



Nr. 141 din 31 Octombrie 2019

Către,
CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A ROMÂNIEI

**- Referitor la dosarul nr. 2405D/2019, aflat în faza de raport-
Amicus curiae**

**Argumente în susținerea obiecției de neconstituționalitate ridicată de instituția
Avocatul Poporului cu privire la dispozițiile Legii pentru modificarea
Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 62/2019 privind comunicațiile
electronice**

*Formulat de Asociația pentru Apărarea Drepturilor Omului în România – Comitetul
Helsinki - APADOR-CH și Asociația pentru Tehnologie și Internet (ApTI)*

AMICUS CURIAE

În dosarul nr. 2405D/2019, aflat în faza de raport, având ca obiect excepția de neconstituționalitate ridicată de Avocatul Poporului cu privire la **Ordonanța de urgență nr. 62/2019** pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2008 privind organizarea și funcționarea Sistemului național unic pentru apeluri de urgență și pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice.

Prezentul *amicus curiae* este formulat **în sprijinul excepției de neconstituționalitate ridicată de Avocatul Poporului** cu privire la Ordonanța de urgență a Guvernului (OUG) nr. 62/2019.

Având în vedere că unele dintre prevederile Ordonanței vor intra în vigoare la 1 ianuarie 2020, asociațiile solicită Curții Constituționale să stabilească cât mai curând un termen pentru examinarea constituționalității ordonanței de urgență.

APADOR-CH și ApTI susțin argumentele formulate de Avocatul Poporului și precizează următoarele:

I.

Avocatul Poporului a invocat, în primul rând, neconstituționalitatea ordonanței de urgență, în integralitatea sa, pe motiv că aceasta nu îndeplinește condiția constituțională esențială pentru adoptarea sa, și anume urgența (existența unei situații ieșite din comun și imprevizibile care să necesite o reglementare legislativă imediată).

Această cauză are importanță substanțială pentru respectarea unui principiu definitoriu pentru statul de drept, respectiv **principiul separației puterilor în stat**. În acest sens, art. 1 alin. 4 din Constituție prevede: “(4) Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor - legislativă, executivă și judecătorească - în cadrul democrației constituționale.”

În speță, se pune problema exercitării atribuției de legiferare, specifică puterii legiuitoare (Parlamentul), de către o altă putere decât cea legiuitoare, respectiv de către puterea executivă (Guvernul).

Este evident că atunci când legile sunt adoptate de Guvern, iar nu de Parlament, are loc o încălcare a separației puterilor în stat.

Cu toate acestea, pe baza unor considerente de natură practică, ce țin în principal de existența unor situații deosebite, extraordinare și imprevizibile, care necesită o intervenție legislativă imediată (imposibil de realizat în cadrul procedurilor parlamentare, mai lente), în Constituție s-a prevăzut că, în împrejurări excepționale și mod excepțional, deci cu titlu de excepție și nu ca regulă, Guvernul poate legifera, deci se poate substitui Parlamentului, prin adoptarea de ordonanțe de urgență.

Astfel, art. 115 al. 4 din Constituție prevede: “(4) Guvernul poate adopta **ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată**, având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora.”

Pentru stabilirea înțeleșului corect al sintagmei “*situații extraordinare*” din cuprinsul art. art. 115 al. 4 din Constituție, trebuie avută în vedere și **OPINIA CONCURENTĂ** (pct. 3 și 4) la **Decizia Curții Constituționale nr. 55 din 5 februarie 2014**, publicată în Monitorul Oficial nr.136 din 25 februarie 2014.

În acest sens, “*situația extraordinară*” care poate justifica adoptarea unei ordonanțe de urgență trebuie să fie o situație a cărei existență este verificabilă în mod obiectiv, similară forței majore, care poate fi definită ca un eveniment străin de voința/culpa Guvernului, imprevizibil, invincibil și inevitabil și care, în lipsa unei reglementări imediate, prejudiciază grav interesul public.

În lipsa caracterului imprevizibil și inevitabil pentru Guvern a situației invocate, s-ar ajunge la recunoașterea posibilității Guvernului de face din propria culpa un element de constituționalitate. Spre exemplu, în cazul în care Guvernul are cunoștință sau putea lua cunoștință de existența anumitor situații (unele datând, în practică, de luni sau ani) care presupun modificări legislative și nu depune în

Parlament în timp util proiectele de lege necesare, nu se mai poate vorbi de caracterul imprevizibil al situației create. În consecință, această situație, previzibilă și evitabilă, nu va putea justifica adoptarea unei ordonanțe de urgență. Cu atât mai puțin poate fi invocată o astfel de situație atunci când șeful Guvernului este și președintele partidului majoritar din Parlament, ceea ce-i conferă pârghiile necesare pentru a asigura dezbaterile parlamentare într-un termen rezonabil, eventual în procedura de urgență parlamentară, a proiectelor de legi trimise de Guvern.

