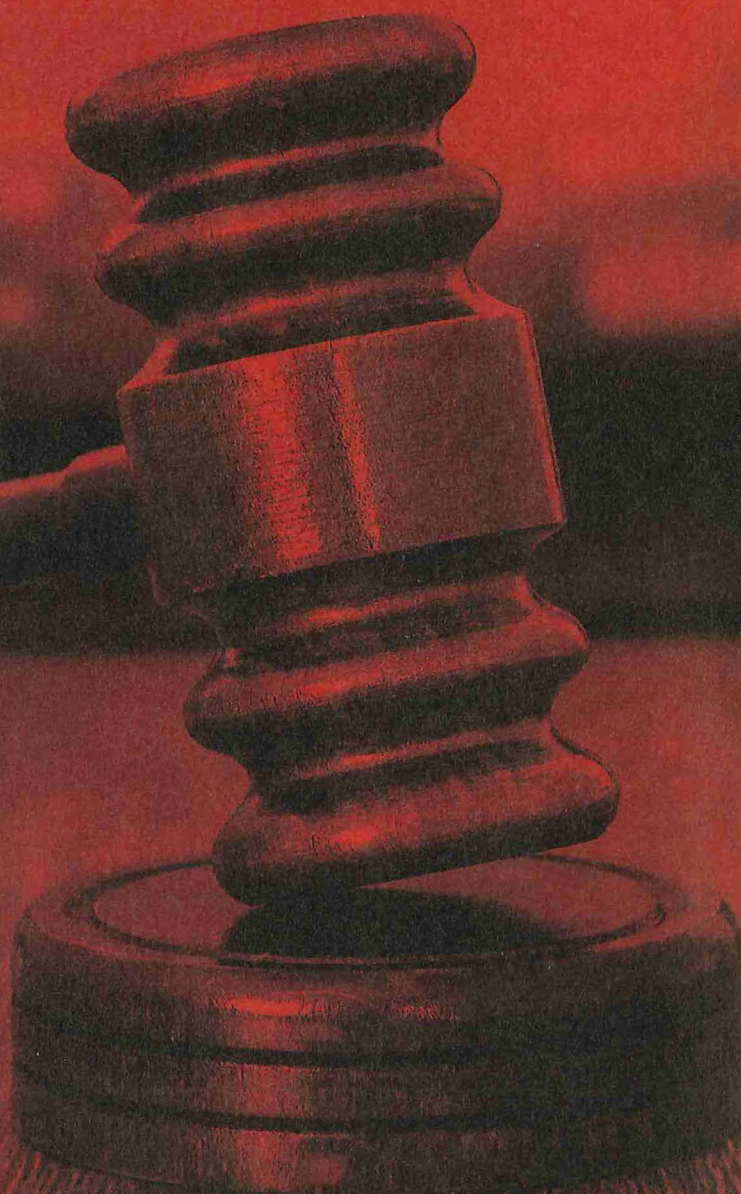


Updates tot het eind der tijden?

LORA MOURCOUS

JURIDISCHE STRIJD OM UPDATEBELEID

SOFTWARE IS STEEDS VAKER ONLOSMAKELIJK VERBONDEN AAN APPARATEN. FABRIKANTEN KIEZEN IN TOENEMENDE MATE VOOR CONSTRUCTIES WAARBIJ JE AFHANKELIJK BENT VAN SOFTWARE-ONDERSTEUNING OF UPDATES VOOR DE WERKING VAN EEN PRODUCT. DE AFHANKELIJKHEID VAN DE FABRIKANT NEEMT TOE. MAG EEN DIENSTVERLENER DAN ZOMAAR BESLUITEN OM DE ONDERSTEUNING VAN HET PRODUCT STOP TE ZETTEN?



Wanneer de achterliggende dienstverlening van een product stopt, blijf je als consument vaak over met hardware die minder goed of zelfs helemaal niet meer werkt. Aan de andere kant is het misschien ook onredelijk om te verwachten dat een dienstverlener zijn dienst tot het eind der tijden maar moet blijven aanbieden zolang er nog iemand is die er gebruik van maakt. Dat roept de vraag op hoelang de maker van een product het apparaat moet blijven ondersteunen en voorzien van (beveiligings)updates. Hoe zit dat juridisch nu precies?

