

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/199629>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-26 and may be subject to change.

Oneerlijke handelspraktijken

Rb. Den Haag 30 mei 2018

(*mr. L. Alwin, mr. M.L. Harmsen en mr. T.J. de Graaf*)

ECLI:NL:RBDHA:2018:6310

(*Consumentenbond/Samsung*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *cybersecurity*
- *oneerlijke handelspraktijken*
- *software*

3. Het geschil

3.1. Consumentenbond vordert, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat Samsung in strijd handelt met de zorgvuldigheid die van haar in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht en/of in strijd met de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 7:17 Burgerlijk Wetboek (BW) en/of artikel 13 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en/of de Radioapparaten Richtlijn en/of artikel 6:193b e.v. BW, een en ander door te handelen als in het lichaam van de dagvaarding omschreven, in het bijzonder door de software op haar smartphones niet gedurende de normale levensduur van de smartphones, althans gedurende een periode van vier jaar te rekenen vanaf het moment van de introductie op de markt, te voorzien van (kritieke) updates en/of upgrades en/of haar smartphones niet tijdig te voorzien van (kritieke) updates, althans niet binnen een maand na bekendwording met de kwetsbaarheid en de patch (update) van Google die de kwetsbaarheid beoogt weg te nemen;

II. te verklaren voor recht dat Samsung in strijd handelt met de zorgvuldigheid die van haar in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht en/of met de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 6:193d BW en/of artikel 6:193 BW, door consumenten voordat zij een smartphone aanschaffen niet, althans niet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze, te informeren over (i) de versie van het besturingssysteem en/of de vraag of dit de meest recente versie is en/of (ii) de vraag of en, zo ja, tot welke periode het toestel (kritieke) updates en/of upgrades ontvangt en/of (iii) de gevolgen hiervan voor de consument en/of (iv) de termijn waarbinnen de consument dergelijke (kritieke) updates en/of upgrades kan verwachten;

III. Samsung te bevelen alle smartphones in Nederland gedurende een periode van vier jaar na de introductie op de markt en/of twee jaar na het moment van verkoop door Samsung of via een retailkanaal te voorzien van updates die kwetsbaarheden in de software repareren, althans updates die een door Google als 'kritiek' aangemerkt beveiligingslek in het Android besturingssysteem repareren, steeds binnen een maand nadat de update door Google beschikbaar is gesteld, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bevel;

IV. Samsung te bevelen alle smartphones in Nederland gedurende een periode van vier jaar na de introductie op de markt en/of twee jaar na het moment van verkoop door Samsung of via een retailkanaal te voorzien van upgrades, binnen een termijn van drie maanden na het

uitbrengen door Google van de upgrade; althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bevel;

V. Samsung te bevelen consumenten voordat zij een smartphone aanschaffen op duidelijke en ondubbelzinnige wijze te informeren over het update- en upgradebeleid, in het bijzonder over (i) de versie van het besturingssysteem op de smartphone en/of de vraag of dit de meest recente versie is en/of (ii) de vraag of en, zo ja, tot welke periode de betreffende smartphone (kritieke) updates en/of upgrades ontvangt en (iii) de gevolgen hiervan voor de consument en/of (iv) de termijn waarbinnen de consument dergelijke (kritieke) updates en/of upgrades kan verwachten, door de informatie onder (i) en (ii) per smartphone op te nemen in het blok met de belangrijkste productspecificaties ('tech specs') op de website van Samsung en in de (gedrukte) gebruikershandleiding bij de smartphone en door de informatie onder (iii) en (iv) op te nemen in een helder en goed vindbaar beleid op de website van Samsung en in de (gedrukte) gebruikershandleiding bij de smartphone, een en ander in op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bevel;

VI. Samsung in de kosten van deze procedure te veroordelen.

3.2. De Consumentenbond legt aan haar vorderingen het volgende ten grondslag.

Veel Samsung-toestellen draaien niet op de laatste (of zelfs maar de op één na laatste versie) van Android. Samsung stelt slechts voor een select aantal toestellen maandelijks updates beschikbaar. De overige toestellen van Samsung ontvangen met grote vertraging of helemaal geen updates. Er zijn momenteel Samsung toestellen te koop die nog slechts een paar maanden softwaresupport (updates en upgrades) krijgen. Samsung doet consumenten geen enkele concrete toezegging over de vraag of zij updates en upgrades kunnen verwachten en, zo ja, binnen welke termijn.

Door updates en upgrades niet en/of niet tijdig beschikbaar te stellen, althans niet voor de gehele levensduur van het toestel, stelt Samsung consumenten bloot aan mogelijk misbruik door kwaadwillenden. Die handelwijze van Samsung is strijdig met het leerstuk van non-conformiteit als bedoeld in artikel 7:17 BW, de zorgplicht ten aanzien van beveiliging van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 13 Wbp, het verbod op oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193b BW), de Radioapparaten Richtlijn en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer van haar verwacht mag worden (artikel 6:162 BW).

