

# Official Journal

## of the European Union

C 97

Volume 49

English edition

### Information and Notices

25 April 2006

<u>Notice No</u>	Contents	Page
	I <i>Information</i>	
	<b>Commission</b>	
2006/C 97/01	Euro exchange rates .....	1
2006/C 97/02	State Aid — Spain — State Aid No C 1/2006 (ex NN 103/2005) — Chupa Chups — Invitation to submit comments pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty <sup>(1)</sup> .....	2
	<b>European Data Protection Supervisor</b>	
2006/C 97/03	Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Council Decision concerning access for consultation of the Visa Information System (VIS) by the authorities of Member States responsible for internal security and by Europol for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences (COM (2005) 600 final) .....	6
	<b>Corrigenda</b>	
2006/C 97/04	Corrigendum to the Commission Communication in the framework of the implementation of Council Directive 90/396/EEC of 29 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to appliances burning gaseous fuels (OJ C 49, 28.2.2006) .....	11



## I

(Information)

## COMMISSION

Euro exchange rates <sup>(1)</sup>

24 April 2006

(2006/C 97/01)

1 euro =

Currency	Exchange rate	Currency	Exchange rate		
USD	US dollar	1,2365	SIT	Slovenian tolar	239,61
JPY	Japanese yen	142,17	SKK	Slovak koruna	37,120
DKK	Danish krone	7,4608	TRY	Turkish lira	1,6385
GBP	Pound sterling	0,69190	AUD	Australian dollar	1,6562
SEK	Swedish krona	9,3420	CAD	Canadian dollar	1,4064
CHF	Swiss franc	1,5712	HKD	Hong Kong dollar	9,5872
ISK	Iceland króna	94,84	NZD	New Zealand dollar	1,9478
NOK	Norwegian krone	7,8310	SGD	Singapore dollar	1,9612
BGN	Bulgarian lev	1,9558	KRW	South Korean won	1 161,94
CYP	Cyprus pound	0,5761	ZAR	South African rand	7,4419
CZK	Czech koruna	28,385	CNY	Chinese yuan renminbi	9,9149
EEK	Estonian kroon	15,6466	HRK	Croatian kuna	7,2995
HUF	Hungarian forint	262,43	IDR	Indonesian rupiah	10 926,95
LTL	Lithuanian litas	3,4528	MYR	Malaysian ringgit	4,511
LVL	Latvian lats	0,6960	PHP	Philippine peso	63,803
MTL	Maltese lira	0,4293	RUB	Russian rouble	33,9400
PLN	Polish zloty	3,8587	THB	Thai baht	46,437
RON	Romanian leu	3,4651			

<sup>(1)</sup> Source: reference exchange rate published by the ECB.

## STATE AID — SPAIN

## State Aid No C 1/2006 (ex NN 103/2005) — Chupa Chups

## Invitation to submit comments pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty

(2006/C 97/02)

(Text with EEA relevance)

By means of the letter dated 25.1.2006 reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified Spain of its decision to initiate the procedure laid down in Article 88(2) of the EC Treaty concerning the training aid linked with the abovementioned aid.

Interested parties may submit their comments on the training aid in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State Aid Greffe  
Rue de la Loi/Wetstraat, 200  
B-1049 Brussels  
Fax No: (32-2) 296 12 42

These comments will be communicated to Spain. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments may be requested in writing, stating the reasons for the request.

## TEXT OF SUMMARY

**Procedure**

By letter registered on 22.4.2005, the Commission received a complaint from a competitor about an alleged aid measure in favour of Chupa Chups S.A. The Commission requested information by letters dated 10.6.2005 and 7.9.2005, to which Spain replied by letters registered on 11.8.2005, 26.10.2005, 18.11.2005 and 12.12.2005.

**Description**

Beneficiary of the aid would be Chupa Chups S.A., which is the holding company of a family-owned industrial group established in Spain in 1940. The main activity consists in the production and commercialisation of candies, and notably lolly-pops (70 % of sales), for which Chupa Chups is the main world supplier (yearly production of 17 000 tons, or 12 million units/day, commercialised in 150 countries). At this moment the group operates 4 production centres, located in Russia, Mexico, Sant Esteve de Sesrovières (Barcelona) and Villamayor (Asturias).

In the context of the company's financial restructuring since 2002, on 5.9.2003 the Instituto Catalán de Finanzas (ICF, financial agency of the Catalan regional government) granted a credit of EUR 35 million. On the other hand, the information provided by the Spanish authorities has disclosed further measures in favour of the company, namely:

(1) public subsidies amounting to EUR 12,57 million. at the end of 2004; (2) a guarantee by the Asturias regional govern-

ment covering a credit of EUR 4,4 million.; (3) a tax deferral for EUR 12,96 million agreed in 2004; (4) an interest-free credit of EUR 2,8 million. granted by the Spanish 'Ministerio de Ciencia y Tecnología'; (5) additional non-specified subsidies ('subvenciones de explotación') for EUR 1,58 million.