SONOS

Stel, je koopt een nieuwe speaker. Van de ene op de andere dag stopt deze speaker met werken. Vervelend natuurlijk, maar als dat binnen de garantieperiode gebeurt, kun je bij de verkoper of fabrikant terecht om een werkende speaker op te eisen. Bij een koopovereenkomst dient een product aan een bepaalde verwachting (conformiteit) te voldoen. In 2017 kregen gebruikers van Sonos-speakers bericht dat hun speakers mogelijk zouden stoppen met werken. Dat was niet te wijten aan een fysiek mankement aan het product: het had betrekking op de achterliggende dienstverlening van Sonos waarvan de speakers afhankelijk zijn. Gebruikers die de vernieuwde privacyverklaring van Sonos niet accepteerden, zouden geen updates meer ontvangen en mogelijk toegang verliezen tot de achterliggende dienst van Sonos. Daardoor zou de speaker op termijn mogelijk geen geluid meer kunnen afspelen. Het resultaat? Je zit opgescheept met een product dat niet meer aan je verwachting voldoet.

En Sonos is niet de enige. Begin dit jaar breidde TomTom de lijst uit van navigatieproducten die niet langer ondersteund worden. En Samsung was verwickeld in een rechtszaak tegen de Consumentenbond, waarin die laatste partij via de rechter wilde afdwingen dat Samsung zijn toe-

stellen vaker en langer van Android-updates voorziet. Een mooie zaak waarmee nader kan worden ingezoomd op deze kwestie.

CONSUMENTENBOND / SAMSUNG

De kern van de procedure tussen de Consumentenbond en Samsung van 30 mei 2018 is het verwijt van de Consumentenbond dat Samsung in zijn updatebeleid te weinig doet om veiligheidsrisico's voor gebruikers van Samsung-smartphones af te wenden. De Consumentenbond stelde dat veel Samsung-toestellen niet op de laatste (of zelfs maar de op één na laatste versie) van Android draaiden. Samsung stelt slechts voor een beperkt aantal toestellen maandelijkse updates beschikbaar. De overige toestellen van Samsung ontvangen met grote vertraging of helemaal geen updates. Er zijn volgens de Consumentenbond zelfs Samsung-toestellen te koop die nog slechts een paar maanden software-support (updates en upgrades) krijgen. 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, aldus de Consumentenbond. Met de rechtszaak wilde de Consumentenbond afdwingen dat Samsung zijn telefoons in elk geval tot twee jaar na aankoop van updates voorziet.

ONVOLDENDE AANGEHOOD

Volgens de Consumentenbond is die handelswijze van Samsung strijdig met het leerstuk van non-conformiteit, de zorgplicht ten aanzien van beveiliging van persoonsgegevens als bedoeld in de privacywetgeving, en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer van haar mag worden verwacht. De plicht tot het bieden van ondersteuning en updates van producten kan dus mogelijk op verschillende gronden worden gebaseerd.

Helaas voor de Consumentenbond is de procedure niet gewonnen. Volgens de rechtbank heeft de Consumentenbond onvoldoende aangetoond dat er daadwerkelijk veiligheidsrisico's zijn en dat Samsung daar te weinig tegen doet. De Consumentenbond onderbouwt

zijn vorderingen door te wijzen op verschillende kwetsbaarheden, waaronder StageFright en StageFright 2.0. De rechtbank overweegt dat deze beveiligingslekken intussen verholpen zijn, waardoor de Consumentenbond geen belang meer heeft bij een gebod om deze kwetsbaarheden te verhelpen. Daarnaast verklaarde de rechtbank de Consumentenbond niet ontvankelijk voor het eisen van updates in de toekomst, omdat die eis onvoldoende rekening zou houden met toekomstige ontwikkelingen. De rechtbank ging daarom niet meer inhoudelijk in op de overige vragen, zoals of de handelswijze van Samsung non-conform of onrechtmatig is of in strijd is met de privacywetgeving.

