

bB

Rechtbank Den Haag
Zitting van 26 maart 2018, 09:30 uur
Zaak-/rolnummer: C-09/525464 / HA ZA 17/85

PLEITNOTITIES

Inzake

Consumentenbond

eiser,

Advocaten: mr. Chr. A. Alberdingk Thijm en mr. S.C. van Velze

tegen:

**Samsung Electronics Benelux en Samsung Electronics
Co.**

Hierna gezamenlijk: **“Samsung”**

gedaagden,

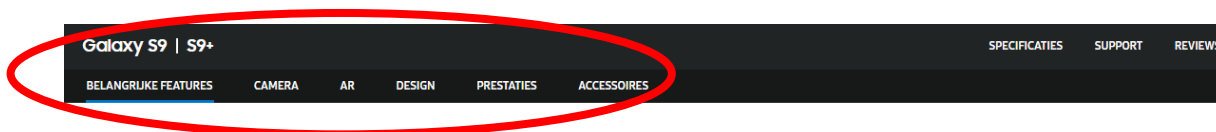
Advocaat: mr. F. Gerritzen

bB

Edelachtbaar college

Inleiding

1. Samsung is vorige week een grootschalige reclamecampagne gestart voor de introductie van de Galaxy S9, het nieuwste vlaggenschip van de Zuid-Koreaanse electronicagigant. “The camera. Reimagined.” is de slogan waarmee het toestel wereldwijd wordt aangeprezen. Wie over de Amsterdamse Van Baerlestraat rijdt, ziet twee enorme billboards over de lengte van twee stratenblokken. De nieuwste smartphone zal ongetwijfeld weer een eclatant financieel succes betekenen voor Samsung. Hij is onlangs door De Consumentenbond als beste getest.
2. Wat de reclamecampagne niet vertelt, is dat als succes uitblijft de consument er niet op mag vertrouwen dat Samsung het toestel voor een langere tijd van updates voorziet. Updates waarmee kritische veiligheidsproblemen worden verholpen.
3. Samsung vindt dat het die informatie niet hoeft te verstrekken en geen updates hoeft te verstrekken voor commercieel minder rendabele toestellen, omdat de consument veiligheid niet belangrijk vindt. Dat zou blijken uit marktonderzoek dat Samsung heeft verricht.
4. Samsung verstrekt op de webpagina van de Galaxy S9 en S9+ onder het kopje “belangrijke features” uitgebreide informatie over de “revolutionaire camera”, het “ononderbroken scherm” en de accessoires die Samsung aanbiedt. Niets echter over de versie van het bestuderingprogramma of het updatebeleid. Ook is onder de andere kopjes rechts op het scherm niets te vinden over softwareondersteuning.



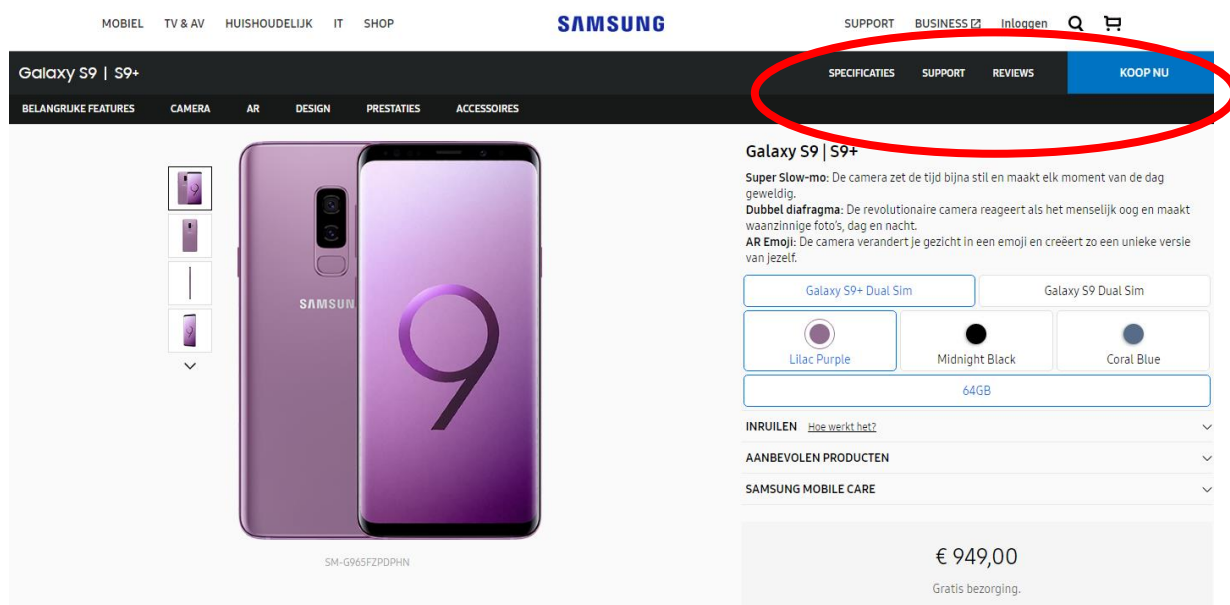
Low Light Camera

Maak schitterende foto's bij fel daglicht en bij weinig licht.

Onze vooruitstrevende Dubbel Diafragma-lens reageert zoals het menselijk oog. Hij kan automatisch schakelen tussen verschillende lichtomstandigheden, waardoor jouw foto's er fantastisch uitzien, of het nu licht of donker is, overdag of 's nachts.

*Dubbel Diafragma ondersteunt F1.5 en F2.4 modi. Geïnstalleerd op de achtercamera (S9)/brede achtercamera (S9+).

5. Pas als de consument rechts bovenaan op het kopje “specificaties” klikt, krijgt hij helemaal onderaan de pagina summier informatie over het updatebeleid.



6. Na helemaal tot onderaan de pagina gescrold te hebben, komt de consument als allerlaatste punt bij “software support”. Hier kan hij lezen dat de telefoon is uitgerust met de Android 8.0 versie, niet de nieuwste 8.1 die sinds december 2017 beschikbaar is. Daar blijkt tevens dat Samsung geen ondersteuning garandeert na maart 2020. Wie over een maand een Galaxy S9 koopt heeft mogelijk minder dan twee jaar ondersteuning. Hoe vaak de consument updates en upgrades kan verwachten, wordt niet vermeld. Dat hoeft ook niet vindt Samsung, omdat van de 536 respondenten

bB

slechts 3,4% aangeeft beveiliging als een essentiële factor te beschouwen (MvA, alinea 11.9).

7. Samsung heeft dan ook een nadrukkelijke disclaimer opgenomen wat betreft nieuwe versies, zo kan de consument lezen na raadpleging van de webpagina over softwareondersteuning:

“We kunnen je niet beloven dat we steeds de nieuwste versie van het Android besturingssysteem op je telefoon zetten. We streven er echter naar gedurende de software-ondersteuningsperiode zoveel mogelijk toestellen te voorzien van de laatste Android-versies.”

8. Veiligheid op basis van marktonderzoek. Het is een beetje alsof Mercedes besluit hun auto's niet meer met autogordels uit te rusten, omdat marktonderzoek uitwijst dat het bij de aankoopbeslissing geen essentiële factor vormt.
9. Samsung zal daarop zeggen: autogordels in auto's zijn gebaseerd op een wettelijke verplichting. Dat geldt niet voor updates. Het preliminaire en meest verstrekkende verweer van Samsung luidt dat u over de rechtsvraag die u door de Consumentenbond wordt voorgelegd niet mag beslissen. U zou dan op de stoel van de wetgever gaan zitten. Het zou de taak van de rechter te buiten gaan om beslissingen te nemen ten aanzien van handelingen die niet nadrukkelijk bij wet verboden zijn.
10. Dat lijkt op het verweer dat Cohen voerde, nadat zijn bediende was betrapt op bedrijfsspionage. Toch oordeelde de Hoge Raad bijna 100 jaar geleden dat handelingen niet slechts onrechtmatig zijn als deze bij wet zijn verboden, maar ook als deze in strijd zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹
11. De rechter biedt rechtsbescherming en *moet* dit ook bieden als dit van hem wordt gevraagd, aldus uw rechtbank in de *Urgenda*-zaak.²
12. Er is niet snel sprake van een van een geschil dat zich niet leent voor beoordeling door de rechter. Mr Bakels overweegt dit in zijn recente *Brexit*-uitspraak over het behoud van het EU burgerschap.³

¹ HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

² Rb Den Haag 24 juni 2015, *AB* 2015/336, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda / Staat*).

