

**Interdisciplinary Hub for Security,
Privacy and Data Governance**



**Prof. Dr. Frederik J.
Zuiderveen Borgesius**

Email frederikzb@cs.ru.nl

iHub
Interdisciplinary Hub for
Security, Privacy and Data
Governance
<https://ihub.ru.nl>

Radboud University
Erasmusplein 1
6525 HT Nijmegen
The Netherlands

16 september 2024

Aan: de Nederlandse regering

Onderwerp: Verordening ‘tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen’

Geachte regering,

Seksueel misbruik van kinderen is een afschuwelijk misdrijf. Het is dan ook begrijpelijk dat de EU actie wil ondernemen. De Europese Commissie heeft in 2022 een voorstel gedaan voor een Verordening ‘tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen’, ook wel het Child Sexual Abuse Material (CSAM)-voorstel genoemd.¹ De Hongaarse voorzitter van de Raad van de Europese Unie stelt aanpassingen voor;² op die versie van 9 september 2024 ziet deze brief.

Helaas heeft dit CSAM-voorstel grote nadelen. In deze brief focus ik op één problematisch aspect van het voorstel: het voorstel zorgt voor een disproportionele beperking van het communicatiegeheim en andere grondrechten.

¹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen, COM(2022) 209 final (‘het Voorstel’).

² Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, 12406/24, 9 september 2024.

Volgens het voorstel, kunnen, kort gezegd, autoriteiten een bevel geven aan communicatiediensten, zoals Apple's iMessage, Facebook Messenger, Signal, en WhatsApp.³ Zulke diensten moeten vervolgens CSAM-materiaal detecteren op basis van *hashes* (een soort digitale vingerafdrukken) die aangeleverd worden door de autoriteiten.

Volgens het voorstel is het niet de bedoeling dat communicatiediensten hun beveiliging zoals encryptie verzwakken.⁴ Om toch aan CSAM-detectiebevelen te kunnen voldoen, zouden communicatiediensten een soort achterdeur in hun apps moeten bouwen om de communicatie van hun gebruikers te monitoren (dit wordt wel *client side scanning* genoemd).⁵

De beperking van grondrechten is niet proportioneel

Zoals de Europese Commissie erkent,⁶ vormt de verordening een beperking van verschillende grondrechten van gebruikers van communicatiediensten. Het gaat vooral om de rechten op vertrouwelijkheid van communicatie, op privacy, op de bescherming van persoonsgegevens, en op vrijheid van meningsuiting.⁷

Grondrechten zijn niet absoluut. Onder bepaalde voorwaarden mag de EU of een lidstaat deze rechten inperken. Maar daarvoor gelden wel strenge eisen, die onder meer volgen uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en de bijbehorende jurisprudentie.

Ten eerste mag grondrechten beperken van het EU Handvest alleen om een 'algemeen belang' na te streven of om 'de rechten en vrijheden van anderen' te beschermen.⁸ Het voorstel voldoet aan deze eis. Het tegengaan van kindermisbruik en het beschermen van de rechten van kinderen zijn uiteraard doelstellingen van algemeen belang.

Ten tweede moet een verordening 'duidelijke en precieze regels' bevatten die de beperking van een grondrecht omschrijven.⁹ Het voorstel is op een aantal punten nogal vaag,¹⁰ en lijkt dus niet te voldoen aan deze eis.¹¹

³ Artikel 7(1), CSAM voorstel 9 september 2024.

⁴ Artikel 1(5) CSAM voorstel 9 september 2024.

⁵ Artikel 10(1), CSAM voorstel 9 september 2024.

⁶ Het Commissievoorstel, p. 14.

⁷ Artikel 7, 8 en 11 van het EU Handvest.

⁸ Artikel 52(1) EU Handvest.

⁹ Artikel 52(1) EU Handvest. HvJEU, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, 8 april 2014, ECLI:EU:C:2014:238 (Digital Rights Ireland), par 54. 'De betrokken Unieregeling moet dus duidelijke en precieze regels betreffende de draagwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bevatten (...).

¹⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 7(5)(a), CSAM voorstel 9 september 2024.

¹¹ Zie ook: EDPB & EDPS, 'Gezamenlijk advies 4/2022 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van regels ter voorkoming en bestrijding van seksueel misbruik van kinderen', 28 juli 2022, p. 5 en p. 16. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-042022-proposal_nl

Ten derde eist het EU Handvest dat een beperking van grondrechten proportioneel is.¹² De invoering van dit voorstel zou echter leiden tot een disproportionele beperking van het recht op vertrouwelijke communicatie en andere grondrechten. Volgens het voorstel moeten communicatiediensten, na een bevel daartoe, alle communicatie van hun gebruikers checken, voordat deze ge-encrypt (versleuteld) wordt.¹³ Als het voorstel wordt aangenomen, kan voor het eerst in de geschiedenis van Europa de communicatie van honderden miljoenen onschuldige mensen worden gemonitord en geanalyseerd voor de overheid.