În acest context, vă solicităm să aveți în vedere și pericolul pentru o societate democratică reprezentat de tendința de încălcare de către Guvern, indiferent de compoziția sa și de perioada în care a funcționat, a prevederilor art. 115 al. 4 din Constituție, prin transformarea ordonanței de urgență dintr-o cale extraordinară și, de aceea, extrem de rară, de legiferare, într-un mijloc obișnuit, comun și frecvent prin care, practic, Parlamentul este înlocuit de Guvern în exercitarea funcției de legiuitor.

Astfel, după revizuirea Constituției din 2003, guvernele care s-au succedat au emis în **ultimii 15 ani** (2004 - 2018) un număr total de **1.946 ordonanțe de urgență, în medie 130 ordonanțe de urgență pe an, adică una la mai puțin de 3 zile (!)**, după cum urmează:

- 2004 – 142 ordonanțe de urgență
- 2005 - 210
- 2006 - 138
- 2007 - 157
- 2008 - 228
- 2009 - 111
- 2010 - 131
- 2011 - 125
- 2012 - 96
- 2013 - 115
- 2014 - 94
- 2015 – 68
- 2016 – 100
- 2017 – 117
- 2018 – 114

Rezultă că **în România, în ultimii 15 ani, statul s-a aflat în situații extraordinare, neobișnuite, ieșite din comun, din 3 în 3 zile (mai precis, din 2,8 zile în 2,8 zile)**, iar fiecare dintre aceste situații extraordinare (nepercepute decât de către Guvern, probabil în baza unui simț special) au generat câte o ordonanță de urgență.

Este în mod evident neverosimil ca statul român, stat democratic și membru al Uniunii Europene, a întâmpinat din 3 în 3 zile, în ultimii 15 ani, situații excepționale, extraordinare, care i-au permis Guvernului ca, tot din **3 în 3 zile**, să ia locul Parlamentului și să legifereze prin ordonanțe de urgență.

Singura explicație logică a abundenței de ordonanțe de urgență este că, practic, autoritățile publice au ignorat și, astfel, au lăsat fără aplicare textul art. 115 al. 4 din Constituție, al cărui rost era și este de a limita excesul de zel al Guvernului în emiterea de ordonanțe de urgență.

Atât în prezenta speță, cât și în multe alte situații similare în care a emis ordonanțe de urgență, Guvernul a confundat, probabil, urgența prevăzută în art. 115 al. 4 din Constituție care justifică adoptarea unei ordonanțe de urgență, cu oportunitatea adoptării unei reglementări legislative într-o anumită materie. **S-a ajuns astfel ca simpla nerăbdare guvernamentală să fie identificată cu urgența constituțională.**

În situațiile în care Guvernul apreciază că o anumită reglementare este oportună și prioritară, poate iniția un proiect de lege și poate solicita Parlamentului (adevărată autoritate legiuitoare, potrivit Constituției) să dezbată și să adopte proiectul, eventual într-o **procedură de urgență prevăzută de reglementările parlamentare.**

Deci, dacă se dorește o anumită celeritate în adoptarea de acte normative cu putere de lege, dar nu există o situație cu adevărat extraordinară (ieșită din comun), Guvernul nu poate adopta ordonanțe de urgență, ci poate doar sesiza Parlamentul cu un proiect de lege și poate solicita dezbateră și adoptarea sa în procedură de urgență.

II.

În afară de problema lipsei urgenței, care afectează constituționalitatea întregii OUG 62/2019, art. II din această ordonanță ridică și alte probleme de constituționalitate.

Mai înainte de toate, art. II din OUG 62/2019 este **neconstituțional** pentru că, prin prevederea posibilității de a cumpăra cartele preplătite doar cu condiția comunicării datelor personale către vânzător, se afectează cel puțin un drept fundamental (dreptul la viață privată – art. 26 din Constituție), iar potrivit art. 115 din Constituție, **ordonanțele de urgență nu pot afecta drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție.** De aceea, dacă se dorește o reglementare care să afecteze/limiteze dreptul la viață privată sau alt drept fundamental, **această reglementare poate fi făcută numai prin lege, nu și prin ordonanță de urgență.**

De asemenea, art. II din OUG 62/2019, care include obligația de a cumpăra cartele preplătite doar cu buletinul, conține prevederi neconstituționale de aceeași natură cu cele din Legea adoptată în anul 2014 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice, lege care nu a mai intrat în vigoare, fiind declarată neconstituțională înainte de a fi promulgată, prin decizia nr. 461/2014 a Curții Constituționale.

