

LJN: AY5993, Gerechtshof Arnhem , 2005/787 Print uitspraak

Datum uitspraak: 27-06-2006

Datum publicatie: 10-08-2006

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Geïntimeerde, werknemer van appellante, is meermaals arbeidsongeschikt geraakt door zaalvoetballen. De werkgever heeft werknemer herhaaldelijk gewezen op de mogelijke (financiële) consequenties van doorgaan met zaalvoetballen. Het hof is van oordeel dat de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de periode van 25 februari 2003 tot 23 maart 2003 door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt. [appellante] was dan ook niet verplicht in deze periode aan [geïntimeerde] de in artikel 12 A lid 1 sub a en e van de CAO vermelde aanvulling op het in artikel 7:629 lid 1 BW vermelde loon ten bedrage van € 569,53 bruto te betalen.

Uitspraak

27 juni 2006

vijfde civiele kamer

rolnummer 2005/787

## GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[appellante],

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

procureur: mr J.L.J.J. Nelissen,

tegen:

[geïntimeerde],

wonende te [woonplaats],

geïntimeerde,

procureur: mr J.A.Spigt.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het vonnis van de kantonrechter (rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Tiel) van 30 maart 2005, gewezen tussen appellante (hierna te noemen: [appellante]) als gedaagde en geïntimeerde (hierna te noemen: [geïntimeerde]) als eiser. Een fotokopie van dit vonnis is aan dit arrest gehecht.

## 2 Het geding in hoger beroep

2.1 [appellante] heeft bij exploit van 22 juni 2005 [geïntimeerde] aangezegd in hoger beroep te komen van genoemd vonnis van 30 maart 2005, met dagvaarding van [geïntimeerde] voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft [appellante] vijf grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht, bewijs aangeboden en gevorderd dat het hof bij arrest, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. het vonnis waarvan beroep zal vernietigen;

II. [geïntimeerde] in zijn vorderingen alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren, althans hem deze zal ontzeggen;

III. de volgende tegenvorderingen van [appellante] zal toewijzen:

- primair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, niet gehouden is het loon van [geïntimeerde] door te betalen;

- subsidiair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, slechts gehouden is aan [geïntimeerde] het loon te betalen ex artikel 7:629 BW, exclusief aanvullingen hierop op grond van artikel 12 dan wel artikel 16 van de toepasselijke CAO;

- meer subsidiair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, slechts gehouden is aan [geïntimeerde] te betalen het volledige nettoloon, exclusief overuren op grond van artikel 12 dan wel artikel 16 van de toepasselijke CAO;

IV. [geïntimeerde] zal veroordelen in de kosten van beide instanties.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden, bewijs aangeboden en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met veroordeling van [appellante] in de kosten van het hoger beroep.

2.4 [appellante] heeft akte verzocht van enkele op schrift gestelde mededelingen.

2.5 Ten slotte hebben beide partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd. In beide procesdossiers ontbreekt het overzicht, waaraan wordt gerefereerd in de als productie 3 bij de conclusie van antwoord overgelegde brief van 17 juni 2002 van [appellante] aan [geïntimeerde] en dat bij die brief zou zijn gevoegd.

## 3 De grieven

[appellante] heeft de volgende grieven aangevoerd:

I. Ten onrechte heeft de kantonrechter overwogen dat [appellante] onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld, die de conclusie zouden kunnen dragen dat [geïntimeerde] zijn arbeidsongeschiktheid opzettelijk veroorzaakt heeft (r.o. 3.4);

II. Ten onrechte heeft de kantonrechter overwogen dat er geen “restcategorie” bestaat, waarin geen sprake is van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, doch desondanks geen recht op doorbetaling zou bestaan (r.o. 3.3.);

III. Ten onrechte heeft de kantonrechter overwogen dat [appellante] onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat [geïntimeerde] in strijd met het goed werknemerschap zou handelen (r.o. 3.5);

IV. Ten onrechte heeft de kantonrechter aangenomen dat de CAO-partijen met de formulering “schuld of toedoen” hebben willen aansluiten bij de uitzonderingsbepaling van artikel 7:629 lid 3 BW;

V. Ten onrechte heeft de kantonrechter de gevorderde wettelijke verhoging en rente toegewezen (r.o. 3.9).

#### 4 De vaststaande feiten

4.1 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.6 feiten vastgesteld. Aangezien daartegen geen grieven zijn aangevoerd of bezwaren zijn geuit, zal het hof in hoger beroep ook van die feiten uitgaan. Op grond van hetgeen verder is gesteld en niet of onvoldoende is weersproken, kunnen hieraan de volgende vaststaande feiten worden toegevoegd.

