: (a) zakaz ten może mieć istotny wpływ na obrót produktem i że (b) zakaz pozostawia miejsce na większe niż marginalne zastosowanie produktu<sup>12</sup>; w razie niespełnienia tego ostatniego warunku mamy do czynienia z przepisem zakazującym (zob. pkt 3.2.4);

---

<sup>10</sup> Wyrok TSUE z dnia 21 kwietnia 2005 r., *Lindberg*, C-267/03, par. 53 – i powołane tam orzecznictwo. Także: wyrok TSUE z dnia 19 lipca 2012 r., *Fortuna i in.* (C-213/11, C-214/11 i C- 217/11), par. 27; wyrok TSUE z dnia 13 października 2016 r., *G.M. i M.S.*, C-303/15, par. 19.

<sup>11</sup> Wyrok TSUE z 28 maja 2020 r., *ECO-WIND Construction*, C-727/17, par. 32-50.

<sup>12</sup> *Lindberg*, par. 62-80.

- 2) **zakazujące urządzenia gier na automatach poza kasynami**, o ile mogą mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów użytkowanych w tym kontekście<sup>13</sup>; warunek ten będzie często spełniony choćby dlatego, że „zakaz użytkowania pewnych produktów poza kasynami może mieć istotny wpływ na sprzedaż tych produktów poprzez **zmniejszenie liczby kanałów użytkowania**”<sup>14</sup>; w sprawie *Fortuna i in.*, w której przepisy przewidywały możliwość dalszego użytkowania automatów o niskich wygranych do czasu wygaśnięcia zezwolenia, TSUE dodatkowo wskazał, że zakaz wydawania, przedłużania i zmiany zezwoleń na użytkowania takich właśnie automatów może bezpośrednio wpływać na obrót tymi automatami na dwa sposoby:
- a) ograniczeniu liczby miejsc, gdzie dozwolone jest prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych, towarzyszy „zmniejszenie ogólnej liczby kasyn gry, jak również liczby automatów, jakie mogą w nich być użytkowane” – co może negatywnie wpłynąć na sprzedaż;
  - b) potencjalna możliwość przeprogramowania automatów dla celów gier o wyższych wygranych może spowodować większe ryzyko uzależnienia konsumentów, więc może wpływać w sposób istotny na właściwości tych produktów<sup>15</sup>;
- 3) **zakazujące osobom nieposiadającym zezwolenia dla użytkowników profesjonalnych stosowania pestycydów zawierających glifosat na gruntach wykorzystywanych do celów prywatnych**; przepisy te ustanawiają warunek związany z używaniem tych produktów, potencjalnie wpływający na obrót nimi, taka regulacja powoduje bowiem „zniknięcie określonej kategorii potencjalnych nabywców pestycydów zawierających glifosat, a mianowicie osób prywatnych zamierzających samodzielnie używać tego rodzaju pestycydów, bez korzystania z profesjonalnych usług posiadaczy wymaganej licencji na środki ochrony roślin”<sup>16</sup>.

### 3.2.3. Zasady dotyczące usług

**Zasady dotyczące usług** (ang. *rules on services*) dotyczą wyłącznie **usług społeczeństwa informacyjnego** (ang. *Information Society service*), tj. usług, które łącznie spełniają cztery cechy:

---

<sup>13</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 czerwca 2015 r., *Berlington Hungary i in.*, C-98/14, par. 96.

<sup>14</sup> *G.M. i M.S.*, par. 26.

<sup>15</sup> *Fortuna i in.*, par. 35-40.

<sup>16</sup> Wyrok TSUE z dnia z dnia 24 listopada 2022 r., *Belplant*, C-658/21, par. 35-45

- 1) są normalnie świadczone za wynagrodzeniem,
- 2) są świadczone na odległość, tj. bez równoczesnej obecności stron;
- 3) są świadczone drogą elektroniczną, co wyłącza z tej definicji usługi świadczone za pośrednictwem automatów oraz usługi, które nie są świadczone z wykorzystaniem elektronicznego systemu przetwarzania i przechowywania danych (np. telefonię głosową);
- 4) są świadczone na indywidualne żądanie odbiorcy, co wyłącza z tej definicji usługi rozpowszechniania telewizyjnego, przesyłania sygnału radiowego i teletekst (telewizyjny).

**Zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego** oznaczają przy tym wymogi o charakterze ogólnym, które odnoszą się do podejmowania i wykonywania działalności w zakresie tych usług - w szczególności przepisy dotyczące dostawcy usług, usług i odbiorców usług – pod warunkiem, że odnoszą się do usług społeczeństwa informacyjnego **w sposób szczególny**. Ten ostatni warunek jest spełniony, gdy celem zasady i celem jej wszystkich lub pojedynczych przepisów, biorąc pod uwagę jej uzasadnienie i część operacyjną, jest regulacja tych usług w sposób precyzyjny i ujęty celowo. Zasada nie spełnia zaś tego warunku, jeśli odnosi się do usług społeczeństwa informacyjnego wyłącznie w sposób dorozumiany lub marginalny (art. 1 ust. 1 lit. b oraz e Dyrektywy 2015/1535).

