

Strasbourg, le 12 octobre 2018

T-PD(2018)19

**COMITÉ CONSULTATIF DE LA CONVENTION POUR LA PROTECTION DES PERSONNES
À L'ÉGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISÉ DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL**

**AVIS SUR LA DEMANDE D'ADHÉSION
DE LA RÉPUBLIQUE DU KAZAKHSTAN**

Introduction

Le 19 avril 2018, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a reçu une lettre datée de mars 2018, lui faisant part du souhait de la République du Kazakhstan d'adhérer à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ci-après, la « Convention 108 »).

Le Comité consultatif de la Convention 108 rappelle qu'il avait en 2008 porté à l'attention du Comité des Ministres sa recommandation visant à inviter à adhérer à la Convention 108 les États non membres ayant en matière de protection des données une législation conforme à cette Convention. Les Délégués des Ministres avaient pris acte de cette recommandation et décidé d'examiner toute demande d'adhésion à la lumière de celle-ci (1031^{ème} réunion, 2 juillet 2008).

Avis

Conformément à l'article 4 de la Convention 108, chaque Partie prend, dans son droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet aux principes de base pour la protection des données énoncés dans la Convention (chapitre II).

Après avoir pris note de la Constitution (article 18.1) de la République du Kazakhstan et avoir examiné¹ la *Loi n° 94-V. sur les données à caractère personnel et leur protection* du 21 mai 2013, ci-après désignée « la Loi », le Comité constate ce qui suit.

1. Objet et but (article 1^{er} de la Convention 108)

1. L'article 1 de la Convention 108 énonce son but, qui est de garantir « ... à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant ».

2. L'article 18.1 de la Constitution de la République du Kazakhstan dispose que « chacun a droit à l'inviolabilité de sa vie privée ainsi que de ses secrets personnels ou familiaux, et à la protection de son honneur et de sa dignité ». Dans ce cadre constitutionnel, le but de la Loi elle-même est énoncé dans son article 2 : « Le but de la présente loi est d'assurer la protection des droits et des libertés des personnes et des citoyens lors de la collecte et du traitement des données à caractère personnel les concernant. » L'article 21 de la Loi complète l'article 2 en décrivant plus en détail les finalités de la protection des données à caractère personnel. Ces finalités sont les suivantes :

« 1) exercice du droit au respect de la vie privée et des secrets personnels et familiaux ;

2) garantie de leur intégrité et de leur sécurité ;

3) respect de leur confidentialité ;

4) exercice du droit d'accès à ces données ;

5) prévention des collectes et traitements illicites. »

3. Ces dispositions sont globalement conformes à la Convention 108. Toutefois, l'emploi de l'expression « des personnes et des citoyens » suscite certaines préoccupations. Elle pourrait impliquer que la Loi s'applique uniquement aux citoyens de la République du Kazakhstan et non « ... à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence... », ainsi que l'exige la Convention.

4. Il est nécessaire de confirmer que la Loi s'applique à toutes les personnes physiques, qu'elles soient ou non des citoyens de la République du Kazakhstan.

2. Définitions (article 2 de la Convention 108)

5. L'article 1 de la Loi contient des définitions des « concepts fondamentaux » utilisés dans la Loi.

¹ Traduction française réalisée à partir d'une traduction non officielle, en langue anglaise, de la Loi reçue le 4 juin de la Mission de la République du Kazakhstan auprès du Conseil de l'Europe.

Le Comité a également pris note du Décret n° 1558/2001 mais n'a pas pu en tenir compte dans son analyse.

Données à caractère personnel

6. L'article 1.2) de la Loi définit les « données à caractère personnel » comme suit : « informations détaillées relatives à la personne à laquelle se rapportent les données à caractère personnel, spécifique ou définie sur la base de celles-ci, enregistrées sur un support électronique, un support papier et (ou) autre support matériel ». La personne concernée est définie à l'article 1.16 comme la « ...personne physique à laquelle se rapportent les données à caractère personnel », mais il n'est pas fait mention de la nécessité pour la personne physique d'être « identifiée ou identifiable » comme le prévoit l'article 2.a de la Convention.

7. Il serait souhaitable d'ajouter à la définition des « données à caractère personnel » le fait que les personnes physiques doivent être « identifiées ou identifiables ».