4.2 In een brief van 17 juni 2002 van [appellante] aan [geïntimeerde] is onder andere het volgende vermeld:

“(…)

U bent nu sinds 13 mei 2002 ongeschikt voor de uitoefening van de functie van “Kingchauffeur”. Dit ten gevolge van een ernstige enkelblessure die veroorzaakt is tijdens het voetballen. Reeds eerder bent u arbeidsongeschikt (en gedeeltelijk arbeidsongeschikt) geweest ten gevolge van voetballen, en wel gedurende de periode van 4 juni 2000 tot 5 februari 2001. Toen was er sprake van beschadigde kruisbanden, en is er na een lange periode van onderzoek en wachttijden, weefsel van de kruisbanden weggesneden.

In het verzuimgesprek dat ik met u gevoerd heb op 11 juni jl. heb ik naar u de verwachting uitgesproken dat u, wanneer u hersteld bent, de voetbalsport en/of andere blessuregevoelige sporten niet meer zult uitoefenen. Dit omdat u ten gevolge van de reeds opgedane blessures een groter risico loopt om weer uitgeschakeld te worden en u wederom voor langdurige periode arbeidsongeschikt zal zijn.

U heeft me verteld dat u onderkent dat u meer kans op blessures heeft en dat u daarom er voor gekozen heeft om in de toekomst te gaan zaalvoetballen. Hierop heb ik u geantwoord dat ik dit geen gelukkige keuze vind aangezien zaalvoetbal als meest blessuregevoelige sport bekend staat (met name enkel en knieblessures komen veel voor). Bijgevoegd overzicht bevestigt dit. U trekt dit overzicht in twijfel en wenst niet af te wijken van uw voornemen.

(…)

Bovenstaande betekent dat indien u zich nogmaals langdurig arbeidsongeschikt meldt ten gevolge van een sportblessure die veroorzaakt is door voetbal of een andere blessuregevoelige sport, wij de mogelijkheid onderzoeken om uw ziekengeld niet aan te vullen. Voorts zullen we blijven zoeken naar juridische, financiële sanctiemogelijkheden om u te weerhouden van uw voornemen. Daarnaast zouden wij kunnen overwegen om u binnen ons bedrijf te herplaatsen.

(…)”

4.3 In een brief van 21 januari 2003 van [appellante] aan [geïntimeerde] is onder andere het volgende vermeld:

“(…)

Naar aanleiding van uw ziekmelding van vandaag heb ik vanmorgen met u een verzuimgesprek gevoerd. (...) Aanleiding voor het gesprek van vanmorgen is het feit dat de knieklachten veroorzaakt zijn tijdens een voetbalwedstrijd.

(…)

U bent in eerdere gesprekken er op gewezen (zie de brief d.d. 17 juni (het hof leest:) 2002), dat u, door eerdere blessures aan knie en enkelgewrichten, een vergroot risico loopt op blessures tijdens het sporten. Wij hebben u destijds verzocht om in uw vrije tijd een minder blessuregevoelige sport uit te oefenen. U bent echter blijven zaalvoetballen.

Vanmorgen heb ik u wederom op het feit gewezen dat u bewust voor het risico kiest om (tijdelijk) arbeidsongeschikt te worden en daarmee uw werkgever onterecht financieel belast. Vervolgens heb ik u gevraagd om alsnog te overwegen om te stoppen met (zaal)voetbal. U antwoordde dat u nog steeds niet overtuigd was van het feit dat voetbalsporten het meest blessuregevoelig is, en dat u zeer voldoening vindt in het voetballen.

(…)

Ik heb u vanmorgen medegedeeld dat gedurende de lopende ziekteperiode wij slechts het volledige basissalaris zullen uitkeren (normaal wordt het ziekgeld aangevuld met een gemiddelde aantal overuren).

Verder heb ik u gezegd dat indien u na uw herstelmelding blijft voetballen, er bij iedere ziekteperiode die veroorzaakt wordt door (zaal)voetballen geen salarisdoorbetaling zal plaatsvinden en geen ziektégeld zal worden uitgekeerd.

Op mijn vraag of deze mogelijke toekomstige financiële maatregelen u op andere gedachten konden brengen heeft u geantwoord dat u hier over na moet nadenken. Ik heb met u afgesproken dat u zodra u hersteld bent, mij zult medelen of u besloten heeft te stoppen met voetballen.

Overigens juichen wij het toe dat werknemers door middel van sport zich in hun vrije tijd ontspannen en hun lichamelijke conditie op peil houden. Wij zijn echter van mening dat onverantwoorde sportbeoefening, zoals in uw geval, niet mag leiden tot onterechte financiële belasting van uw werkgever.(…)”

4.4 In een brief van 26 februari 2003 [appellante] aan [geïntimeerde] is onder andere het volgende vermeld:

“(…)

U heeft zich op 25 februari jl. bij uw teamleider ziek gemeld. U gaf aan dat u knieklachten had omdat u tijdens het voetballen op uw knie bent gevallen.

