



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij Rechtbank Rotterdam 17 december 2021,
ECLI:NL:RBROT:2021:13048 (Ex-werknemer/Coolblue)**
Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2022). Annotatie bij Rechtbank Rotterdam 17 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13048 (Ex-werknemer/Coolblue). *Auteursrecht*, 2022(2), 129-130. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513221>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513221>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Rechtbank Rotterdam 17 december 2021

IEF 20433; ECLI:NL:RBROT:2021:13048 (Ex-werknemer/Coolblue)

Ex werknemer is expliciet akkoord gegaan met gebruik door werkgever van zijn portret voor reclamedoeleinden, ook na zijn dienstverband. Werkgever hoeft portret na een rechtmatig geoordeeld ontslag op staande voet van de werknemer niet onmiddellijk van 36 bestelbussen te verwijderen en geen schadevergoeding te betalen. Geen portretrechtinbreuk; geen strijd met AVG.

[...]

2. De vaststaande feiten

2.1 [eiser] is op 8 augustus 2017 bij Coolblue in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van zeven maanden. In de door partijen op 22 juni 2017 ondertekende arbeidsovereenkomst staat – voor zover hierna van belang – vermeld:

“ARTIKEL 5. WAT WE AFSPREKEN

(...)

...OVER PORTRETRECHT

8. Jij bent ons gezicht. Daarom gebruiken we graag beeldmateriaal met jouw portret erop. Dat zetten we op onze website en op YouTube, in folders, boekjes, jaarverslagen en al onze andere uitingen. Dat vind jij leuk en je moeder ook. vanzelfsprekend doe je afstand van het portretrecht, ook voor de periode na je dienstverband. Dan hebben we gelukig de foto's nog...”

2.2 Op 13 februari 2018 hebben partijen een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ondertekend, ingaande op 8 maart 2018 en voor de duur van acht maanden. In deze arbeidsovereenkomst is artikel 5.8, zoals hiervoor onder r.o. 2.1. geciteerd, eveneens opgenomen.

2.3 Bij brief d.d. 24 augustus 2018 heeft Coolblue aan [eiser] bericht:

“Hoera! We gaan samen verder. Je contract is verlengd met 8 maanden. Je nieuwe contract gaat in op 8 november 2018 en loopt af op 7 juli 2019. Verder blijven je huidige arbeidsvoorwaarden hetzelfde.”

2.4 Bij brief d.d. 19 oktober 2018 bericht Coolblue aan [eiser]:

“Hoera! We zijn vrienden voor het leven.

Je contract wordt verlengd voor onbepaalde tijd. Het gaat in op 8 juli 2019. Verder blijven je huidige arbeidsvoorwaarden hetzelfde.”

Deze brief is toegevoegd in EigenBaas. Dan kunnen we altijd teruglezen wat we hebben afgesproken.”

2.5 Op 7 augustus 2020 is [eiser] door Coolblue op staande voet ontslagen.

2.6 [eiser] heeft op 5 oktober 2020 bij de rechtbank Rotterdam een verzoek ex artikel 7:681 BW ingediend.

2.7 De gemachtigde van [eiser] heeft Coolblue per e-mail d.d. 20 november 2020 bericht dat [eiser] meent dat er inbreuk wordt gemaakt op zijn portretrecht. Daarbij is verzocht om het portret van [eiser] op bij Coolblue in gebruik zijnde bestelbussen te verwijderen alsook om een promotievideo met beeldmateriaal van [eiser] offline te halen. Tevens is verzocht om aan [eiser] een schadevergoeding te betalen ter hoogte van € 25.000,-.

2.8 Bij beschikking d.d. 22 december 2020 is door de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat het op 7 augustus 2020 gegeven ontslag op staande voet rechtsgeeldig is gegeven.

5. De beoordeling

5.1 Centraal in de onderhavige zaak staat de vraag of Coolblue met het gebruik van het portret van [eiser] op

haar bestelbussen en het beeldmateriaal van [eiser] in de promotievideo die is geplaatst op YouTube, inbreuk heeft gemaakt op het portretrecht van [eiser] danwel heeft gehandeld in strijd met de AVG.