8. L'article 6 de la Loi se rattache également à cette définition, car il répartit les données à caractère personnel en deux catégories : « généralement disponibles » et « d'un accès limité ». Ces catégories se définissent comme suit :

« données à caractère personnel généralement disponibles – données à caractère personnel auxquelles il est possible d'accéder librement avec le consentement de la personne concernée ou auxquelles les obligations de respect de la confidentialité ne s'appliquent pas conformément au droit de la République du Kazakhstan » ;

« données à caractère personnel d'un accès limité » – données à caractère personnel auxquelles l'accès est limité par la législation de la République du Kazakhstan ».

L'article 6 dispose en outre que « les sources généralement disponibles de données à caractère personnel (ainsi que les ouvrages biographiques, annuaires téléphoniques, répertoires d'adresses, ressources documentaires électroniques généralement disponibles, grands médias) sont utilisées pour faciliter l'information de la population ».

9. Il est difficile de déterminer le périmètre de chacune des deux catégories et la raison pour laquelle la Loi doit les différencier. De fait, la plupart des dispositions essentielles de la Loi mentionnent simplement les « données à caractère personnel » sans faire de distinction. Le sens et le but de la disposition relative aux sources généralement disponibles sont également obscurs.

10. Examiner le bien-fondé de l'article 6 contribuerait à la compréhension de la Loi.

11. Il est fait référence aux « personnes décédées » à l'article 7.2, ce qui donne à penser que celles-ci entrent dans le champ de la définition des données à caractère personnel. Cela ne pose pas de problème au regard de la Convention.

Traitement

12. La définition du « traitement automatisé » figurant à l'article 2.c de la Convention 108 « s'entend » des opérations qui y sont mentionnées. L'utilisation du mot « s'entend » signifie que l'expression s'applique également à d'autres opérations qui ne sont pas expressément citées. En d'autres termes, la liste est ouverte. La définition du « traitement des données à caractère personnel » énoncée à l'article 1.12 de la Loi indique en revanche que ce terme recouvre les « actes destinés à l'accumulation, à l'enregistrement, à la modification, au fait de compléter, à l'utilisation, à la distribution, à la dépersonnalisation, au blocage et à la destruction de données à caractère personnel ». Il s'agit d'une liste fermée. Toutes les opérations effectuées sur des données à caractère personnel qui ne sont pas mentionnées ne sont pas prises en compte. On notera que la liste ne comprend pas la « collecte ». Dans toute la Loi, lorsque celle-ci est censée s'appliquer à la collecte ainsi qu'à d'autres opérations de traitement, il est nécessaire de désigner expressément cette opération (voir par exemple l'article 5 de la Loi). Le régime de protection des données est ainsi construit autour de deux processus qui sont réglementés séparément dans la Loi : tout d'abord la collecte, puis les autres formes de traitement tels que décrites dans la définition de ce terme.

13. Le fait de distinguer la collecte du traitement ne constitue pas un problème en soi. Il convient de noter, cependant, que la Convention modernisée² ne reprend pas ces termes et ne contient que la définition du « traitement de données ». Pour être conforme à la Convention, la Loi devrait indiquer clairement qu'elle s'applique à toutes les opérations effectuées sur des données à caractère personnel, et pas simplement à celles qui sont expressément mentionnées dans cette définition.

² Convention 108 telle que modernisée par le Protocole d'amendement STCE n°223.

14. Pour ce qui est du traitement automatisé, la Loi devrait s'appliquer à toutes les données à caractère personnel, et pas seulement à celles contenues dans des « bases », et ce point devrait être exposé clairement.

15. En outre, la définition des « données à caractère personnel » figurant dans la Loi (voir ci-dessus) fait référence aux informations détaillées à caractère personnel conservées sur papier ainsi que sur des supports électroniques ou autres. Il semblerait donc que la Loi couvre aussi le traitement manuel des données à caractère personnel, à condition qu'elles soient contenues dans une « base ». La Convention 108 ne s'appliquant pas directement au traitement manuel, mais autorisant les Parties à étendre ses dispositions à un tel traitement, cela ne pose pas de problème.

Propriétaire

16. Contrairement à la Convention 108, la Loi n'emploie pas le terme « maître » (ou « responsable du traitement » dans la Convention modernisée) pour décrire la personne chargée du traitement. Au lieu de quoi, elle mentionne celui de « propriétaire », qu'elle définit comme suit : « le propriétaire de la base contenant les données à caractère personnel (ci-après, le « propriétaire »), - l'organe public, la personne physique et (ou) la personne morale qui exerce le droit de possession, d'utilisation et de disposition de la base contenant les données à caractère personnel conformément aux lois de la République du Kazakhstan ». Le Comité souligne que ce n'est pas l'angle de la propriété des données qu'il convient de faire prévaloir. Au contraire, la notion de responsabilité repose sur le pouvoir de décision à l'égard des finalités et moyens du traitement de données, critère absent de la définition de l'article 1.9. En ce qui concerne son champ d'application, cette définition semble globalement conforme au concept de « maître » employé à l'article 2.d de la Convention 108. Elle couvre les organes publics ainsi que les personnes physiques et morales.