**Assessment**

At this stage, the Commission considers that the disputed measures constitute State aid. In particular, the above-mentioned ICF credit and tax deferral do not seem to be in conformity with the behaviour of a private creditor under normal market conditions. Although the company seems to be eligible for aid in accordance with the Community Guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, at this stage the Commission cannot assess compliance with those Guidelines, in the absence of any restructuring plan.

**Conclusion**

In view of the doubts mentioned above, the Commission has decided to initiate the procedure laid down in Article 88(2) of the EC Treaty.

## TEXT OF LETTER

'Por la presente, la Comisión tiene el honor de comunicar a España que, tras haber examinado la información facilitada por sus autoridades sobre la medida arriba indicada, ha decidido incoar el procedimiento previsto en el artículo 88, apartado 2, del Tratado CE.

### PROCEDIMIENTO

1. Por carta registrada el 22 de abril de 2005, la Comisión recibió una denuncia de un competidor sobre una supuesta medida de ayuda a favor de Chupa Chups S.A. La Comisión solicitó información por cartas de 10 de junio de 2005 y de 7 de septiembre de 2005, a las que España respondió por cartas registradas el 11 de agosto de 2005, el 26 de octubre de 2005, el 18 de noviembre de 2005 y el 12 de diciembre de 2005.

### DESCRIPCIÓN DEL BENEFICIARIO Y DE LAS MEDIDAS DE AYUDA

2. Chupa Chups S.A. es una sociedad holding de un grupo industrial familiar establecido en España en 1940, que goza de importante presencia internacional. Su principal actividad consiste en la fabricación y comercialización de golosinas, especialmente de chupa-chups (70 % de las ventas), de los que Chupa Chups es el mayor proveedor mundial (producción anual de 17 000 toneladas, o 12 millones de unidades/día, comercializados en 150 países). Actualmente, el grupo cuenta con cuatro centros de producción situados en Rusia, México, Sant Esteve de Sesrovires (Barcelona) y Villamayor (Asturias).

3. En los últimos años, el grupo ha atravesado por graves problemas económicos, con unas pérdidas consolidadas de 22,5 millones de euros en 2002, 4,72 millones de euros en 2003 y 5,95 millones de euros en 2004, así como un volumen de negocios decreciente<sup>(1)</sup>. Dada la situación, la dirección lanzó un plan de reestructuración en 2002, que condujo al cierre de las plantas de fabricación de Brasil, Francia y China y a la venta de algunas marcas secundarias. Además, se llevó a cabo una reestructuración financiera a fondo:

- (1) En julio de 2002 se acordó con un grupo de bancos privados un préstamo sindicado por un importe máximo de 75 millones de euros. El contrato estipulaba una serie de obligaciones para la empresa y el cumplimiento de algunos ratios financieros. La operación estaba garantizada por varias empresas pertenecientes al grupo. A finales de 2004, los reembolsos pendientes de este préstamo eran de 14 millones de euros con vencimiento en 2005, 8,56 millones de euros en 2006, y 25,25 millones de euros en 2007. En 2005, la empresa recibió una propuesta de los bancos agentes en el crédito sindicado para renovar la financiación.
- (2) En marzo de 2003, los propietarios aportaron fondos extra por valor de 8 millones de euros.
- (3) Una remodelación de la estructura empresarial hizo surgir, y contabilizar como nuevos fondos, otros 6,9 millones de euros<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> 344 millones de euros en 2002; 294 millones de euros en 2003; 261 millones de euros en 2004.

<sup>(2)</sup> Varias operaciones entre junio y diciembre de 2004, incluida la división de las actividades inmobiliarias y la incorporación de la propiedad de las marcas mediante el incremento de capital.

4. En el contexto de esta reestructuración financiera, el 5 de septiembre de 2003 el Instituto Catalán de Finanzas ["ICF", entidad crediticia del Gobierno regional catalán<sup>(3)</sup>] concedió a la empresa un crédito de 35 millones de euros. De esta cantidad, 20 millones de euros estaban destinados contractualmente a la cancelación parcial del mencionado crédito sindicado. Los restantes 15 millones de euros pretendían cubrir otras necesidades de tesorería de la empresa. El crédito se concedió con un periodo de amortización de 12 años, incluidos 2 años de periodo de carencia. El tipo de interés se indexó a 6 meses Euribor, más un margen de 1,125 %. El principal aval del crédito consistía en una propiedad inmobiliaria<sup>(4)</sup>, tasada por un perito independiente en 71 millones de euros. Este crédito es el motivo de la denuncia por supuesta ayuda estatal presentada a la Comisión.