5.2 Uitgangspunt is dat degene die op een portret is afgebeeld, zonder dat hij daartoe opdracht heeft gegeven, zich op grond van artikel 21 AW tegen publicatie daarvan door de auteursrechthebber dan wel een derde kan verzetten, indien hij daarbij een redelijk belang heeft. Indien de geportretteerde echter toestemming heeft gegeven tot het publiceren van de foto, heeft hij daarmee afstand gedaan van een beroep op artikel 21 AW. Van toestemming is alleen dan sprake indien de geportretteerde met de wijze waarop de foto is gepubliceerd expliciet heeft ingestemd dan wel geacht moet worden daarmee impliciet te hebben ingestemd. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de publicatie, zal de gebruiker van de foto zich er voldoende van moeten vergewissen dat toestemming voor de betreffende publicatie inderdaad door de geportretteerde is gegeven.

5.3 Of toestemming geacht moet worden te zijn verleend en zo ja, onder welke voorwaarden, dient te worden beoordeeld aan de hand van het algemene overeenkomstenrecht. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen.

5.4 Door [eiser] is gesteld dat weliswaar in de arbeidsovereenkomst voor de periode van 8 augustus 2017 tot en met 7 maart 2018 is overeengekomen dat Coolblue beeldmateriaal met het portret van [eiser] mocht gebruiken in reclame-uitingen en dat daarbij door [eiser] afstand is gedaan van zijn portretrecht, ook voor de periode na zijn dienstverband, doch dat hij voor de periode na 7 maart 2018 geen expliciete

toestemming heeft gegeven voor het (onbeperkt) gebruik van zijn portretrecht.

5.5 Op basis van de door Coolblue overgelegde stukken kan allereerst worden vastgesteld dat, anders dan door [eiser] gesteld, van een stilzwijgende verlenging van de arbeidsovereenkomst geen sprake is geweest. Uit productie 2 bij conclusie van antwoord volgt immers dat partijen op 13 februari 2018 een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben ondertekend en niet weersproken is daarnaast door [eiser] dat hij de brieven van Coolblue van respectievelijk 24 augustus 2018 en 19 oktober 2018, waarmee de arbeidsovereenkomst eerst voor de duur van acht maanden en daarna voor onbepaalde tijd is verlengd, heeft ontvangen.

5.6 Vooropgesteld wordt dat, zo volgt ook uit het vermeld staande in r.o. 5.2, toestemming voor (de wijze van) publicatie van het portret door de geportretteerde niet altijd expliciet hoeft te worden gegeven, doch deze toestemming ook impliciet, uit bijvoorbeeld de gedragingen van de geportretteerde, kan worden afgeleid. Op basis van de door partijen overgelegde stukken en hetgeen door hen naar voren is gebracht, is de kantonrechter van oordeel dat [eiser] zowel impliciet als expliciet kan worden geacht zijn toestemming voor de (wijze van) publicatie van zijn portret in de reclame-uitingen van Coolblue te hebben gegeven. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.7 De instemming van [eiser] met de publicatie van zijn portret kan in de eerste plaats worden afgeleid uit de omstandigheid dat hij de arbeidsovereenkomsten, waarvan artikel 5.8 onderdeel uitmaakt, op 22 juni 2017 respectievelijk 13 februari 2018 heeft ondertekend. De in artikel 5.8 opgenomen arbeidsvoorwaarde, waaruit duidelijk volgt dat Coolblue beeldmateriaal met het portret van [eiser] erop wenst te gebruiken in haar reclame-uitingen en [eiser] afstand doet van zijn portretrecht, ook voor de periode na zijn dienstverband, kan dan ook worden geacht uitdrukkelijk tussen partijen te zijn overeengekomen. Nu [eiser] de ontvangst van de ver-

lengingsbrieven van 24 augustus 2018 en 19 oktober 2018 niet heeft betwist, en evenmin is gebleken dat hij op enig moment tegen de inhoud daarvan heeft geageerd, staat naar het oordeel van de kantonrechter voorts voldoende vast dat artikel 5.8 ook na het verstrijken van de looptijd van de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd deel is blijven uitmaken van de tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarden. Uit de verlengingsbrieven volgt immers duidelijk dat de tot dan toe geldende arbeidsvoorwaarden hetzelfde zouden blijven. Dat deze brieven voor een andere uitleg vatbaar zijn, is door [eiser] onvoldoende gemotiveerd gesteld.