³ Rb Amsterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605 (*Brexit*), r.o. 5.5.

bB

“De onderlinge verhouding van de organen van de trias politica kan in Nederland (tot op zekere hoogte) worden getypeerd als een op samenwerking gericht model, met respectering van ieders specifieke verantwoordelijkheid. Inherent aan de taak van de burgerlijke rechter is het bieden van rechtsbescherming op individueel niveau, zo nodig ook tegen andere staatsmachten. Dit is niet zonder meer anders in zaken die mede een politieke dimensie hebben.”

13. De voorzitter van de raad voor de rechtspraak, Frits Bakker, spoort de rechtspraak juist aan om maatschappelijk effectieve uitspraken te wijzen.⁴ Uw rechtbank heeft met deze zaak de gelegenheid zich uit te spreken over de veiligheid en informatieverplichtingen binnen een domein dat in toenemende mate ons dagelijks leven beheerst.

Feitelijk kader

Updates en Upgrades

14. Bijna 90 procent van de Nederlanders bezit een smartphone. Onze minister-president behoort als ouderwetse Nokia-gebruiker tot een uitstervend ras. Maar Rutte weet na het hacken van de telefoon van Angela Merkel door de NSA hoe kwetsbaar het gebruik van smartphones is. In 2017 brachten we gemiddeld ruim vier uur per dag door op onze smartphones. Een groot deel daarvan wordt opgesoupeerd door gebruik van sociale media als Facebook en YouTube. Daarna volgt e-mailen, appen en sms-en. Ongeveer 90% van het gebruik gaat via apps. Op de telefoon van een consument is zijn volledige persoonlijke leven te raadplegen. Foto's, e-mails, boeken, muziek, notities, contactpersonen, internetbankieren, sociale media, gezondheid-apps en ga zo maar door. “Toon mij uw boekenkast en ik vertel u wie u bent,” gaat het gezegde. Het is duidelijk dat anno 2018 het een fluitje van een cent is iemand voorkeuren, interesses en persoonlijk leven in kaart te brengen met behulp van diens telefoon.
15. De kern van de smartphone wordt gevormd door het besturingssysteem. Dit is de software die de smartphone aanstuurt en de verschillende toepassingen, waaronder de apps, laat draaien.

⁴ Column van Frits Bakker “Maatschappelijk effectieve rechtspraak”, 8 september 2016, *NJB*.

bB

16. Samsung smartphones draaien op het Android besturingssysteem van Google. Samsung voegt hieraan een extra softwareschil toe om de smartphones onderscheidend te maken. Niet alle fabrikanten doen dit. Nokia bijvoorbeeld, die ook gebruik maakt van Android, voegt niet die extra software laag toe. Een andere grote speler op de smartphone markt is Apple. Apple ontwikkelt haar eigen besturingssysteem: iOS. Er zijn dus verschillende manieren om smartphones te ontwikkelen en op de markt te brengen. Fabrikanten bepalen zelf voor welke invulling zij kiezen.
17. Om de (gevoelige) informatie op de smartphones te beschermen, is het noodzakelijk dat het besturingssysteem – de software – veilig is. Het is inmiddels een feit van algemene bekendheid dat updaten noodzakelijk is om de veiligheid van software te garanderen. Een update is het repareren van een kwetsbaarheid in de software via een zogenoemde “patch”, oftewel een noodverband.
18. Google verstrekt maandelijks updates aan haar partners, waaronder Samsung, via *Android Security Bulletins*. Vervolgens is het aan de partners om deze updates aan te passen en te installeren op de door hen aangeboden smartphones. Apple verstrekt ook regelmatig updates aan haar gebruikers. Als een nieuw iOS update beschikbaar is, dan levert Apple deze direct aan haar gebruikers via een pop-up op de telefoon. Daarnaast kan een Apple-gebruiker via het instellingenscherf van de iPhone de meest recente update vinden en installeren.
19. Updates kunnen worden onderscheiden van upgrades. Upgrades zijn nieuwe versies van het besturingssysteem waarin functionaliteiten, performanceverbeteringen en vormgevingselementen worden toegevoegd of gewijzigd. Upgrades kunnen ook beveiligingsupdates - en instellingen bevatten en bijdragen aan de veiligheid en beveiliging van smartphones.

Belang van updaten

20. Verouderde software vormt een risico. Niet alleen voor gebruikers van de software, maar ook voor de gehele maatschappij. Cyberaanvallen kunnen grote netwerken platleggen en flinke schade aanrichten bij bedrijven en overheden. Hoogleraar

bB

computerbeveiliging prof. dr. Jacobs, de meest gerenommeerde cybersecurity deskundige in Nederland, stelt in zijn deskundigenverklaring dat de beveiliging van software van cruciaal belang is (**Productie 32**, par. 4).

“Vanwege de complexiteit van moderne software zijn maatregelen vooraf onvoldoende voor adequate computerbeveiliging, zoals blijkt uit de hardnekkigheid van fouten / kwetsbaarheden in software. Voor adequate beveiliging is het daarom essentieel dat updates zo snel mogelijk ontwikkeld en doorgevoerd worden. In campagnes van verschillende organisaties (zoals banken en overheden) wordt consumenten aangeraden om updates direct door te voeren.”

21. Jacobs is onder meer lid van de Cyber Security Raad (“CSR”). Begin 2017 heeft de CSR een Handreiking uitgebracht voor bedrijven op het gebied van cybersecurity (“Handreiking”). De Handreiking zet de belangrijkste juridische zorgplichten op het gebied van cybersecurity uiteen. Volgens de CSR ligt er op bedrijven een plicht om door hen ontwikkelde producten te voorzien van adequate beveiliging. Hieronder vallen “tastbare producten met een ICT-component, zoals bijvoorbeeld laptops en mobiele telefoons” Onderdeel van de zorgplicht is het regelmatig controleren en bijwerken van de beveiliging.

“Als blijkt dat de cybersecurity niet langer in orde is, dient uw bedrijf de beveiliging bij te werken. Dit stelt u in staat om veilige ICT aan nieuwe klanten te leveren. U kunt bovendien de bestaande gebruikers ondersteuning bieden door een security patch uit te brengen. In sommige gevallen is het nodig om de gebruikers te waarschuwen dat de cybersecurity (tijdelijk) niet op orde is. De gebruikers kunnen in dat geval maatregelen nemen om het risico op een beveiligingsincident te verkleinen, terwijl u aan een security patch werkt.”
(**Productie 33a**, Handreiking, p. 23)

22. Het Cybersecuritybeeld Nederland 2017 (“CSBN 2017”) beschrijft het regelmatig updaten van software als een “basale maatregel” die ondanks de risico’s van verouderde software niet altijd (tijdig) wordt uitgevoerd (**Productie 34**, p. 36). Het Rathenau Instituut concludeert in zijn onderzoek naar cyberdreigingen ook dat het

bB

tijdig updaten van software tot de basisbeveiliging van software behoort (**Productie 36**, p. 32).

23. Op Europees niveau staat cybersecurity en het updaten van software eveneens hoog op de agenda. In september 2017 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een verordening op het gebied van cybersecurity gepubliceerd, waarin een certificeringssysteem voor cybersecurity wordt geïntroduceerd (**Productie 37**, artikel 45). Dit systeem heeft onder andere tot doel om te garanderen dat apparaten met up-to-date software worden geleverd, zonder bekende kwetsbaarheden en met een mechanisme om veiligheidsupdates te bieden.

“A European cybersecurity certification scheme shall be so designed to take into account, as applicable, the following security objectives:

[...]

(g) ensure that ICT products and services are provided with up to date software that does not contain known vulnerabilities, and are provided mechanisms for secure software updates.”

24. Kortom, het regelmatig, tijdig en langdurig doorvoeren van software updates is onlosmakelijk verbonden met een veilige, digitale samenleving. Toch vindt Samsung dat het veiligheidsupdates niet, althans niet tijdig en niet gedurende de gebruiksduur van een smartphone, hoeft te implementeren.

Federal Trade Commission

25. Ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding, onderzocht de Federal Trade Commission (FTC) het upgrade- en updateproces van fabrikanten van smartphones, waaronder die van Samsung (**Productie 9 a en 9 b**). Inmiddels heeft de FTC haar bevindingen in een rapport opgenomen en vorige maand gepubliceerd.
26. De FTC constateert dat verschillende fabrikanten toestellen verkopen die niet langer ondersteund worden met updates of nog slechts een aantal maanden worden voorzien van updates. Toestellen ontvangen tijdens de ondersteuningsperiode gemiddeld 3,7 updates per jaar. Dit is minder dan één update per kwartaal. Ook ontbreekt enige regelmaat in het updatebeleid van fabrikanten, aldus de FTC.

bB

27. Om dit beleid te verbeteren, formuleert de FTC een aantal aanbevelingen. Deze aanbevelingen hebben geen bindend karakter, maar laten wel zien hoe een goed updatebeleid eruit zou moeten zien. De FTC raadt fabrikanten van smartphones onder andere aan om 1) updates uit te voeren voor een periode die overeenkomt met de verwachting van de consument en 2) het updateproces aan te passen zodat sneller veiligheidsupdates doorgevoerd kunnen worden.