Za regulację ustanawiającą zasadę odnoszącą się w sposób szczególny do usług społeczeństwa informacyjnego uznano w dotychczasowym orzecznictwie:

- 1) **przepis przewidujący sankcje karne za reklamę gier, loterii lub zakładów, na które nie uzyskano zezwolenia**; z treści przepisu wynikało, że dotyczy tak usług *online*, jak i *offline*, toteż TSUE zastrzegł, że jego kwalifikacja jako regulacji odnoszącej się w sposób szczególny do usług społeczeństwa informacyjnego jest możliwa, o ile z prac przygotowawczych nad tym przepisem wyraźnie wynika, że jego przedmiotem i celem było rozciągnięcie na usługi gier *online* istniejącego wcześniej zakazu<sup>17</sup>;
- 2) **przepis zakazujący komercyjnym operatorom wyszukiwarek oraz usługodawcom dokonującym analogicznej edycji treści publicznego udostępniania publikacji prasowych, w całości lub w części** (z wyjątkiem pojedynczych słów lub bardzo krótkich fragmentów

---

<sup>17</sup> Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., *Falbert i in.*, sprawa C-255/16, par. 27-37.

tekstu) – głównym przedmiotem i celem przepisu była bowiem ochrona wydawców przed naruszeniami prawa autorskiego przez wyszukiwarki internetowe<sup>18</sup>.

Zasady dotyczące usług nie obejmują z kolei usług pośrednictwa, polegających na odpłatnym umożliwianiu nawiązywania kontaktów przez aplikację *smartfona* między właścicielami pojazdów niebędącymi zawodowymi kierowcami a osobami chcącymi przebyć trasę miejską (a także opłacenie samego przewozu). TSUE uznał, że usługa taka to usługa wchodząca w zakres „usług w dziedzinie transportu”, nie zaś usługa społeczeństwa informacyjnego, toteż Dyrektywy 2015/1535 nie stosuje się do przepisów regulujących takie usługi<sup>19</sup>.

#### 3.2.4. Przepisy zakazujące

Ostatnią kategorię przepisów technicznych stanowią **przepisy zakazujące**: (1) produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu lub stosowania produktu lub (2) świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcą usług (ang. *provisions prohibiting the manufacture, importation, marketing or use of a product or prohibiting the provision or use of a service, or establishment as a service provider*). Są one uregulowane bezpośrednio w art. 1 ust. 1 lit. f Dyrektywy 2015/1535). W odróżnieniu od innych wymagań, przepisy te podlegają notyfikacji, nawet jeśli nie mogą mieć, nawet potencjalnie, istotnego wpływu na skład, charakter lub sprzedaż produktu<sup>20</sup>.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, mowa tu o tego rodzaju zakazach odnoszących się do produktów czy usług, które „**pozostawiają miejsce jedynie na marginalne zastosowanie danego produktu w stosunku do tego, którego można by rozsądnie oczekiwać**”, chodzi więc „o przepisy, których zakres wyraźnie wykracza poza zacieśnienie możliwości używania spornego produktu do pewnych możliwych zastosowań”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Wyrok TSUE z 12 września 2019 r., *VG Media*, C-299/17, par. 23-40.

<sup>19</sup> Wyroki TSUE z dnia 20 grudnia 2017 r., *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, par. 40 i 48 oraz z dnia 10 kwietnia 2018 r., *Uber France SAS*, C-320/16, par. 15-27.

<sup>20</sup> *Lindberg*, par. 75.

<sup>21</sup> *Lindberg*, par. 76-77. Tak też: *Fortuna i in.*, par. 31-32.

Za należący do tej kategorii TSUE uznał zakaz sprzedaży patyczków higienicznych, które nie zostały wyprodukowane przy użyciu materiałów ulegających biodegradacji zgodnie z normą krajową<sup>22</sup>, a także przepisy krajowe ustanawiające monopol podmiotu publicznego na całym terytorium kraju na prowadzenie niektórych gier losowych przez Internet<sup>23</sup>. W ocenie sądu nie będą zaś raczej należały do tej kategorii przepisy, które co prawda zakazują wydawania, przedłużania i zmiany zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami, ale na mocy przepisów przejściowych umożliwiają dalsze użytkowanie takich automatów do czasu wygaśnięcia zezwolenia (wydawanego na 6 lat)<sup>24</sup>.

Jeśli zakaz pozostawia miejsce na zastosowanie danego produktu lub usługi w sposób **większy niż marginalny**, to może zostać zakwalifikowany (przy spełnieniu pozostałych warunków) jako **inne wymaganie dotyczące produktu** bądź **zasada dotycząca usług**.