(…)

In ons gesprek d.d. 21 januari 2003, welke aan u schriftelijk bevestigd is (brief d.d. 21 januari 2003), heb ik u er op gewezen dat wij als werkgever niet meer geconfronteerd wensen te worden met arbeidsongeschiktheid die veroorzaakt wordt door uw sportbeoefening, welke in uw geval zeer onverstandig is. Ik heb u destijds verzocht om nogmaals uw besluit om door te gaan met zaalvoetballen te heroverwegen. Uit uw ziekmelding van gisteren blijkt echter dat u het zaalvoetballen toch voortgezet heeft.

Ik heb u destijds al uitgelegd wat de consequenties van uw gedrag zouden kunnen zijn (zie brief d.d. 21 januari jl.). Geheel in overeenstemming met wat in de brief vermeld staat, zullen wij gedurende uw huidige ziekteperiode geen salaris of ziektégeld doorbetalen.

(…)”

4.5 In een brief van 7 mei 2003 van [appellante] aan [geïntimeerde] is onder andere het volgende vermeld:

“(…)

In het kader van uw verzuimbegeleiding hebben wij diverse gesprekken gevoerd.(…)

In tegenstelling wat in mijn laatste brief vermeld staat, zullen wij gedurende de ziekteperiode uw salaris als volgt samenstellen:

1. gedurende de periode die u volledig arbeidsongeschikt was (25 februari 2003 t/m 23 maart 2003) ontvangt u alleen het basisloon;
2. gedurende de periode (24 maart 2003 t/m heden) die op u therapeutische basis aangepaste werkzaamheden verricht, ontvangt u boven op het basisloon een aanvulling gelijk aan het gemiddelde van het aantal overuren, berekend over de achterliggende 52 weken.(…)”

4.6 [geïntimeerde] is arbeidsongeschikt geweest in de volgende perioden, waarin hij, op arbeidstherapeutische basis, ook werkzaamheden heeft verricht als rijder, als chauffeur met rijder en als chauffeur zonder rijder:

- 5 juni 2000 tot 2 februari 2001. In deze periode heeft [geïntimeerde] ongeveer zes maanden op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht;
- 13 mei 2002 tot 15 juli 2002. In deze periode heeft [geïntimeerde] van 10 juni 2002 tot en met 12 juli 2002 op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht;
- 25 februari 2003 tot 22 september 2003. In deze periode heeft [geïntimeerde] van 24 maart 2003 tot 7 mei 2003 en van 23 juni 2003 tot 19 september 2003 op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht;
- 16 januari 2004 tot (in ieder geval) 25 augustus 2004. In deze periode heeft [geïntimeerde] (in ieder geval) van 1 maart 2004 tot 25 augustus 2004 op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht.

4.7 [geïntimeerde] heeft in 2002 een knie-operatie ondergaan. [geïntimeerde] is in mei/juni 2003 opnieuw aan zijn knie geopereerd.

4.8 [geïntimeerde] is sedert januari 2005 volledig arbeidsgeschikt. Sinds zijn laatste arbeidsongeschiktheid voetbalt [geïntimeerde] niet meer.

4.9 In artikel 12 van de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2001/2003 (hierna: de CAO) is -voor zover hier van belang- het volgende vermeld:

“Artikel 12

Algemeen

Het bepaalde onder A in dit artikel is een aanvulling op de wettelijke loondoorbetalingsverplichting krachtens artikel 7:629 BW van het Burgerlijk Wetboek.

A. Loon bij arbeidsongeschiktheid

1.

a. Tenzij schriftelijk gunstiger voorwaarden overeengekomen zijn, is, wanneer de werknemer ten gevolge van arbeidsongeschiktheid verhinderd is zijn arbeid te verrichten behalve indien de arbeidsongeschiktheid door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt (...), de werkgever verplicht om over de dagen waarop de werknemer tengevolge van arbeidsongeschiktheid (waaronder te verstaan ziekte en ongeval) verhinderd is zijn arbeid te verrichten, het nettoloon door te betalen.

(…)

e. In geval van arbeidsongeschiktheid wordt onder loon in de zin van dit artikel verstaan het nettoloon, vastgesteld op basis van het functieloon verhoogd met het bedrag dat de betrokken

werknemer gemiddeld gedurende de periode van 52 weken voorafgaande aan de arbeidsongeschiktheid heeft genoten aan overuren (met een maximum van 15 overuren per week) (...).

Het bovenstaande wil zeggen dat de werknemer een uitkering zal worden toegekend toe het hierboven omschreven nettoloan (maximaal dagloon ZW).(...)"