“Most importantly, we recommend that industry ensure that mobile devices receive operating system security updates for a period of time that is consistent with consumers’ reasonable expectations.”

(Productie 40a, p. 69)

28. Ook spoort de FTC fabrikanten aan om transparanter te zijn over het updatebeleid en consumenten meer informatie te verstrekken. Op dit moment is het voor consumenten namelijk onduidelijk of, wanneer en hoe lang updates verstrekt zullen worden.

“Finally, the Commission recommends that device manufacturers consider providing consumers with more and better information about their security update support practices.” **(Productie 40a, p. 70)**

Businessmodel Samsung

29. Samsung is wereldwijd marktleider op het gebied van smartphones en de grootste aanbieder van smartphones met het Android besturingssysteem. In 2017 zijn circa 317 miljoen Samsung toestellen verkocht.⁵ Vorig jaar was de omzet van Samsung 182 miljard euro. De laatste drie kwartalen boekte het bedrijf keer op keer recordwinsten, onder meer vanwege de verkopen van de Galaxy S8.
30. Het business model van Samsung kan als volgt worden samengevat. Samsung brengt veel verschillende modellen op de markt. Als een model niet aanslaat bij het publiek, dan investeert Samsung niet meer in het toestel. Dit betekent dat deze smartphones niet langer van updates en upgrades worden voorzien. Alleen de nieuwe en populaire modellen ontvangen voor een bepaalde periode softwareondersteuning. Terwijl de

⁵ <https://www.computeridee.nl/nieuws/samsung-en-apple-opnieuw-populairste-smartphone-merken/>.

minder populaire toestellen door veel consumenten zijn aangeschaft en ook nog steeds door Samsung worden verkocht. De consumenten worden als het ware als testpanel ingezet.

31. Samsung noemt dit haar ‘prioriteitsbeleid’: populaire en nieuwe modellen – de zogenoemde ‘high end’ modellen– krijgen voorrang met softwareondersteuning. Samsung stelt momenteel dat zij ernaar streeft deze populaire modellen van maandelijks updates te voorzien. De high end modellen van dit moment zijn:

“- van de Galaxy series: S8, S8+, S7, S7 edge, S6, S6 edge en de S6 edge+
- van de Galaxy Note series: Note8 en de Note5
- van de Galaxy A series: A5 (2016), A5 (2017) en de A8 (2018)”

32. Voor een aantal van deze high end modellen geeft Samsung echter geen garantie meer af dat deze maandelijks geüpdatet worden. De Galaxy S7 edge, wordt “tenminste tot maart 2018” ondersteund en aangeboden met het verouderde besturingssysteem Android 7.0. Samsung verkoopt dit model nog steeds op haar website voor een bedrag van bijna 600 euro.

OS	Software Support Periode tenminste tot maart 2018	OS versie Android 7.0	Stagefright 1.0 Status Bijgewerkt
	Stagefright 2.0 Status Bijgewerkt	Meer informatie Zie www.samsung.com/nl/software-en-security-update voor meer informatie.	

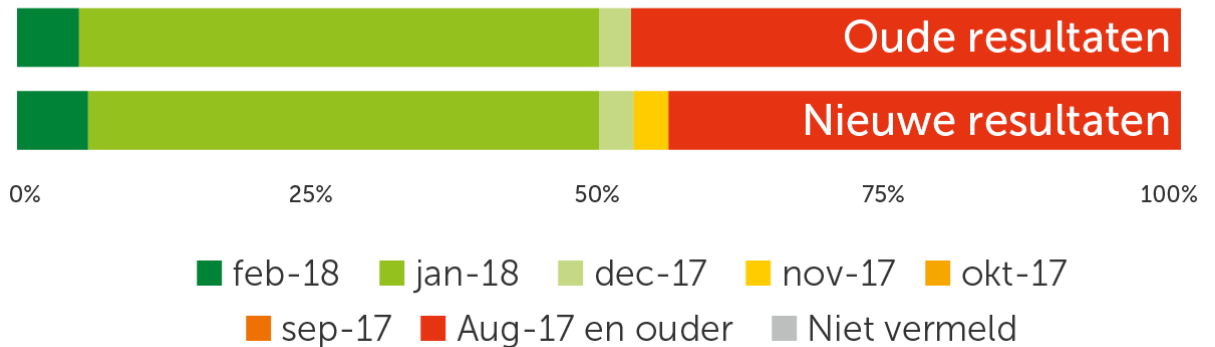
33. De overige modellen ontvangen vier keer per jaar een veiligheidsupdate, zo meldt Samsung. Uit een onderzoek van de Consumentenbond volgt echter dat dit niet voor alle toestellen geldt. De Samsung Galaxy J7 2016 bijvoorbeeld heeft al ruim een half jaar geen updates meer ontvangen. Dit is opvallend omdat de ‘tech specificaties’ bij dit model garandeert dat het toestel tenminste tot mei 2018 softwareondersteuning ontvangt. Ook wordt deze telefoon met een verouderd besturingssysteem verkocht. Kennelijk is de telefoon niet commercieel interessant genoeg voor Samsung.

Galaxy J7 2016			VOORDELEN	SPECIFICATIES	REVIEWS	ONDERSTEUNING	VERGELIJKEN
Software support							
Software Support Periode	OS versie	Stagefright 1.0 Status					
tenminste tot mei 2018	Android 7.0	Bijgewerkt					
Stagefright 2.0 Status	※ Meer informatie						
Bijgewerkt	Zie software en security update voor meer informatie.						

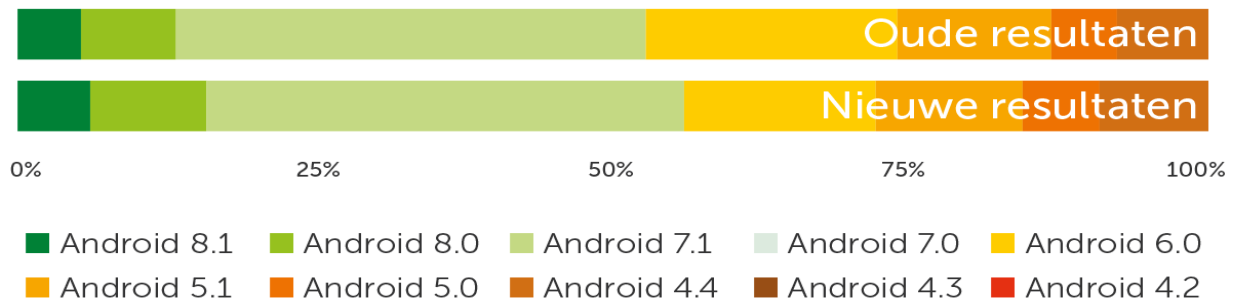
34. Het prioriteringsbeleid houdt verder in dat veiligheidsupdates prioriteit krijgen als het dreigingsniveau toeneemt. In de praktijk lijkt deze prioriteit echter ver te zoeken. Na ontdekking van het Stagefright-lek zette Google binnen een week een update beschikbaar voor haar partners. Het duurde vervolgens drie a vier maanden voordat Samsung de update begon door te zetten naar haar toestellen.
35. Uit het Google Developers Dashboard blijkt dat begin dit jaar slechts 1,1 procent van de Android toestellen is uitgerust met het nieuwste besturingssysteem Oreo (8.0 en 8.1), terwijl deze versie al sinds augustus 2017 beschikbaar is (**Productie 42a**). Het overgrote deel (52,7 procent) draait nog steeds op de verouderde versies Lollipop (5.0 en 5.1) en Marshmallow (6.0).
36. Een recent onderzoek van de Consumentenbond bevestigt deze cijfers (**Productie 43a**). Opgemerkt zij dat de Consumentenbond in eerste instantie een aantal toestellen van Samsung in het onderzoek heeft betrokken die niet in Nederland verkocht werden, althans niet via de gebruikelijke kanalen. De Consumentenbond heeft dit afgelopen donderdag gecorrigeerd.⁶ De nieuwe onderzoeksresultaten wijken echter nauwelijks af van de vorige, zoals blijkt uit de tabellen. Het percentage Samsung modellen met een veiligheidsupdate uit januari of februari 2018 is na aanpassing nog steeds 50 procent. Het percentage Samsung smartphones met het nieuwste besturingssysteem (8.1) is licht gestegen van 5 naar 6 procent.

