

ECLI:NL:GHARL:2018:342

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

Afdeling civiel recht

Uitspraak: 12 januari 2018

in de zaak in hoger beroep van:

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Capgemini Nederland B.V.,**

gevestigd te Utrecht,

verzoekster in het principaal hoger beroep,

verweerster in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, in eerste
aanleg: verzoekster, verweerster in het tegenverzoek,

hierna: Capgemini,

advocaten: mr. S.F. Sagel en mr. M.N. Middelkoop,

tegen

[verweerder] ,

wonende te [woonplaats] ,

verweerder in het principaal hoger beroep,

verzoeker in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg:
verweerder, verzoeker in het tegenverzoek,

hierna: [verweerder] ,

advocaat: mr. L.J.H. Stein.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1

Het hof neemt de inhoud van de tussenbeschikking van 20 juli 2017 hier
over.

1.2

Het verdere verloop blijkt uit:

- de aantekeningen van de mondelinge behandeling in eerste aanleg, ter griffie ontvangen op 17 augustus 2017;
- het verweerschrift, tevens beroepschrift in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, ter griffie ontvangen op 1 september 2017;
- het verweerschrift in het voorwaardelijk incidenteel beroep, ter griffie ontvangen op 14 september 2017;
- de brief van 8 december 2017 van de zijde van [verweerder] met aanvullende producties;
- het V6-formulier van 15 december 2017 van de zijde van Capgemini met een aanvullende productie;
- het V6-formulier van 21 december 2017 van de zijde van [verweerder] met een aanvullende productie;
- de op 22 december 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.3

Vervolgens heeft het hof uitspraak bepaald op 2 februari 2018 of zoveel eerder als mogelijk is.

1.4

Capgemini heeft in haar beroepschrift, verkort weergegeven, het hof verzocht om, opnieuw rechtdoende, bij (het hof leest:) beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de arbeidsovereenkomst tussen partijen op zo kort mogelijke termijn alsnog te beëindigen op grond van het bepaalde in [artikel 7:683 lid 5 BW](#) juncto [artikel 7:671b lid 1 onder a](#) juncto [artikel 7:669 lid 3 sub h BW](#) (hierna: [de h-grond](#)) en [verweerder] te veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak. Tijdens de mondelinge behandeling heeft Capgemini haar verzoek aangevuld op grond van na indiening van het beroepschrift gebleken feiten (te weten het heimelijk opnemen van telefoongesprekken door [verweerder]), die naar haar stelling een additionele ontbindingsgrond als genoemd in [artikel 7:671b lid 1 onder a](#) juncto [artikel 7:669 lid 3 sub e BW](#) (hierna: [de e-grond](#)) opleveren.

1.5

[verweerder] heeft verweer gevoerd. Daarnaast heeft hij voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld en het hof verzocht opnieuw rechtdoende (het hof leest:) bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de zelfstandige tegenverzoeken van [verweerder] alsnog toe te wijzen en Capgemini te veroordelen in de kosten van het hoger beroep, te vermeerderen met de wettelijke rente indien Capgemini niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan deze veroordeling voldoet en met bepaling dat Capgemini de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is vanaf 8 dagen na dagtekening van de beschikking. [verweerder] heeft bezwaar aangetekend tegen de aanvulling van het verzoek ter mondelinge behandeling.

2De feiten

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

2.1

Capgemini is een bedrijf dat consulting-, technologische en outsourcingdiensten levert op diverse terreinen over de hele wereld. Zij adviseert, ondersteunt en begeleidt bij het (her)inrichten van bedrijfsprocessen en levert deskundigheid bij het ontwerpen, bouwen en beheren van informatiesystemen. Consultants in dienst van Capgemini verrichten (zo veel als mogelijk facturabele) werkzaamheden voor of ten behoeve van de opdrachtgever.

2.2

[verweerder] , geboren op [geboortedatum] , is sinds [datum indiensttreding] in dienst van Capgemini, laatstelijk als consultant voor de afdeling 'Strategic Business Unit Insights & Data' (hierna: I&D). De arbeidsovereenkomst geldt als te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

2.3

[verweerder] ontvangt vanaf 2 januari 1997 een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

Aanvankelijk is dit een WAO-uitkering in de categorie 80-100%. Per 1 januari 1998 is deze categorie verlaagd naar 50% en per 1 maart 2003 naar 15-25%.