5. En respuesta a las preguntas de la Comisión a raíz de la denuncia, las autoridades españolas ofrecieron información que ha revelado medidas adicionales a favor de Chupa Chups. En concreto:

- (1) La contabilidad anual del año 2004 pone de manifiesto subvenciones públicas por valor de 12,57 millones de euros a finales de ese ejercicio. Esta cifra incluye, en particular: 1,58 millones de euros del Ministerio español de Agricultura y Pesca como ayuda a la inversión en las instalaciones de Barcelona; 4,44 millones de euros de "otros organismos públicos" de ayuda para la construcción de la planta de Asturias; 5,19 millones de euros de "diversos organismos públicos" para la ampliación de esa misma planta de Asturias durante el periodo 1999-2003. Las autoridades españolas no han facilitado información en respuesta a las peticiones de la Comisión en cuanto a la naturaleza y justificación de estas medidas.

- (2) De los 12,57 millones de euros de subvenciones públicas mencionados, unos 5 millones de euros todavía quedaban por cobrarse a finales de 2004. El 17 de septiembre de 2004, la Dirección de la empresa aprobó el compromiso de esta cantidad restante (es decir, el crédito frente a las autoridades públicas) en el contexto de un crédito firmado con un banco privado por un máximo de 4,4 millones de euros<sup>(5)</sup>. El crédito fue avalado por el Gobierno regional de Asturias. Las autoridades españolas no han respondido a las preguntas de la Comisión sobre las circunstancias de este aval.

<sup>(3)</sup> El ICF es una entidad de capital público, adscrita a la Consejería de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña, que tiene como misión facilitar financiación a los sectores privado y público de la economía catalana. Como institución de crédito público, está especializada en la financiación a medio y largo plazo con especial atención a la pequeña y mediana empresa. El ICF cuenta con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. El ICF fue creado por la Ley 2/1985 de 14 de enero.

<sup>(4)</sup> La "Casa Batlló" es un emblemático edificio de Gaudí en el centro de Barcelona, declarado "Monumento Histórico-Artístico de Interés Nacional" por España. No obstante, el crédito incluía garantías adicionales para cubrir el riesgo de que algún organismo público adjudicara un derecho de compra preferencial sobre el edificio. Al final, esto no se produjo y se eliminaron las garantías adicionales. Según las autoridades españolas, la hipoteca sobre la Casa Batlló por el crédito del ICF es de primer grado.

<sup>(5)</sup> El crédito fue firmado con un plazo de reembolso de 3 años. A 31 de diciembre de 2004, el importe de 4,4 millones de euros había sido totalmente utilizado.

- (3) En febrero de 2004, la Agencia Tributaria española autorizó a Chupa Chups a fraccionar el pago de su deuda en concepto de IVA y de impuesto de sociedades en plazos trimestrales que expirarán el 20 de febrero de 2008. Como garantía de este aplazamiento, se constituyó una nueva hipoteca sobre la Casa Batlló. Del total de la deuda aplazada (12,96 millones de euros), 4,56 millones de euros seguían pendientes a 31 de diciembre de 2004. Los intereses aplicados corresponden al tipo de interés oficial por intereses de demora, establecido anualmente en la Ley de Presupuestos nacional <sup>(1)</sup>.
- (4) La contabilidad anual de 2004 de la empresa refleja un crédito sin intereses de 2,8 millones de euros que, al parecer, le concedió el Ministerio español de Ciencia y Tecnología el 30 de marzo de 2004 <sup>(2)</sup>. No obstante, las autoridades españolas han declarado desconocer la existencia de dicho crédito <sup>(3)</sup>.
- (5) En 2004 Chupa Chups recibió subvenciones adicionales no especificadas ("subvenciones de explotación" <sup>(4)</sup>) por valor de 1,58 millones de euros. Las autoridades españolas no han respondido a la solicitud de información de la Comisión sobre la naturaleza y la justificación de dichas subvenciones.

## EVALUACIÓN DE LA AYUDA

### 1. Existencia de ayuda estatal

6. El artículo 87, apartado 1, del Tratado CE declara que serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.
7. Todas las medidas enumeradas en los apartados 4 y 5 implican la asignación de fondos estatales. Puesto que la ayuda está destinada a una empresa individual, se cumple el criterio de selectividad. Además, puesto que Chupa Chups está presente en el mercado de las golosinas, sector en el que existe comercio entre Estados miembros, y es una empresa con actividad internacional, también se cumple el criterio de que afecta al comercio dentro de la Comunidad.

#### *Crédito con el ICF*

8. Por lo que se refiere al crédito del ICF, sigue por determinarse si distorsiona la competencia ya que confiere a Chupa Chups una ayuda que no habría conseguido en el

mercado privado. En otras palabras, la Comisión tiene que determinar si este organismo público actuó igual que habría hecho un hipotético inversor en economía de mercado en circunstancias similares.