⁶ <https://www.consumentenbond.nl/acties/updates/ruim-een-derde-smartphones-heeft-sterk-verouderde-veiligheidsupdate>.

Datum laatste beveiligingsupdate Samsung smartphone



Android-versies Samsung



37. Andere smartphone aanbieders zoals Apple werken op een heel andere wijze. Apple brengt een beperkt aantal modellen op de markt die zij gedurende de gebruiksduur van de smartphone onderhoudt en voorziet van updates en upgrades. Deze updates biedt Apple regelmatig en tijdig aan. Hierdoor werken de meeste iPhones op het nieuwste besturingssysteem van iOS. Ook biedt Apple software ondersteuning voor een langere periode. In de praktijk blijkt dat iOS tot 5 jaar na introductie van het toestel updates verschaft en tot 4 jaar upgrades (zie dagvaarding, randnummer 71).

Google

38. Samsung stelt dat zij voor het doorzetten van de updates afhankelijk is van onder andere Google. Google laat echter weten verbaasd te zijn over het trage en gebrekkige updatebeleid. Zij doet er namelijk alles aan om snel en voortdurend updates ter beschikking te stellen aan fabrikanten, waaronder Samsung (zie ook **Productie 7**).

bB

39. Vorige zomer introduceerde Google zelfs Project Treble, een nieuw proces om Android toestellen makkelijker, sneller en goedkoper te voorzien van nieuwe versies van het besturingssysteem. Met Treble hoeven fabrikanten niet meer de gehele software code aan te passen als zij een veiligheidsupdate willen doorvoeren, maar alleen de Android code die Google ter beschikking stelt aan fabrikanten. Met name voor fabrikanten zoals Samsung die een eigen softwareschil toevoegen, zal dit het updateproces vergemakkelijken. Samsung voert nu maandelijks veiligheidsupdates door, maar niet voor al haar modellen. Bovendien garandeert Samsung veiligheidsupdates voor een te beperkte periode.

Geen of onduidelijke informatie

40. Consumenten worden over het business model van Samsung niet of nauwelijks geïnformeerd. Een FAQ-website van Samsung laat weten dat Samsung ernaar streeft updates zo snel mogelijk voor zoveel mogelijk toestellen uit te rollen. Ook vermeldt Samsung hier dat zij ernaar streeft maandelijks updates voor de high end toestellen en vierjaarlijkse updates voor alle andere modellen uit te voeren. Het is voor consumenten echter onvoldoende duidelijk of deze termijnen ook worden gehaald. Bovendien zijn de beloofde updateperiodes te kort.
41. De consument die wil weten waar hij aan toe is, moet teveel zoeken op de website van Samsung, zoals uitvoerig is toegelicht in de dagvaarding (randnummer 150-158). Opvallend is dat Samsung voor haar nieuwste Samsung Galaxy S9+ de informatie over softwareondersteuning op een nog onduidelijkere wijze heeft weergegeven. Hierdoor krijgt de Consumentenbond de indruk dat Samsung alleen onder druk van deze procedure het beleid probeert te verbeteren.

Aanpassingen van Samsung

42. In de aanloop naar deze zitting heeft Samsung verschillende aanpassingen in haar updatebeleid en informatievoorziening doorgevoerd. Dit kennelijk als gevolg van de niet aflatende aandacht die de Consumentenbond voor dit onderwerp vraagt. De volgende verbeteringen hebben plaatsgevonden:
- a. Maandelijks veiligheidsupdates voor een select aantal populaire modellen;
 - b. Viermaandelijks veiligheidsupdates voor alle andere modellen;

bB

- c. Softwareondersteuning tot twee jaar na introductie van een model;
 - d. Een banner en aparte webpagina op de Samsung website, waarin wordt beschreven dat Samsung tenminste twee jaar softwareondersteuning biedt;
 - e. Een FAQ-pagina genaamd “software ondersteuning Samsung”, waarin heel algemeen en zonder toezeggingen informatie wordt vertrekt over het updatebeleid. Al wordt de garantie ook weer afgezwakt met de opmerking: “Het kan echter zijn dat bepaalde updates voor jouw toestel niet beschikbaar zullen komen”;
 - f. Beperkte informatie over software op de productpagina van een telefoon onder het kopje “tech specs” of “specificaties”.
43. In de praktijk blijkt echter dat deze maatregelen niet altijd consequent worden uitgevoerd. Bovendien zijn deze aanpassingen ondermaats. Ten eerste is softwareondersteuning voor twee jaar na introductie van het type toestel veel te kort. De modellen worden immers jaren na de introductie op de markt nog aangeboden (zoals bijvoorbeeld de Galaxy S7 edge). Ten tweede leidt het beleid van Samsung ertoe dat zij smartphones verkoopt (of laat verkopen) met een verouderd besturingssysteem. In de derde plaats volgt uit het beleid van Samsung dat zij niet-populaire toestellen niet tijdig van veiligheidsupdates en upgrades voorziet. In de vierde plaats worden consumenten onvoldoende en op een onduidelijke wijze geïnformeerd over het update- en upgradebeleid van Samsung.
44. Afgelopen weekend, 24 maart 2018, werd bekend dat Facebook jarenlang heimelijk mobiele telefoon- en verkeersgegevens van Android-toestellen heeft verzameld.⁷ Als gevolg daarvan weet Facebook wie je belt en hoe vaak je die personen belt. Gebruikers van oude Android versies die Facebook toestemming gaven om contacten uit te lezen tijdens de installatie, gaven daarmee ook toestemming voor toegang tot bel- en tekstlogs, zonder het te weten. In augustus 2017 is met de komst van Oreo is dit probleem opgelost. Als je tot de ruim 80% Samsung-gebruikers behoort met een verouderd besturingssysteem heb je echter pech.
45. Samsung meent dat zij niet tot meer verplicht is. Volgens een van de grootste electronicabedrijven ter wereld rust op haar geen verplichting voor de veiligheid van

⁷ Sean Gallagher, *Facebook scraped call, text message data for years from Android phones*, Ars Technica, <https://arstechnica.com/information-technology/2018/03/facebook-scraped-call-text-message-data-for-years-from-android-phones/>

bB

hun smartphones te zorgen door tijdig updates en upgrades uit te voeren voor de gebruiksduur van een smartphone. Samsung vindt ook dat zij niet meer hoeft te doen om consumenten hierover te informeren. De Consumentenbond is het hier niet mee eens.

Juridisch kader

I. Updateverplichting

Non-conformiteit

46. Op grond van artikel 7:17 lid 2 BW rust op Samsung de verplichting om gedurende de economische levensduur van de smartphone updates en upgrades te verzorgen. Doet zij dat niet dan levert dit non-conformiteit van de smartphone op.

Consumentenkoopregime van toepassing

47. In deze procedure zijn de regels uit het consumentenkoopregime van toepassing. Onder verwijzing naar Prof. dr. Loos, hoogleraar privaatrecht en in het bijzonder Europees consumentenrecht, betoogt Samsung dat dit niet het geval is. Loos wijst er echter in zijn zeer uitvoerige en lezenswaardige Legal Opinion op dat hij zich niet kan vinden in de wijze waarop zijn in de literatuur verdedigde standpunt door Samsung wordt uitgelegd (**Productie 31**). Loos wijst erop dat artikel 7:17 lid 2 BW in deze procedure onverkort van toepassing is, nu sprake is van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud.
48. De non-conformiteitsregels zijn op twee manieren van toepassing op Samsung. Ten eerste als Samsung smartphones direct – of via een aan haar verbonden onderneming – aan de consument verkoopt. De software is onlosmakelijk verbonden met de smartphone, waardoor Samsung als verkopende partij ook aansprakelijk is voor kwetsbaarheden in de software.
49. Ten tweede sluiten consumenten bij de eerste ingebruikneming van de smartphone een “licentieovereenkomst voor eindgebruikers van software” (ofwel de “end user license agreement”, de “EULA”) met Samsung. Dit is een overeenkomst tot levering van

bB

digitale inhoud in de zin van artikel 7:5 lid 5 BW. Het argument dat een consument geen geld zou betalen voor de software maakt dit niet anders, omdat lid 5 niet voorschrijft dat een consument een prijs in geld betaalt. Daarom is het consumentenkoopregime ook van toepassing op Samsung wanneer de smartphones worden verkocht door andere partijen, zoals Bol.com.

