

# Sport, ziekte en loon

**Onlangs heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een werkgever gehouden is een bovenwettelijke aanvulling op het ziekengeld te betalen van een werknemer die arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van een sportblessure. Het antwoord daarop is in beginsel ja, tenzij aan de aanvulling vooraf bepaalde voorwaarden zijn gesteld en de werknemer door de werkgever is gewaarschuwd. Een werkgever is wel bijna altijd verplicht het minimale ziekengeld (70% van het loon, voorzover dat het maximum dagloon niet overstijgt) te betalen. Dit is slechts anders indien sprake is van het door de werknemer opzettelijk veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid. Dit laatste wordt zelden aangenomen.**

## Casus

In deze zaak ging het om een vrachtwagenchauffeur die als gevolg van zaalvoetbal regelmatig geblesseerd raakte aan zijn knie. Hij was in vier jaar tijd maar liefst 20 maanden vanwege blessures niet in staat geweest te werken. Zijn werkgever had er meerdere malen bij hem op aangedrongen een sport te gaan beoefenen waarbij de kans op blessures kleiner zou zijn. Desondanks ging de werknemer door met zaalvoetbal. De werkgever kondigde daarop aan dat hij zou zoeken naar juridische en financiële sanctiemogelijkheden om de werknemer te laten stoppen met zaalvoetbal. Toen de werknemer zich kort daarop weer ziek meldde vanwege zijn knieblessure was de maat vol. De werk-

gever besloot de werknemer de aanvulling op zijn ziekengeld niet langer uit te betalen. Conform de van toepassing zijnde CAO had de werknemer recht op een aanvulling op het ziekengeld tot 100% van zijn loon, tenzij de arbeidsongeschiktheid door "schuld of toedoen" van de werknemer was veroorzaakt. Zowel het Hof als de Hoge Raad waren van oordeel dat daar in dit geval sprake van was en de werkgever dus niet verplicht was 100% van het loon door te betalen.

## Wettelijke loondoorbetalingsplicht; opzet

Een zieke werknemer heeft volgens de wet gedurende een periode van twee jaar minimaal recht op ziekengeld ter hoogte van 70% van zijn loon (voorzover dat het maximum dagloon niet overstijgt), tenzij hij de arbeidsongeschiktheid opzettelijk heeft veroorzaakt. Deze opzet moet gericht zijn op het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid. Opzettelijk risicovol gedrag dat arbeidsongeschiktheid tot gevolg heeft, leidt dus niet tot een verlies van het minimale ziekengeld.

In de jurisprudentie wordt opzet in dit verband zelden aangenomen. Zo is blijkens de huidige jurisprudentie geen sprake van opzet bij arbeidsongeschiktheid als gevolg van plastische chirurgie (zonder medische noodzaak) en arbeidsongeschiktheid als gevolg van een ongeluk door rijden onder invloed van alcohol. Ook werd geen opzet aangenomen bij het afzagen van een hand ter uitvoering van een zelfmoord-

poging door de werknemer. De opzet was in dit geval immers gericht op het benemen van het leven en niet op de arbeidsongeschiktheid, aldus het Hof in deze zaak.

Het Hof en de Hoge Raad waren in de zaak van de zaalvoetballende chauffeur van oordeel dat ook in zijn geval geen sprake was van het opzettelijk veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid, ook al was de werknemer meerdere malen gewaarschuwd. De werkgever moest dus wel voldoen aan zijn basisverplichting tot betaling van 70% van het loon.

## Bovenwettelijke aanvulling; schuld en toedoen

Veel werknemers hebben op basis van een (collectieve) arbeidsovereenkomst recht op een aanvulling van het wettelijke ziekengeld. Door de sociale partners is beoogd dat de loondoorbetaling bij ziekte in de eerste twee ziektejaren in beginsel in totaal niet meer dan 170% van het loon zal zijn. Veel werknemers hebben het eerste ziektejaar recht op doorbetaling van 100% van het loon en in het tweede jaar 70%.

Dat het mogelijk is aan de aanvulling op het ziekengeld voorwaarden te verbinden is voor het eerst expliciet bepaald in de zaak van de voetballende chauffeur. In deze zaak was – voor doorbetaling van 100% van het loon bij ziekte - in de CAO namelijk de voorwaarde gesteld dat de arbeidsongeschiktheid niet door "schuld of toedoen" van de werknemer was ont-

staan. "Schuld of toedoen" heeft niet dezelfde betekenis als de in de wet gebruikte term opzet. Naar het oordeel van de Hoge Raad is wel vereist dat de werknemer voor "schuld of toedoen" een (rechtens) relevant verwijt voor het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid kan worden gemaakt. Daarnaast is vereist dat de werknemer redelijkerwijs had moeten voorzien dat het sporten tot arbeidsongeschiktheid zou kunnen leiden en dat hij heeft nagelaten maatregelen te nemen ter voorkoming daarvan. Dit was in de zaak van de voetballende chauffeur volgens zowel het Hof als de Hoge Raad het geval.