### 3.3. Wyłączenia z obowiązku notyfikacji

Zgodnie z art. 7 Dyrektywy 2015/1535, obowiązek notyfikacji nie dotyczy przepisów, dzięki którym państwo członkowskie:

- 1) przestrzega wiążących aktów prawnych Unii, skutkujących przyjęciem specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług;
- 2) wypełnia zobowiązania wynikające z umów międzynarodowych, które skutkują przyjęciem wspólnych specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług w Unii;
- 3) stosuje klauzule bezpieczeństwa wprowadzone przez wiążące akty prawne Unii<sup>25</sup>;

---

<sup>22</sup> Wyrok TSUE z dnia 8 września 2005 r., *Lidl Italia*, C-303/04, par. 14.

<sup>23</sup> Wyrok TSUE z dnia 22 października 2020 r., *Sportingbet PLC i Internet Opportunity Entertainment Ltd*, C-275/19, par. 49-55.

<sup>24</sup> *Fortuna i in.*, par. 33-34.

<sup>25</sup> Zob. np. procedurę wprowadzenia zakazu w odniesieniu do niezgodnego z przepisami produktu posiadającego oznakowanie CE oraz notyfikacji Komisji i państw członkowskich o tym fakcie, przewidzianą w klauzuli bezpieczeństwa (ang. *safeguard clauses*) zawartej w art. 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiająca ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią (Dz.U. L 285 z 31.10.2009, s. 10).

- 4) stosuje art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2001/95/WE<sup>26</sup>, przewidujący notyfikację Komisji za pomocą systemu RAPEX w przypadku podjęcia przez państwo – ze względu na poważne zagrożenie dla konsumentów – działań wpływających na dystrybucję lub stosowanie na jego terytorium określonego produktu;
- 5) ogranicza się do wykonania orzeczenia TSUE;
- 6) ogranicza się do wprowadzenia zmiany przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. f Dyrektywy 2015/1535, zgodnie z wnioskiem Komisji zmierzającym do usunięcia przeszkód w handlu lub w swobodnym przepływie usług.

Zastosowanie omawianej dyrektywy jest też wyłączone w odniesieniu do (art. 1 ust. 2-6):

- 1) usług radiowej emisji dźwięku i usług rozpowszechniania telewizyjnego;
- 2) zasad odnoszących się do zagadnień objętych przepisami Unii w dziedzinie usług telekomunikacyjnych lub finansowanych;
- 3) zasad ustanowionych przez lub dla rynków regulowanych oraz dla innych rynków lub organów realizujących operacje rozrachunkowe lub funkcje rozliczeniowe dla tych rynków;
- 4) środków, które państwo uznaje za niezbędne, na mocy Traktatów, dla ochrony osób, w szczególności pracowników, podczas stosowania produktów, o ile środki te pozostają bez wpływu na produkt.

### 3.4. Procedura notyfikacyjna

**3.4.1.** Prócz samego projektu przepisów technicznych, **państwo członkowskie jest zobowiązane również do przekazania Komisji:**

- 1) **uzasadnienia konieczności przyjęcia przepisów technicznych**, jeżeli uzasadnienie to nie zostało wyraźnie ujęte w projekcie;
- 2) **tekstu podstawowych przepisów prawnych lub innych regulacji, zasadniczo i bezpośrednio związanych z projektem przepisów technicznych**, jeżeli znajomość takiego tekstu jest niezbędna do oceny implikacji, jakie niesie ze sobą projekt (pod warunkiem, że jest to stosowne i przepisy te nie zostały już Komisji przekazane).

---

<sup>26</sup> Dyrektywa 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów (Dz.U. L 011, 15.1.2002, str.4).

W przypadku przepisów technicznych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, **do notyfikacji konieczne jest jedynie przekazanie informacji dotyczącej odpowiedniej normy** (art. 5 ust. 1 Dyrektywy 2015/1535).

**3.4.2.** Co do zasady, państwa członkowskie odraczają przyjęcie projektu przepisów technicznych o trzy miesiące, począwszy od daty otrzymania przez Komisję komunikatu notyfikacyjnego (ang. *standstill*). Okres ten ulega przedłużeniu w przypadku zgłoszenia przez Komisję lub inne państwo członkowskie szczegółowej opinii stwierdzającej, że środek może tworzyć bariery w swobodnym przepływie towarów lub usług bądź jeśli Komisja zgłosi zamiar podjęcia inicjatywy legislacyjnej w tej sprawie. Procedura *standstill* nie ma zastosowania m.in. do inicjatyw legislacyjnych w sprawach nagłych czy też do przepisów zakazujących produkcji, o ile nie utrudniają swobodnego przepływu towarów (art. 6 i 7 ust. 2 Dyrektywy 2015/1535).