2.4

Door een toename van zijn klachten heeft [verweerder] zich op 7 mei 2011 ziek moeten melden bij Capgemini. Na een wachttijd van 104 weken is op 5 juni 2013 het arbeidsongeschiktheidspercentage van [verweerder] door het UWV vastgesteld op 65-80%.

2.5

Op verzoek van Capgemini heeft arbeidsdeskundig adviesbureau 'Elabo' een onderzoek verricht naar de re-integratiemogelijkheden van [verweerder]. Elabo heeft in een verslag van 2 september 2013 gerapporteerd over haar bevindingen. In dat rapport is onder meer het volgende opgenomen:

"(...) Betrokkene is inzetbaar in aangepast werk op grade en loonwaarde van (junior) consultant (in plaats van senior consultant). Werknemer heeft een contract voor 32 uur en is ook voor 32 uur inzetbaar, waarbij zijn salaris wordt gecompenseerd middels een WAO uitkering, klasse 65-80% (de hoogte is een uitkering van 50%). Werknemer dient tot 35% van zijn inkomen zelf te verdienen, wil hij in aanmerking blijven komen voor de klasse 65-80% van de WAO).

In het werk dient rekening te worden gehouden met de volgende voorwaarden:

- Reistijd (niet te lang vanwege urenbeperking voor inzet tot 8 uur per dag) of mogelijkheid voor hotelovernachting;
- Goede stoel / werkplekinstelling (zie arbeidsdeskundig rapport d.d. 27 juni 2012);
- Een project samen met Capgemini collega's (kan zowel intern als extern zijn), waarbij hij geen kartrekker, maar ondersteunend lid van het team werkzaam is;
- Regelmatige aansturing / evaluatie (wekelijks) vanuit collega om communicatie en verwachtingen helder te houden, waarbij zijn (inzet in deel) taak ook wordt besproken;
- Tijdsdruk is mogelijk, mits deze realistisch en haalbaar is: geen projecten met extreem hoge werkdruk of deadlines;
- Te denken valt daarbij aan beheerprojecten, migratie of analyse taken als (junior) consultant bij een projectteam met een specifieke deeltaak, waarbij betrokkene wordt ingezet conform werkervaring.

Het advies luidt de komende maand (nogmaals) organisatie breed te onderzoeken of een passende functie voor werknemer aanwezig is c.q. in redelijkheid gecreëerd kan worden. Indien dit voor handen is zal werknemer intern worden herplaatst en is het advies om het contract over deze nieuwe herplaatsing aan te passen. Mochten er geen mogelijkheden voor handen zijn, dan dient werkgever dit te onderbouwen en kan werkgever een ontslagvergunning aanvragen via het werkbedrijf. Werknemer kan in dat geval - indien toestemming wordt afgegeven - voor het resterende deel van zijn inkomen een WW-uitkering aanvragen.”

2.6

Capgemini heeft [verweerder] in oktober 2013 aangeboden deel te nemen aan het 'Diamantprogramma' om de mogelijkheden van [verweerder] in kaart te brengen. Het Diamantprogramma was indertijd het interne ontwikkel- en opleidingsprogramma van Capgemini en bestond uit maatwerktrajecten die specifiek werden afgestemd op de mogelijkheden en beperkingen van de betrokken medewerker. Een assessment is een verplicht onderdeel van dit traject.

2.7

[verweerder] heeft aangegeven hier enkel aan deel te willen nemen indien er geen volledig traject plaatsvindt, in die zin dat er geen rapportage naar derden en/of Capgemini plaatsvindt.

2.8

Van mei 2014 tot september 2014 heeft [verweerder] niet-facturabele werkzaamheden verricht in opdracht van [opdrachtgever] .