Consumenten verwachten updates en upgrades

50. Op grond van artikel 7:17 lid 1 en 2 is Samsung verplicht een smartphone met software af te leveren die overeenstemt met hetgeen de consument daarvan mag verwachten, mede gelet op de aard ervan en mededelingen die Samsung heeft gedaan.
51. Het besturingssysteem vormt de kern van de smartphone, zoals Samsung ook stelt (conclusie van antwoord, randnummer 7.25). Als de software niet voldoet aan de verwachtingen van de consument, dan is hierdoor de gehele smartphone non-conform.
52. De consument mag verwachten dat hij een veilige smartphone ontvangt, die is uitgerust met de meest recente versie van het besturingssysteem en waarvan de software geen kwetsbaarheden bevat die kunnen worden misbruikt door kwaadwillenden. Als die kwetsbaarheden zich wel (gaan) voordoen, verwacht hij dat Samsung die kwetsbaarheden binnen afzienbare tijd dicht, door updates en/of upgrades te verstrekken.
53. Updaten is immers één van de basismaatregelen om software veilig te houden. Door geen updates of upgrades te verstrekken, stelt Samsung haar gebruikers bloot aan een onnodig groot veiligheidsrisico.
54. Anders dan Samsung doet vermoeden, stelt de Consumentenbond niet dat software op smartphones altijd vrij moet zijn van kwetsbaarheden. Dit is immers niet mogelijk. De Consumentenbond stelt juist dat als Samsung kennis krijgt van kwetsbaarheden of lekken in de software, zij updates en/of upgrades verstrekt om dit te verhelpen. Het feit dat de software op enig moment een kwetsbaarheid bevat levert wellicht geen non-conformiteit op, maar het nalaten van Samsung om de kwetsbaarheid te verhelpen door geen updates of upgrades te verstrekken doet dat in elk geval wel.

bB

55. Het feit dat er nog geen bekende gevallen zijn waarbij daadwerkelijk misbruik is gemaakt van een kwetsbaarheid of lek in het besturingssysteem van Samsung maakt dit niet anders. De kans op misbruik is reëel. Android wordt onder experts gezien als een kwetsbaar besturingssysteem en is één van de meest aangevallen softwaresystemen (**Productie 32**, nr. 17). Eén succesvolle aanval is voldoende om grootschalige schade aan te richten. De technologie zal zich blijven ontwikkelen en het gemakkelijker maken om kwetsbaarheden uit te buiten, met name als Samsung achterblijft in de beveiliging van haar smartphones. Ook worden hackers steeds handiger. Momenteel zijn er al software kits beschikbaar die hackers ondersteunen bij het uitvoeren van een aanval. Daar komt bij dat, zoals Jacobs ook opmerkt, een echt geslaagde aanval onder de radar blijft (**Productie 32**, nr. 17).
56. Consumenten mogen van Samsung verwachten dat zij een basale maatregel als het updaten van het besturingssysteem doorvoert om de risico's op misbruik te voorkomen en beperken. Ook de CSR bevestigt in de Handreiking dat cybersecurity een eigenschap is die consumenten mogen verwachten bij de aanschaf van een smartphone (**Productie 33a**, p. 18).

“Indien uw bedrijf producten of diensten met een ICT-toepassing verkoopt, is het ten opzichte van de koper verplicht om een product te leveren dat aan de overeenkomst beantwoordt (‘conformiteit’). Hiervoor is onder andere vereist dat de ICT de eigenschappen bezit die de koper mag verwachten en die voor een normaal gebruik nodig zijn. Cybersecurity kan als zo’n eigenschap worden beschouwd. Een koper mag bijvoorbeeld verwachten dat een mobiele telefoon en een sleutel waarmee op afstand een auto kan worden ontsloten, een basisbeveiliging hebben tegen hacken. U hoeft dus niet te garanderen dat het product onder alle omstandigheden 100 % veilig is. Het moet ‘veilig genoeg’ zijn om normaal te worden gebruikt. Als het product deze veiligheid niet bezit, heeft de koper recht op herstel of vervanging.”

“Ten tijde van de verkoop mogen er geen bekende beveiligingslekken bestaan. Het is niet nodig om te garanderen dat er ook op een later moment geen kwetsbaarheden aan het licht komen. Of de koper in dat geval mag verwachten dat de beveiliging binnen een redelijke tijd wordt bijgewerkt, bijvoorbeeld door

bB

een security patch, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de beoogde levensduur van het product.” (Handreiking p. 18)

57. Volgens Samsung verwachten consumenten geen updates en upgrades, omdat de softwarelicentieovereenkomst (de EULA) bepaalt dat de software “as is” wordt geleverd. Naast het feit dat het merendeel van de consumenten de lange algemene voorwaarden niet zullen lezen, is een dergelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid in strijd met de wet op grond van artikel 7:6 lid 1 BW. Samsung kan zich dus niet verweren met een beroep op de “as is” bepaling uit de EULA. Ook wordt deze bepaling vermoed onredelijk bezwarend te zijn in de zin van artikel 6:237 sub f BW.
58. Samsung stelt dat zij andere veiligheidsmaatregelen neemt om smartphones veilig te houden, zoals beveiligingslagen tegen malware. Het is natuurlijk vanzelfsprekend dat Samsung meerdere maatregelen neemt, maar consumenten verwachten óók dat Samsung één van de meest basale maatregelen doorvoert. Het één sluit de het ander niet uit.
59. Samsung is weldegelijk in de gelegenheid om haar smartphones tijdig, regelmatig en langdurig te updaten. Zij doet dit immers ook voor de populaire modellen. Dat niet alle modellen goed onderhouden worden, is het gevolg van de onwil van Samsung en niet – zoals Samsung lijkt te betogen – van onmogelijkheid. De onwil vloeit voort uit het twijfelachtige business model van Samsung en daar mogen consumenten niet de dupe van worden.

Verwachte levensduur van een smartphone

60. De consument verwacht niet dat Samsung tot in de eeuwigheid updates en upgrades zal verstrekken. Hij begrijpt ook dat dit niet haalbaar is. Hij verwacht echter wel dat hij de smartphone gedurende de economische levensduur op een veilige manier kan gebruiken. De consument betaalt immers een fors bedrag voor de smartphone.
61. Zoals toegelicht in de dagvaarding is de gemiddelde verwachte gebruiksduur van de consument 2,26 jaar (**productie 22**). De FTC bevestigt dit in haar recente rapport en stelt dat consumenten in 2016 gemiddeld 29 maanden (oftewel 2,4 jaar) een smartphone gebruikten (**Productie 40a**, p. 39).

bB

“According to survey data, consumers are using devices for longer periods. Several years ago, consumers typically kept a phone for 24-26 months. That figure increased to 29 months in 2016. If some consumers expect to use their phones for several years, this data suggests that many consumers will continue to use devices that do not receive security updates.”

62. De verwachte levensduur van 17 maanden die Samsung aanhaalt is dus onjuist. Daar komt bij dat Samsung momenteel smartphones verkoopt waarbij zij niet langer een garantie biedt voor softwareondersteuning. De Galaxy S7 edge wordt bijvoorbeeld “tenminste tot maart 2018” voorzien van software support en de Samsung J3 2016 tot tenminste februari 2018.

Aard van smartphones

63. De aard van de smartphone speelt een rol bij de verwachting van de consument. Een smartphone is voor veel consumenten een essentieel product in hun dagelijkse leven. De afhankelijkheid van de smartphone is groot en consumenten gebruiken hun telefoon allang niet meer alleen om te kunnen communiceren. Grote hoeveelheden (gevoelige) (persoons)gegevens worden opgeslagen op de telefoon. Die belangrijke functie brengt mee dat consumenten ook hoge verwachtingen koesteren met betrekking tot de veiligheid van hun smartphone.
64. Daarnaast zijn smartphones, met name die van Samsung, duur. De prijs die consumenten voor de nieuwste Galaxy S9+ betalen is circa 950 euro,-. De ‘oudere’ Galaxy S7 edge wordt nog steeds door Samsung aangeboden voor een bedrag van ruim 600 euro, terwijl een garantie voor softwareondersteuning ontbreekt.

Mededelingen Samsung

65. Ook mededelingen van Samsung dragen bij aan de verwachting van de consument. Op haar website schrijft Samsung immers dat beveiliging van gegevens en bescherming van de privacy de “hoogste prioriteit” hebben en dat zij ernaar streeft om beveiligingslekken zo snel mogelijk te dichten.