Deze CAO is algemeen verbindend verklaard voor de periode van 1 april 2001 tot en met 31 maart 2003.

## 5 De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1 [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg (in conventie) gevorderd [appellante] te veroordelen aan hem te betalen:

- a. een bedrag van € 569,53 bruto ter zake van salaris over de periode van 25 februari 2003 tot en met 23 maart 2003;
- b. een bedrag van € 45,56 bruto ter zake van vakantietoelage;
- c. de wettelijke verhoging op grond van artikel 7:625 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) over de onder a en b genoemde bedragen;
- d. de wettelijke rente over de onder a tot en met c genoemde bedragen vanaf 1 april 2003, althans vanaf 1 oktober 2003 tot aan de dag der algehele voldoening;
- e. een bedrag van € 92,26 ter zake van buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 10 maart 2004 tot de dag der algehele voldoening, met veroordeling van [appellante] in de proceskosten.

5.2 [appellante] heeft in eerste aanleg (in reconventie) gevorderd dat voor recht zal worden verklaard:

- primair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, niet gehouden is het loon van [geïntimeerde] door te betalen;
- subsidiair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, slechts gehouden is aan [geïntimeerde] het loon te betalen op grond van artikel 7:629 BW, exclusief aanvullingen hierop op grond van artikel 12 dan wel artikel 16 van de toepasselijke CAO;
- meer subsidiair, dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, slechts gehouden is aan [geïntimeerde] te betalen het volledige nettoloan, exclusief overuren op grond van artikel 12 dan wel artikel 16 van de toepasselijke CAO, met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten.

5.3 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis in conventie de in rechtsoverweging 5.1 onder a, c en d vermelde vorderingen toegewezen, de in rechtsoverweging 5.1 onder b en e vermelde vorderingen afgewezen en [appellante] veroordeeld in de proceskosten. De kantonrechter heeft in reconventie de vorderingen van [appellante] afgewezen. Gelet op de verwevenheid van de vorderingen in conventie en in reconventie is [appellante] in reconventie niet in de proceskosten veroordeeld.

5.4 Op grond van artikel 332 lid 3 van het Wetboek van Rechtsvordering (hierna: Rv) is voor de vraag, of [appellante] ontvankelijk is in haar hoger beroep, beslissend de totale waarde van de vorderingen in eerste aanleg in conventie en in reconventie, aangezien deze vorderingen niet zijn gesplitst en daarin niet afzonderlijk is beslist. De door [geïntimeerde] in eerste aanleg in conventie gevorderde bedragen liggen, ook indien rekening wordt gehouden met de tot de dag van de dagvaarding verschenen rente, onder de in artikel 332 lid 1 Rv vermelde appelgrens. De door [appellante] in reconventie gevorderde verklaringen voor recht moeten

worden gekwalificeerd als vorderingen van onbepaalde waarde, aangezien geen aanwijzingen bestaan dat deze een bepaalde waarde vertegenwoordigen. Gelet hierop is [appellante] ontvankelijk in zijn hoger beroep.

5.5 [geïntimeerde] heeft geen incidenteel appel ingesteld tegen de beslissing van de kantonrechter in het bestreden vonnis, waarbij zijn in rechtsoverweging 5.1 onder b en e vermelde vorderingen zijn afgewezen.

5.6 De grieven I tot en met IV van [appellante] zijn gericht tegen hetgeen de kantonrechter in rechtsoverweging 3.3 tot en met 3.6 van het bestreden vonnis heeft overwogen en, naar het hof begrijpt, tegen de daaruit voortvloeiende beslissing van de kantonrechter om de vorderingen van [geïntimeerde] in conventie (gedeeltelijk) toe te wijzen. [appellante] heeft geen specifieke grief gericht tegen de beslissing in rechtsoverweging 3.7 van het bestreden vonnis, waarbij haar vorderingen in reconventie zijn afgewezen. De beslissing in reconventie vloeit voort uit de in conventie gegeven beslissing. Gelet hierop en op de door [appellante] in het petitum van zijn memorie van grieven geformuleerde vorderingen, gaat het hof ervan uit dat de hiervoor vermelde grieven van [appellante] tevens zijn gericht tegen de beslissing van de kantonrechter, waarbij de vorderingen in reconventie van [appellante] zijn afgewezen.

5.7 [appellante] heeft geen specifieke grief gericht tegen de beslissing in rechtsoverweging 3.1 van het bestreden vonnis. Het hof leidt uit de toelichting op grief III af, dat deze grief ook is gericht tegen deze beslissing van de kantonrechter.