Naast het tijdig aanbieden van updates en upgrades, moet Samsung de Nederlandse consument ook op duidelijke en ondubbelzinnige wijze informeren over wat hij kan verwachten in termen van upgrades en updates. Door die informatie niet, althans zeer onduidelijk, te verstrekken, maakt Samsung zich (opnieuw) schuldig aan een oneerlijke handelspraktijk, meer specifiek een misleidende omissie, in de zin van artikel 6:193d BW en artikel 7 van richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

3.3. Samsung voert gemotiveerd verweer.

4. De beoordeling

Inleiding

4.1. De zaak komt in de kern neer op het verwijt van de Consumentenbond (1) dat Samsung in het kader van haar updatebeleid te weinig doet om veiligheidsrisico's voor gebruikers van Samsung smartphones af te wenden en (2) dat Samsung de Nederlandse consument onvoldoende informeert over haar updatebeleid. De Consumentenbond stelt dat de rechtbank 'met deze zaak de gelegenheid heeft zich uit te spreken over de veiligheid en informatieverplichtingen binnen een domein dat in toenemende mate ons dagelijks leven beheerst.' De Consumentenbond heeft de vorderingen ingesteld in een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW, waarbij zij volgens haar toelichting uitsluitend opkomt voor het gebundeld belang van consumenten die een Samsung smartphone hebben en niet voor een eigen statutair belang.

4.2. Niet ter discussie staat dat het onderwerp waarvoor de Consumentenbond aandacht vraagt met haar vorderingen tegen Samsung – de algemene veiligheid van de door consumenten gebruikte smartphones in verband met (eventuele) kwetsbaarheden in de software van deze toestellen – van groot maatschappelijk belang is. Vele consumenten kunnen immers worden blootgesteld aan de veiligheidsrisico's van kwetsbaarheden in de software. Evenmin ter discussie staat dat het in algemene zin van belang is dat consumenten zich van deze risico's bewust zijn.

4.3. Dit gewichtige maatschappelijk belang, dat onmiskenbaar wordt gediend met de vorderingen, betekent niet dat de Consumentenbond zonder meer ontvankelijk is in die vorderingen en dat deze moeten worden toegewezen. Evenmin dienen deze vorderingen, waarmee de Consumentenbond volgens Samsung de rechtbank feitelijk vraagt om op de stoel van de wetgever te gaan zitten, reeds niet-ontvankelijk te worden verklaard dan wel te worden afgewezen, omdat het beoordelen daarvan en het daarop beslissen de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat, zoals Samsung betoogt. Beoordeeld dient te worden of de Consumentenbond voldoende concreet belang heeft bij haar vorderingen. Vervolgens is aan de orde of voldoende grond bestaat voor toewijzing daarvan, waarbij het erop aankomt of Samsung kan worden verweten dat zij onrechtmatig handelt door niet in alle gevallen binnen de door de Consumentenbond genoemde termijn updates en upgrades door te voeren en daarover onvoldoende voorlichting te verstrekken. Het belang bij en de toewijsbaarheid van de vorderingen dient te worden getoetst aan het daarvoor geldende civielrechtelijk kader. Daarbij heeft te gelden dat het op de weg van de Consumentenbond ligt om een en ander voldoende concreet te stellen en te onderbouwen. De rechtbank zal dit nu beoordelen.

Ontvankelijkheid Consumentenbond

4.4. Van de verste strekking is het verweer van Samsung dat de Consumentenbond in haar vorderingen niet-ontvankelijk is. Samsung voert daartoe aan dat de onder I en II gevorderde verklaringen voor recht zodanig ruim zijn geformuleerd dat in *alle* daardoor bestreken gevallen

onder *alle* omstandigheden sprake is van onrechtmatigheid. Volgens Samsung kan de beoordeling van de op de toekomst gerichte vorderingen niet worden losgezien van thans nog onbekende specifieke omstandigheden van het geval. In zoverre zijn de vorderingen van de Consumentenbond te onbepaald, aldus Samsung. In de visie van Samsung brengt dit met zich dat de Consumentenbond ten aanzien van de onder I en II gevorderde verklaringen voor recht niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Hetzelfde geldt volgens Samsung voor de bevelen die de Consumentenbond onder III, IV en V vordert, omdat die bevelen volledig afhankelijk zijn van (toewijzing van) de verklaringen voor recht. De rechtbank overweegt als volgt.

4.5. Voorop gesteld wordt dat een verklaring voor recht die ziet op handelingen die nog niet hebben plaatsgevonden op zodanige wijze moet zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarop de gevorderde verklaring ziet, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatigheid opleveren en de vraag of zij geen onrechtmatigheid opleveren ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is die verklaring onvoldoende concreet omschreven. In dat geval komt zij nimmer voor toewijzing in aanmerking. Dit brengt met zich dat de eisende partij onvoldoende belang heeft bij de daartoe strekkende vordering en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Voor de toewijzing van een gebod dat betrekking heeft op toekomstige handelingen is bovendien vereist dat er een concreet belang bestaat in die zin dat er een reële dreiging van onrechtmatig handelen van Samsung bestaat dat vergt dat – ter afwending daarvan – de gevorderde geboden worden opgelegd (vgl. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002, 217).