WETTELIJKE GARANTIE

In Nederland kunnen consumenten na de aankoop van een product aanspraak maken op de wettelijke garantie. Als een product niet deugt, heeft de consument recht op gratis reparatie, een nieuw product of teruggave van zijn geld. Er is geen exacte termijn van de wettelijke garantie. Dat komt omdat het ene product langer mee hoort te gaan dan het andere. Uitgangspunt is dat de consument het product in ieder geval voor een bepaalde tijd moet kunnen gebruiken zonder problemen te ondervinden. Hierbij spelen verschillende omstandigheden een rol, waaronder de verwachte levensduur van het product. De garantietermijn voor een koelkast zal dus aanzienlijk langer zijn dan die voor een koekenpan.

Mocht er sprake zijn van een gebrek aan het product, dan is het

ALS ER IN DE EERSTE ZES MAANDEN IETS MIS IS MET HET PRODUCT, LIGT DE BEWIJSLAST BIJ DE VERKOPER



✱ Gebruikers die de privacyverklaring van Sonos niet accepteren, zouden geen updates meer ontvangen.

in principe aan de consument om te bewijzen dit aan het product ligt en dus niet is veroorzaakt door hemzelf. Dat kan in de praktijk behoorlijk lastig zijn. Daarom bepaalt de wet dat wanneer er tijdens de eerste zes maanden na aflevering van het product iets mis is met het product, er wordt vermoed dat dit gebrek altijd al aanwezig is geweest. In dat geval is het aan de verkoper om aan te tonen dat het gebrek is te wijten aan de consument.

NON-CONFORMITEIT

Zoals eerder in dit artikel is toegelicht, vond de Consumentenbond dat Samsung zijn klanten blootstelde aan misbruik door updates en upgrades niet en/of niet tijdig beschikbaar te stellen voor de gehele levensduur van het toestel. Die handelwijze van Samsung is volgens de Consumentenbond in de eerste plaats strijdig met het leerstuk van non-conformiteit als bedoeld in de consumentenwetgeving.

Uit de wet volgt namelijk dat een product non-conform is indien het afgeleverde product niet de eigenschappen heeft die de koper van het product mag verwachten ten tijde van de aankoop. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de aard van het product (bijvoorbeeld prijs, merk, nieuw of tweedehands, verwachte levensduur enzovoort) en de informatie die de verkoper over het product heeft verstrekt. Als leidraad kun je ervan uitgaan dat producten die niet-compleet, kapot, beschadigd of ongeschikt zijn om ermee te doen wat is toegezegd, als niet-deugdelijk worden beschouwd.

NIET REALISTISCH

Een consument mag volgens de Consumentenbond verwachten dat hij een veilige telefoon koopt die twee jaar goed blijft werken. Nu er kritieke beveiligingslekken blijken te bestaan, is Samsung volgens de Consumentenbond verplicht om de software bij te werken. De rechter kwam helaas niet toe aan beoordeling van deze stelling, maar de lijn in de Nederlandse rechtspraak is dat software van deze tijd zeer complex is, waardoor het niet realistisch is om een foutloos product te verwachten en om erop te

vertrouwen dat de software 100 procent veilig is. Ook in de zaak van de Consumentenbond waren beide partijen het erover eens dat kwetsbaarheden ('vulnerabilities') inherent zijn aan software en dus ook aan Android. In het licht daarvan mag een consument dus wel verwachten dat op het moment van zijn aankoop geen beveiligingslekken bestaan, maar mag hij er niet op rekenen dat er ook op een later moment geen kwetsbaarheden ontstaan. De door de Consumentenbond gestelde kwetsbaarheden, StageFright en StageFright 2.0, leiden er dus niet per definitie toe dat de door Samsung verkochte telefoons door ontdekking van die kwetsbaarheden non-conform zijn. Wel mag een consument in dat geval verwachten dat Samsung de beveiliging bijwerkt binnen een redelijke periode na de ontdekking van

Artikel 7:17 lid 1 en 2 Burgerlijk Wetboek

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Artikel 7:21 lid 1 onder b Burgerlijk Wetboek

1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper eisen: [...] b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen [...].

VOOR EEN BEROEP OP ON- RECHTMATIGE DAAD **MOET** **EEN INCIDENT SCHADE** **HEBBEN VEROORZAAKT**

een kritieke kwetsbaarheid. De verplichting tot het bijwerken vervult een vergelijkbare functie als een garantie dat de software een bepaalde periode veilig zal blijven. Zij beïnvloedt immers de levensduur (een eigenschap) van de geleverde software.