17. Néanmoins, conformément à ce qui précède, la définition doit être complétée en ajoutant la notion de prise de décision.

18. L'article 1 de la Loi définit plusieurs autres termes utilisés dans la Loi qui n'ont pas d'équivalent dans l'article 2 de la Convention 108. Deux termes en particulier doivent être mentionnés ici.

Opérateur

19. À l'instar de « maître », la Loi n'emploie pas le terme de « sous-traitant » (qui n'est pas utilisé dans la Convention 108, mais à l'article 2.f de la Convention modernisée). Au lieu de quoi, la Loi fait référence à « l'opérateur », défini comme suit à l'article 1.10 : « l'opérateur de la base contenant les données à caractère personnel (ci-après, « l'opérateur »), - l'organe public, la personne physique et (ou) la personne morale prenant en charge la collecte, le traitement et la protection des données à caractère personnel ».

Tiers

20. L'article 1.17 définit un « tiers » comme « une personne autre qu'une personne concernée, un propriétaire et (ou) un opérateur, mais liée à eux (elle) (lui) par des conditions ou par un lien juridique pour la collecte ». Il n'existe pas de définition comparable dans la Convention 108. Un grand nombre des dispositions essentielles de la Loi s'appliquent à des tiers de la même manière qu'elles s'appliquent aux propriétaires ou aux opérateurs (voir, par exemple, l'article 14). Cela pose la question de la nature exacte des relations existant entre ces acteurs, et en particulier celle de savoir si, dans certaines circonstances du moins, le tiers ne devrait pas avoir en réalité le statut de propriétaire.

21. La nature des relations liant le propriétaire, l'opérateur et le tiers mérite d'être clarifiée.

3. Champ d'application (article 3 de la Convention 108)

22. L'article 3 de la Loi est intitulé « Les actions de la présente Loi ». En réalité, il traite de son champ d'application.

23. La Loi ne contient aucune liste expresse des secteurs auxquels elle s'applique, même si, comme on l'a déjà noté, les définitions des termes « propriétaire » et « opérateur » s'appliquent à des organes publics et à des personnes physiques ou morales. L'article 3.1 prévoit que la Loi en vigueur traite de la protection des données, tandis que l'article 3.2 indique qu'elle peut être complétée par d'autres lois et décrets présidentiels.

24. L'article 3.3.1 prévoit une dérogation (analogue à celle prévue à l'article 3.2 de la Convention modernisée) pour « la collecte, le traitement et la protection de données à caractère personnel assurés par les personnes concernées pour des besoins exclusivement personnels ou familiaux, à condition que ces opérations

n'entraînent pas de violation des droits d'autres personnes physiques et (ou) morales ni de manquement aux prescriptions des lois de la République du Kazakhstan ».

25. Les dispositions suivantes de l'article 3.3 prévoient des dérogations complètes à la Loi pour certaines activités d'archivage, les secrets d'État, ainsi que le renseignement et les opérations s'y rapportant. La Convention 108 s'applique à toutes les activités, y compris celles dérogeant à la Loi en vertu de l'article 3.3. Toutefois, l'article 3.2.a de la Convention autorise les États à déclarer officiellement qu'ils n'appliqueront pas la Convention à certaines « catégories de fichiers automatisés de données à caractère personnel ». On notera que cette possibilité d'exclure certaines catégories de fichiers automatisés de données à caractère personnel du champ d'application de la Convention au moyen d'une déclaration unilatérale émanant d'une Partie disparaît avec la Convention modernisée, qui met en place dans son article 11 un système de recours à des exceptions et restrictions prévu par la loi.