4.6. De vorderingen onder I en II hebben blijkens hun formulering mede betrekking op handelingen van Samsung die nog niet hebben plaatsgevonden. Vanwege de voortschrijdende ontwikkelingen in de techniek zullen deze mogelijk toekomstige handelingen betrekking hebben op toekomstige versies van Android en van de door Samsung op de markt gebrachte smartphones en de daarop geïnstalleerde software, en zich in de toekomst voordoende kwetsbaarheden en risico's. Terecht betoogt Samsung dan ook dat de beoordeling van de onrechtmatigheid van toekomstige handelingen in dit geval niet kan worden losgezien van thans nog onbekende specifieke (technische) omstandigheden van het geval, onder meer ten aanzien van de aard en ernst van concrete kwetsbaarheden in (toekomstige versies van) Android en het type smartphone van Samsung waarover consumenten komen te beschikken en de daarop geïnstalleerde software. De Consumentenbond heeft dit ook niet weersproken. Ten aanzien van deze nog onbekende specifieke (technische) omstandigheden van het geval heeft de Consumentenbond ook niets concreet gesteld – anders dan het niet ter discussie staande gegeven dat software kwetsbaarheden kan bevatten die veiligheidsrisico's kunnen opleveren voor smartphones, waaronder die van Samsung. Vanwege

deze thans nog onbekende specifieke (technische) omstandigheden van het geval, is het niet mogelijk om op voorhand te beoordelen of de in de onder I en II gevorderde verklaringen voor recht omschreven handelingen van Samsung in de toekomst onder alle omstandigheden onrechtmatigheid zullen opleveren. Het enkele feit dat software kwetsbaarheden kan bevatten die veiligheidsrisico's kunnen opleveren voor smartphones, waaronder die van Samsung, is in dit verband onvoldoende. Daarmee zijn die verklaringen, voor zover zij op de toekomst zien, onvoldoende concreet omschreven. Daardoor kunnen zij niet voor toewijzing in aanmerking komen. Hetzelfde geldt voor de vorderingen onder III tot en met IV voor zover deze betrekking hebben op de toekomst, aangezien, in het verlengde van het voorgaande, niet kan worden vastgesteld dat een reële dreiging van onrechtmatig handelen van Samsung bestaat die vergt dat – ter afwijking daarvan – de gevorderde geboden worden opgelegd. Dit brengt met zich dat de Consumentenbond onvoldoende belang heeft bij haar vorderingen I tot en met IV voor zover deze betrekking hebben op toekomstig handelen van Samsung. De Consumentenbond zal daarin niet-ontvankelijk worden verklaard.

4.7. Voor zover de verklaringen voor recht betrekking hebben op de handelwijze van Samsung in het verleden en heden, heeft de Consumentenbond wel belang bij haar vorderingen. Deze voldoen ook aan de eisen die artikel 3:305a BW stelt voor het instellen van een collectieve actie. Hoewel deze verklaringen betrekking hebben op een grote verscheidenheid van gevallen – vele verschillende smartphones alsmede kwetsbaarheden en veiligheidsrisico's van verschillende aard en met uiteenlopende mate van ernst – laten de belangen die de vorderingen beogen te dienen zich in voldoende mate veralgemeniseren om te kunnen worden gerekend tot de gelijksoortige belangen waarop artikel 3:305a BW het oog heeft. Voor zover de vorderingen I en II betrekking hebben op het verleden en het heden lenen zij zich daarmee voldoende voor bundeling van belangen in een collectieve actie. Dat geldt ook voor de vorderingen III tot en met V voor zover zij betrekking hebben op het heden. In zoverre kan de Consumentenbond dus in haar vorderingen worden ontvangen.

Updatebeleid Samsung – vorderingen I, III en IV

4.8. Vordering I betreft een verklaring voor recht dat Samsung, kort gezegd, in strijd handelt met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt en met haar wettelijke verplichtingen, door de smartphones die zij aanbiedt niet gedurende de normale levensduur van de smartphone en/of niet tijdig van updates en upgrades te voorzien. Met vorderingen III en IV wil de Consumentenbond bewerkstelligen dat Samsung tijdig updates en upgrades voor de software op haar smartphones verstrekt gedurende de normale levensduur van de smartphone, in ieder geval kritieke updates.

4.9. Welbeschouwd vereisen alle juridische grondslagen en kwalificaties die de Consumentenbond voor vordering I heeft opgevoerd (i) dat er een reëel veiligheidsrisico voor gebruikers van Samsung smartphones bestaat en (ii) dat Samsung feitelijk te weinig doet ter bestrijding van die

risico's omdat zij niet in alle gevallen gedurende de door de Consumentenbond genoemde periode en binnen de door de Consumentenbond genoemde termijn upgrades en updates doorvoert. Het is aan de Consumentenbond, die zich op het rechtsgevolg beroept, om concreet te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan die beide voorwaarden is voldaan.

4.10. Partijen zijn het op zichzelf erover eens dat kwetsbaarheden ('vulnerabilities') inherent zijn aan software en dus ook aan Android. Evenmin is in geschil dat deze kwetsbaarheden in sommige gevallen kwaadwillenden toegang kunnen verschaffen tot (data op) een smartphone. De meest ernstige kwetsbaarheden in Android krijgen van Google de kwalificatie 'critical'. Andere kwalificaties zijn 'high', 'moderate' en 'low'. Ter zitting heeft de Consumentenbond toegelicht dat haar vorderingen uitsluitend betrekking hebben op kwetsbaarheden van het hoogste dreigingsniveau (critical).