Op het eerste gezicht lijkt de reikwijdte van het voorstel gering te zijn, omdat alleen 'high risk' communicatiediensten zo'n bevel kunnen krijgen.¹⁴ Maar nog steeds kunnen populaire communicatiediensten zoals WhatsApp zo'n bevel krijgen. Een communicatiedienst kan onder andere als 'high risk' aangewezen worden als de dienst waarschijnlijk in aanmerkelijke mate ('to an appreciable extent'¹⁵) wordt gebruikt om CSAM-materiaal uit te wisselen. Dat is een vaag criterium.

Ook in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) is het zeer de vraag of het voorstel proportioneel is. In het Daretentie-arrest ('Digital Rights Ireland') besliste het HvJEU, samengevat, dat het opslaan van de metadata over de communicatie van honderden miljoenen Europeanen een disproportionele inbreuk maakt op het recht op privacy en vertrouwelijkheid van communicatie.¹⁶ Metadata zijn, kort gezegd, data over communicatie, bijvoorbeeld met wie u chat, of wie u wanneer belt.

Het HvJEU zei dat die daretentie-verplichting te ver ging, ook al was die verplichting bedoeld om een algemeen belang na te streven zoals het tegengaan van terrorisme. In het licht van die jurisprudentie is de kans aanzienlijk dat het HvJEU ook de voorgestelde verordening ongeldig zou verklaren. Kortom, uit de jurisprudentie blijkt dat de voorgenomen client side scanning niet proportioneel is.¹⁷

Sterker nog: waarschijnlijk zou het HvJEU niet eens toe komen aan een proportionaliteitstoets. Het EU Handvest eist namelijk ook dat beperkingen op grondrechten de 'wezenlijke inhoud' van grondrechten eerbiedigen.¹⁸ Het voorstel voldoet waarschijnlijk niet aan deze eis, blijkt uit een ander bekend arrest van het HvJEU: *Schrems I*.¹⁹ Volgens het HvJEU 'moet een regeling op grond waarvan de

¹² Artikel 52(1) EU Handvest: 'Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn (...).'

¹³ Artikel 10(1), CSAM voorstel 9 september 2024.

¹⁴ Artikel 7(1), CSAM voorstel 9 september 2024.

¹⁵ Artikel 7(5)(a), CSAM voorstel 9 september 2024.

¹⁶ HvJ-EU, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (Digital Rights Ireland en Seitlinger en anderen).

¹⁷ Voor een vergelijkbare conclusie: O. van Daalen, 'Fundamental rights assessment of the framework for detection orders under the CSAM proposal', 22 April 2023, IViR, <https://www.ivir.nl/publicaties/download/CSAMreport.pdf>, p. 17.

¹⁸ Artikel 52(1) EU Handvest.

¹⁹ HvJEU, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (Schrems I), par 94.

autoriteiten veralgemeend toegang kunnen krijgen tot de inhoud van elektronische communicatie worden beschouwd als een aantasting van de wezenlijke inhoud van het grondrecht op eerbiediging van het privéleven zoals door artikel 7 van het Handvest gewaarborgd'.²⁰

Het voorstel maakt zulke grootschalige analyse van de inhoud van communicatie mogelijk.²¹ Als het HvJEU vaststelt dat een verordening de wezenlijke inhoud van een grondrecht schendt, dan is die verordening per definitie ongeldig.

Daarom adviseer ik met klem om de regels over grootschalige monitoring van communicatie te schrappen. Niemand is gebaat, ook kinderen niet, bij wetgeving die juridisch onhoudbaar is.



Prof. dr. Frederik J. Zuiderveen Borgesius

²⁰ HvJEU, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (Schrems I), par 94.

²¹ De Onderzoeksdienst van het Europees Parlement concludeert dan ook dat het voorstel de wezenlijke inhoud schendt van het recht op privacy en op de vertrouwelijkheid van communicatie. European Parliamentary Research Service, 'Proposal for a regulation laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, Complementary Impact assessment', EPRS Study, April 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740248/EPRS_STU\(2023\)740248_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740248/EPRS_STU(2023)740248_EN.pdf), p. 55.