9. Las autoridades españolas consideran que el crédito del ICF debe considerarse teniendo presente la reestructuración en curso del grupo. Sostienen que su objetivo era ampliar los plazos de los pagos de la empresa y que la calidad del riesgo del crédito no había cambiado desde el préstamo de la banca privada. Además, señalan que el grupo tiene actualmente deudas con entidades privadas por valor de unos 30 millones de euros. Por tanto, concluyen que las relaciones de Chupa Chups con los mercados de capital son normales.
10. Sin embargo, algunos factores parecen indicar que la empresa sí obtuvo ventajas con la financiación recibida del ICF:
- El crédito no imponía ninguna condición restrictiva (por ejemplo, en ratios financieros) vinculada al crédito sindicado contraído con la banca privada un año antes, a pesar de que desde entonces había transcurrido otro año más de pérdidas;
  - Es evidente que las condiciones acordadas con el ICF eran mejores para la empresa que las del crédito sindicado, ya que aquél se asignó inmediatamente a la cancelación parcial de éste.
11. La existencia de ayuda estatal según el principio del inversor en la economía de mercado debe evaluarse a la vista del riesgo y de las perspectivas de beneficio para el acreedor:
- Por lo que se refiere al riesgo asumido por el ICF, las autoridades españolas han declarado que el principal aval del crédito es una hipoteca de primer grado sobre una propiedad inmobiliaria valorada en unos 70 millones de euros. No obstante, a pesar de las solicitudes de la Comisión, las autoridades españolas no han determinado: i) por qué, si la empresa era capaz de proponer este aval, ningún banco privado al parecer se mostró dispuesto a aportar financiación en condiciones comparables a las del ICF; ii) cuáles eran las condiciones (garantías, tipo de interés y otras) vinculadas al crédito sindicado de 30 de julio de 2002; iii) cuáles eran las condiciones de la propuesta de refinanciación recibida en 2005 de los bancos participantes en el crédito sindicado (y el resultado de esas negociaciones);
  - Por lo que se refiere al tipo de interés del crédito: parece corresponder al tipo de mercado aplicable a empresas saneadas; en concreto, no hay prima de riesgo habida cuenta de los problemas del deudor.
12. Visto lo anterior, la Comisión duda de que el crédito concedido por el ICF cumpla el criterio del inversor en una economía de mercado. En consecuencia, en esta fase la Comisión no puede excluir que la medida constituya ayuda estatal con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE.

<sup>(1)</sup> 5,5 % hasta el 31.12.2003; 4,75 % en 2004; 5 % a partir de 2005.

<sup>(2)</sup> El importe deberá reembolsarse en pagos bianuales en un plazo de 6 años y el primer pago se efectuará el 20 de enero de 2006.

<sup>(3)</sup> Además, el 29 de diciembre de 2000 ese mismo Ministerio concedió un crédito sin intereses de 1,5 millones de euros en aplicación del régimen aprobado "Actuaciones de Reindustrialización" (N 102/97, N 72/98, N 35/99, N 182/01).

<sup>(4)</sup> Las "subvenciones de explotación" generalmente van destinadas a compensar un déficit de actividades específicas o a aportar unos ingresos mínimos.

*Moratoria fiscal*

13. Consideraciones similares sobre la aplicación del criterio del inversor en una economía de mercado se aplican a la moratoria fiscal mencionada en el apartado 5.3. A este respecto, los actos de la autoridad pública deben compararse al comportamiento de un hipotético acreedor en una economía de mercado cuyo único objetivo sea obtener la devolución de las cantidades que se le adeudan en las condiciones más ventajosas posibles en cuanto al grado de satisfacción y al plazo.
14. No obstante, las autoridades españolas no han facilitado información que muestre que la moratoria fiscal se debió al deseo de proteger los intereses financieros de la agencia tributaria, o que esto mejoró la posición de la misma respecto a lo que podría haber obtenido mediante otros procedimientos administrativos o civiles en virtud de la legislación nacional, tales como la ejecución tributaria.
15. Por consiguiente, en esta fase la Comisión duda de que la agencia tributaria española actuara como un acreedor diligente en una economía de mercado. Y si no lo hizo, la moratoria fiscal constituiría una ventaja que Chupa Chups no podría haber conseguido en el mercado, causando así una distorsión de la competencia. Por consiguiente, la medida constituye ayuda estatal con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE.

*Subvenciones públicas, avales públicos y crédito subvencionado*

16. Las intervenciones citadas en el apartado 5, puntos (1), (2), (4) y (5) son, por su propia naturaleza, susceptibles de falsear la competencia dentro de la Comunidad, al dar a Chupa Chups una ventaja sobre sus competidores que no reciben la ayuda. Las autoridades españolas no han aportado elementos que contradigan esta conclusión. La Comisión, por tanto, considera que estas medidas son ayudas estatales con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE.