### **3.5. Skutki braku notyfikacji**

Skutki braku notyfikacji zostały wyartykułowane w wyrokach TSUE. Zgodnie z orzecnictwem:

- 1) naruszenie obowiązku notyfikacji powoduje bezskuteczność przepisów technicznych, co oznacza, że nie można się na nie powołać wobec jednostek; **na sądzie krajowym ciąży obowiązek odmowy zastosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z dyrektywą**<sup>27</sup>;
- 2) obowiązek notyfikacji „ma na celu ochronę za pomocą kontroli prewencyjnej swobodnego przepływu towarów, który jest jedną z podstaw Wspólnoty”; ponieważ obowiązek notyfikacji „*stanowi główny środek sprawowania tej wspólnotowej kontroli, jego skuteczność wzmocni fakt, że dyrektywę tę interpretować się będzie w ten sposób, iż niedopełnienie obowiązku notyfikacji stanowi istotne uchybienie proceduralne, które może powodować, że odnośne przepisy techniczne nie mogą być stosowane przez sąd, a w rezultacie nie mają mocy obowiązującej wobec osób prywatnych*”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r., *CIA Security International SA*, C-194/94, par. 54 i 55

<sup>28</sup> *Lidl Italia*, par. 22-23; Wyrok TSUE z dnia 15 kwietnia 2010 r., *Sandström*, par. 42-43; Wyrok TSUE z dnia 31 stycznia 2013 r., *Belgische Petroleum Unie i in.*, C-26/11, par. 49-50;

Oznacza to, że brak notyfikacji powoduje brak możliwości zastosowania przepisów technicznych przez sąd krajowy. Dotyczy to tak sporów wertykalnych, na linii państwo-jednostka, jak i **sporów w ramach postępowań cywilnych między podmiotami prywatnymi**<sup>29</sup>. Brak notyfikacji stanowi też **uchybiecie obowiązkowi państwa członkowskiego**<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Wyrok TSUE z dnia 26 września 2000 r., *Unilever*, C-443/98, par. 46-52.

<sup>30</sup> Zob. np. Wyrok TSUE z dnia 14 lipca 1994 r., *Komisja przeciwko Niderlandom*, C-61/93.

#### 4. Notyfikacja art. 66a-66e u.KSC

##### 4.1. Regulacje w zakresie produktów ICT

Jak wskazano wyżej, przez **produkt ICT** u.KSC rozumie elementy lub grupy elementów systemu informacyjnego. Produkt ICT jest też co do zasady produktem w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535, stanowi bowiem produkt „**wyprodukowany przemysłowo**”. Co za tym idzie, przepisy dotyczące produktów ICT mogą z perspektywy tej dyrektywy zaliczać się do jednej z trzech grup: (1) specyfikacji technicznych, (2) innych wymagań lub (3) przepisów zakazujących produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu lub stosowania produktu.

Artykuł 66b u.KSC zakazuje podmiotom z art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC wprowadzania do użytkowania oraz nakazuje wycofanie z użytkowania w terminie 5 bądź 7 lat określonych w decyzji Ministra typów produktów ICT (sprzętu i oprogramowania) dostarczanych przez dostawcę wysokiego ryzyka. W świetle unormowań Dyrektywy 2015/1535 i orzeczeń TSUE **uzasadnione jest stanowisko, że art. 66b u.KSC ustanawia „inne wymagania” w rozumieniu tej dyrektywy**. Przemawiają za tym następujące argumenty:

- 1) wymogi te **nie stanowią specyfikacji technicznych**; nie dotyczą bowiem produktu lub jego opakowania jako takich, i nie ustalają jednej z wymaganych cech produktu;
- 2) obowiązki te planuje się nałożyć **w celu ochrony** (ang. *for the purpose of protecting*); zgodnie z art. 66a ust. 12 decyzję Ministra wydawać ma się bowiem dla celu ochrony obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego, lub życia i zdrowia ludzi przed zagrożeniem ze strony dostawcy wysokiego ryzyka;
- 3) omawiane nakazy i zakazy będą nakładane **po wprowadzeniu produktu ICT na rynek**;
- 4) poprzez nałożenie zakazu dalszego użytkowania produktu ICT na wielu z jego głównych odbiorców – tj. podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, operatorów infrastruktury kluczowej i przedsiębiorców komunikacji elektronicznej zobowiązanych do posiadania planów działań w sytuacji szczególnego zagrożenia – nastąpi **istotne skrócenie jego cyklu życia**; podmioty te będą bowiem zobowiązane usunąć ww. produkty w określonym w u.KSC terminie; wyłączona zostanie też możliwość ich ponownego użycia;
- 5) omawiane nakazy i zakazy będą też miały **bezpośredni wpływ na obrót** (ang. *marketing*) **produktem ICT** objętym decyzją Ministra; istotny wpływ na sprzedaż tych produktów przejawiać się będzie, tak jak w sprawie *G.M. i M.S.*, poprzez **zasadnicze „zmniejszenie**

liczby kanałów użytkowania”, przejawiające się w braku możliwości sprzedaży takiego produktu na rzecz podmiotów z art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC.