Anders dan een groot aantal krantenkoppen naar aanleiding van het arrest suggereerde, betekent het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de zaalvoetballende chauffeur dus niet dat alle werknemers die als gevolg van een sportblessure arbeidsongeschikt raken hun bovenwettelijke aanvulling op het ziekengeld, of zelfs het gehele ziekengeld verliezen.

Voor het verliezen van de bovenwettelijke aanvulling is het allereerst noodzakelijk dat er in de (collectieve) arbeidsovereenkomst een voorwaarde is gesteld voor het recht op die bovenwettelijke aanvulling van het ziekengeld, waaraan niet is voldaan. Ten tweede moet de werknemer, om de aanvulling te verspelen, zijn latere arbeidsongeschiktheid hebben kunnen voorzien, bijvoorbeeld doordat zijn werkgever hem daar (meerdere malen) voor gewaarschuwd en/of op gewezen heeft. Voor het verliezen van de basisuitkering van 70% van het loon is er met het arrest dus sowieso niets veranderd, daarvan is slechts sprake als de werknemer de arbeidsongeschiktheid opzettelijk heeft veroorzaakt.

## Nadere voorwaarden

In de zaak van de voetballende chauffeur heeft de rechter zich dus voor het

eerst expliciet uitgesproken over de mogelijkheid dat aan de contractuele (bovenwettelijke) aanvulling van het ziekengeld nadere voorwaarden kunnen worden gesteld. De vraag is echter hoe ver werkgevers mogen gaan bij het stellen van die voorwaarden.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de voorwaarde dat de arbeidsongeschiktheid niet door een gevaarlijke sport (waaronder wintersport), roekeloos rijgedrag, plastische chirurgie, roken en/of alcohol- en drugsgebruik is veroorzaakt. Nog ruimer is de voorwaarde dat voor een aanspraak op de bovenwettelijke aanvulling de arbeidsongeschiktheid überhaupt niet in de privésfeer van de werknemer mag zijn ontstaan. Het is echter de vraag of een dergelijke bepaling niet in strijd moet worden geacht met het grondwettelijke recht van een werknemer op de eerbiediging van het privéleven.

MKB-Nederland, de organisatie voor het midden- en kleinbedrijf, gaat overigens nog een stap verder. In maart 2008 heeft zij - ten behoeve van de publieke discussie - aan de Tweede Kamer een lijst aangeboden met verzuimgronden waar de werkgever geen invloed op heeft en die dus volgens MKB-Nederland voor eigen rekening van de werknemer zouden moeten komen. In zo'n geval zou de werknemer dus helemaal geen aanspraak hebben op ziekengeld. VNO-NCW steunt het idee van MKB-Nederland. Zo willen de werkgevers bijvoorbeeld niet betalen voor verzuim door sport- en vakantieblessures, roekeloos rijgedrag en plastisch chirurgische ingrepen zonder een medische noodzaak. Ook alcohol- en drugsgebruik staan op het lijstje. Werknemers zouden zichzelf moeten (kunnen) verzekeren tegen het risico van ziekteverzuim dat hierdoor wordt veroorzaakt, aldus de werkgeversbond. Het is algemeen bekend dat sporten gezond is, energie oplevert en een

goede remedie is tegen overgewicht. Uit recent onderzoek is gebleken dat ziekteverzuim als gevolg van overgewicht fors toeneemt en werkgevers in Nederland jaarlijks 600 miljoen euro kost. Als werknemers door maatregelen van werkgevers ontmoedigd worden aan sport te doen, is het dus nog maar de vraag of de kosten van ziekteverzuim op termijn niet juist duurder uit zullen pakken voor de werkgevers.

Wat daar ook van zij, ter beperking van de kosten van het ziekteverzuim is het dus mogelijk in een arbeidsovereenkomst (of CAO) nadere voorwaarden te stellen aan de bovenwettelijke aanvulling op het ziekengeld. Deze voorwaarden moeten wel eenduidig geformuleerd zijn, teneinde discussie over de uitleg daarvan te voorkomen. Bovendien mogen de voorwaarden niet discriminerend zijn of in strijd met een grondrecht.

## Conclusie

Een werknemer die arbeidsongeschikt is als gevolg van een sportblessure heeft gewoon recht op het wettelijke ziekengeld. Het is wel mogelijk voorwaarden te stellen aan de bovenwettelijke aanvulling van het ziekengeld. Deze voorwaarden moeten dan wel in de arbeidsovereenkomst (of in een van toepassing zijnde CAO) zijn opgenomen en mogen niet discriminerend of in strijd met een grondrecht zijn. Als aan de voorwaarden die gelden voor de bovenwettelijke aanvulling niet is voldaan en de werknemer heeft zijn arbeidsongeschiktheid kunnen voorzien, dan verspeelt hij in beginsel die aanvulling. Het zal nog moeten blijken hoe ver werkgevers mogen gaan bij het stellen van voorwaarden.

**mr. M. (Marloes) Woerdman**

**Arbeidsrecht**

**T +31 (0)20 3016 304**

**E marloes.woerdman@cms-dsb.com**