2.9

Per 1 november 2014 is het dienstverband van [verweerder] aangepast van 'senior consultant' op niveau 19 naar 'consultant' op niveau 10. Hierover is door Capgemini bij e-mailbericht van 14 oktober 2014 onder meer het volgende naar [verweerder] geschreven:

“(…) De basis van het advies is het feit dat arbeidsongeschiktheid een economisch begrip is. Daarmee is de mate van arbeidsongeschiktheid niet gebaseerd op het aantal uren dat iemand kan werken, naar wat de loonwaarde is van het werk dat iemand nog kan doen.

Samengevat:

- Het UWV heeft in mei 2013 geoordeeld dat je 32 uur per week kan werken en dat er sprake is van beperkingen in het functioneren. Ze hebben jou tijdens de herbeoordeling van 29 mei 2013 65-80% arbeidsongeschikt bevonden.
- Dit betekent dat jij in staat zou moeten zijn om 32 uur per week te werken (inclusief reizen) mits rekening gehouden wordt met diverse beperkingen, zoals opgenomen in het Arbeidsdeskundig rapport van Elabo, zie bijlage.
- Deze beperkingen leiden tot een verlies aan verdien capaciteit, ofwel loonwaarde. Het UWV heeft dit verlies berekend op 65-80%
- Capgemini heeft het afgelopen jaar een verlies gehanteerd van 50%. Daarmee heeft Capgemini jou dus 50% van jou loon betaald en UWV compenseert (een deel van) het verlies aan loon middels de WAO uitkering.

Er was tot op heden echter nog geen definitieve beslissing genomen hierover. Capgemini gaat de bestaande situatie nu formaliseren.

- De WAO beoordeling van mei 2013 blijft uiteraard van kracht, inclusief de inhoudelijke beperkingen die daarin genoemd zijn.
- Er komt een wijziging op je arbeidscontract. Daarin zal worden opgenomen dat je een arbeidscontract hebt van 32 uur en dat Capgemini rekening houdt met de gestelde beperkingen uit de bijlage. Dit leidt tot een lager salaris, namelijk 50% van je oude loon.
- Voor dit aangepaste contract gelden de reguliere arbeidsvoorwaardelijke en wettelijke voorwaarden, waaronder loondoorbetaling bij ziekte conform Wet Verbetering Poortwachter
- Je hoeft vanaf ingang gewijzigd contract geen uren meer op verzuim te boeken, maar kunt gewoon 32 uur per week op reguliere tasks schrijven. Van belang voor de toekomstige inzet is dat zowel Capgemini als jijzelf rekening houdt met de gestelde beperkingen. Dat betekent dat wij niet meer van jou mogen verlangen dan datgene dat aansluit bij die beperkingen. Meer dan 32 uur per week werken (inclusief reistijd) of bijvoorbeeld werkzaamheden met veel deadlines zijn dan ook niet mogelijk.

Het is van belang dat Capgemini daarmee rekening houdt bij het voorstellen van opdrachten en dat je zelf tijdig signaleert als de beperkingen zoals gesteld worden overschreden. (...)"

2.10

[verweerder] heeft op 2 februari 2016 de bedrijfsarts gesproken in het kader van een verzuimspreekuur. De bedrijfsarts, [bedrijfsarts] , concludeert in zijn verslag:

“[verweerder] is er nog niet uit qua randvoorwaarden voor zijn reïntegratie. Ik begrijp dat daad vanmiddag verder over gesproken wordt. Het is van belang om tot een consensus op dit punt te komen, zodat er weer een gefaseerde opbouw in passend werk kan gaan plaatsvinden. Als dat onderling moeilijk blijkt te zijn, raad ik om een mediator erbij te betrekken.”

2.11

Partijen zijn vervolgens eind maart 2016 een mediationtraject ingegaan. Het traject heeft erin geresulteerd dat partijen nadere afspraken met elkaar hebben gemaakt, welke afspraken zijn vastgelegd in een convenant. In dat convenant, gedateerd 24 oktober 2016, is onder meer het volgende opgenomen:

“1. [verweerder] heeft een contract van 32 uur per week op basis van 8 uur per werkdag. In het specifieke geval van [verweerder] beschouwt Capgemini reistijd als werktijd. De reistijd enkele reis is maximaal 1,5 uur per dag.