5.8 Naast de omstandigheid dat de (expliciete) instemming van [eiser] met de publicatie van zijn portret kan worden afgeleid uit de tussen partijen overeengekomen arbeidsvoorwaarden, kan deze instemming ook impliciet uit diverse gedragingen van [eiser] worden afgeleid. In dat kader wordt erop gewezen dat door [eiser] zelf is erkend dat hij begin 2019, zijnde derhalve na de omzetting van de arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zijn toestemming heeft gegeven voor het maken van foto's en het figureren in een promotievideo. Vast staat ook dat [eiser] zijn medewerking hieraan heeft verleend. Van belang is daarbij dat Coolblue er in dit verband op gewezen heeft dat het voor [eiser] voorafgaande aan de foto-shoot en filmopnames volstrekt duidelijk was wat het doel daarvan was en op welke wijze het beeldmateriaal met daarop het portret van [eiser], zou worden gebruikt. Daartoe heeft zij onder meer gewezen op een door haar als productie 7 overgelegd video-fragment van de briefing die heeft plaatsgevonden voorafgaande aan de foto-shoot, alsmede op de omstandigheid dat er op hetzelfde depot als waar [eiser] werkzaam was al sinds februari 2016 bestelbussen in gebruik waren waarop portretten van Coolblue medewerkers werden gebruikt. Dat dit anders is geweest, is (door [eiser]) gesteld, noch gebleken. De stelling van Coolblue vindt daarnaast steun in het door haar als productie 7 overgelegde video-fragment waaruit volgt dat [eiser] bij de briefing aanwezig was alsmede dat tijdens de briefing is medege-

deeld dat de foto's (mede) gebruikt zouden worden voor op de bestelbussen van Coolblue. [eiser] heeft na de briefing zijn medewerking aan de fotoshoot en de promotievideo verleend en niet gebleken is daarnaast dat [eiser] na ingebruikname van de bestelbussen met daarop zijn portret en de plaatsing van de promotievideo op YouTube tegenover Coolblue (anders dan voor het eerst op 20 november 2020) op enigerlei wijze zijn bezwaren tegen dit gebruik van zijn portret heeft kenbaar gemaakt. Op basis van voornoemde gedragingen, en daarbij in aanmerking nemende dat het beeldmateriaal op zichzelf genomen een positieve uitstraling heeft, is de kantonrechter van oordeel dat Coolblue zich er voldoende van heeft vergewist dat door [eiser] toestemming voor publicatie van zijn portret op de wijze zoals door Coolblue in haar reclame-uitingen gedaan, was gegeven.

5.9 In dit verband is voorts nog van belang dat gesteld noch gebleken is dat het portret van [eiser] door Coolblue opnieuw en in andere reclame-uitingen is gebruikt dan (eenmalig) op de door haar genoemde 36 bestelbussen en in de promotievideo. Nu [eiser] in zijn dagvaarding zelf is uitgegaan van 100 bestelbussen, is bovendien niet gebleken van een overschrijding van het door Coolblue vooraf aan [eiser] voorgehouden aantal bestelbussen waarop zijn portret zou komen te staan. Voorts acht de kantonrechter van belang dat weliswaar begrijpelijk is dat [eiser] vanwege (de wijze van) het eindigen van zijn dienstverband niet meer met Coolblue geassocieerd wenst te worden, doch dat de eventuele negatieve gevolgen van (de wijze van) het eindigen van het dienstverband hun oorzaak vinden in het eigen handelen van [eiser] en in beginsel los staan van de (wijze van) publicatie van zijn portret. Voorgaande betekent dat [eiser] geacht wordt afstand te hebben gedaan van het recht zich te verzetten tegen publicatie op grond van artikel 21 AW. Het beroep van [eiser] op artikel 21 AW kan dan ook niet slagen.

5.10 Het door [eiser] gedane beroep op de AVG treft eveneens geen doel. Daartoe wordt het volgende overwogen.

Foto's en video's van een persoon kunnen onder de reikwijdte van "persoonsgegevens" in de zin van artikel 4 AVG worden geschaard. De AVG brengt diensgevolge een uitgebreid scala van rechten en plichten met zich. Deze rechten en plichten hebben betrekking tot betrokkenen bij de verwerking van persoonsgegevens door een verwerker of verwerkingsverantwoordelijke. Een belangrijk vereiste is dat voor iedere verwerking van persoonsgegevens een verwerkingsgrondslag is vereist. Zonder rechtmatige grondslag is een verwerking onrechtmatig.