66. Samsung stelt dat het niet haalbaar is om alle modellen te updaten. In dat geval moet Samsung in ieder geval consumenten duidelijk en ondubbelzinnig informeren over het feit dat toestellen niet langer ondersteund worden, zoals Loos ook stelt in zijn Legal Opinion. Anders is sprake van non-conformiteit (artikel 7:17 lid 2 BW) en mogen consumenten verwachten dat de smartphone en de digitale inhoud geschikt zijn voor normaal gebruik daarvan. Oftewel dat deze gedurende de economische levensduur van een smartphone voorzien wordt van updates en upgrades.

Oneerlijke handelspraktijk

67. Het niet verstrekken van updates en upgrades is niet alleen non-conform, het levert ook een oneerlijke handelspraktijk op in de zin van artikel 6:193b BW en artikel 5 van richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). De handelspraktijk is in strijd met de professionele toewijding van een handelaar, waardoor het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen wordt beperkt. Loos bevestigt dit in zijn Legal Opinion.

“Mijns inziens is het in strijd met de professionele toewijding die van Samsung als handelaar mag worden verwacht op basis van de op haar rustende professionele standaard en eerlijke handelspraktijken indien Samsung nalaat zeker te stellen dat de consument de door Samsung op de markt gebrachte smartphone veilig kan gebruiken gedurende de economische levensduur van die smartphone doordat Samsung een essentieel onderdeel (hier: de besturingssoftware) van de smartphone niet langer update. Een dergelijke handelwijze is naar mijn mening dan ook te zien als een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193b BW, aangezien zij ertoe leidt of kan leiden dat de consument zich genoodzaakt voelt een nieuwe smartphone aan te schaffen, welke beslissing de consument niet zou hoeven nemen indien Samsung de digitale inhoud zou blijven updaten gedurende de economische levensduur van de smartphone. Daaruit volgt dat Samsung een oneerlijke handelspraktijk zou begaan en dus onrechtmatig zou handelen tegenover consumenten door de besturingssoftware niet te updaten zolang de economische levensduur van de door Samsung geproduceerde smartphones niet is verstreken, tenzij dat Samsung haar beleid in deze vóór contractsluiting uitdrukkelijk onder de aandacht van de consument zou brengen. Zoals in nr. 6.1

bB

al is duidelijk geworden, laat Samsung dat tot op heden na: op de website van Samsung is wel aandacht voor de ‘software-ondersteuningsperiode’, maar wordt niet aangegeven hoe lang die periode duurt.”

68. Bij het begrip “professionele toewijding” gaat het in essentie om de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Hierbij spelen de gewettigde verwachtingen van de gemiddelde consument een rol, zoals het HvJEU in het Sony-arrest overweegt.⁸
69. Zoals zojuist toegelicht, verwacht de consument die een (dure) smartphone aanschafft dat hij een toestel ontvangt dat voorzien is van de laatste versie van het besturingssysteem, veilig en up-to-date is en dat ook blijft gedurende de gebruiksduur ervan. Hij verwacht dat Samsung kwetsbaarheden in de software zo snel mogelijk zal herstellen. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag dan ook worden verwacht dat smartphones tijdig van (kritieke) updates en upgrades worden voorzien.
70. De handelwijze van Samsung door niet, althans niet tijdig en langdurig, updates en upgrades te verstrekken en door consumenten hierover niet te informeren, kan het economische gedrag van de consument aanmerkelijk beïnvloeden. Als de consument zou weten dat zijn smartphone na een jaar (of zelfs vanaf de verkoop) niet meer veilig is, zou hij voor een ander toestel hebben kunnen kiezen. Daarnaast kan een consument die geen (veiligheids)updates en upgrades meer ontvangt zich genoodzaakt voelen om een nieuwe telefoon aan te schaffen, terwijl hij deze beslissing niet zou hebben genomen als Samsung gedurende de economische levensduur updates en upgrades zou verstrekken.
71. Dit betekent dat Samsung als handelaar een oneerlijke handelspraktijk begaat en onrechtmatig handelt tegenover de consument door niet langer (kritieke) updates en/of upgrades te verstrekken voor de economische levensduur van de smartphone.

Zorgplicht

⁸ HvJEU 7 september 2016, zaak C-310/15, ECLI:EU:C:2016:633 (*Deroo-Blanquart/Sony*), r.o. 34. Zie ook de dagvaarding, randnummer 139.

72. Naast het consumentenregime, rust op Samsung ook een zorgplicht om regelmatig en tijdig updates en upgrades te verstrekken voor de economische levensduur van een smartphone op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), de Radioapparaten Richtlijn (2014/53/EU) zoals geïmplementeerd in Hoofdstuk 10 van de Telecommunicatiewet (Tw) en de zorgvuldigheidsnorm in artikel 6:162 BW.

Wet bescherming persoonsgegevens

73. De Wbp is – anders dan Samsung stelt – weldegelijk op Samsung van toepassing. Samsung verwerkt persoonsgegevens van de gebruikers van haar smartphones, zoals blijkt uit artikel 5 van de licentieovereenkomst (**productie 15**, p. 12) en het privacybeleid (**productie 21**). Zij is hiervoor verantwoordelijk, nu zij de Android software inclusief de extra Samsungschil verstrekt aan de gebruikers. Samsung kan zich niet beroepen op de ‘persoonlijk of huishoudelijk gebruik’-uitzondering, aangezien deze uitzondering niet voor een grote multinational is opgesteld, maar juist voor individuen die persoonlijke aantekeningen maken voor eigen gebruik of voor het gebruik van persoonsgegevens in de gezinssfeer.
74. Samsung meent ook dat de Consumentenbond niet ontvankelijk is, omdat zij geen privacyorganisatie is en niet opkomt voor de privacy belangen van de consument. Dit is onjuist. De Consumentenbond behartigt de belangen van de consumenten, die in deze procedure de betrokkenen zijn in de zin van de Wbp. De Consumentenbond komt dus op voor de belangen van de betrokkenen en voldoet weldegelijk aan de vereisten uit artikel 3:305a BW jo artikel 50 Wbp.
75. Op grond van artikel 13 Wbp dient de verantwoordelijke voor een verwerking van persoonsgegevens passende technische en organisatorische maatregelen te nemen om persoonsgegevens te beveiligen.
76. Uit de Richtsnoeren Beveiliging van Persoonsgegevens⁹ van de Autoriteit Persoonsgegevens volgt dat het up-to-date houden van het besturingssysteem één van die maatregelen is. Verantwoordelijken die persoonsgegevens verwerken moeten bovendien tijdig de oplossingen installeren die de leverancier (in dit geval: Google)

⁹ CBP Richtsnoeren Beveiliging van Persoonsgegevens, februari 2013. Te vinden op: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/rs/rs_2013_richtsnoeren-beveiliging-persoonsgegevens.pdf.

bB

uitbrengt voor beveiligingslekken in de software (zie dagvaarding 31-32). De Autoriteit verwijst in de richtsnoeren naar de Code voor Informatiebeveiliging (NEN-ISO / IEC 27002:2007 nl). Deze is inmiddels vervangen met NEN-EN-ISO/IEC 27002:2017.

77. De CSR stelt in haar Handreiking dat de zorgplicht van verantwoordelijken zich onder meer uitstrekt tot het nemen van passende beveiligingsmaatregelen.

“ Uw bedrijf neemt passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen.

• Uw bedrijf controleert regelmatig of de genomen maatregelen nog steeds voldoende zijn.

• Uw bedrijf heeft een adequate procedure voor het melden, oplossen en opvolgen van beveiligingsincidenten.”

78. Zoals in de dagvaarding (randnummers 33-34) is toegelicht, overweegt de rechtbank Rotterdam in de zaak *ACM tegen KPN*¹⁰ dat KPN geen “passende technische en organisatorische maatregelen” had genomen door niet tijdig updates uit te brengen. De norm waaraan de handelwijze van KPN werd getoetst, namelijk artikel 11.2 en 11.3 Tw, komt overeen met de norm in artikel 13 Wbp. In beide gevallen spreekt de wet van het nemen van “passende technische en organisatorische maatregelen” om de veiligheid en beveiliging van persoonsgegevens te waarborgen. De uitspraak van de rechtbank kan dus worden gebruikt om de norm in artikel 13 Wbp in te vullen en is dus weldegelijk relevant in deze procedure.

Radioapparaten Richtlijn

79. Op grond van artikel 10 Radioapparaten Richtlijn – die reeds is geïmplementeerd in artikel 10.3 Tw¹¹ – dient radioapparatuur zoals smartphones te voldoen aan “essentiële eisen”, waaronder de verplichting om apparatuur te beveiligen (zie dagvaarding, randnummers 132-135). Samsung voldoet niet aan het vereiste veiligheidsniveau nu zij nalaat om een basale veiligheidsmaatregel als het updaten van software door te voeren. Hiermee stelt zij haar gebruikers ten onrechte bloot aan een reëel risico dat persoonsgegevens van gebruikers worden misbruikt.