- 6) istnieje zasadnicza analogia pomiędzy zakazem urządzania gier na automatach poza kasynami – traktowanym, wedle utrwalonego orzecznictwa TSUE<sup>31</sup>, jako „inne wymaganie” – a zakazem używania określonych produktów ICT przez podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, operatorów infrastruktury kluczowej i przedsiębiorców komunikacji elektronicznej zobowiązanych do posiadania planów działań w sytuacji szczególnego zagrożenia; **w obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z zakazem odnoszącym się do istotnej części rynku właściwego**; co więcej, podobnie jak w sprawie *Fortuna i in.*, w której przepisy umożliwiały dalsze użytkowanie automatów do czasu wygaśnięcia zezwolenia (maksymalnie 6 lat), także i tu możliwe jest dalsze używanie produktów ICT przez okres wskazany w u.KSC (5-7 lat);
- 7) istotna analogia istnieje również pomiędzy art. 66b u.KSC a – także zakwalifikowanym jako „inne wymaganie” – **zakazem używania niektórych pestycydów na gruntach prywatnych przez osoby nieposiadające zezwolenia** (sprawa *Belplant*); w obu przypadkach chodzi bowiem o **zakaz używania przez pewne kategorie podmiotów określonych produktów**;
- 8) w sprawie *Komisja v. Grecja* za podlegające notyfikacji przepisy techniczne uznano regulacje, które „*zabraniają korzystania z wszelkich gier elektrycznych, elektro-mechanicznych i elektronicznych, w tym wszelkich gier komputerowych, we wszelkich miejscach publicznych i prywatnych, z wyjątkiem kasyn, jak również korzystania z gier na komputerach znajdujących się w przedsiębiorstwach świadczących usługi internetowe*”<sup>32</sup> (nie przesądzając jednoznacznie, czy stanowią „inne wymagania” czy też „przepisy zakazujące”); wskazuje to, że przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535 obejmują też przepisy **wyłączające korzystanie w przedsiębiorstwach świadczących usługi internetowe z określonego oprogramowania**, co jest zbieżne z zakazem dotyczącym oprogramowania stanowiącego produkt ICT.

Gdyby przy tym wprowadzane regulacje sprawiły, że możliwość korzystania z objętych nimi produktów ICT ma charakter **jedynie marginalny**, to uzasadniałoby to kwalifikację art. 66b jako **przepisu zakazującego** w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535. Wobec faktu, że omawiane

---

<sup>31</sup> Zob. powoływane wyżej orzeczenia *Lindberg*, *Berlington Hungary i in.*, *G.M. i M.S* oraz *Fortuna i in.*

<sup>32</sup> Wyrok TSUE z dnia 26 października 2006 r. *Komisja v. Grecja*, C-65/05, par. 61.

nakazy i zakazy wiążą jedynie (istotną) część potencjalnych odbiorców produktów ICT, bardziej prawdopodobna jest jednak kwalifikacja omawianych regulacji jako „innych wymagań”. W obu tych wariantach interpretacyjnych **regulacje te stanowią jednak podlegające notyfikacji przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535.**

#### 4.2. *Regulacje w zakresie usług i procesów ICT*

Należy przypomnieć, że obowiązkami z art. 66b u.KSC mogą też zostać objęte: (1) rodzaje **usług ICT** i (2) konkretne **procesy ICT**. Przez te pierwsze rozumie się usługi polegające w pełni lub głównie na przekazywaniu, przechowywaniu, pobieraniu lub przetwarzaniu informacji za pośrednictwem systemów informacyjnych, zaś przez proces ICT – zestaw czynności wykonywanych w celu projektowania, budowy, rozwijania, dostarczania lub utrzymywania produktów ICT lub usług ICT. Definicje te wskazują, że w przypadku usług i procesów ICT nie mamy do czynienia z produktem w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535. W ich przypadku obowiązki z art. 66b u.KSC można więc kwalifikować jako: (1) zasady dotyczące usług albo (2) przepisy zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcą usług.

Z powodów analogicznych co w przypadku produktów ICT, kwalifikacja omawianych regulacji jako przepisów zakazujących świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcą usług jest mniej prawdopodobna. **Istnieją jednak argumenty przemawiające za uznaniem omawianych regulacji za zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego:**

- 1) **usługi i procesy ICT spełniają** co do zasady **definicję usług społeczeństwa informacyjnego**, są bowiem: (1) zazwyczaj odpłatne, a także świadczone: (2) na odległość, (3) drogą elektroniczną oraz (4) na indywidualne żądanie odbiorcy;
- 2) art. 66b u.KSC ustanawia **wymogi o charakterze ogólnym**, zakazuje bowiem podmiotom, o których mowa w art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC korzystania z ujętych w decyzjach Ministra usług i procesów ICT dostarczanych przez dostawców wysokiego ryzyka; obowiązek ten ma charakter **generalny**, dotyczy bowiem wszystkich podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, operatorów infrastruktury kluczowej i przedsiębiorców komunikacji elektronicznej zobowiązanych do posiadania planów działań w sytuacji szczególnego zagrożenia; ma też charakter **abstrakcyjny**, nakazuje bowiem powtarzalny obowiązek powstrzymania się od korzystania z określonych usług i produktów ICT;