4.11. Samsung heeft aan de hand van verklaringen van haar medewerkers [A] (Vice President of Mobile Security Technologies) en [B] (Senior Security Engineer, Mobile Security Technology Group) toegelicht dat als een kwaadwillende van een kwetsbaarheid in Android gebruik wil maken, hij een 'exploit' nodig heeft om toegang te krijgen tot de smartphone en vervolgens iets te kunnen doen met de data waartoe hij toegang heeft verkregen. De Consumentenbond heeft deze toelichting niet weersproken. Voorts staat als onweersproken vast dat het ontwikkelen van exploits grote investeringen in tijd, inspanning en knowhow vergt en dat in de regel voor elk type smartphone en voor elke Android-versie een specifieke exploit ontwikkeld moet worden. Samsung heeft in dat verband aangevoerd dat risicovol handelen van gebruikers zelf, te weten openen van (besmette bijlagen bij) phishing-emails en het installeren van met malware geïnfecteerde apps door gebruikers, voor kwaadwillenden veel eenvoudigere en profijtelijkere methoden zijn en verhoudingsgewijs een veel grotere bedreiging vormen dan het gebruik maken van in Android aanwezige kwetsbaarheden door middel van exploits die niet worden getriggerd door handelen van gebruikers. Ter onderbouwing van het door haar bedoelde reële gevaar van kwetsbaarheden in Android heeft de Consumentenbond gewezen op de door Google in 2015 als critical aangemerkte kwetsbaarheden Stagefright en Stagefright 2.0. Samsung bestrijdt niet dat deze kwetsbaarheden gebruikers van haar smartphones hebben blootgesteld aan gevaren, maar zij voert aan dat – hetgeen de Consumentenbond op haar beurt niet heeft weersproken – voor zover bekend nooit enig feitelijk misbruik van Stagefright is gemaakt en dat zij de kwetsbaarheden heeft verholpen. De Consumentenbond heeft in haar dagvaarding verder de kwetsbaarheden 'Fake ID', 'TowelRoot', 'ObjectInputStream deserializable' en 'One class to rule them all' kort genoemd, maar zij heeft niet gesteld dat deze kwetsbaarheden destijds als critical zijn geclassificeerd en een reëel veiligheidsrisico voor gebruikers van Samsung smartphones hebben opgeleverd.

4.12. De rechtbank leidt uit het voorgaande af dat kwetsbaarheden in Android die door Google als critical

zijn aangemerkt, in theorie risicovol voor consumenten kunnen zijn. De Consumentenbond heeft naar het oordeel van de rechtbank tegenover de gemotiveerde betwisting van Samsung onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat *elke* door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheid gebruikers van Samsung smartphones, mede gelet op door Samsung aangebrachte wijzigingen in en toevoegingen aan de betreffende Android-versie, *automatisch* blootstelt aan reële veiligheidsrisico's. Daarom kan niet als vaststaand worden aangenomen dat een door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheid zonder meer leidt tot een daadwerkelijk gevaar voor deze consumenten.

4.13. Aan de orde is dan de vraag of Samsung, gelet op de veiligheidsrisico's die verbonden *kunnen* zijn aan door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheden in Android, feitelijk onvoldoende doet om deze risico's bij haar smartphones tegen te gaan. De Consumentenbond beantwoordt deze vraag bevestigend en stelt dat veel Samsung-toestellen niet op de laatste versie van Android draaien. Samsung stelt slechts voor een select aantal toestellen maandelijks updates beschikbaar en haar overige toestellen ontvangen met grote vertraging of helemaal geen updates, aldus de Consumentenbond. Samsung behoort volgens de Consumentenbond binnen één maand nadat Google updates beschikbaar heeft gesteld, deze updates op haar smartphones door te voeren. In de visie van de Consumentenbond is voor het doorvoeren van *upgrades* van Android een periode van drie maanden redelijk en realistisch. De Consumentenbond baseert haar standpunt op resultaten van eigen onderzoek, een schriftelijke verklaring van prof. dr. [X] (hoogleraar computerbeveiliging aan de Radboud Universiteit), recente ontwikkelingen in binnen- en buitenland op het gebied van cybersecurity en op mediaberichten uit 2017 en 2018. Samsung ziet dit anders en betoogt, onder verwijzing naar de technische beschrijving door [B] en [A] van de achtergronden van kwetsbaarheden en van haar update- en upgradeproces, dat zij een voldoende robuust en evenwichtig systeem heeft om haar smartphones veilig te houden.

4.14. Niet ter discussie staat dat in dit verband van Samsung kan worden verwacht dat zij voldoende adequaat en doeltreffend optreedt tegen de hiervoor omschreven veiligheidsrisico's van door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheden. Wat voldoende en adequaat en doeltreffend is, wordt mede bepaald door de aard en de ernst van de zich daadwerkelijk/reëel voordoende veiligheidsrisico's. Voor toewijzing van de vorderingen is alleen plaats als de conclusie luidt dat Samsung feitelijk te weinig doet ter bestrijding van de veiligheidsrisico's door niet in alle gevallen gedurende de door de Consumentenbond genoemde periode en binnen de door de Consumentenbond genoemde termijn upgrades en updates door te voeren. De rechtbank zal dat nu beoordelen.