5.11 Het gegeven dat in het onderhavige geval toestemming is gegeven door [eiser] als bedoeld in artikel 6 lid 1 sub a AVG is sinds 20 november 2020 geen rechtmatige grondslag meer voor de verwerking van zijn persoonsgegevens nu de gemachtigde van [eiser] op deze datum heeft verzocht het portret en beeldmateriaal van [eiser] te verwijderen. Hiermee heeft [eiser] kennelijk zijn toestemming voor de verwerking van de gegevens willen intrekken, hetgeen hem op grond van artikel 7 lid 3 AVG te allen tijde vrij staat.

5.12 Artikel 6 lid 1 sub f AVG bepaalt dat de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig kan zijn wanneer deze noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang, tenzij de fundamentele vrijheden en grondrechten zwaarder wegen dan dit gerechtvaardigd belang. De belangenafweging die ingevolge artikel 6 lid 1 sub f AVG dient te worden gemaakt vertoont grote gelijkenissen met de belangenafweging zoals deze wordt gemaakt in het kader van het portretrecht ingeval de geportretteerde geen toestemming heeft gegeven voor de openbaarmaking (artikel 21 AW); de afweging tussen het recht op eerbiediging persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM).

5.13 Uit jurisprudentie omtrent het portretrecht volgt dat als het gaat om gebruik van een portret zonder toestemming in een reclame-uiting, de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret ter ondersteuning van een commerciële

reclame uiting. De geportretteerde zal door het publiek worden geassocieerd met het betreffende product of de dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn gebeurd zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde (HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2364), in dit geval [eiser].

5.14 Coolblue heeft een commercieel belang om voor de door haar aangeboden producten en diensten reclame te maken, een belang dat valt onder de bescherming van artikel 10 EVRM. Bovendien heeft Coolblue onweersproken gesteld dat – indien zij niet langer gebruik zou mogen maken van de foto van [eiser] – de kosten onredelijk hoog en de impact op haar bedrijfsvoering enorm zouden zijn. Voorts staat als onweersproken vast dat Coolblue aan de belangen van [eiser] tegemoet is gekomen doordat het portret van [eiser] op de bestelbussen zal worden uitgefaseerd, het portret niet in andere of nieuwe uitlatingen zal worden gebruikt en de promotievideo op YouTube inmiddels is verwijderd. Met al dit voorgaande heeft Coolblue naar het oordeel van de kantonrechter een voldoende gerechtvaardigd belang aan de orde gesteld, waarbij onder deze specifieke omstandigheden de verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk (proportioneel en subsidiair) is en bij de afweging tegen het belang van [eiser] de inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer kan rechtvaardigen.

5.15 Gelet op het voorgaande, is geen sprake van een inbreuk op het portretrecht van [eiser] en evenmin van ander onrechtmatig handelen door Coolblue. Een grondslag voor toewijzing van de vorderingen van [eiser] ontbreekt dan ook.

[...]

Noot

Dit vonnis maakt duidelijk dat werkgevers die portretten van werknemers willen gebruiken voor reclamedoeleinden er verstandig aan doen de *expliciete* toestemming daarvoor *schriftelijk* vast te leggen en daarbij duidelijk te maken dat die toestemming ook geldt *na afloop* van het dienstverband. Coolblue had dat in deze zaak goed gedaan. Desondanks is het verstandig om, waar (tegen geringe kosten) mogelijk, het gebruik van portretten van ex-werknemers zo snel mogelijk te staken. Ook dit had Coolblue in deze zaak goed gedaan. Alleen het gebruik van het portret van de ex-werknemer op de 36 bestelbussen was niet direct mogelijk, althans niet tegen geringe kosten, maar ook dat gebruik zou Coolblue gaan uitfasen. Onder die omstandigheden is er geen sprake van portretrechtinbreuk, noch van een schending van de AVG. Het gaat in het portretrecht nu eenmaal om de vraag of sprake is van een 'redelijk belang' en dus om een belangenafweging. Ook op grond van de AVG heeft een geportretteerde geen absoluut recht om zich op ieder moment te verzetten tegen gebruik van zijn portret waar hij eerder expliciet toestemming voor gaf.

Dat niet alle werkgevers zo zorgvuldig omgaan met het portretrecht van werknemers als Coolblue blijkt uit andere recente rechtspraak.