- 3) art. 66b u.KSC formułuje zasadę o następującej treści: zakazuje się podmiotom z art. 66a ust. 1 pkt 1-3 u.KSC zamawiania objętych decyzjami Ministra usług i procesów ICT u dostawców wysokiego ryzyka; przepis ten dotyczy więc wykonywania usług społeczeństwa informacyjnego, regulując usługi oraz dostawców usług;
- 4) zasada ta wydaje się **w sposób szczególny** dotyczyć usług społeczeństwa informacyjnego, ze swej natury dotyczy bowiem właśnie takich usług, nie zaś usług tradycyjnych, świadczonych *offline*; dodatkowo jej celem bezpośrednim jest zapewnienie cyberbezpieczeństwa, co również wiąże ją z usługami świadczonymi drogą elektroniczną.

Istnieją więc istotne argumenty przemawiające za uznaniem, że **regulacje zawarte w art. 66b u.KSC, w zakresie, w jakim dotyczą usług i procesów ICT, stanowią zasadę dotyczącą usług społeczeństwa informacyjnego, podlegającą notyfikacji w trybie Dyrektywy 2015/1535.**

#### 4.3. Art. 66a-66e u.KSC a wyłączenia z obowiązku notyfikacji

W przypadku większości wyłączeń zawartych w art. 1 ust. 2-6 i w art. 7 Dyrektywy 2015/1535 (zob. pkt 3.3. opracowania) **oczywistym jest, że nie mają one zastosowania do art. 66b u.KSC.** Szerszego omówienia w tym kontekście wymagają jedynie dwa z tych wyłączeń:

- 1) art. 7 ust 1 lit. a, zgodnie z którym obowiązku notyfikacji nie stosuje się do przepisów, dzięki którym państwa członkowskie „przestrzegają wiążących aktów prawnych Unii, które skutkują przyjęciem specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług”;
- 2) art. 1 ust. 3, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania do zasad odnoszących się do zagadnień objętych przepisami Unii w dziedzinie usług telekomunikacyjnych, o których mowa w Dyrektywie 2002/21/WE<sup>33</sup>.

W sytuacji, w której omawiana notyfikacja dotyczyć ma przepisów technicznych, nie zaś aktów prawnych wyłączających stosowanie zasady swobodnego przepływu towarów, **wyłączenie obowiązku notyfikacji nie może być też podyktowane względami ochrony moralności publicznej lub porządku publicznego** (§ 5 pkt 5 r.k.s.n.). Na taki charakter notyfikacji w oparciu o Dyrektywę 2015/1535 zwracał też uwagę Naczelny Sąd Administracyjny wskazując, że:

---

<sup>33</sup> Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33).

„okoliczności, dotyczące np. moralności publicznej lub porządku publicznego (...) nie mają znaczenia dla wyłączenia obowiązku notyfikacji przepisu technicznego”<sup>34</sup>.

#### 4.3.1. Implementacja wiążących aktów Unii Europejskiej

Obowiązku notyfikacji nie stosuje się do przepisów służących „przestrzeganiu wiążących aktów prawnych Unii, które skutkują przyjęciem specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług”. **Art. 66a-66e u.KSC nie mają jednak takiego charakteru.** Jak zaznacza się w Projekcie, służy on stosowaniu Rozporządzenia 2019/881<sup>35</sup> i implementuje EKŁE<sup>36</sup>. Analiza tych dwóch aktów normatywnych wskazuje jednak, że brak w nich odpowiedników art. 66a-66e u.KSC. Projektodawcy sami zresztą przyznają, że przepisy te służą nie wdrożeniu powyższych aktów, ale realizacji zaleceń zawartych w zestawie środków dot. minimalnej harmonizacji standaryzacji na poziomie UE rozwiązań cyberbezpieczeństwa sieci 5G, określanym jako **5G Toolbox**<sup>37</sup>. Jak wskazuje się w aktualnej *Ocenie Skutków Regulacji*: „Projektodawca przy projektowaniu przepisów prawa dotyczących uznania dostawców sprzętu lub oprogramowania za dostawców wysokiego ryzyka – czyli **wdrożenia zaleceń z tzw. 5G Toolbox**, dokonał analizy porównawczej rozwiązań prawno-organizacyjnych zaimplementowanych lub zaproponowanych mechanizmów”. Wspomniany **5G Toolbox nie jest jednak wiążącym aktem prawnym.** Nie ulega więc wątpliwości, że art. 66a-66e nie stanowią regulacji służących „przestrzeganiu wiążących aktów prawnych Unii, które skutkują przyjęciem specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług”. **Wyłączenie z obowiązku notyfikacji nie znajduje więc zastosowania.**

---

<sup>34</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 października 2015 r. (II GSK 2056/15).

<sup>35</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie) (Dz. Urz. UE L 151 z 07.06.2019, str. 15).