ONRECHTMATIGE DAAD

Een andere route die een consument kan bewandelen, is wellicht die van de onrechtmatige daad. De consument kan de fabrikant van een apparaat op grond van onrechtmatige daad aanspreken als hij schade heeft geleden door kwetsbaarheden in de beveiliging. Zo heeft de Consumentenbond op basis van onrechtmatige daad gesteld dat Samsung – kort gezegd – in strijd handelt met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt door de smartphones die zij aanbiedt niet gedurende de normale levensduur van de smartphone en/of niet tijdig van updates en upgrades te voorzien. Helaas kwam de rechtbank ook niet toe aan een inhoudelijke behandeling van deze stelling van de Consumentenbond. Maar

in de situatie dat een fabrikant de software van een apparaat niet bijwerkt tijdens de normale levensduur van een apparaat, waardoor onbevoegde derden zich toegang kunnen verschaffen tot (data op) een apparaat, moet de consument niet met lege handen staan. In dat geval moet de consument de fabrikant kunnen aanspreken als hij schade heeft geleden. Dit geldt temeer indien de fabrikant op de hoogte was van een kwetsbaarheid in de software en (bewust) geen maatregelen heeft getroffen om dit te verhelpen. Voor een geslaagd beroep op onrechtmatige daad is het wel van belang dat zich daadwerkelijk een beveiligingsincident heeft voorgedaan dat tot schade heeft geleid. In de zaak van de Consumentenbond was dit niet het geval.

PRIVACY

De derde grondslag op basis waarvan de Consumentenbond Samsung wilde verplichten om tot bijwerking van de software over te gaan is gelegen in de privacywetgeving. Op grond daarvan is Samsung verplicht om passende technische en organisatorische maatregelen te nemen om persoonsgegevens te beveiligen. Volgens de Consumentenbond heeft Samsung niet voldaan aan haar beveiligingsplicht door consumenten bloot te stellen aan een risico van mogelijk misbruik door kwaadwillenden.

Iedereen moet erop kunnen vertrouwen dat zijn of haar persoonsgegevens voldoende worden beveiligd. Als dat niet zo is, kan dat leiden tot schade voor de betrokkenen (degenen op wie de persoonsgegevens betrekking hebben). Datalekken kunnen bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat betrokkenen het slachtoffer worden van identiteitsfraude, oplichting of andere vormen van misbruik van hun persoonsgegevens. Bij het implementeren van de beveiligingsmaatregelen mag rekening worden gehouden met de stand van de techniek, de uitvoeringskosten, alsook met de aard, de omvang, de context en de verwerkingsdoel-einden en de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico's voor de rechten en vrijheden van personen.

ONMIDDELIJK HERSTELLEN

Dit betekent niet dat elk beveiligingsincident automatisch met zich meebrengt dat er geen passend beveiligingsniveau is of was. Ook de beste en duurste maatregelen kunnen immers worden omzeild. Een fabrikant moet beveiligingsincidenten waardoor derden onbevoegd toegang kunnen krijgen tot data op een apparaat op grond van de privacywetgeving wel onmiddellijk herstellen.

Privacywetgeving

Sinds 25 mei 2018 is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) van toepassing. Dat betekent dat in de hele Europese Unie (EU) dezelfde privacywetgeving geldt. De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) geldt niet meer.

Artikel 13 Wet bescherming persoonsgegevens (oud)

De verantwoordelijke legt passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. Deze maatregelen garanderen, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich meebrengen. De maatregelen zijn er mede op gericht onnodige verzameling en verdere verwerking van persoonsgegevens te voorkomen.

Artikel 32 Algemene verordening gegevensbescherming

Rekening houdend met de stand van de techniek, de uitvoeringskosten, alsook met de aard, de omvang, de context en de verwerkingsdoeleinden en de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico's voor de rechten en vrijheden van personen, treffen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker passende technische en organisatorische maatregelen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen [...].

Hoewel de rechter in de zaak van de Consumentenbond niet toekwam aan een beoordeling, is de stelling van de Consumentenbond dat Samsung de software moet updaten om te voldoen aan haar beveiligingsplicht dus niet geheel kansloos. Let wel, de beveiligingsplicht uit de privacywetgeving is alleen van toepassing op partijen die persoonsgegevens verwerken. «

Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.