2. Capgemini en [verweerder] streven samen naar een duurzame arbeidsrelatie. Dat betekent dat de arbeidsrelatie voor beide partijen waarde moet hebben. Waarde vanuit het perspectief van Capgemini betekent dat het een betaalde inzet bij een externe klant kan zijn maar net zo goed ook kwalitatief van aard kan zijn bij bijv. een interne opdracht. Voor [verweerder] is de toegevoegde waarde o.a behoud van een veilige werkplek tot aan zijn pensioen, het met plezier kunnen bijdragen (op voor- dan wel achtergrond), het ondersteunen van en het deel blijven uitmaken van Capgemini zoals hij alle jaren heeft gedaan.

3. Beide partijen accepteren dat [verweerder] beperkt is in het functioneren op het niveau dat hij gewend is, op de manier zoals beschreven in het arbeidsdeskundig rapport (zie FML rapport van ELABO d.d. 2 September 2013). Dit komt onder meer tot uitdrukking in zijn profilering, zowel binnen als buiten een opdracht.

4. [verweerder] zal worden beoordeeld op onderstaande twee KPI's die afwijken van de reguliere prestatie norm, in overeenkomst met de geldende beperkingen:

- kwaliteit van werk, te meten door een beoordeling van zijn opdrachtgever(s).

- de mate waarin [verweerder] bijdraagt aan zijn inzetbaarheid.
Sleutelwoorden hierbij zijn flexibiliteit, cooperativiteit en realiteitszin.

5. In het kader van Branding komen Partijen overeen om het bijgesloten profiel te hanteren. Het profiel wordt indien nodig in overleg aangepast.

6. [verweerder] kan zoals alle andere medewerkers van Capgemini gebruik maken van de faciliteiten die Capgemini ter beschikking stelt en waaraan geen individuele kosten verbonden zijn. In het bijzonder geldt dit voor opleiding. Faciliteiten waaraan wel individuele kosten verbonden zijn zullen in overleg beschikbaar worden gesteld.

7. Capgemini en [verweerder] doen wat redelijkerwijs mogelijk is om passende opdrachten te vinden en kijken daarbij nadrukkelijk ook buiten de grenzen van [verweerder] huidige organisatorische eenheid.”

2.12

Aan [verweerder] is (onder meer) in oktober 2016 het E&IC-traject (Employability & Inspiration Center) (voorheen Diamant) aangeboden. [verweerder] heeft dit aanbod geweigerd, aangezien het een volledig traject betreft en dit volgens hem te belastend zou zijn voor hem. [verweerder] geeft in een e-mailbericht van 13 oktober 2016 hierover aan dat hij in juli 2015 met [contactpersoon] (contactpersoon binnen E&IC) en [p-manager] (p- manager) heeft afgesproken een aangepast E&IC-traject te zullen volgen, zonder assessment en rapportage.

3 3. De verzoeken aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

3.1

Capgemini heeft de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht, onder toekenning aan [verweerder] van de transitievergoeding van € 29.153,00 bruto. Capgemini verzocht deze ontbinding:

- primair op grond van het bepaalde in artikel 7:671b lid 1 onder a en artikel 7:669 lid 3

sub d BW (hierna: de d-grond) en

- subsidiair op [de h-grond](#).

3.2

[verweerder] heeft verweer gevoerd en verzocht:

- primair: het ontbindingsverzoek van Capgemini af te wijzen en Capgemini te veroordelen

om [verweerder] per datum beschikking toe te laten tot zijn werk en om binnen een maand na de beschikking een deugdelijk onderzoek te doen naar de mogelijkheden voor inzet van [verweerder] , onder begeleiding van een onafhankelijke deskundige, op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag voor iedere dag dat Capgemini hier niet aan voldoet;

- subsidiair: bij toewijzing van het ontbindingsverzoek, de opzegtermijn van vier maanden in acht te nemen zonder aftrek van de proceduretijd, en [verweerder] ten laste van Capgemini, naast de transitievergoeding van € 29.153,00 bruto, een billijke vergoeding toe te kennen van € 45.000,00 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van einde dienstverband, tot de datum van volledige betaling;

een en ander onder veroordeling van Capgemini in de kosten van de procedure.