5.8 De kantonrechter heeft zijn beslissingen in het bestreden vonnis mede gebaseerd op artikel 16 van de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen, zoals die in de periode van 31 maart 2003 tot 31 maart 2004 gold. [geïntimeerde] heeft in zijn conclusie van dupliek in reconventie onbetwist gesteld dat het (naar het hof begrijpt), voor zover het de vorderingen in conventie betreft, gaat om het in rechtsoverweging 4.9 vermelde -algemeen verbindend verklaarde- artikel 12 van de CAO. Ook het hof zal hiervan uitgaan in hoger beroep, ook al komen de hiervoor vermelde artikelen 16 en 12 inhoudelijk overeen.

5.9 Op grond van het in deze zaak toepasselijke artikel 7:629 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), behoudt de werknemer, voor zover het loon niet meer bedraagt dan het maximum dagloon, bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, voor een tijdvak van tweeënvijftig weken recht op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, maar ten minste op het voor hem geldende wettelijke minimumloon, indien hij de bedongen arbeid niet heeft verricht omdat hij in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap of bevalling daartoe verhinderd was. Op grond van artikel 7:629 lid 3 sub a BW heeft de werknemer -voor zover hier van belang- het in lid 1 bedoelde recht op loon niet, indien de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt. Op grond van artikel 7:629 lid 9 BW kan van artikel 7:629 BW ten nadele van de werknemer slechts in zoverre worden afgeweken, dat bedongen kan worden dat de werknemer voor de eerste twee dagen van het in lid 1 of lid 2 bedoelde tijdvak geen recht op loon heeft.

5.10 Het hof zal eerst de grieven I tot en met IV bespreken. Daarbij dient het hof de volgende vragen te beantwoorden:

a. heeft [geïntimeerde] in de periode van 25 februari 2003 tot en met 23 maart 2003, waarin hij arbeidsongeschikt was wegens ziekte, op grond van artikel 7:629 lid 1 BW zijn recht op

70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon behouden, of heeft hij dit recht niet, omdat de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt (artikel 7:629 lid 3 sub a BW)?

b. heeft [geïntimeerde], gedurende zijn arbeidsongeschiktheid in de hiervoor vermelde periode, geen recht op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, omdat hij met de door hem gepleegde sportbeoefening in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting zich als een goed werknemer te gedragen (artikel 7:611 BW)?

en, voor zover zal worden geoordeeld dat [geïntimeerde] in de hiervoor omschreven periode zijn recht op het in artikel 7:629 lid 1 BW vermelde loon heeft behouden,

c. is [appellante] verplicht, op grond van artikel 12A lid 1 sub a van de CAO, in aanvulling op de wettelijke loondoorbetalingsverplichting krachtens artikel 7:629 BW, gedurende de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de hiervoor vermelde periode, aan [geïntimeerde] het nettoloon, zoals omschreven in artikel 12A lid 1 sub e van de CAO (inclusief overuren), te betalen, of is [appellante] hiertoe niet verplicht, omdat de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt?

d. is [appellante], gedurende de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de hiervoor vermelde periode, slechts gehouden aan [geïntimeerde] te betalen het volledige nettoloon, exclusief overuren zoals vermeld in artikel 12A lid 1 sub e van de CAO, omdat [geïntimeerde] met de door hem gepleegde sportbeoefening in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting zich als een goed werknemer te gedragen?

5.11 Het hof stelt voorop dat op grond van artikel 7:629 lid 9 BW niet ten nadele van een werknemer van artikel 7:629 BW worden afgeweken, behoudens hetgeen is vermeld aan het slot van rechtsoverweging 5.8. Het staat een werkgever wel vrij ten gunste van een werknemer af te wijken van het bepaalde in artikel 7:629 BW. Dit is in artikel 12A lid 1 sub a en e van de CAO geschied. Daarin is een aanvulling opgenomen op de wettelijke loondoorbetalingsverplichting, zoals vermeld in artikel 7:629 lid 1 BW. Naar het oordeel van het hof zijn CAO-partijen gerechtigd voorwaarden te stellen met betrekking tot de toekenning van een dergelijke (extra) aanspraak. Ook kunnen zij overeenkomen dat een werknemer in bepaalde gevallen geen aanspraak heeft op deze aanvulling, mits de minimale aanspraak, zoals vermeld in artikel 7:629 lid 1 en lid 9 BW, gewaarborgd blijft. De in artikel 12A lid 1 sub a van de CAO vermelde uitsluitingsgrond kan dezelfde of een andere zijn dan die is vermeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW.