**2. Excepciones al amparo del artículo 87, apartados 2 y 3, del Tratado CE**

17. El objetivo primero de las medidas es ayudar a una empresa en crisis. En tales casos, sólo puede aplicarse la excepción del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado CE, que permite autorizar ayudas estatales concedidas para facilitar el desarrollo de determinadas actividades siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común, si se cumplen las condiciones pertinentes.
18. Las ayudas de salvamento y de reestructuración para empresas en crisis actualmente están reguladas por las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis <sup>(1)</sup> (en lo sucesivo, "las Directrices").
19. Dados sus resultados en los últimos 4 años y la evolución de sus ratios financieros, Chupa Chups parece una empresa en crisis con arreglo a la sección 2.1 de las Directrices. En concreto, la contabilidad anual de 2004 muestra pérdidas acumuladas de años anteriores por valor de 38,42 millones de euros que corresponden al 360 % del

capital suscrito a finales de ese año (10,66 millones de euros). Los resultados negativos obtenidos en 2004 representan un 55,8 % adicional de ese capital.

20. En esas circunstancias, Chupa Chups en principio podría haberse acogido a una ayuda de reestructuración. Sin embargo, en esta fase la Comisión considera que no se respetan los criterios de compatibilidad de la ayuda establecidos en las Directrices. En concreto:
  - (1) Las autoridades españolas no han presentado ningún plan de reestructuración, cuya aplicación sería una condición para la concesión de la ayuda. Por tanto, no existe relación entre la ayuda concedida por las distintas entidades públicas y las medidas de reestructuración emprendidas por el beneficiario desde 2002;
  - (2) Al no existir una notificación y un plan de reestructuración, la Comisión no ha podido evaluar si la ayuda restablecerá la viabilidad a largo plazo, si se ha limitado al mínimo ni si se han evitado falseamientos indebidos a la competencia (especialmente dada la significativa presencia en el mercado del beneficiario).
21. Habida cuenta de lo anterior, y con la información de que se dispone en esta fase, la Comisión duda de que las medidas controvertidas sean compatibles con el mercado común como ayuda de reestructuración. Además, no parece ser de aplicación ninguna otra excepción establecida en el Tratado CE.

**DECISIÓN**

22. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la Comisión ha decidido incoar el procedimiento establecido en el artículo 88, apartado 2, del Tratado CE e insta a España, de conformidad con el artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 659/1999 del Consejo a aportar, en el plazo de un mes desde el recibo de la presente, toda la documentación, información y datos necesarios para evaluar si las medidas pertinentes no constituyen ayuda estatal, así como toda la documentación, información y datos necesarios para evaluar la compatibilidad de la ayuda. La Comisión solicita a España que remita sin demora una copia de la presente carta al beneficiario potencial de la ayuda.
23. La Comisión desea recordar a España que el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE tiene efecto suspensorio y llama su atención sobre el artículo 14 del Reglamento nº 659/1999 del Consejo, que dispone que toda ayuda ilegal deberá ser recuperada del beneficiario.
24. Por la presente, la Comisión comunica a España que informará a los interesados mediante la publicación de la presente carta y de un resumen significativo en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Asimismo, informará a los interesados en los Estados miembros de la AELC signatarios del Acuerdo EEE mediante la publicación de una comunicación en el suplemento EEE del Diario Oficial, y al Órgano de Vigilancia de la AELC mediante copia de la presente. Se invitará a todos los interesados mencionados a presentar sus observaciones en un plazo de un mes a partir de la fecha de publicación de la presente.'

<sup>(1)</sup> DO C 244 de 1.10.2004, p. 2.

# EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

## Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Council Decision concerning access for consultation of the Visa Information System (VIS) by the authorities of Member States responsible for internal security and by Europol for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences (COM (2005) 600 final)

(2006/C 97/03)

THE EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular its Article 286,

Having regard to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in particular its Article 8,

Having regard to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data,

Having regard to Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, and in particular its Article 41,

Having regard to the request for an opinion in accordance with Article 28(2) of Regulation (EC) No 45/2001 received on 29 November 2005 from the Commission;

HAS ADOPTED THE FOLLOWING OPINION:

### 1. INTRODUCTION

#### 1.1. Preliminary remark

The Proposal for a Council Decision concerning access for consultation of the Visa Information System (VIS) by the authorities of Member States responsible for internal security and by Europol for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences (hereinafter: 'the proposal') was sent by the Commission to the European Data Protection Supervisor (EDPS) by letter of 24 November 2005. The EDPS understands this letter

as a request to advise Community institutions and bodies, as foreseen in Article 28(2) of Regulation (EC) No 45/2001. According to the EDPS, the present opinion should be mentioned in the preamble of the Decision.

The EDPS deems it important to deliver an opinion on this sensitive subject because this proposal follows directly from the establishment of the VIS, which will be subject to his supervision, and on which he has issued an opinion on 23 March 2005 <sup>(1)</sup>. In that opinion, the hypothesis of access by law enforcement authorities was already envisaged (see below); the creation of new access rights to the VIS has a determinant impact on the system, in terms of data protection. Therefore, giving an opinion on the present proposal is a necessary follow-up of the first opinion.