4. Légitimité du traitement de données et qualité des données (article 5 de la Convention 108)

26. L'article 5 de la Loi est intitulé « Principes de collecte, de traitement et de protection des données à caractère personnel » et il est libellé comme suit :

« La collecte, le traitement et la protection des données à caractère personnel s'effectuent conformément aux principes suivants :

- 1) respect des droits et libertés constitutionnels des personnes et des citoyens ;
- 2) légalité ;
- 3) confidentialité des données à caractère personnel d'un accès limité ;
- 4) égalité des droits des personnes concernées, des propriétaires et des opérateurs ;
- 5) garantie de la sécurité des personnes, de la société et de l'État. »

27. Le Comité, ayant procédé à un examen complet de la Loi, considère que ni l'article 5 de la Loi ni les autres dispositions de la Loi ne donnent effet aux principes pour la protection des données établis par l'article 5 de la Convention 108, même si dans certains cas, ils sont complétés par d'autres dispositions de la Loi.

Loyauté

28. L'article 5.a de la Convention 108 exige que les données à caractère personnel soient obtenues et traitées « loyalement ». La Loi ne contient aucune obligation expresse d'effectuer la collecte et le traitement des données à caractère personnel loyalement, mais la prescription relative à l'égalité des droits des personnes concernées, des propriétaires et des opérateurs énoncée à l'article 5.4 de la Loi (voir ci-dessus) a trait à la loyauté. L'article 15.1 de la Loi peut aussi être interprété comme imposant un élément de loyauté pour la « diffusion » des données à caractère personnel. La diffusion est autorisée uniquement si « ... aucune atteinte n'est portée aux droits et libertés des personnes concernées, ni aux intérêts juridiques d'autres personnes physiques et (ou) morales ». La « diffusion » est définie à l'article 1.15 comme « ... les actes dont la commission entraîne un transfert de données à caractère personnel, ainsi que la diffusion par les grands médias ou l'octroi d'un accès aux données à caractère personnel par toute méthode ».

29. La loyauté tient pour une bonne part à la transparence et, en particulier, à la communication active d'informations sur le traitement par le maître du fichier à la personne concernée, au moment de la collecte des données à caractère personnel. L'article 8 de la Convention modernisée contient une obligation spécifique relative à la transparence. La Loi ne prévoit pas une telle obligation.

30. Pour être pleinement conforme à la Convention 108, la Loi doit contenir une obligation spécifique de loyauté et de transparence.

Licéité

31. L'article 5.a de la Convention 108 exige également que les données à caractère personnel soient obtenues et traitées « licitement ». Deux des grands principes énoncés à l'article 5 de la Loi (voir ci-dessus) sont que la collecte, le traitement et la protection des données à caractère personnel doivent s'effectuer conformément aux principes du « respect des droits et libertés constitutionnels des personnes et des citoyens » (article 5.1) et de la « licéité » (article 5.2). Ils semblent, d'une manière générale, satisfaire à l'exigence de la Convention relative à la nature licite du traitement. De plus, l'article 7.2 de la Loi dispose que

la collecte et le traitement des données à caractère personnel des personnes décédées doivent être effectués conformément à la législation, et son article 7.3 que les « spécificités de la collecte et du traitement des données à caractère personnel dans les ressources électroniques » doivent être établies conformément à la législation sur l'information.

32. Le traitement doit, pour être licite, reposer sur un fondement juridique (selon l'article 5.2 de la Convention modernisée, les données peuvent être traitées « sur la base du consentement libre, spécifique, éclairé et non équivoque de la personne concernée ou en vertu d'autres fondements légitimes prévus par la loi »). L'article 7.1 de la Loi dispose que « la collecte et le traitement des données à caractère personnel sont effectués par le propriétaire et (ou) l'opérateur avec le consentement de la personne concernée ou de son représentant légal, hormis dans les cas prévus à l'article 9 de la présente Loi ». Le consentement est donc le principal fondement juridique de la collecte et du traitement des données à caractère personnel. La Loi ne contient pas de définition du « consentement » et aucune disposition n'exige qu'il soit libre, spécifique, éclairé et non équivoque comme dans la Convention modernisée. L'article 8, qui traite de la procédure d'octroi ou de retrait du consentement, impose toutefois qu'il soit accordé ou retiré par écrit (y compris sous format électronique).

33. La longue liste des exceptions à l'exigence de consentement figurant à l'article 9 de la Loi couvre principalement, mais pas exclusivement, le secteur public. Les exceptions constituent de fait un fondement juridique autre que le consentement, mais on peut se demander si elles vont assez loin. En particulier, aucune disposition ne prévoit la situation dans laquelle les intérêts vitaux de la personne concernée sont en jeu, ni ne permet aux organismes du secteur privé de traiter des données à caractère personnel sur la base d'un autre fondement juridique. L'article 9.10 prévoit toutefois l'établissement, par la loi, de dérogations supplémentaires à l'exigence de consentement.