5.12 [geïntimeerde] heeft in zijn conclusie van antwoord gesteld dat hij in 2002 is gestopt met zaalvoetbal, hetgeen [appellante] onder punt 5 van haar conclusie van repliek gemotiveerd heeft weersproken. [geïntimeerde] heeft vervolgens geen feiten en omstandigheden gesteld ter toelichting op deze stelling. Integendeel, in zijn memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] gesteld dat hij in januari 2005 volledig arbeidsongeschikt is verklaard en dat hij sinds zijn laatste arbeidsongeschiktheid niet meer voetbalt. Gelet hierop dient als vaststaand te worden aangenomen, dat de langdurige arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de in rechtsoverweging 4.6 vermelde perioden is veroorzaakt door (zaal)voetbal. Dit zal ook uitgangspunt zijn bij de verdere beoordeling van het geschil.

5.13 [geïntimeerde] heeft in de perioden waarin hij arbeidsongeschikt is geweest op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht als rijder, als chauffeur met rijder en als chauffeur zonder rijder. Dit doet niet af aan het feit dat, zoals [appellante] onbetwist onder punt 3 van haar conclusie van repliek heeft gesteld, [geïntimeerde] gedurende langere tijd nauwelijks zijn "eigen" werkzaamheden heeft verricht, waardoor [appellante] genoodzaakt was extra kosten binnen haar bedrijf te maken.

Is de ziekte van [geïntimeerde] in de periode van 25 februari 2003 tot en met 23 maart 2003 door zijn opzet veroorzaakt?

5.14 Voor de beantwoording van de in rechtsoverweging 5.10 onder a vermelde vraag, is van belang, wat onder opzet in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW dient te worden verstaan. Het hof verwijst in dit verband naar de volgende passages uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:629 lid 3 sub a BW ((oud)artikel 1638c lid 3 sub a BW):

-Verslag van 8 november 1995 (Kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr. 5, p. 61):

De leden van de SP-fractie wensen over dit artikel de navolgende vragen te stellen.

(...)

Wat betreft het in het derde lid onder a vermelde “opzet” rijst de vraag wat daaronder moet worden verstaan. Valt daar ook onder arbeidsongeschiktheid als gevolg van voetballen in het weekend, of als gevolg van een wintersportvakantie?

- Nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 14 november 1995 (Kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr. 6, p. 74):

De zinsnede “de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt” betekent dat de opzet van de arbeider gericht moet zijn op het veroorzaken van ziekte. Opzettelijk risicovol gedrag met als gevolg arbeidsongeschiktheid leidt niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling.

De door de leden van de SP-fractie genoemde gevallen van arbeidsongeschiktheid als gevolg van voetballen in het weekend of als gevolg van een wintersportvakantie leiden in beginsel niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling, tenzij deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen.

- Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Kamerstukken I 1995-1996, 24 439, nr. 134a, p. 30):

De leden van de fractie van D66 vroegen hoe moet worden vastgesteld of zich al dan niet een geval als in artikel 1638c lid 3 wordt bedoeld, voordoet? Welke middelen heeft de werkgever om zich op dat punt te vergewissen? Vergelijkbare bepalingen gelden thans krachtens de ziekwet. Voor een beoordeling van de positie van de werkgever is het op zijn minst nuttig te weten op welke wijze bedrijfsverenigingen van deze bevoegdheid gebruik maken.

- Memorie van Antwoord, ontvangen 19 januari 1996 (Kamerstukken I 1995-1996, 24 439, nr. 134b, p. 48):

De vraag of sprake is van het opzettelijk veroorzaken van ziekte, of het door eigen toedoen belemmeren van de genezing, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Dit hangt af van de feiten en omstandigheden in het concrete geval. De weigering van ziekingeld door de bedrijfsvereniging in geval van opzet komt nauwelijks voor omdat het opzettelijk veroorzaken van ziekte zeldzaam is, en omdat het bewijs moeilijk is. Het moet in elk geval gaan om het willens en wetens veroorzaken van ziekte, niet om het enkele riskeren daarvan.

5.15 De wetgever heeft, gelet op de verstrekkende gevolgen die de uitsluiting van de loondoorbetaling tijdens ziekte heeft voor een werknemer, in artikel 7:629 lid 3 sub a BW een zwaar criterium, te weten opzet, gehanteerd. Het enkele feit dat een werknemer zich bloot stelt aan een risicovolle activiteit en daarmee aan de reële kans om wegens ziekte arbeidsongeschikt te raken, is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van opzet in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW. Het hof verwerpt de stelling van [appellante] dat de bewoordingen “in beginsel”, zoals vermeld in de in rechtsoverweging 5.14 vermelde Nota naar aanleiding van het verslag, ruimte laten voor de opvatting, dat de werknemer ook zijn recht op doorbetaling bij ziekte verliest, indien hij voetbalt in het weekend zonder dat hij het oogmerk had om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen. De bewoordingen “in beginsel” dienen in samenhang te worden gelezen met de ook in deze zinsnede vermelde toevoeging “tenzij deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te

brengen.” Daaruit volgt dat, slechts wanneer deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen, dit leidt tot verlies van het in artikel 7:629 lid 1 BW vermelde loon. Dit blijkt ook uit de Memorie van Antwoord, waarin is vermeld, dat het in ieder geval moet gaan om het willens en wetens veroorzaken van ziekte, niet om het enkele riskeren daarvan.