Meubelhallen Kolham bleef het portret van een werknemster die inmiddels was overgestapt naar een concurrent afbeelden in een nieuwe folder. In die zaak was de kantonrechter van oordeel dat de ex-werknemster 'weliswaar geacht kan worden te hebben ingestemd met het gebruik van haar foto's in de brochure gedurende haar dienstverband, maar dat het op de weg van Meubelhallen Kolham lag om zich bij/na de uitdiensttreding van [naam eiseres] ervan te vergewissen dat zij ook instemde met (eventuele) voortzetting van het gebruik van haar foto's'.¹ Het opnieuw

¹ Rb. Noord-Nederland (ktr.) 3 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3807 (Ex-werknemster/Meubelhallen Kolham), r.o. 4.2.

gebruiken van een portret van een ex-werkneemster in een *nieuwe* brochure een jaar nadat de betrokkene uit dienst was, levert onder omstandigheden dus kennelijk wel portretrechtinbreuk op. De gevorderde schadevergoeding werd wel gematigd van 7.000 euro tot 500 euro.

Logistics, onderdeel van de PostNL-groep, bestickerde vanaf 2014 'busjes en vrachtwagens (hierna ook: transportmiddelen)' van PostNL met het portret van een oud-werknemer van het inmiddels failliete Parcelplus, dat destijds in opdracht van Logistics vervoerswerkzaamheden verrichtte. Het portret was ook opgenomen op grote posters en in een reclamespot van PostNL. De oud-werknemer stelt zich op het standpunt dat hij ten tijde van het maken van het portret slechts *mondeling* toestemming heeft gegeven voor gebruik voor *interne* voorlichting binnen Logistics, niet voor *extern* commercieel gebruik. Na sommatie en de nodige correspondentie is er volgens Logistics een schikking getroffen met Parcelplus waarbij het portretgebruik voor 960 euro volledig zou zijn afgekocht. De oud-werknemer was echter niet (kenbaar) bij die regeling betrokken. Kortom, chaos. De rechtbank nam portretrechtinbreuk aan en wees een verbod op voortgezet gebruik van het portret en een schadevergoeding van 5.000 euro toe.²

Ook bij gebruik van portretten van werknemers of werknemers van *onderaannemers* is het dus van belang om *schriftelijk* vast te leggen waarvoor de portretten *precies* gebruikt mogen worden, en wel met de *geportretteerden zelf*.

Uit deze laatste twee zaken blijkt hoe het niet moet.

Alles bij elkaar leert ons dat het volgende.

Een werkgever die portretten van werknemers wil gebruiken, vooral, maar niet alleen, in het geval van *extern commercieel* gebruik, dient dat *expliciet schriftelijk* vast te leggen *met de geportretteerde*. Dat kan in een arbeidsovereenkomst of in een separate overeenkomst. Ook bij gebruik van portretten van derden (niet-werknemers) is een schriftelijke overeenkomst uiteraard aan te raden, omdat de omvang van een mondelinge toestemming nu eenmaal altijd heel moeilijk te bewijzen is.

Dat van de geportretteerde *zelf* toestemming nodig is geldt vermoedelijk voor iedereen van 16 jaar en ouder. 'Wanneer [een] kind jonger is dan 16 jaar is verwerking [van zijn persoonsgegevens, waaronder mede begrepen zijn portret] slechts rechtmatig indien en voor zover de toestemming of machtiging tot toestemming in dit verband wordt ver-

leend door de persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind draagt', aldus artikel 8 lid 1 AVG. Het is ook verdedigbaar dat pas vanaf 18 jaar portretrechtelijke toestemming van de geportretteerde zelf volstaat. Maar het lijkt goed verdedigbaar dat als een kind van 16 geacht kan worden zelf toestemming te kunnen geven voor het gebruik van zijn portret als persoonsgegevens, hij in de regel geen 'redelijk belang' (meer) heeft om zich te verzetten tegen dat gebruik op portretrechtelijke gronden waar hij toestemming voor heeft gegeven.

Toestemming voor het *maken* van de portretten geeft geen duidelijkheid over de vraag welke *openbaarmaking* van de portretten toelaatbaar is. Het is verstandig om vast te leggen dat voortgezet gebruik *na het einde* van het dienstverband ook is toegestaan, maar *desondanks* moet dergelijk gebruik na afloop van het dienstverband *waar redelijkerwijs mogelijk* toch worden beëindigd.

Coolblue deed dat goed, maar in veel gevallen, de twee genoemde vonnissen vormen een topje van de ijsberg, gaat dat niet goed en leidt dat tot (soms exorbitante) claims die meestal worden geschikt.

Dirk Visser

² Rechtbank Noord-Holland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:4245 (Oud-werknemer van onderaannemer Logistics).