Détermination des finalités

34. L'article 5.b de la Convention 108 porte sur les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel peuvent être traitées. La Loi ne contient aucune disposition imposant que la collecte ou, plus généralement, le traitement des données à caractère personnel soient effectués pour des « finalités déterminées et légitimes », comme l'exige la Convention. L'article 14 de la Loi, qui traite uniquement de l'utilisation des données à caractère personnel, et non du traitement plus généralement, dispose que « l'utilisation des données à caractère personnel est effectuée par le propriétaire, l'opérateur et un tiers uniquement aux fins de collecte déclarées précédemment ». L'expression « aux fins de collecte déclarées précédemment » est étrange, car la Loi ne contient aucune disposition exigeant du propriétaire ou de l'opérateur, voire d'un tiers, qu'il déclare la finalité pour laquelle les données doivent être utilisées. Une formulation analogue est employée à l'article 15.2 de la Loi, qui autorise la « diffusion » des données à caractère personnel « ... dans les cas sortant du champ d'application aux fins de collecte déclarées précédemment... » uniquement avec le consentement de la personne concernée ou de son représentant légal.

35. Sous réserve de l'idée exprimée au paragraphe suivant, une disposition limitant tous les traitements des données à caractère personnel (et pas simplement leur « utilisation » et leur « diffusion ») à des « finalités déterminées et légitimes » doit être introduite dans la Loi.

36. L'interdiction figurant à l'article 14 de la Loi d'utiliser des données à caractère personnel pour d'autres finalités que celle déclarée est bien plus stricte que la disposition de la Convention, selon laquelle les données à caractère personnel peuvent être utilisées (traitées) d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les finalités de leur collecte. Le critère d'« incompatibilité » offre la souplesse qui est souvent nécessaire lorsque des données à caractère personnel sont traitées et représente un élément essentiel de l'obligation de détermination des finalités.

37. Même si son absence de la Loi ne signifie pas que l'article 5.b de la Convention n'est pas respecté, il serait souhaitable d'ajouter un critère d'« incompatibilité » à l'obligation de détermination des finalités.

Minimisation des données

38. L'article 5.c de la Convention 108 exige que les données à caractère personnel soient « ... adéquates, pertinentes et non excessives ... ». Selon l'article 12.1 de la Loi, « l'accumulation des données à caractère personnel est effectuée en collectant les données à caractère personnel nécessaires et suffisantes pour la réalisation des tâches effectuées par le propriétaire et (ou) l'opérateur, ainsi que par un tiers » (l'« accumulation » est définie à l'article 1.4 de la Loi comme les « actions d'introduction dans la base de données des données à caractère personnel »). Ces dispositions sont globalement conformes à la prescription de la Convention selon laquelle les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement

doivent être adéquates et pertinentes, mais elles n'exigent pas expressément qu'elles ne soient pas excessives.

39. Il faut imposer que les données à caractère personnel ne soient pas excessives.

Exactitude

40. Selon l'article 5.d de la Convention 108, les données à caractère personnel doivent être « ... exactes et si nécessaire mises à jour ... ». Il n'existe pas de disposition correspondante dans la Loi, et une telle prescription est nécessaire.

Durée de conservation

41. L'article 5.e de la Convention 108 indique que les données à caractère personnel ne doivent pas être conservées sous une forme identifiable pendant une durée excédant celle nécessaire à la réalisation des finalités du traitement. L'article 12.2 de la Loi contient une disposition comparable, selon laquelle « la durée de conservation des données à caractère personnel est déterminée par la date de réalisation des finalités de leur collecte et de leur traitement, sauf disposition contraire de la législation de la République du Kazakhstan ». Cela est conforme à la disposition de la Convention (voir toutefois la section traitant des exceptions et restrictions, ci-dessous). Les circonstances dans lesquelles les données à caractère personnel doivent être détruites sont exposées plus en détail à l'article 18 de la Loi.

5. Catégories particulières de données (article 6 de la Convention 108)

42. À la seule exception des données biométriques, la Loi n'établit aucune distinction et ne contient aucune disposition distincte concernant des catégories particulières de données. La question des données biométriques est abordée uniquement à l'article 1.1 et à l'article 11, qui porte sur la confidentialité des données à caractère personnel. L'article 11.3 se borne à indiquer que « la confidentialité des données biométriques est établie par la législation de la République du Kazakhstan ».