Ceea ce a fost neconstituțional în 2014 nu poate deveni constituțional în 2019 numai pentru că autoritățile, incapabile, printre altele, de gestionarea problemei localizării apelurilor la 112, profită de emoția colectivă generată de cazul Caracal pentru a face ceea ce nu au reușit alte 6 încercări anterioare.,

Mai mult decât atât, ceea ce a fost declarat neconstituțional în 2014 pentru un scop mult mai grav (prelucrarea datelor în vederea posibilei identificări a autorilor unor infracțiuni) nu poate deveni constituțional în 2019 pentru un scop mai puțin grav (așa cum este el identificat în Expunerea de motive - depistarea unor contravenienți) în condițiile unor măsuri lacunare similare de protecție a datelor cu caracter personal colectate.

Colectarea, stocarea și prelucrarea datelor personale pentru toți cei care achiziționează cartele telefonice preplătite, doar pe motiv că unele dintre aceste persoane ar putea apela abuziv numărul 112 este o **măsura vădit disproporționată de restrângere a dreptului la viață privată**. Și care se bazează, tot neconstituțional, pe **prezumpția de vinovăție a celui care achiziționează o cartelă preplătită**. În Constituție este consacrată prezumpția de nevinovăție, nu de vinovăție.

În cazul în care o persoană apelează abuziv numărul unic de urgență 112, măsura rezonabilă care poate fi luată în prezent este localizarea apelului, după care apelantul poate fi identificat și sancționat. Localizarea și identificarea poate fi făcută după datele tehnice ale telefonului (identificator unic numit IMEI), iar nu după cartela SIM folosită.

Trebuie avut în vedere și faptul că apelarea abuzivă la 112 nu constituie infracțiune, ci este prevăzută de lege ca o faptă de o gravitate scăzută (contravenție). Sub acest aspect, colectarea masivă de date personale, precum și stocarea și prelucrarea acestora pentru prevenirea/combaterii unei simple contravenții, este o măsură vădit **disproporționată**, care afectează dreptul la viață privată. Cu alte cuvinte, în scopul – declarat – al combaterii unei fapte de o gravitate scăzută (contravenție), se aduc prejudicii majore dreptului la viață privată, printr-o operațiune masivă de colectare, stocare, prelucrare de date cu caracter personal.

În conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, orice limitare a vieții private, pentru a fi legitimă, trebuie să fie o necesitate, iar această nevoie trebuie să fie stabilită în mod convingător¹. Termenul „nevoie” se referă la două tipuri diferite de nevoi: „necesități sociale imperioase” (de exemplu, o problemă socială, care trebuie să fie abordată²), și o nevoie de interferență specific propusă (care trebuie să fie adecvată pentru a satisface nevoia socială identificată³).

În cazul nostru, nevoia de ingerință este reflectată în mod abuziv, disproporționat și incorect în art. II din OUG 62/2019, menționându-se că „necesitatea creșterii eficienței gestionării apelurilor de urgență prin reducerea incidenței apelurilor abuzive efectuate de către apelanți” se realizează prin identificarea persoanei, iar neadoptarea acestei măsuri “ar avea consecințe directe asupra gestionării situațiilor de urgență și, implicit, asupra asigurării asistenței imediate în situații în care sunt periclitate viața, integritatea ori sănătatea cetățeanului, ordinea publică, proprietatea publică sau privată ori mediul.” Astfel, sunt incorect alăturate condiția identificării de asigurarea asistenței imediate.

1 Vezi CEDO *Crémieux v. France*, 25 February 1993, Req. n° 11471/85, A256-B, § 38, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57805>.

2 Vezi Grupul de lucru privind protecția datelor contituit în temeiul Articolului 29 –Avizul 01/2014 privind aplicarea noțiunilor de necesitate și de proporționalitate și protecția datelor în sectorul asigurării respectării legii –27.02.2014 disponibil la http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp211_ro.pdf.

3 Opcit fn 14.

Totodată, nu s-a oferit nicio analiză pentru a demonstra că obiectivul interferenței în viața privată nu „poate fi abordat în mod satisfăcător într-un alt, mod mai puțin restrictiv”⁴.