<sup>36</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE. L 321 z 17.12.2018, str. 36 ze zm.)

<sup>37</sup> *Cybersecurity of 5G networks. EU Toolbox of risk mitigating measures*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/cybersecurity-5g-networks-eu-toolbox-risk-mitigating-measures>.

#### 4.3.2. Zasady odnoszące się do usług telekomunikacyjnych

Jak już wskazano, zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2015/1535, nie ma ona zastosowania do **zasad odnoszących się do zagadnień objętych przepisami Unii w dziedzinie usług telekomunikacyjnych**, o których mowa w Dyrektywie 2002/21/WE (ang. *rules relating to matters which are covered by Union legislation in the field of telecommunications services, as covered by Directive 2002/21/EC*).

Brzmienie to wskazuje, że **wyłączenie zastosowania Dyrektywy 2015/1535 występuje jedynie w odniesieniu do zasad dotyczących usług** [społeczeństwa obywatelskiego] w dziedzinie usług telekomunikacyjnych – **nie dotyczy zaś notyfikacji specyfikacji technicznych, innych wymagań czy przepisów zakazujących dotyczącej tej właśnie dziedziny**. Tak też przepis ten rozumiany jest przez polskiego prawodawcę, czego świadectwem jest § 4 ust. 2 pkt 1 r.k.s.n. wyłączający, gdy idzie o usługi telekomunikacyjne i finansowe, notyfikację aktów prawnych zawierających przepisy dotyczące **usług** – nie zaś wszystkich przepisów technicznych. Oznacza to, że **wyłączenie to nie ma zastosowania do art. 66a-66e u.KSC w zakresie, w jakim przepisy te dotyczą produktów ICT**.

**Usługi i procesy ICT** są regulowane zasadami dotyczącymi usług, co na gruncie art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2015/1535 mogłoby sugerować wyłączenie notyfikacji w odniesieniu do usług telekomunikacyjnych. Byłby to jednak wniosek pochopny. Należy zwrócić uwagę, że:

- 1) w odniesieniu do **podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa oraz operatorów infrastruktury kluczowej** zauważyć należy, że **podmioty te mogą korzystać jako odbiorcy z usług ICT i procesów ICT, które będą stanowiły usługi społeczeństwa informacyjnego, ale nie będą usługami telekomunikacyjnymi czy usługami łączności elektronicznej** w rozumieniu Dyrektywy 2002/21/WE czy EKŁE; argumentować można, że do takich usług wyłączenie zawarte w art. 1 ust 3 Dyrektywy 2015/1535 nie znajdzie zastosowania;
- 2) jak zauważa się w motywie 10 do EKŁE: „*Niektóre usługi łączności elektronicznej objęte niniejszą dyrektywą mogą również wchodzić w zakres definicji „usługi społeczeństwa informacyjnego” [zawartej w Dyrektywie 2015/1535]. Przepisy tej dyrektywy regulujące usługi społeczeństwa informacyjnego mają zastosowanie do wspomnianych usług łączności elektronicznej w zakresie nie objętym bardziej szczegółowymi przepisami mającymi zastosowanie do usług łączności elektronicznej wynikającymi z niniejszej dyrektywy lub innych*

aktów prawnych Unii. (...) To samo przedsiębiorstwo, np. dostawca usług internetowych, może świadczyć usługi łączności elektronicznej w dwóch kategoriach, takich jak świadczenie dostępu do internetu oraz usługi nieobjęte zakresem niniejszej dyrektywy, w tym usługi polegające na dostarczaniu treści opartych na internecie, niezwiązanych z łącznością”; sugeruje to, że regulacje Dyrektywy 2015/1535 mogą zostać wyłączone jedynie w zakresie, w jakim dane kwestie są uregulowane szczegółowymi przepisami EKŁE; **przy takiej interpretacji, w odniesieniu do usług i procesów ICT stanowiących usługi społeczeństwa elektronicznego i niebędących usługami łączności elektronicznej, obowiązek notyfikacyjny nadal znalazłby zastosowanie;** dotyczyłoby to w szczególności obowiązku z art. 66b u.KSC w zakresie dotyczącym usług i procesów ICT, nie jest on bowiem regulowany w EKŁE;

- 3) należy wreszcie zauważyć, że *ratio legis* art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2015/1535 stanowiło wyłączenie notyfikacji w dziedzinie już w wysokim stopniu zharmonizowanej; **sposób identyfikacji i traktowania dostawców wysokiego ryzyka nie stał się jednak póki co przedmiotem takiej harmonizacji, co dodatkowo przemawia za stosowaniem w stosunku do tychże kwestii procedury notyfikacyjnej.**

#### 4.4. Kwestie proceduralne

Jednocześnie ponownie należy zwrócić uwagę na art. 5 ust. 1 akapit drugi Dyrektywy 2015/1535, zgodnie z którym w stosownych przypadkach państwa członkowskie wraz z przepisami technicznymi przekazują Komisji tekst podstawowych przepisów prawnych lub innych regulacji, zasadniczo i bezpośrednio z tym związanych, jeżeli znajomość takiego tekstu jest niezbędna do oceny implikacji, jakie niesie ze sobą projekt przepisów technicznych. W niniejszej sprawie przepisy art. 66a-66e używają pojęcia „przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej”, którego definicja zgodnie z art. 2 pkt 35 u.KSC odwołuje się do będącego na etapie przygotowania nowego Prawa komunikacji elektronicznej. Wydaje się więc, że w przypadku notyfikacji ww. przepisów, konieczne będzie złożenie wraz z nimi aktualnej treści projektu tej ostatniej ustawy.