43. L'absence de dispositions définissant et établissant des garanties adéquates et supplémentaires pour des catégories particulières de données à caractère personnel conformément à l'article 6 de la Convention 108 constitue une lacune importante de la Loi.

6. Sécurité des données (article 7 de la Convention 108)

44. L'article 7 de la Convention 108 impose que des mesures de sécurité soient prises contre « ... la destruction accidentelle ou non autorisée, ou la perte accidentelle, ainsi que contre l'accès, la modification ou la diffusion non autorisés ». Aucun article de la Loi ne traite de la sécurité des données en général. Celle-ci n'est abordée que de manière très limitée, et uniquement en ce qui concerne l'accès non autorisé, à l'article 22. De ce fait, il incombe aux propriétaires, opérateurs et tiers de prendre les mesures nécessaires pour empêcher tout accès non autorisé aux données à caractère personnel, pour détecter en temps utile tout accès non autorisé lorsqu'il n'est pas possible de l'empêcher et pour minimiser ses conséquences négatives.

45. L'article 11, qui porte sur la confidentialité des données à caractère personnel, traite aussi de la prévention des accès non autorisés. Outre l'article 11.3 cité précédemment, l'article 11 est libellé comme suit :

« 1. Les propriétaires et (ou) opérateurs, ainsi que les tiers, qui bénéficient d'un accès [aux données] s'assurent de leur confidentialité en respectant les obligations de prévenir leur diffusion en l'absence de consentement de la personne concernée ou de son représentant légal ou de tout autre fondement juridique.

2. Les personnes ayant eu connaissance de données à caractère personnel d'un accès limité en lien avec des obligations professionnelles ou de service, ainsi qu'avec des relations de travail sont tenues de veiller à leur confidentialité. »

46. Assurer la sécurité des données à caractère personnel est un élément essentiel de la protection des données et l'absence de disposition détaillée exigeant l'adoption de mesures de sécurité contre toutes les formes de manquement mentionnées à l'article 7 de la Convention 108 constitue également une lacune importante de la Loi. De plus, la Convention modernisée prévoit, à l'article 7.2, un régime obligatoire de notification imposant de notifier les violations des données « sans délai excessif, à tout le moins à l'autorité de contrôle compétente ... » dès lors qu'elles sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits et aux libertés fondamentales des personnes concernées.

7. Droits de la personne concernée (article 8 de la Convention 108, article 9 de la Convention 108+)

47. Les droits de la personne concernée sont énoncés à l'article 24 de la Loi. Ils correspondent globalement aux droits établis en vertu de l'article 8.a, b et c de la Convention 108, bien qu'il ne soit pas fait mention du droit d'obtenir des informations à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs défini à l'article 8.b de la Convention. La Loi ne contient aucune disposition relative à un nouvel ensemble de droits introduit dans la Convention modernisée, notamment à l'article 9.1.a, c et d, qui prévoit que la personne concernée doit avoir le droit « de ne pas être soumise à une décision l'affectant de manière significative, qui serait prise uniquement sur le fondement d'un traitement automatisé de données, sans que son point de vue soit pris en compte », « d'obtenir, à sa demande, connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement de données, lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués » et de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.

48. Il est recommandé de remédier à ces omissions.

49. Selon l'article 24.1.7 de la Loi, une personne concernée a droit à « la protection de ses droits et de ses intérêts juridiques, ainsi qu'à un dédommagement en cas de dommages matériels ou de préjudice moral ». Cette disposition est globalement conforme à l'exigence selon laquelle les personnes concernées doivent disposer d'un recours en cas de violation de leurs droits. L'article 21.4.8 dispose également que la personne concernée peut exercer les droits qui lui sont conférés par « ... d'autres lois de la République du Kazakhstan ». Il est possible que ces autres lois prévoient aussi des recours.

8. Exceptions et restrictions (article 9 de la Convention 108, article 11 de la Convention 108+)

50. La Loi ne contient aucune prescription correspondant à l'article 9 de la Convention 108, qui permet des dérogations à certaines dispositions de la Convention. Une partie, mais pas la totalité, des intérêts publics importants auxquels a trait l'article 9 de la Convention sont complètement exclus du champ d'application de la Loi par l'article 3, mais ces dérogations ne couvrent pas la totalité des intérêts individuels et des intérêts publics importants auxquels s'applique l'article 9 de la Convention. Certains articles de la Loi prévoient des dérogations à la disposition de la Loi qu'ils contiennent. Ainsi, aux termes de l'article 12.2, la législation peut l'emporter sur l'obligation qui y est prévue de déterminer la période d'enregistrement des données à caractère personnel en fonction de la date de réalisation des finalités du traitement. L'article 9 de la Convention 108 le permet uniquement pour des finalités limitées et conformément aux garanties qu'il prévoit. L'article 12.2 de la Loi ne contient aucune restriction de ce type.