#### 1.2. Importance of the proposal

##### a) Context

The present proposal is not only important on its own merits, but also because it comes within the general trend to grant law enforcement authorities access to several large scale information and identification systems. This is mentioned amongst others in the Commission's Communication of 24 November 2005 on improved effectiveness, enhanced interoperability and synergies among European databases in the area of Justice and Home Affairs <sup>(2)</sup>, especially in its point 4.6: *'In relation to the objective of combating terrorism and crime, the Council now identifies the absence of access by internal security authorities to VIS data as a shortcoming. The same could also be said for SIS II immigration and EURODAC data'*.

Therefore, the present proposal could be seen as a precursor of similar legal instruments developed in the context of other databases, and it is crucial to define from the beginning the cases where this access could be admissible.

<sup>(1)</sup> Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short stay-visas (COM(2004)835 final).

<sup>(2)</sup> COM (2005) 597 final

b) *Impact of a new access to the VIS*

The EDPS certainly recognises the need for law enforcement authorities to benefit from the best possible tools to identify the perpetrators of terrorist acts or other serious crime. He is also aware that VIS data may constitute, in certain circumstances, an essential source of information for these authorities.

Nevertheless, granting access to first pillar databases to law enforcement agencies, however justified it may be by the fight against terrorism, is far from insignificant. One must bear in mind that the VIS is an information system developed in view of the application of the European visa policy and not as a law enforcement tool. Routine access would indeed represent a serious violation of the principle of purpose limitation. It would entail a disproportionate intrusion in the privacy of travellers who agreed to their data being processed in order to obtain a visa, and expect their data to be collected, consulted and transmitted, only for that purpose.

Since information systems are built for a specific purpose, with safeguards, security, conditions for access determined by this purpose, granting systematic access for a purpose different from the original one would not only infringe the principle of purpose limitation, but could also make the above mentioned elements inadequate or insufficient.

In the same line of thinking, such a significant change of the system could invalidate the results of the impact assessment study (which addressed the use of the system for the original purpose only). The same is true for the opinions of the data protection authorities. It could be argued that the new proposal changes the premises of the compliance analysis made by them.

c) *Strict limitation of this access*

In the light of the comments made here above, the EDPS would like to stress that access to the VIS by law enforcement can only be granted in specific circumstances, on a case by case basis, and must be accompanied by strict safeguards. In other words, consultation by law enforcement agencies must be limited by adequate technical and legal means to specific cases.

The EDPS had already underlined this in his opinion on the VIS: *'The EDPS is aware that the law enforcement agencies are interested in being granted access to the VIS; Council Conclusions in this sense have been adopted on 7 March 2005. As the purpose of the VIS is the improvement of the common visa policy, it should be noted that routine access by law enforcement authorities would not be in accordance with this purpose. While, according to Article 13 of Directive 95/46/EC, such an access could be granted on an ad hoc basis, in specific circumstances and subject to the appropriate safeguards, a systematic access cannot be allowed'*.

In conclusion, the essential requirements could be summarized as follows:

- Systematic access should not be granted: the Decision must ensure that there is a case by case examination of the necessity and proportionality of access by third pillar authorities at all time. In this regard, a precise wording of the legal instrument is paramount, in order not to leave room for an extensive interpretation, which in turn would lead to routine access.
- In cases where access is granted, appropriate safeguards and conditions, including a comprehensive data protection regime for national use of the data, must be adopted considering the sensitive nature of this access.

### 1.3 Initial comments

The EDPS recognises that considerable attention has been devoted to data protection in this proposed instrument, mainly in limiting access to specific cases, and only in the framework of the fight against serious crime <sup>(1)</sup>.

Among the other positive elements, the EDPS would also like to mention specifically:

- the limitation to certain forms of crime as referred to in the Europol Convention;
- the obligation for Member States to draw up a list of authorities having access and to make these lists public;
- the existence of a central access point per Member State (and of a specialised unit within Europol), allowing a better filtering of the requests for access, as well as better supervision;
- the strict rules on further transmission of data, under Article 8(5) of the proposal;
- the obligation for Member States and Europol to keep records of the persons responsible for consulting the data.

## 2. ANALYSIS OF THE PROPOSAL

### 2.1. Preliminary remark

In order to grant access to authorities on a third pillar basis, the principal first pillar VIS proposal should provide for a bridging clause, which would essentially determine the possible content of a third pillar legal instrument such as this proposal. At the time when the EDPS issued his opinion on the VIS, this bridging clause was not yet introduced, and the EDPS was not in a position to comment on it. Therefore, all comments made hereunder are made with due reservation as to the content of the bridging clause.

<sup>(1)</sup> This is also consistent with the Council Conclusions of March and July 2005, requesting that access to VIS be granted to authorities in charge of internal security 'subject to strict compliance with the rules governing the protection of personal data'.



## 2.2 Purpose of the access

In order to ensure a proper access limitation, it is important to carefully define the conditions for access to VIS. It is welcomed that, in addition to the proposed Decision itself, the Explanatory Memorandum and the Recitals (see especially Recital 7) make it very clear that the intention is to provide access only on a case by case basis.