## 5. Wnioski

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że **istnieją silne argumenty przemawiające za uznaniem, że przepisy art. 66a-66e u.KSC, ze szczególnym uwzględnieniem art. 66b u.KSC, stanowią przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 2015/1535.** Jak wskazano wyżej, przyjąć można, że przepisy te ustanawiają „inne wymagania” odnoszące się do produktów ICT bądź „zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego”, gdy idzie o usługi i procesy ICT.

Można zresztą argumentować, że **obowiązek notyfikacji powinien dotyczyć zarówno obecnie projektowanych przepisów, ustalających zasadnicze ramy normatywne dla procedury uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka, jak i poszczególnych decyzji, które – w razie uchwalenia Projektu – w oparciu o te przepisy będą w przyszłości wydawane.** Wydaje się, że tak należy odczytywać opinię Ministra ds. Unii Europejskiej zgłoszoną do projektowanych przepisów, w której wskazuje się, że regulacje te *„wprowadzają możliwość ustanowienia ograniczeń w swobodnym przepływie towarów i usług społeczeństwa informacyjnego polegających w szczególności na zakazie wprowadzania do użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług, nakazie ich wycofania z użytkowania, nakazie wprowadzenia określonych zmian w sprzęcie lub oprogramowaniu, zakazie korzystania albo nakazie wstrzymania dystrybucji.* Wydaje się, że **wskazane jest powiadomienie Komisji również o tych przepisach, niezależnie od konieczności notyfikowania konkretnych decyzji, w przypadku gdyby zawierały przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2015/1535**<sup>38</sup>. Choć opinia ta została zgłoszona do wersji projektu przewidującej nieco odmienne rozwiązania, to nadal zachowuje ona swoją aktualność.

**Warto przy tym przypomnieć, że konsekwencje niedokonania notyfikacji są niezwykle dotkliwe.** Jak już wskazano, na sądzie krajowym ciąży obowiązek odmowy zastosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z Dyrektywą 2015/1535. Fakt ten – oraz nieprecyzyjność przepisów Dyrektywy 2015/1535 – powinny skłaniać **do objęcia tą procedurą jak najszerszego zakresu przepisów krajowych.** Jak w odniesieniu do ustawy o grach hazardowych zauważał Trybunał Konstytucyjny:

---

<sup>38</sup> Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej *projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych*, wyrażona przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej, znak: KPDPUE.920.1030.2020.AR(2).

„właśnie ze względu na nieprecyzyjność pojęcia przepisów technicznych, (...) we wszystkich sytuacjach wątpliwych ostrożność nakazywałaby uczynić zadość wymogom notyfikacji potencjalnych przepisów technicznych Komisji Europejskiej”. [Dzięki temu] można by uniknąć wszelkich konsekwencji związanych z brakiem notyfikacji, przede wszystkim mającego miejsce **chaosu prawnego** w zakresie stosowania ustawy o grach hazardowych przez sądy. (...) Wskazane wyżej zróżnicowanie orzecznictwa sądowego w zakresie stosowania kwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych z całą pewnością nie prowadzi do wzmocnienia takich wartości, jak **pewność i bezpieczeństwo prawne**<sup>39</sup>.

Choć przepisy Dyrektywy 2015/1535 są nieprecyzyjne, to w niniejszej sprawie istnieją silne argumenty przemawiające za uznaniem, że art. 66a-66e u.KSC, w szczególności zaś jej art. 66b, stanowią przepisy techniczne w rozumieniu tej dyrektywy. Jednocześnie konsekwencje braku ich notyfikacji byłyby dotkliwe: w przypadku uznania przez sąd krajowy – np. wojewódzki sąd administracyjny rozpatrujący skargę od decyzji uznającej dostawcę za dostawcę wysokiego ryzyka – że ich notyfikacja była wymagana, spowodowałoby to odmowę zastosowania tych przepisów przez sąd. Istnieje więc ryzyko powstania chaosu prawnego, godzącego w bezpieczeństwo prawne. Rolą władz publicznych jest zaś chronić te wartości i zapobiegać takiemu chaosowi.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, uznać należy, że **art. 66a-66e u.KSC, ze szczególnym uwzględnieniem art. 66b u.KSC, powinny zostać notyfikowane.**

r.pr. Michał Krotoszyński

13.06.2023

---

<sup>39</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r. (P 4/14).