51. L'absence de capacité générale de déterminer l'usage des dérogations et des restrictions dans les conditions énoncées à l'article 9 de la Convention constitue une omission importante. Il serait souhaitable d'ajouter dans la Loi une disposition permettant des dérogations et des restrictions aux dispositions auxquelles s'applique l'article 9 de la Convention 108, sous réserve des garanties prévues dans cette disposition. La portée des dérogations existantes, comme celle prévue à l'article 12, devrait aussi être limitée comme l'exige l'article 9 de la Convention. La Convention modernisée, toutefois, modifie considérablement ces dispositions, en établissant les conditions qui doivent être remplies pour que les Parties puissent faire un usage légal des exceptions et des restrictions.

9. Sanctions et recours (article 10 de la Convention 108, article 12 de la Convention 108+)

52. L'article 27 de la Loi inclut les dispositions suivantes :

« Les organes publics, dans leurs domaines de compétence, ...

2) examinent les demandes des personnes physiques et (ou) morales concernant les questions liées aux données à caractère personnel et à leur protection ;

3) prennent des mesures pour mettre en cause les personnes ayant enfreint la législation de la République du Kazakhstan relative aux données à caractère personnel et à leur protection conformément à la responsabilité établie par les lois de la République du Kazakhstan ».

53. L'article 30 de la Loi dispose de ce qui suit :

« Les actes (omissions) commis(es) par une personne concernée, un propriétaire et (ou) un opérateur ainsi que par un tiers lors de la collecte, du traitement et de la protection des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'un recours dans les modalités prévues par les lois de la République du Kazakhstan.

Les litiges qui surgissent pendant la collecte, le traitement et la protection des données à caractère personnel font l'objet d'un examen dans les modalités prévues par les lois de la République du Kazakhstan. »

54. Il existe donc un cadre pour répondre aux violations de la Loi. Des sanctions sont prévues à l'article 147 du Code pénal. Pour certaines violations de la Loi, la peine infligée peut aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement. Des amendes administratives sont également prévues.

10. Flux transfrontières de données à caractère personnel (article 12 de la Convention 108 et article 2 de son Protocole additionnel, article 14 de la Convention 108+)

55. Les transferts transfrontières de données à caractère personnel vers d'autres États, qu'ils soient ou non Parties à la Convention, sont abordés à l'article 16 de la Loi. L'article 16.2 établit le principe de base selon lequel les transferts sont autorisés « ... uniquement lorsque ces autres États assurent la protection des données à caractère personnel conformément à la présente Loi ». Des dérogations à ce principe sont prévues à l'article 16.3. Elles autorisent les transferts à destination de pays n'assurant pas la protection des données à caractère personnel dans les cas suivants :

« 1) existence d'un consentement de la personne concernée ou de son représentant légal au transfert transfrontière de ses données à caractère personnel ;

2) cas prévus par des traités internationaux ratifiés par la République du Kazakhstan ;

3) cas prévus par les lois de la République du Kazakhstan, si cela est nécessaire aux fins de la protection de l'ordre constitutionnel, ou de la protection de l'ordre public, des droits et des libertés des personnes et des citoyens, ainsi que de la santé et de la moralité de la population ;

4) protection des droits et libertés constitutionnels des personnes et des citoyens, s'il est impossible de recueillir le consentement de la personne concernée ou de son représentant légal. »

Selon l'article 16.4, les transferts peuvent être proscrits par la loi.

56. Ces dispositions sont globalement conformes à la Convention 108, qui autorise les transferts de données à caractère personnel vers des non-Parties assurant un niveau de protection adéquat et qui prévoit des dérogations limitées à cette prescription.

11. Autorité de contrôle (article 1 du Protocole additionnel à la Convention 108, article 15 de la Convention 108+)

57. L'article 1 du Protocole additionnel prescrit l'institution d'une autorité de contrôle indépendante chargée de veiller au respect de la loi nationale sur la protection des données et énonce les principaux pouvoirs et obligations de cette autorité. La Loi ne contient aucune disposition relative à une autorité de contrôle spécifiquement chargée de la protection des données. L'article 28 de la Loi fait porter la responsabilité du « ... contrôle suprême du respect ... » de la Loi « ... aux organes du Bureau du procureur ... », sans donner plus de détails.