4.15. Vast staat dat Samsung veel verschillende smartphone modellen produceert en dat zij de door Google ontwikkelde Android-kern, met het oog op (toevoeging van) specifieke functionaliteiten, op haar smartphones heeft voorzien van een door haar ontwikkelde 'software-schil'. Dat heeft tot gevolg dat de door Google ontwik-

kelde patches eerst door Samsung moeten worden getest en zo nodig aangepast en/of aangevuld voordat deze als updates of upgrades op haar smartphones kunnen worden geïnstalleerd, teneinde er (zo veel mogelijk) voor te zorgen dat die patches niet tot incompatibiliteit met de softwareschil leiden. Meer in het bijzonder volgt uit de technische verklaringen van [B] en [A], die door de Consumentenbond niet concreet zijn weersproken, dat Samsung voor het ontwikkelen van updates afhankelijk is van Google voor het aanleveren van patches voor de Android-kern. Ook kan Samsung in bepaalde gevallen afhankelijk zijn van leveranciers van chipsets. De door Google aangeleverde patches moeten door Samsung voor ieder uitgebracht model worden aangepast en/of aangevuld en vervolgens worden onderworpen aan tests die Google aan Samsung oplegt, waarna telecomproviders een laatste controle uitvoeren, vóórdat de update daadwerkelijk kan worden uitgerold voor het downloaden en installeren door gebruikers. Voor zover de Consumentenbond een vergelijking heeft willen maken met de door Google en Apple geproduceerde smartphones – in welke gevallen de smartphone en het besturingssysteem van éénzelfde producent afkomstig zijn – gaat deze vergelijking dus mank.

Hieruit volgt dat het update- en upgradeproces een complex proces is waarbij veel partijen betrokken zijn. Het ligt voorts in de rede dat de werkelijke doorlooptijd van een update of upgrade niet steeds gelijk is, maar afhangt van (onder meer) het aantal patches dat hierin moet worden verwerkt, de technische complexiteit van de update/upgrade en de versie van ieder model smartphone. Ook heeft Samsung genoegzaam toegelicht dat zij niet al haar smartphone modellen tegelijkertijd het update- en upgradeproces kan laten doorlopen en dat zij op basis van het concrete dreigingsniveau en technische- en economische afwegingen daarin prioriteiten mag en moet aanbrengen. De Consumentenbond heeft voorts niet bestreden dat een nieuwe versie van Android (een upgrade) niet altijd op oudere smartphones kan worden geïnstalleerd of oudere smartphones trager kan maken, alsmede dat een upgrade niet noodzakelijkerwijs de beveiliging verhoogt. Bij dit alles is van belang, zoals Samsung onweersproken heeft aangevoerd, dat officiële professionele standaarden voor het verstrekken van updates en upgrades ontbreken.

Dat een doorlooptijd van maximaal één maand voor updates en maximaal drie maanden voor upgrades redelijk en realistisch is, is door de Consumentenbond in het licht van het voorgaande onvoldoende (concreet) uitgelegd en onderbouwd. Dat Samsung te traag is met het doorvoeren van updates en upgrades of deze ten onrechte achterwege laat, zoals de Consumentenbond Samsung in de kern verwijt, is daarmee niet komen vast te staan. De door de Consumentenbond overgelegde stukken zijn weinig specifiek en bieden, gegeven de technische toelichting door Samsung, geen van alle concrete en overtuigende aanknopingspunten voor een andersluidend oordeel.

4.16. Bij deze stand van zaken kan dus niet worden gezegd dat Samsung feitelijk te weinig doet om de veiligheidsrisico's van door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheden in Android te bestrijden door niet in alle gevallen gedurende de door de Consumentenbond ge-

noemde periode en binnen de door de Consumentenbond genoemde termijn upgrades en updates door te voeren. Ook is niet komen vast te staan dat Samsung consumenten blootstelt aan een reëel risico van mogelijk misbruik door kwaadwillenden. Daarmee kan onbesproken blijven of die handelwijze van Samsung strijdig is met het leerstuk van non-conformiteit als bedoeld in artikel 7:17 BW, de zorgplicht ten aanzien van beveiliging van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 13 Wbp, het verbod op oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193b BW), de Radioapparaten Richtlijn en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer van haar verwacht mag worden (artikel 6:162 BW).

4.17. Het voorgaande leidt tot afwijzing van de vorderingen I, III en IV.

Informatievoorziening Samsung – vorderingen II en V

4.18. De Consumentenbond verwijt Samsung voorts dat zij consumenten (naar de rechtbank begrijpt: op de Nederlandse website van Samsung) op geen enkele wijze, althans zeer minimaal, informeert over de gevaren van onveilige smartphones. Daar komt bij, aldus de Consumentenbond, dat de gebruiker consument is, waardoor niet of nauwelijks oplettendheid van hem mag en kan worden verwacht. In de visie van de Consumentenbond maakt Samsung zich daarmee schuldig aan een oneerlijke handelspraktijk, meer specifiek een misleidende omissie, in de zin van artikel 6:193d BW en artikel 7 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

4.19. In de periode tussen het uitbrengen van de dagvaarding en het wijzen van dit vonnis is de website van Samsung gewijzigd. De rechtbank beoordeelt de vorderingen naar de stand van zaken tijdens de zitting, aan de hand van de tijdens de zitting tezamen met partijen bekeken website van Samsung, waarvan de relevante passages hiervoor onder de vaststaande feiten zijn geciteerd.