¹⁰ Rb. Rotterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:22 (*KPN/ACM*).

¹¹ Stb. 21 december 2016, 2015, 525 (*Besluit radioapparaten 2016*).

bB

80. Samsung stelt dat de essentiële eisen alleen gelden wanneer zij radioapparatuur in de handel brengt. Ook op dat moment voldoet Samsung echter niet aan de essentiële eisen. Zoals eerder is toegelicht verkoopt Samsung momenteel smartphones met een verouderd besturingssysteem en geeft zij niet altijd een garantie voor softwareondersteuning. Dit is in strijd met artikel 10.3 Tw.

Zorgvuldigheidsnorm

81. Daarnaast heeft Samsung een verplichting om tijdig, regelmatig en gedurende de economische levensduur van smartphones (kritieke) updates en upgrades te verstrekken op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in artikel 6:162 BW. Op grond van het bekende Kelderluik-arrest¹² rust op Samsung een zorgplicht om de bij haar bekende beveiligingslekken en kwetsbaarheden in software te dichten en daarmee te voorkomen dat gebruikers schade leiden. Door gebruikers bewust bloot te stellen aan veiligheidsrisico's, handelt Samsung onrechtmatig.

82. Hierbij spelen vier omstandigheden een rol. Ten eerste is de kans op schade reëel. Met name de voortschrijdende technologie zal ertoe bijdragen dat kwetsbaarheden sneller en gemakkelijker kunnen worden misbruikt. Ten tweede is de aard en ernst van de schade bij misbruik enorm, aangezien consumenten allerlei (gevoelige) persoonlijke informatie bewaren op hun smartphone. Bij schendingen van de persoonlijke levenssfeer is het ontstaan van immateriële schade bovendien gegeven.¹³ Ten derde worden consumenten op geen enkele wijze, althans zeer minimaal, geïnformeerd over de gevaren van de onveilige smartphones van Samsung. Daar komt bij dat de gebruiker een consument is, waardoor niet of nauwelijks oplettendheid van hem mag en kan worden verwacht.

83. Tot slot kan Samsung de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregel niet afwenden op de consument. Het feit dat het voor Samsung tijdsintensief en duur is om alle toestellen van updates en upgrades te voorzien, is het gevolg van haar eigen commerciële keuze. Samsung heeft er bewust voor gekozen om veel verschillende modellen op de markt te brengen en een eigen softwareschil toe te voegen aan het Android besturingssysteem. Zij dient dan ook de bezwaarlijkheid van de te nemen

¹² HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).

¹³ Zie onder andere HR 4 oktober 2013, *NJ* 2013/479 (*Het Parool/Van P.*).

bB

veiligheidsmaatregelen voor haar rekening te nemen en ervoor te zorgen dat alle modellen veilig en up-to-date zijn.

84. Kortom, ook op grond van artikel 6:162 BW handelt Samsung onrechtmatig jegens de consument door niet, niet tijdig en niet lang genoeg (kritieke) updates en upgrades te verstrekken.

II. Informatieverplichting

85. Naast het aanbieden van updates en upgrades, zowel tijdig als gedurende de economische levensduur van de smartphone, moet Samsung de Nederlandse consument ook (op zijn minst) op duidelijke en ondubbelzinnige wijze informeren over wat hij kan verwachten in termen van updates en upgrades. Door die informatie niet, althans zeer onduidelijk, te verstrekken, maakt Samsung zich wederom schuldig aan een oneerlijke handelspraktijk, namelijk een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d BW en artikel 7 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.
86. Van een misleidende omissie is sprake als “essentiële informatie” wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of “op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze” wordt verstrekt, waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen die hij anders niet had genomen.
87. Als de consument zou weten dat zijn Galaxy S7 edge smartphone waarschijnlijk geen updates meer zal ontvangen, kan dat ertoe leiden dat zijn aankoopbeslissing anders zou uitvallen. Daarnaast kan een consument eerder geneigd zijn een nieuw toestel aan te schaffen als zijn huidige model geen updates en upgrades meer ontvangt.
88. Informatie over het besturingssysteem en de beveiliging daarvan is essentiële informatie voor de consument, die zijn keuze bij de aanschaf van een smartphone aanmerkelijk zou kunnen beïnvloeden. Het besturingssysteem (en de status daarvan) is immers één van de belangrijkste onderdelen van een smartphone.
89. De onderzoeken waarnaar Samsung verwijst, maken dit niet anders. Het feit dat consumenten veiligheid niet in eerste instantie noemen als belangrijkste reden om een smartphone te kopen, betekent niet dat het geen rol speelt bij de aankoopbeslissing.

bB

Als een consument weet dat een smartphone nog maar een aantal maanden van veiligheidsupdates wordt voorzien, dan zal de consument hoogstwaarschijnlijk kiezen voor een andere smartphone die wel gedurende de economische levensduur veilig gebruikt kan worden.

90. Bovendien toont het onderzoek van Samsung juist aan dat consumenten verwachten dat smartphones veilig zijn. Dat is de reden dat zij dit niet opgegeven als doorslaggevende factor voor het kiezen van een smartphone. Het is voor hen vanzelfsprekend.
91. Deze essentiële informatie moet op een duidelijke wijze worden verstrekt. De Artikel 29 Werkgroep op het gebied van gegevensbescherming (de “Werkgroep”), het Europese adviesorgaan op het gebied van bescherming van persoonsgegevens, heeft in haar richtlijn over transparantie het belang van “easily accessible” informatie onderstreept. Volgens de Werkgroep moet informatie makkelijk vindbaar en toegankelijk zijn.

“The “easily accessible” element means that the data subject should not have to seek out the information; it should be immediately apparent to them where this information can be accessed, for example by providing it directly to them, by linking them to it, by clearly signposting it or as an answer to a natural language question.”

92. Specifiek ten aanzien van apps die vooraf geïnstalleerd zijn op een apparaat – of zoals in dit geval ten aanzien van vooraf geïnstalleerde software – stelt de Werkgroep dat informatie niet meer dan “two taps away” moet zijn.

“For apps, the necessary information should also be made available from an online store prior to download. Once the app is installed, the information should never be more than “two taps away”. Generally speaking, this means that the menu functionality often used in apps should always include a “Privacy”/ “Data Protection” option.”

93. Mei 2017 heeft de Autoriteit Persoonsgegevens geconcludeerd dat Facebook op onvoldoende transparante wijze informatie over haar privacy- en veiligheidsbeleid

bB

aanbod, onder meer omdat de informatie verspreid en over via verschillende webpagina's en bronnen was aangeboden.¹⁴

94. Ook de CSR wijst er in de Handreiking op dat bedrijven een actieve informatieplicht hebben om kopers te waarschuwen als de veiligheid en beveiliging van een product minder sterk is of niet meer wordt onderhouden. Deze plicht geldt in het bijzonder als de koper een consument is.

“In sommige gevallen dient u de koper zelfs actief te waarschuwen dat de cybersecurity minder sterk is dan hij mag verwachten of dat de beveiliging van een bepaald product binnenkort niet langer meer zal worden onderhouden. Dit geldt in het bijzonder als u het product of de dienst aan een consument verkoopt. U mag geen belangrijke informatie over cybersecurity achterhouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze verstrekken.”

95. Niet alleen als de beveiliging niet meer wordt onderhouden, maar ook als deze op korte termijn niet meer zal worden onderhouden, geldt volgens de CSR een nadrukkelijke waarschuwingsplicht.

“Het bedrijf waarschuwt indien de cybersecurity minder sterk is dan de koper mag verwachten of indien een bepaald product op korte termijn niet meer zal worden onderhouden.”

96. Uit het feitelijk kader volgt dat Samsung belangrijke informatie over het updatebeleid niet verstrekt of alleen op een onduidelijke en onvindbare wijze. Loos bevestigt in zijn Legal Opinion dat Samsung zich hierdoor schuldig maakt aan een misleidende omissie.

“Deze wijze van presenteren van voor de consument essentiële informatie over een van de belangrijkste kenmerken van het product van Samsung kan worden gekenschetst als een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d lid 3 BW, daar de informatie wel wordt verstrekt, maar op zodanige wijze dat deze in feite nagenoeg verborgen blijft.”