58. L'absence de disposition relative à une autorité de contrôle indépendante *ad hoc* constitue une omission importante de la Loi.

Synthèse

Il est nécessaire de confirmer que la Loi s'applique à toutes les personnes physiques qu'elles soient ou non des citoyens de la République du Kazakhstan (paragraphe 4).

Il serait souhaitable d'ajouter à la définition des « données à caractère personnel » le fait que les personnes physiques doivent être « identifiées ou identifiables » (paragraphe 7).

Examiner le bien-fondé de l'article 6 contribuerait à la compréhension de la Loi (paragraphe 10).

La Loi devrait indiquer clairement qu'elle s'applique à toutes les opérations effectuées sur des données à caractère personnel, et pas simplement à celles qui sont expressément mentionnées dans la définition du « traitement » (paragraphe 13).

Pour ce qui est du traitement automatisé, la Loi devrait s'appliquer à toutes les données à caractère personnel et pas seulement à celles contenues dans des « bases », et ce point devrait être exposé clairement (paragraphe 14).

La définition du responsable du traitement doit être complétée en ajoutant la notion de prise de décision (paragraphe 17).

La nature des relations liant le propriétaire, l'opérateur et le tiers mérite d'être clarifiée (paragraphe 21).

Il convient de noter que la possibilité d'exclure certaines catégories de fichiers automatisés de données à caractère personnel du champ d'application de la Convention au moyen d'une déclaration unilatérale émanant d'une Partie disparaît avec la Convention modernisée, qui met en place dans son article 11 un système de recours à des exceptions et restrictions prévu par la loi (paragraphe 25).

Pour être pleinement conforme à la Convention 108, la Loi doit contenir une obligation spécifique de loyauté et de transparence (paragraphe 30).

Une disposition limitant le traitement des données à caractère personnel à des « finalités déterminées et légitimes » est nécessaire (paragraphe 35).

Il serait souhaitable d'ajouter un critère d'« incompatibilité » à l'obligation de détermination des finalités (paragraphe 37).

Il faut imposer que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ne soient pas excessives (paragraphe 39).

Une disposition imposant que les données à caractère personnel soient exactes et si nécessaire mises à jour est nécessaire (paragraphe 40).

L'absence de dispositions définissant et établissant des garanties adéquates et supplémentaires pour des catégories particulières de données à caractère personnel constitue une lacune importante (paragraphe 43).

L'absence de disposition détaillée exigeant l'adoption de mesures de sécurité contre toutes les formes de manquement mentionnées à l'article 7 de la Convention 108 constitue également une lacune importante (paragraphe 46).

Il est recommandé de remédier à l'absence de disposition prévoyant que les personnes concernées puissent obtenir des informations auprès des propriétaires des données à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs (paragraphe 48).

Il serait souhaitable d'ajouter dans la Loi une disposition permettant des dérogations et des restrictions aux dispositions auxquelles s'applique l'article 9 de la Convention 108, sous réserve des garanties prévues dans cette disposition. La portée des dérogations existantes, comme celle prévue à l'article 12, devrait aussi être limitée comme l'exige l'article 9 de la Convention (paragraphe 51).

L'absence de disposition relative à une autorité de contrôle indépendante *ad hoc* constitue une omission importante de la Loi (paragraphe 58).

Conclusion

Eu égard à ce qui précède, le Comité consultatif estime que, pour donner dûment effet aux prescriptions de la Convention, il conviendrait de procéder à une révision substantielle de la Loi en ce qui concerne notamment :

- l'article 5 de la Convention, qui établit les principes de la protection des données, lesquels sont abordés dans la Loi de manière très limitée ;
- l'article 6 de la Convention, qui porte sur les catégories particulières de données, qui ne sont pas correctement couvertes par la Loi ;

- l'article 7 de la Convention consacré à la sécurité, laquelle est à peine abordée dans la Loi ;
- l'article 1 du Protocole additionnel et l'article 15 de la Convention modernisée, qui prescrivent l'établissement d'une autorité de contrôle indépendante, question traitée dans la Loi en faisant porter la responsabilité du contrôle sur le Bureau du procureur sans plus de précisions.

Le Comité est disposé à coopérer avec les autorités nationales compétentes afin de mieux faire correspondre la Loi aux dispositions de la Convention.