5.16 [geïntimeerde] heeft de stelling van [appellante] dat zijn ziekte door zijn opzet is veroorzaakt, gemotiveerd bestreden. De enkele omstandigheid dat, zoals [appellante] heeft gesteld en [geïntimeerde] niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, zaalvoetbal (een van) de meest risicovolle sport(en) is voor wat betreft het oplopen van blessures, is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van opzet. Dat [geïntimeerde] door te (zaal)voetballen het risico heeft genomen en zich heeft bloot gesteld aan de reële kans om arbeidsongeschikt te raken, is evenmin voldoende om te kunnen concluderen dat sprake is van opzet. Het hof verwijst naar de in rechtsoverweging 5.14 vermelde wetsgeschiedenis. Volgens [geïntimeerde] heeft hij uitsluitend voor zijn plezier en zijn sociale contacten ge(zaal)voetbald. Hij heeft deze sport(en) nooit beoefend met het oogmerk om daarmee arbeidsongeschiktheid te veroorzaken. [appellante] heeft tegenover de hiervoor vermelde stellingen van [geïntimeerde] geen (andere) feiten en omstandigheden aangevoerd, die in dit geval tot het oordeel zouden moeten leiden dat wel sprake is van opzet in de zin van artikel 7:629 lid 3 sub a BW. Gelet hierop is er geen grond [appellante] toe te laten tot bewijslevering. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] door zijn opzet is veroorzaakt.

5.17 Op grond van hetgeen in rechtsoverweging 5.16 is overwogen, kan evenmin worden geoordeeld dat [geïntimeerde], met de door hem gepleegde sportbeoefening, zodanig in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting zich als een goed werknemer te gedragen, dat hij geen recht zou hebben op het in artikel 7:629 lid 1 BW vermelde loon in de periode van 25 februari 2003 tot en met 23 maart 2003. De grieven I en II en grief III, voor zover het artikel 7:629 lid 1 BW betreft, falen. Dit betekent tevens dat de primaire door van [appellante] gevorderde verklaring van recht dient te worden afgewezen.

Is [appellante] verplicht de in artikel 12A lid 1 sub a CAO vermelde aanvulling aan [geïntimeerde] te betalen?

5.18 Voor de beantwoording van de in rechtsoverweging 5.10 onder c vermelde vraag is van belang of de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de periode van 25 februari 2003 tot 23 maart 2003 door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt.

5.19 Het hof stelt voorop dat het gaat om de uitleg van een (algemeen verbindend verklaarde) bepaling in een CAO. Als uitgangspunt voor de uitleg van bepalingen van een CAO geldt, dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voor zover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

5.20 Het enkele feit dat, zoals [geïntimeerde] heeft gesteld en [appellante] gemotiveerd heeft bestreden, artikel 12A lid 1 sub a en e van de CAO een aanvulling is op artikel 7:629 BW, betekent niet zonder meer dat schuld of toedoen, zoals vermeld in dit artikel van de CAO, gelijk dient te worden gesteld met opzet, zoals vermeld in artikel 7:629 lid 3 sub a BW. [geïntimeerde] heeft geen (andere) feiten en omstandigheden gesteld, die tot de door hem bepleite uitleg van artikel 12A lid 1 sub a CAO zouden moeten leiden.

5.21 Het hof is met [appellante] van oordeel, dat “schuld of toedoen” en “opzet” niet dezelfde betekenis hebben. Om te kunnen aannemen dat de arbeidsongeschiktheid door schuld of toedoen van [geïntimeerde] is veroorzaakt, is naar het oordeel van het hof vereist dat [geïntimeerde] een (rechtens) relevant verwijt van het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid kan worden gemaakt. Van belang is daarbij dat [geïntimeerde] met de door hem gepleegde sportbeoefening redelijkerwijze heeft moeten voorzien dat deze tot arbeidsongeschiktheid zou kunnen leiden en hij heeft nagelaten, hoewel dat in zijn vermogen lag, maatregelen te treffen teneinde te voorkomen dat deze arbeidsongeschiktheid zou ontstaan.

5.22 Het hof heeft in rechtsoverweging 5.16 overwogen dat [geïntimeerde] niet, althans onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zaalvoetbal (een van) de meest risicovolle sport(en) is voor wat betreft het oplopen van blessures.