One comment can be made on Article 5 of the proposal, in order to guide the interpretation thereof.

Article 5 restricts the scope of access by substantive conditions:

- b) access for consultation must be necessary for the purpose of the prevention, detection or investigation of terrorist offences or other serious criminal offences;
- c) access for consultation must be necessary in a specific case (...), and
- d) there must be reasonable grounds, based on factual indications, to consider that consultation of VIS data will contribute to the prevention, detection or investigation of any of the criminal offences in question.

These conditions are cumulative, the condition under b) being more a definition of scope *ratione materiae*. Practically speaking, it means that the authority seeking access must be confronted with a serious criminal offence as referred to under (b) of the proposal; there must be a specific case as referred to under (c). Additionally, the authority must be able to demonstrate that in that specific case, the consultation of VIS data will contribute to the prevention, detection or investigation of that offence, as foreseen under (d).

Even with this interpretation of Article 5, the EDPS is concerned by the flexible wording in point (d): 'contribute to' is rather broad. There are many cases where VIS data could 'contribute to' the prevention or investigation of a serious crime. In order to justify an access to VIS data in derogation of the purpose limitation principle, the EDPS takes the view that this consultation should 'substantially contribute to' the prevention, detection or investigation of the serious crime in question and suggests amending Article 5 accordingly.

Article 10 stipulates that the records should show the exact purpose of the access. The 'exact purpose' should comprise the elements which made the consultation of the VIS necessary in the sense of Article 5 sub (d). This would help ensuring that a test of necessity is applied for all consultations of the VIS, and reduce the risk of routine access.

## 2.3. Search keys in the VIS database

Article 5(2) and (3) provides for a two-step access to VIS data, with a set of data only accessible if a hit has occurred on the

basis of the first set of data. This is in itself a sound approach. However, the first set of data seems very broad. In particular, the relevancy of data such as mentioned in 5(2) under (e) and (i) for the first set of data can be questioned:

- The 'purpose of the travel' seems to be a very general key to allow efficient interrogation of the system. Moreover, it entails a risk of profiling of travellers on the basis of that element.
- As to 'photographs', the possibility to query such a large database on the basis of photographs is limited; the results produced by such queries present in the current state of the technology an unacceptable rate of false matches. The consequences of an incorrect identification are very serious for the individual concerned.

Therefore, the EDPS requests that the data in Article 5(2) under (e) and (i) are considered as supplementary information accessible if the first consultation shows there are already data in the system and are moved to Article 5(3).

Alternatively, the possibility to query the database on the basis of photographs could be subject to an assessment of this technology by the advisory committee, and be implemented only when the technology will be mature and can be considered reliable enough.

## 2.4. Application to Member States to which the VIS Regulation does not apply

Access to the VIS for consultation can be exercised by authorities responsible for internal security from Member States which are not part of the VIS. These services have to perform the consultation via a participating Member State, with due respect for the conditions laid down in Article 5(1) (b) to (d) (i.e. on a case by case basis), and submit a duly motivated written request.

The EDPS would like to highlight the need to impose some conditions to the processing beyond the consultation. The rule applying to Member States participating in the VIS is that, once the data are retrieved from the VIS, they must be processed in accordance with the Framework Decision on Data Protection in the Third Pillar (see hereunder). The same condition should apply to the Member States to which the VIS Regulation does not apply, but which consult its data. The same reasoning should be applied concerning the keeping of records for future supervision. Therefore, the EDPS recommends adding in Article 6 of the proposal a paragraph to the effect that Article 8 and 10 of the Decision shall apply also to the Member States to which the VIS Regulation does not apply.

## 2.5. Data protection regime

### a) Application of the Framework Decision on Data Protection in Third Pillar

Since access by authorities responsible for internal security represents an exception to the purpose of the VIS, it should be subject to a consistent data protection regime, ensuring a high level of protection to the data retrieved from the VIS and processed by national authorities or by Europol.

Article 8 of the Proposal lays down that the Council Framework Decision on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial co-operation in criminal matters (hereinafter: 'the Framework Decision') shall apply to the processing of data pursuant to the proposed Decision. As far as data protection is concerned, the present proposal should thus be seen as a *lex specialis*, adding to or specifying the *lex generalis* (i.e. the Framework Decision). For example, the rules on onward transfer of data are stricter in this proposal and should be followed. The same goes for the grounds for access to the data.

### b) Scope

The EDPS welcomes the fact that the data protection regime of the Framework Decision is applicable to all processing of personal data pursuant to the proposed Decision. It means that the level of data protection shall be equivalent, whatever authorities consult the VIS data.

As Article 2 uses a functional criterion to define these authorities ('those authorities in the Member States which are responsible for the prevention, detection or investigation of terrorist offences or of other serious criminal offences'), this definition could cover intelligence services as well as law enforcement authorities. Therefore, intelligence services who consult the VIS are in principle subject to the same obligations in terms of data protection, which is obviously a positive element.