4.20. Deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de Consumentenbond ook niet kan worden gevolgd in dit verwijt. Daargelaten of informatie over updates en upgrades kan worden aangemerkt als ‘essentiële informatie’ in de zin van artikel 6:193d BW – hetgeen Samsung gemotiveerd betwist en de rechtbank hier onbesproken laat – geeft Samsung naar het oordeel van de rechtbank met de in 2.12 tot en met 2.16 bedoelde pagina’s op haar website op een voor een gemiddelde consument toegankelijke wijze toereikende informatie over veiligheidsrisico’s en het belang van het installeren van updates en upgrades. Ook heeft Samsung op de ‘dedicated product pages’ per smartphone voor de gemiddelde consument voldoende toegankelijk en inzichtelijk gemaakt wat hij kan verwachten ten aanzien van de periode van ondersteuning met updates en upgrades. De rechtbank deelt ook niet de opvatting van de Consumentenbond dat de consument – samengevat – te veel moeite moet doen om deze informatie te achterhalen, omdat daartoe teveel moet worden ‘doorgeklikt’ en ‘doorgeschild’. De rechtbank neemt

daarbij mede in aanmerking dat de ‘maatman-consument’ waarop de onder meer door de Consumentenbond ingeroepen artikel 6:193a e.v. BW zien, een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument is, van wie verwacht mag worden dat hij bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen, waarbij denkbaar is dat informatie langs verschillende wegen wordt aangeboden. De gemiddelde consument wordt in beginsel geacht in staat te zijn om verstrekte informatie op waarde te schatten, om zo nodig nadere informatie te zoeken en om vervolgens informatie uit verschillende bronnen met elkaar in verband te brengen; enige onderzoeksplicht is inherent aan de maatstaf van de gemiddelde consument. In dit verband is van belang dat Samsung met de banner op het beginscherm nadrukkelijk de aandacht vestigt op de (periode van de) door haar geboden softwareondersteuning. Daarmee is voor een ieder duidelijk hoe lang Samsung deze ondersteuning biedt. De gemiddelde consument die meer informatie daarover wenst, kan deze informatie op eenvoudige wijze verkrijgen door via de in de website aangebrachte links door te klikken naar de relevante informatie en de productspecificaties en deze informatie vervolgens te lezen. Het onderzoek dat hij daartoe moet doen – door door te klikken en de op de website aangeboden informatie te lezen – valt binnen de marges van wat in redelijkheid van de gemiddelde consument kan worden verwacht.

4.21. Het desbetreffende verwijt van de Consumentenbond treft dus geen doel. Dat betekent dat de vorderingen II en V zullen worden afgewezen.

Slotsom

4.22. Het voorgaande leidt tot niet-ontvankelijkheid van de Consumentenbond voor zover haar vorderingen betrekking hebben op toekomstige handelingen en tot afwijzing van de vorderingen voor het overige met veroordeling van de Consumentenbond in de proceskosten van Samsung. Die proceskosten worden tot aan deze uitspraak begroot op € 1.704,- (€ 618,- aan griffierecht en € 1.086,- aan kosten voor de advocaat (2 punten volgens tarief II).

NOOT

1. Google werkt het Android-besturingssysteem maandelijks bij. Het bedrijf repareert kwetsbaarheden in de beveiliging en voegt nieuwe functionaliteiten toe. Het stelt het besturingssysteem, inclusief deze ‘updates’ en ‘upgrades’, ter beschikking aan de fabrikanten van telefoons. De telefoons van Samsung gebruiken Android. Een door Samsung ontwikkelde ‘softwareschil’ maakt dit besturingssysteem geschikt voor deze telefoons. Als Google een nieuwe versie ter beschikking stelt, moet deze update in de schil worden verwerkt. Ieder model heeft een eigen softwareschil en moet daarom apart worden geüpdatet. Samsung doet dit echter niet altijd even consequent.¹ De Consumentenbond wijst in het bijzonder op de door Google als ‘kritiek’ aangemerkte ‘Stagefright’-kwetsbaarheid. Dit beveiligingslek maakt het mogelijk om (op afstand) toegang tot en controle over de telefoons te krijgen.

1. Zie hierover uitgebreider de dagvaarding en pleitnota voor de Consumentenbond, beschikbaar via www.consumentenbond.nl/acties/updates (laatst bezocht 17 september 2018).

Google stelde een week na de ontdekking een update beschikbaar. Samsung heeft echter meer dan drie maanden gedaan over het updaten van zijn toestellen.

De Consumentenbond vordert een gerechtelijk bevel en een verklaring voor recht. Hij eist dat Samsung de beveiliging blijft updaten gedurende de normale levensduur van de telefoons, althans gedurende een periode van vier jaar vanaf het moment van de introductie op de markt en/of twee jaar na het moment van verkoop. Hij verlangt in het bijzonder dat Samsung de beveiligingslekken die Google als 'kritiek' aanmerkt, repareert binnen een maand nadat Google de update beschikbaar heeft gesteld. De Consumentenbond eist daarnaast dat Samsung de telefoons gedurende deze periode voorziet van upgrades. Hij vordert ten slotte dat Samsung de consumenten voordat zij een telefoon aanschaffen op duidelijke en ondubbelzinnige wijze informeert over het update- en upgradebeleid. Deze vorderingen zijn in Rb. Amsterdam (vzr.) 8 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1175 in kort geding afgewezen op grond van het ontbreken van spoedeisend belang. Ook de Rechtbank Den Haag wijst in deze bodemprocedure alle vorderingen af. De Consumentenbond gaat niet in hoger beroep.