5.23 Het in rechtsoverweging 4.6 vermelde overzicht met betrekking tot de perioden, waarin [geïntimeerde] langdurig arbeidsongeschikt is geweest, bevestigt de stelling van [appellante] dat de reële kans om arbeidsongeschikt te raken ten gevolge van (zaal)voetbal zich bij [geïntimeerde] daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] door andere oorzaken dan (zaal)voetbal herhaaldelijk en langdurig arbeidsongeschikt is geweest.

5.24 De kantonrechter heeft in rechtsoverweging 3.5 van het bestreden vonnis overwogen dat [geïntimeerde] vaak is geconfronteerd met blessures door het zaalvoetballen, vaker dan de gemiddelde sporter. Hij is ook vaak en lang arbeidsongeschikt geweest, vaker dan de gemiddelde werknemer. [geïntimeerde] wist dat het zaalvoetballen in zijn geval kennelijk een groter dan een normaal risico op arbeidsuitval met zich bracht. [geïntimeerde] heeft dit oordeel van de kantonrechter niet (in zijn memorie van antwoord) bestreden. Ook uit de in rechtsoverweging 4.2 vermelde brief van 17 juni 2002 van [appellante] aan [geïntimeerde] blijkt dat [geïntimeerde] heeft onderkend dat hij meer kans had op blessures.

5.25 [appellante] heeft naar aanleiding van de frequente en langdurige arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] verschillende gesprekken gevoerd met [geïntimeerde]. Deze gesprekken zijn schriftelijk aan [geïntimeerde] bevestigd. Het hof verwijst naar de in rechtsoverweging 4.2 tot en met 4.5 vermelde correspondentie. Daaruit blijkt dat [appellante] [geïntimeerde] herhaalde malen heeft verzocht zijn keuze om te blijven (zaal)voetballen, te heroverwegen, hetzij door te stoppen met (zaal)voetbal hetzij door een minder blessuregevoelige sport te gaan beoefenen. [geïntimeerde] heeft hierop steeds afwijzend gereageerd. Voorts heeft [appellante] [geïntimeerde] gewezen op de eventuele (nadelige) financiële consequenties die zouden kunnen ontstaan, indien [geïntimeerde] (weer) arbeidsongeschikt zou worden ten gevolge van (zaal)voetbal. Ook dat heeft [geïntimeerde] er niet van weerhouden door te gaan met (zaal)voetbal.

5.26 Op grond van de in rechtsoverweging 5.22 tot en met 5.25 vermelde feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat de arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] in de

periode van 25 februari 2003 tot 23 maart 2003 door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt. [appellante] was dan ook niet verplicht in deze periode aan [geïntimeerde] de in artikel 12 A lid 1 sub a en e van de CAO vermelde aanvulling op het in artikel 7:629 lid 1 BW vermelde loon ten bedrage van € 569,53 bruto te betalen. Grief IV slaagt. Deze vordering van [geïntimeerde] dient (alsnog) te worden afgewezen. Dit betekent tevens dat de kantonrechter ten onrechte de wettelijke verhoging en de wettelijke rente over het hiervoor vermelde bedrag van € 569,53 bruto heeft toegewezen. Ook deze vordering dient te worden afgewezen. Grief V slaagt.

5.27 Het hof zal de subsidiair door [appellante] gevorderde verklaring van recht toewijzen, aangezien [geïntimeerde], behoudens hetgeen hij in dit verband in conventie heeft aangevoerd, dat het hof heeft verworpen, deze vordering niet heeft bestreden. De meer subsidiair door [appellante] gevorderde verklaring van recht behoeft niet meer te worden besproken.

5.28 De slotsom is dat het bestreden vonnis dient te worden vernietigd. Met inachtneming van hetgeen in dit arrest is overwogen, zal worden beslist zoals hierna in het dictum te vermelden. [geïntimeerde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in beide instanties worden veroordeeld. Voor zover het de vorderingen in reconventie betreft zal het hof de proceskosten in beide instanties op nihil bepalen.

## 6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter (rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Tiel) van 30 maart 2005, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, en opnieuw recht doende:

wijst de vorderingen van [geïntimeerde] in conventie af;

verklaart in reconventie voor recht dat [appellante], bij arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] ten gevolge van (zaal)voetbal, slechts gehouden is aan [geïntimeerde] het loon te betalen op grond van artikel 7:629 BW, exclusief aanvullingen hierop op grond van artikel 12 dan wel artikel 16 van de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellante] voor wat betreft de eerste aanleg begroot op € 182,- voor salaris van de gemachtigde en op nihil voor verschotten en voor wat betreft het hoger beroep op € 632,- voor salaris van de procureur en op € 315,93 voor verschotten;

verklaart de hiervoor vermelde proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs Knottnerus, Wefers Bettink en Korthals Altes en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 juni 2006.