¹⁴ AP: Facebook handelt in strijd met de privacywetgeving, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-facebook-handelt-strijd-met-de-privacywetgeving>, Onderzoeksrapport van 16 mei 2017

bB

97. Daarnaast schendt Samsung haar informatieplicht op grond van artikel 6:230l sub a en g BW (in een verkoopruimte gesloten overeenkomsten) en artikel 6:230m lid 1 sub a en r BW (overeenkomsten op afstand). Deze artikelen bepalen dat de verkoper van een smartphone of van digitale inhoud de consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze informeert over 1) de voornaamste kenmerken van de zaken en diensten die zij aanbiedt en 2) over de functionaliteit van digitale inhoud, met inbegrip van toepasselijke technische beveiligingsvoorzieningen. Het update beleid valt zowel onder de voornaamste kenmerken van de smartphone, als onder de toepasselijke technische beveiligingsvoorziening. Deze bepalingen zijn van dwingend recht (artikel 6:230i lid 1 BW). Samsung mag hier dus niet van afwijken.
98. De verkoper kan de consument niet tegenwerpen dat zij de informatie ook elders zelf had kunnen vinden, bijvoorbeeld door actief op zoek te gaan naar informatie over het updatebeleid van Samsung. Als Samsung haar informatieplicht schendt, kan niet aan de consument worden tegengeworpen dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan.
99. Loos merkt ook op dat Samsung consumenten niet kan tegenwerpen dat zij ook elders informatie over het updatebeleid had kunnen vinden.

“Wanneer Samsung de consument niet informeert over beperkingen ten aanzien van deze onderwerpen, zal de consument mogen verwachten dat de smartphone en de digitale inhoud geschikt zijn voor normaal gebruik daarvan, zo volgt uit artikel 7:17 lid 2 BW – waarover hieronder meer. In dit verband merk ik op dat de verkoper de consument dan niet kan tegenwerpen dat zij de informatie ook elders zelf had kunnen vinden, bijvoorbeeld door actief op zoek te gaan naar informatie over het updatebeleid van Samsung.”

100. De minimale en onduidelijke informatievoorziening die Samsung verstrekt levert aldus een misleidende omissie op en een schending van dwingendrechtelijke bepalingen uit het BW.

Vorderingen

101. Gelet op het voorgaande heeft de Consumentenbond uw rechtbank verzocht voor recht te verklaren dat Samsung door aldus te handelen onrechtmatig heeft gehandeld.

bB

Daarnaast wil de Consumentenbond met haar vorderingen bewerkstelligen dat Samsung tijdig (kritieke) updates en upgrades verstrekt gedurende de normale levensduur van de smartphone en consumenten op een duidelijke wijze informeert over haar update- en upgradebeleid.

102. Deze vorderingen druisen niet in tegen de scheiding der machten en vragen niet van de rechtbank om de rol van de wetgever over te nemen. Open normen kunnen door de rechter worden geconcretiseerd, zoals Loos ook terecht aangeeft.

“Anders dan Samsung meent, kan deze norm door de rechter echter worden geconcretiseerd, ook als dat ertoe zou kunnen leiden dat de geconcretiseerde norm zou moeten ‘worden toegepast op smartphone-fabrikanten in het algemeen’ (conclusie van antwoord, nr. 4.9): een dergelijke ontwikkeling van een geconcretiseerde norm is immers wel vaker het gevolg van rechtspraak: in het verleden is op soortgelijke wijze uit deze bepaling afgeleid dat de koper van een tweedehands auto mag verwachten dat de auto veilig is om te worden gebruikt op de openbare weg.”

103. De vorderingen zijn, anders dan Samsung stelt, niet alleen toekomstgericht. De vorderingen zien namelijk niet op het moment dat daadwerkelijk misbruik gemaakt wordt van een kwetsbaarheid in de software op de smartphones van Samsung, maar op het reële risico waaraan Samsung haar gebruikers blootstelt door geen updates en upgrades meer te verstrekken. Dit risico speelt nu al en is onrechtmatig jegens consumenten. Ook schendt Samsung nu al haar informatieverplichtingen. De Consumentenbond heeft dus wel degelijk een belang in de zin van artikel 3:303 BW.

104. Daar komt bij dat preventieve onrechtmatigedaadsvorderingen ook gevorderd kunnen worden, zoals Loos ook opmerkt in zijn Legal Opinion.

“Hoewel de vordering betrekking heeft op (gestelde) tekortkomingen van Samsung in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens afzonderlijke consumenten, moet de vordering van de Consumentenbond worden aangemerkt als een onrechtmatigedaadsvordering. Een dergelijke vordering kan ook worden ingesteld als de onrechtmatige gedraging nog niet heeft plaatsgevonden, maar slechts sprake is van een dreigende onrechtmatige

bB

daad. Vereist is slechts dat er een voldoende reële dreiging is dat een onrechtmatige daad zal plaatsvinden.

[...]

Voor zover Samsung in de conclusie van antwoord (punten 7.8-7.10) zou bedoelen te betogen dat de vorderingen van de Consumentenbond slechts toewijsbaar zijn indien de Consumentenbond concrete, thans bestaande gebreken in de besturingssoftware aantoonde waardoor consumenten schade (kunnen) lijden, zou die stelling van Samsung naar mijn oordeel de aard van de door de Consumentenbond ingestelde procedure miskennen: dergelijke concrete gebreken en schade kunnen naar de aard van de zaak niet worden vastgesteld voordat zij zich voordoen, terwijl de vordering van de Consumentenbond er juist op is gericht dergelijke schade te voorkomen. De mogelijkheid van een preventieve onrechtmatigedaadsvordering dient juist om dat doel mogelijk te maken.”

105. Verder stelt Samsung dat de Consumentenbond haar termijnen in de vorderingen onvoldoende heeft onderbouwd. Dit is onjuist. Een termijn van een maand voor het verstrekken van (kritieke) updates, te rekenen vanaf het moment dat Samsung door Google op de hoogte wordt gesteld van zowel de kwetsbaarheid als de patch, sluit aan bij de termijn die Samsung momenteel al voor een select aantal toestellen hanteert. Handelt Samsung niet binnen een termijn van één maand, dan stelt zij haar gebruikers onnodig bloot aan het risico dat kwetsbaarheden worden misbruikt door kwaadwillenden. Dit risico is onrechtmatig jegens consumenten. Samsung wil dat echter niet, omdat haar business model dan in gevaar komt. Zij vindt het eenvoudigweg te kostbaar.
106. Ook de termijnen van vier jaar te rekenen vanaf het moment van de introductie op de markt en/of twee jaar na het moment van verkoop zijn redelijk en voldoende onderbouwd door de Consumentenbond. De termijnen sluiten aan bij de verwachte levensduur van smartphones, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat veel modellen een aantal jaar na introductie nog steeds worden verkocht (ook door Samsung). Het feit dat de levensduur in de toekomst kan variëren, maakt dit niet anders. De levensduur zal in de toekomst alleen maar langer worden, zoals het onderzoek van de FTC ook bevestigt. Daarom is de minimum termijn die de Consumentenbond vordert in deze procedure redelijk én toekomstbestendig.

bB

107. Opvallend is dat Samsung niet aangeeft welke termijnen wel haalbaar zouden zijn voor haar. Samsung wil op geen enkel punt erkennen dat er verbeteringen mogelijk zijn. Terwijl zij toch gaandeweg deze procedure een beperkt aantal verbeteringen heeft aangebracht. Het zou Samsung sieren wanneer zij niet om de hete brij heen draait en toegeeft dat het geen onmacht is maar onwil. Zij wil niet meer doen omdat haar concurrenten ook niet meer doen. Om die reden wil Samsung ook niet dat een veroordelend vonnis uitvoer bij voorraad wordt verklaard: het zou haar marktpositie aantasten. Samsung is na Google en Apple, het meest waardevolle bedrijf wereldwijd. Haar kopers zijn al die jaren een commercieel erg interessant testpanel voor haar geweest. Nu is het tijd dat de Zuid Koreanen hun verantwoordelijkheid nemen.
108. De Consumentenbond verzoekt uw rechtbank het bewijsaanbod van Samsung te passeren, nu het slechts gaat om technisch bewijs van beveiligingsexperts binnen Samsung. De Consumentenbond daarentegen heeft Prof. Jacobs onder anderen als deskundige opgevoerd, wereldwijd een onbetwiste autoriteit op dit gebied.

MET CONCLUSIE

Toewijzing van de vorderingen van de Consumentenbond, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, met veroordeling van Samsung in de kosten van de procedure.

Deze zaak wordt behandeld door
Mr. Chr.A. Alberdingk Thijm en mr. S.C. van Velze

bureau Brandeis
Sophialaan 8 1075 BR Amsterdam The Netherlands
T: 020 7606 505 / F: 020 7 606 555
info@bureaubrandeis.com / bureaubrandeis.com