2. De Consumentenbond baseert zijn vorderingen met betrekking tot het verstrekken van updates en upgrades op de maatschappelijke zorgvuldigheid, conformiteit, de beveiliging van persoonsgegevens, de radioapparaten richtlijn en oneerlijke handelspraktijken. De vraag of deze grondslagen een verplichting tot het verstrekken van beveiligingsupdates in het leven roepen, hebben Verbruggen en ikzelf reeds besproken.² Over het bestaan van de verplichting bestaat in deze procedure geen geschil. De Rechtbank Den Haag stelt in overweging 4.14 dat '[n]iet ter discussie staat dat in dit verband van Samsung kan worden verwacht dat zij voldoende adequaat en doeltreffend optreedt tegen de hiervoor omschreven veiligheidsrisico's van door Google als critical aangemerkte kwetsbaarheden'. Zij oordeelt echter dat de vorderingen, gelet op hun algemene en mede op de toekomst gerichte formulering, niet kunnen worden toegewezen. Samsung is niet verplicht om 'in alle gevallen gedurende de door de Consumentenbond genoemde periode en binnen de door de Consumentenbond genoemde termijn upgrades en updates door te voeren' (overweging 4.16). Het bestaan van een dergelijke verplichting is immers afhankelijk van de complexe en steeds wisselende (technische) omstandigheden van het geval. De Stagefright-kwetsbaarheid is ondertussen bovendien verholpen en heeft voor zover bekend nooit tot feitelijk misbruik geleid. De uitspraak illustreert hiermee dat het niet eenvoudig is om de op open normen gebaseerde 'cybersecurityverplichtingen' in de rechtspraak te concretiseren. Ik bespreek dit punt

uitgebreider in P.T.J. Wolters, 'De verplichting tot het bijwerken van onveilige software na Consumentenbond/Samsung', *WPNR* 2018, afl. 7207, p. 687-688.

3. De Consumentenbond baseert zijn vorderingen met betrekking tot de informatievoorziening over het update- en upgradebeleid op de maatschappelijke zorgvuldigheid en op art. 6:193d (misleidende omissie) en art. 6:193 BW. Art. 6:193 BW is echter, nu een beroep op productaansprakelijkheid ontbreekt, niet van belang. Mogelijk doelt de Consumentenbond hier in algemene zin op afdeling 6.3.3A BW (oneerlijke handelspraktijken) of op art. 6:194 BW. Dit blijkt echter niet uit de dagvaarding, de pleitnota van de Consumentenbond of de uitspraak.

Een handelspraktijk is op grond van art. 6:193d BW misleidend en oneerlijk in het geval van een misleidende omissie. Hiervan is sprake als essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige dan wel te laat wordt verstrekt en de gemiddelde consument hierdoor een besluit neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. De Consumentenbond betoogt dat de informatie over de beveiliging en het update- en upgradebeleid hieronder valt. Een consument die een toestel twee jaar wil gebruiken, zal de telefoon immers niet aanschaffen als hij weet dat hij nog maar vier maanden ondersteuning krijgt.³ Het is bovendien mogelijk om de beveiliging en ondersteuning te bestempelen als 'de voornaamste kenmerken van het product' in de zin van art. 6:193e sub a BW.⁴ Een consument kon de informatie over deze kenmerken ten tijde van de dagvaarding slechts vinden door goed te zoeken en door te klikken op de website van Samsung. De informatie was volgens de Consumentenbond bovendien niet concreet.⁵ Samsung betwist dat de informatie over updates en upgrades kan worden aangemerkt als essentiële informatie.

De meeste consumenten zullen bij de aankoop van een telefoon niet letten op het updatebeleid. Dit wordt echter mede veroorzaakt door de informatieasymmetrie tussen de ontwikkelaar van de software en de consument. Een consument kan het belang, de waarde en de noodzaak van updates niet inschatten en kan niet controleren of de updates ook echt tot een betere beveiliging leiden.⁶ Zolang de verstrekte informatie niet concreet is, kan hij de geboden ondersteuning bovendien niet vergelijken met het beleid van de concurrenten, zeker als deze ook geen heldere informatie geven.

Dit betekent echter niet dat een gemiddelde, en dus 'redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende',⁷ consument de informatie ook niet zal gebruiken als deze wel duidelijk en goed toegankelijk is. Ten minste een deel van de con-

2. P.T.J. Wolters & P.W.J. Verbruggen, 'De verplichting tot het bijwerken van onveilige software', *WPNR* 2016, afl. 7123, p. 832-839.

3. Dagvaarding, nr. 158 en 159; Pleitnota, nr. 87-90.

4. Vergelijk Wolters & Verbruggen 2016, p. 838.

5. Dagvaarding, nr. 150-157; Pleitnota, nr. 91-96.

6. B.C. Kim, P.-Y. Chen & T. Mukhopadhyay, 'The Effect of Liability and Patch Release on Software Security: The Monopoly Case', *Production and Operations Management* 2011, afl. 4, p. 603; D.R. Thomas, A.R. Beresford & A. Rice, 'Security Metrics for the Android Ecosystem', in: *ACM CCS Workshop on Security and Privacy in Smartphones and Mobile Devices* 2015, p. 1 en 11; T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a., *Duties of care and diligence against cybercrime*, Tilburg: Tilburg University 2015, p. 166; Centraal Planbureau (m.m.v. Nationaal Cyber Security Centrum), *Risicorapportage Cyberveiligheid Economie*, 2016, p. 4, 12 en 16; Wolters & Verbruggen 2016, p. 832.

7. Zie over dit criterium HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369; Overweging 18 Richtlijn 2005/29/EG (oneerlijke handelspraktijken); D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Monografieën BW, deel B49a), Deventer: Kluwer 2009,

sumenten hecht waarde aan de privacy, cybersecurity en nieuwe functionaliteiten die gepaard gaan met updates en upgrades. De informatie over het updatebeleid kan de keuze van deze consumenten beïnvloeden.