Pe de altă parte, prelucrarea datelor personale face acum obiectul unor reglementări mult mai detaliate stabilite la nivel european prin Regulamentul UE 679/2016 (cunoscut ca GDPR sau RGPD), care prevede o serie de obligații mult mai stricte cu privire la situațiile în care se dorește o nouă prelucrare masivă de date cu caracter personal pentru toți operatorii de date personale.

În acest context statul român, ca operator de date personale, avea obligația conform art. 35 din GDPR să facă „Evaluarea impactului asupra protecției datelor” anterioară începerii prelucrării, pe care ar fi trebuit să o dezbată public, inclusiv cu autoritatea competentă în domeniu (Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal – ANSPDCP), dar și cu publicul interesat.

Un astfel de document ar fi permis analizarea detaliată a îndeplinirii condițiilor din GDPR, inclusiv garanțiile și măsurile de securitate adecvate.

O astfel de analiză nu a existat niciodată (deși a fost cerută de ONG-urile specializate în procesul de consultare publică), ceea ce explică probabil erorile majore de respectare a GDPR din Expunerea de motive: scop neclar, inexistența garanțiilor, temei legal inexistent, durata de stocare a datelor stabilită arbitrar în funcție de ce fac alte date și nu în funcție de scop etc. ANSPDCP nu a susținut acest proiect, ca de altfel nici celelalte proiecte anterioare similare care au primit aviz negativ de la Autoritate).

Amintim și prevederile art. 4 din legea de implementare GDPR (Legea nr. 190/2018) care specifică condițiile și garanțiile ce trebuie îndeplinite pentru prelucrarea unui număr de identificare național (informație ce va fi colectată conform art. II din OUG 62/2019):

a) punerea în aplicare de măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru respectarea, în special, a **principiului reducerii la minimum a datelor**, precum și pentru **asigurarea securității și confidențialității** prelucrărilor de date cu caracter personal, conform dispozițiilor art. 32 din Regulamentul general privind protecția datelor;

b) numirea unui **responsabil pentru protecția datelor**;

c) stabilirea de **termene de stocare** în funcție de natura datelor și scopul prelucrării, precum și de termene specifice în care datele cu caracter personal trebuie șterse sau revizuite în vederea ștergerii;

d) **instruirea periodică** cu privire la obligațiile ce le revin a persoanelor care, sub directă autoritate a operatorului sau a persoanei împuternicite de operator, prelucrează date cu caracter personal.

4 Jeremy McBride, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, în The principle of Proportionality in the Laws of Europe, publicată de Evelyn Ellis, Hart Publishing, 1999, p. 26, referindu-se la cazul CEDO *Goodwin v. United Kingdom*, judgment of the Court, 27 Mar. 1996.

Subliniem că nici în art.II și nici în alt text din OUG 62/2019 **nu se prevede nici o garanție că datele colectate masiv sunt păstrate în condiții de maximă confidențialitate și care să nu permită prelucrarea abuzivă a acestora.**

Curtea Constituțională a precizat în decizia nr. 461/2014 și în deciziile anterioare referitoare la legile similare că nu constituie o garanție suficientă a respectării drepturilor și libertăților fundamentale simpla prevedere generică în lege/ordonanță că prelucrarea datelor cu caracter personal se va realiza cu respectarea reglementărilor legale aplicabile în domeniul protecției datelor cu caracter personal. **Este nevoie de prevederea unor garanții concrete și efective, adaptate cazului special de prelucrare de date ce se vrea reglementat.** Spre exemplu, în par. 36 al deciziei 461/2014 se prevede necesitatea introducerii în lege a unor prevederi care *“să asigure standarde sporite în materie de protecție și securitate a datelor personale de-a lungul întregului proces de reținere, stocare și utilizare, tocmai pentru a reduce la minimum riscul de încălcare a dreptului la viață intimă, familială și privată, secretul corespondenței, precum și libertatea de exprimare a cetățenilor”*. Or, în OUG 62/2019, singura “garanție” care există este o simplă prevedere generică în sensul că trebuie respectată legislația privind protecția datelor personale, ceea ce este contrar jurisprudenței amintite a Curții Constituționale.