However, since there may be some doubts about this interpretation concerning the applicability of the Framework Decision to intelligence services when they access VIS data, the EDPS suggests an alternative wording, such as:

'In cases where the Framework Decision (...) is not applicable, Member States shall provide for a level of data protection at least equivalent to the one ensured under the Framework Decision'.

### c) Supervision

As to the wording of Article 8, it should be clarified that paragraph 1 concerns the processing of data within the territory of the Member States. Paragraphs 2 and 3 clarify their scope of application (data processing by Europol and the Commission), and it should be made explicit that paragraph 1 concerns another hypothesis.

The distribution of supervision competences following the respective activities of the different actors is a sound approach. One element is lacking however: the need for a coordinated approach in supervision. As already stated in the EDPS opinion on the VIS: 'As to the supervision of the VIS, it is also important to underline that the supervision activities of the national supervisory authorities, and of the EDPS should to a certain extent be coordinated. Indeed, there is a need for a harmonized implementation of the Regulation, and for working towards a common approach of common problems.'

Article 35 [of the VIS proposal] should contain a provision to that effect, laying down that the EDPS shall convene a meeting with all the national supervisory authorities, at least once a year.'

The same applies to this specific use of the VIS system (with in this case the involvement of the Europol Joint Supervisory Body as well). The supervision should be totally consistent with the supervision of the 'first pillar VIS', since it is the same system. Moreover, coordination meetings convened by the EDPS, with all parties involved in supervision, is also the model which has been chosen in the context of the supervision of other large scale information systems, such as Eurodac.

The EDPS is aware that coordination is envisaged to some extent in the proposal, which mentions the role of the future Working Party on the Protection of Individuals with regard to the protection of Personal data established by Article 31 of the proposed Framework Decision. However, it should be reiterated that the supervision itself is not covered by the mission of that advisory body.

The EDPS suggests adding a provision laying down that the coordination meeting convened by the EDPS in the framework of the supervision of the 'first pillar VIS' shall also have competence for data processed pursuant to this proposal and, to that effect, the Europol JSB should be represented.

## 2.6. Self-auditing

Article 12 of the proposal provides for monitoring systems for the VIS. The EDPS takes the view that this monitoring should not only concern the aspects of output, cost-effectiveness and quality of services, but also compliance with legal requirements, especially in the field of data protection. Article 12 should be amended accordingly.

In order to perform this self-auditing of the lawfulness of processing, the Commission should be enabled to make use of the records kept in accordance with Article 10 of the proposal. Accordingly, Article 10 should provide that these records shall not only be stored for monitoring data protection and ensuring data security, but also for conducting regular self-auditing of the VIS. The self auditing reports will contribute to the supervisory task of the EDPS and the other supervisors who will be better able to select their priority areas for supervision.

### 3. CONCLUSION

In light of the foregoing, the EDPS underlines the crucial importance of granting access to authorities in charge of internal security and Europol, only on a case by case basis, and under strict safeguards. This aim is achieved by the proposal in a globally satisfactory way, although some improvements can be made, as proposed in this opinion:

- It should be a condition for access to the VIS according to Article 5 that consultation will ‘substantially’ contribute to the prevention, detection or investigation of a serious crime, and the records required in Article 10 should allow an evaluation of this condition in each individual case.
- Two search keys for access in the VIS mentioned in Article 5(2), namely ‘purpose of travel’ and ‘photographs’, should be reconsidered and made available as supplementary information in the case of a hit.

- The level of data protection applying beyond consultation should be equivalent, regardless of the authorities consulting the VIS data. Article 8 and 10 should also apply to Member States to which the VIS Regulation does not apply.
- A coordinated approach to supervision should be ensured, also with regard to access to the VIS as envisaged in this proposal.
- Provisions on monitoring systems should also ensure self-auditing of compliance with data protection requirements.

Done at Brussels on 20 January 2006.

Peter HUSTINX  
*European Data Protection Supervisor*

---

## CORRIGENDA

**Corrigendum to the Commission Communication in the framework of the implementation of Council Directive 90/396/EEC of 29 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to appliances burning gaseous fuels**

*(Official Journal of the European Union C 49 of 28 February 2006)*

(2006/C 97/04)

Page 5:

Replace:

CEN	EN 30-2-1:1998 Domestic cooking appliances burning gas — Part 2-1: Rational use of energy — General	—	Date expired (10.12.2004)  The date of this publication
	EN 30-2-1:1998/A1:2003	Note 3	
	EN 30-2-1:1998/A2:2005	Note 3	
	EN 30-2-1:1998/A1:2003/AC:2004		

with:

CEN	EN 30-2-1:1998 Domestic cooking appliances burning gas — Part 2-1: Rational use of energy — General	—	Date expired (10.12.2004)  Date expired (11.11.2005)
	EN 30-2-1:1998/A1:2003	Note 3	
	EN 30-2-1:1998/A2:2005	Note 3	
	EN 30-2-1:1998/A1:2003/AC:2004		