De Rechtbank Den Haag laat de vraag of informatie over het updatebeleid dient te worden gekwalificeerd als essentiële informatie in de zin van art. 6:193d BW onbesproken. Zij gaat niet in op de informatievoorziening ten tijde van de dagvaarding, maar beoordeelt de vorderingen naar de stand van zaken tijdens de zitting. Samsung heeft de informatievoorziening in de tussentijd sterk verbeterd. Hoewel de consument nog steeds moet doorklikken en -scrollen om alle informatie te lezen, mag dit van hem als redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument worden verwacht (overweging 4.20).

Samsung komt hiermee goed weg. Het feit dat het bedrijf zijn informatievoorziening voor de toekomst verbetert, betekent immers niet dat een oordeel over het verleden zonder waarde is. Een consument die de telefoon onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk heeft gekocht, kan deze overeenkomst vernietigen op grond van art. 6:193j lid 3 BW. Hij heeft bovendien op grond van lid 2 recht op een schadevergoeding, bijvoorbeeld omdat hij de telefoon eerder heeft moeten vervangen. De consument dient hiervoor wel het causale verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de overeenkomst of schade aan te tonen.⁸

Samsung is al jaren de leider op de Nederlandse markt voor mobiele telefoons.⁹ Een verklaring voor recht dat Samsung zich gedurende een bepaalde periode en/of ten aanzien van bepaalde modellen schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk, kan daarom gevolgen hebben voor een grote hoeveelheid overeenkomsten. Een dergelijke concrete verklaring is in deze procedure echter niet gevorderd. De Consumentenbond vordert slechts een verklaring dat het verschaffen van onvoldoende informatie, in algemene zin, in strijd is de maatschappelijke zorgvuldigheid en art. 6:193d en 193 BW en een bevel om in de toekomst betere informatie te verschaffen. De Rechtbank Den Haag heeft zich daarom kunnen beperken tot de bespreking van de informatievoorziening op het moment van de zitting.

4. Het conflict tussen de Consumentenbond en Samsung ziet op belangrijke kwesties met betrekking tot de informatie- en updateverplichtingen van de ontwikkelaar en verkoper van (*embedded*) software. De Consumentenbond steekt zijn vorderingen algemeen en principieel in. De Rechtbank Den Haag grijpt de algemene formulering van de vorderingen echter aan om de moeilijke vragen te ontwijken. Zij laat zich niet verleiden tot *obiter dicta* over de precieze omvang van de verplichtingen. Zij maakt bijvoorbeeld niet duidelijk onder welke omstandigheden er wel een verplichting tot het updaten van het besturings-

systeem bestaat en of de informatie over het updatebeleid essentieel is op grond van art. 6:193d lid 2 of art. 6:193e sub a BW. Deze uitspraak draagt hierdoor slechts in beperkte mate bij aan de concretisering van de open normen en het consumentenrecht in de context van software.¹⁰

Mr. P.T.J. Wolters

HvJ EU 19 september 2018, C-109/17

ECLI:EU:C:2018:735

(Bankia/Merino)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- oneerlijke handelspraktijken
- oneerlijke bedingen
- ambtshalve toetsing
- gedragscodes
- vernietiging

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste prejudiciële vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure verbiedt de geldigheid van de executoriale titel ambtshalve of op verzoek van een partij te toetsen uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken en, in ieder geval, de rechter die bevoegd is voor de beslissing ten gronde over het bestaan van deze praktijken verbiedt voorlopige maatregelen te nemen, zoals de schorsing van de hypothecaire executieprocedure.

26. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat volgens Bankia de verlaging van de taxatiewaarde van de verhypothekerde zaak in het hoofdgeding niet kan worden beschouwd als een ‘handelspraktijk’ in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29, aangezien deze niet ‘rechtstreeks verband’ houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product of dienst aan de consument. In ieder geval is deze verlaging niet ‘oneerlijk’ in de zin van artikel 5, lid 2, van deze richtlijn. In deze omstandigheden hoeft de eerste prejudiciële vraag niet te worden beantwoord, aangezien richtlijn 2005/29 in casu niet van toepassing is.

27. Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat alleen wanneer de verwijzende rechter de geldigheid van de executoriale titel in het licht van richtlijn 2005/29 mag of moet toetsen – hetgeen juist afhangt van het antwoord op zijn eerste vraag – hij moet nagaan of

p. 31; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen; Serie Recht en Praktijk, deel CR4), Deventer: Kluwer 2011, p. 297-302.

8. Zie ook L.B.A. Tigelaar, ‘Sancties op schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten’, *TvC* 2013, afl. 4, p. 158; C.J.J.C. van Nispen, commentaar op art. 6:193j BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. 4-6 (online, bijgewerkt 14 oktober 2017); C.M.D.S. Pavillon, ‘Annotatie bij Rb. Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6552’, *TvC* 2018, afl. 1, p. 52-53.

9. Zie bijvoorbeeld Dagvaarding, nr. 13; Deloitte, *Global Mobile Consumer Survey 2016. The Netherlands*, 2016; Deloitte, *Global Mobile Consumer Survey 2017. The Netherlands*, 2017.

10. Zie ook P.W.J. Verbruggen & P.T.J. Wolters, ‘Consument en cybersecurity. Een agenda voor Europese Harmonisatie van zorgplichten’, *TvC* 2017, afl. 1, p. 22; Wolters 2018.