Aceste garanții constau în primul rând în prevederile legale⁵ care detaliază în mod clar limitele de ingerință (printre altele, următoarele aspecte atunci când ingerința se adoptă în scopul de a asigura siguranța publică: motivele necesare pentru a cere măsurile care constituie ingerința, cazurile în care măsura poate avea loc, durata măsurii), și modul în care respectarea acestor restricții va fi aplicată și controlată - de exemplu:

- măsuri tehnice care să se asigure de ștergerea datelor după o anumită perioadă de timp;
- autorizarea și supravegherea unei autorități independente⁶, care ar trebui să fie, în principiu, un judecător *"cel puțin în ultimă instanță"* în domeniile *"în care abuzul este potențial atât de ușor în cazuri individuale și ar avea (...) consecințe dăunătoare pentru societatea democratică, ca un întreg"*⁷, care este, în general, în cazul în care se organizează ingerința în scopuri polițienești;
- drepturile de acces și de verificare acordate persoanelor fizice în cauză;
- clarificarea procedurii care trebuie urmată pentru exercitarea acestor drepturi, inclusiv dreptul la apel în cazul în care dreptul de acces este interzis.

5 Vezi CEDO: *Klass și alții/Republica Federală Germania*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, 6 septembrie 1978 (seria A, nr. 28) Paragraf 50 și următoarele, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>.

6 Vezi fn 14 Paragraf 3.24.

7 *CEDO: Klass și alții/Republica Federală Germania*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, 6 septembrie 1978 (seria A, nr. 28).

Celelalte garanții care urmează să fie puse în aplicare ar trebui să provină în principal de la acest temei juridic (punerea în aplicare a măsurilor tehnice, organizarea judiciară și alocarea de resurse pentru a asigura eficiența controalelor judiciare etc.).

În cazul legii criticate, nici măcar una dintre aceste garanții nu au fost propuse.

OUG 62/2019 nu ia în considerare nici faptul ca prin obligația generică de prelucrare a datelor cu caracter personal ale tuturor persoanelor care utilizează o cartelă pre-pay (*potrivit datelor ANCOM din 2018 sunt aproximativ 9.9 milioane de cartele active de acest tip în acest moment*⁸) se va impune colectarea unui set semnificativ de date personale ale unor categorii de persoane care ar trebui de fapt protejate:

- datele personale ale minorilor (care reprezintă un procent semnificativ dintre cei care folosesc acest tip de cartele);
- datele persoanele ale unor persoane care au obligații legale de confidențialitate a comunicațiilor (avocat/client, medic/pacient, psiholog/pacient, avertizor de integritate) datele persoanele ale unor persoane care au obligații profesionale de auto-reglementare de confidențialitate a comunicațiilor (jurnalist-sursă);

Amintim Decizia Curții Constituționale nr. 1258/2009 unde curtea a reținut că „în materia drepturilor personale cum sunt dreptul la viață intimă și libertatea de exprimare, precum și a prelucrării datelor cu caracter personal, regula unanim recunoscută este aceea a garantării și respectării acestora, respectiv a confidențialității, statul având, în acest sens, obligații majoritar negative, de abținere, prin care să fie evitată, pe cât posibil, ingerința sa în exercițiul dreptului sau a libertății”. Or, în situația dată, este complet răsturnat acest principiu, măsurile art. II din OUG 62/2019 interferând cu dreptul la viață personală și la protecția datelor cu caracter personal.

În plus, reglementarea din OUG 62/2019 a *formularului* ce trebuie completat de cumpărătorul cartelei preplătite încalcă și ea jurisprudența Curții Constituționale, care a stabilit prin decizia nr. 461/2014 (par. 38) că este excesiv ca un astfel de formular să prevadă doar obligația cumpărătorului de a-l completa cu date personale și nicio obligație pentru cel care le colectează și care ar trebui să se oblige să garanteze confidențialitatea, securitatea și utilizarea acestor date potrivit scopului stabilit de lege.

*
* *

În concluzie, în raport și de precizările făcute în cuprinsul prezentului *amicus curiae*, APADOR-CH și ApTI consideră că nu este îndeplinită condiția constituțională privind *urgența reglementării*, care ar fi putut justifica, în materie de legiferare, înlocuirea Parlamentului cu Guvernul, motiv pentru care OUG nr. 62/2019 este neconstituțională în întregul său.

8 https://statistica.ancom.ro/sscpds/public/files/167_ro.

De asemenea, chiar și în cazul în care s-ar aprecia că este îndeplinită condiția urgenței, OUG nr. 62/2019 tot prezintă vicii grave de constituționalitate, cel puțin în privința art. II, ale cărui prevederi, pe de o parte, afectează drepturi și libertăți fundamentale, deși art. 115 al. 6 din Constituție interzice expres afectarea unor astfel de drepturi și libertăți printr-o ordonanță de urgență, iar, pe de altă parte, nu conțin suficiente garanții pentru protecția dreptului la viață privată, garantat prin art. 26 din Constituție și art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Pentru semnături,

Director executiv APADOR CH
Georgiana Gheorghe

Director Executiv ApTI
Bogdan Manolea