3.3

De kantonrechter heeft het verzoek van Capgemini afgewezen. Daartoe heeft de kantonrechter overwogen dat het verzoek op de d-grond niet toewijsbaar is omdat het enige dat Capgemini omtrent de ongeschiktheid van [verweerder] aanvoert zijn 'beperkingen' betreffen. Voor zover er al sprake zou zijn van ongeschiktheid van [verweerder] om zijn werkzaamheden te verrichten is door Capgemini onvoldoende gesteld om aan te nemen dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken aan de zijde van [verweerder] . Ook op [de h-grond](#) achtte de kantonrechter het verzoek niet toewijsbaar, omdat Capgemini aan haar stelling dat de arbeidsovereenkomst een 'lege huls' is geworden dezelfde omstandigheden ten grondslag heeft gelegd als aan haar verzoek tot ontbinding op de d-grond. Capgemini is veroordeeld in de proceskosten. De tegenverzoeken van [verweerder] zijn eveneens afgewezen, onder veroordeling van [verweerder] in de proceskosten.

4. De beoordeling in het principaal en (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep

[de e-grond](#)

4.1

Capgemini heeft tijdens de mondelinge behandeling (de gronden van) haar verzoek gewijzigd en gesteld dat haar na toezending van de nadere producties in hoger beroep is gebleken dat [verweerder] heimelijk, zonder toestemming van zijn gesprekspartners, diverse telefoongesprekken met (leidinggevende) medewerkers van Capgemini heeft opgenomen. Die

gedragingen leveren naar het oordeel van Capgemini verwijtbaar handelen op, zodat de arbeidsovereenkomst primair op [de e-grond](#) beëindigd dient te worden. [verweerder] heeft bezwaar gemaakt tegen deze aanvulling van het verzoek. Hij stelt dat Capgemini haar verzoek eerder had kunnen aanvullen, omdat de nadere producties al op 8 december 2017 aan haar raadsman zijn verzonden, en dat hij zich niet goed heeft kunnen voorbereiden op een verweer tegen de nieuwe (primaire) grond. Hij is daardoor in zijn verweer geschaad.

4.2

Het hof stelt het volgende voorop. De in artikel 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel beperkt de aan oorspronkelijk eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven mag veranderen of vermeerderen. Dit geldt ook als de verandering of vermeerdering slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van het verzoek door de oorspronkelijke eiser is gesteld. Op deze in beginsel strakke regel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de eisverandering of -vermeerdering plaatsvindt, of indien de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog een zodanige verandering of vermeerdering van eis kan plaatsvinden. Voorts kan in het algemeen een verandering of vermeerdering van eis na het nemen van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat, indien dan nog mogelijk, een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Onverkort blijft dan gelden dat toelating van de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. Het voorgaande geldt eveneens voor een verzoekschriftprocedure als de onderhavige (vgl. de artikelen 359, 362, 278, 283 en 130 Rv).

4.3

Naar het oordeel van het hof verzet de goede procesorde zich er in dit geval tegen om pas tijdens de mondelinge behandeling een nieuwe ontbindingsgrond aan het verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten grondslag te leggen. Capgemini betwist niet dat zij op of omstreeks 8 december 2017 op de hoogte was van de nieuwe feiten die zij aan dit verzoek ten grondslag legt. Zij had daarmee ruimschoots gelegenheid om haar verzoek op die nieuwe feiten aan te passen en haar gewijzigde verzoek op voorhand aan de wederpartij en het

hof kenbaar te maken. Weliswaar is niet uitgesloten dat later opgekomen feiten in de beoordeling van het hoger beroep kunnen worden meegewogen, maar dat neemt niet weg dat het op de weg van Capgemini had gelegen, die aan die feiten een nieuwe beëindigingsgrond ontleent, die nieuwe grondslag voor haar verzoek voorafgaand aan de mondelinge behandeling kenbaar te maken, zodat [verweerder] de gelegenheid had zich daarop voor te bereiden en zich daartegen te verweren. Nu zij dat ten onrechte heeft nagelaten en [verweerder] zich tegen deze wijziging van het verzoek heeft verzet, is [verweerder] geschaad in zijn mogelijkheid tot het voeren verweer en komt de aanvulling van het verzoek in strijd met de goede procesorde. Het hof zal [de e-grond](#) dan ook buiten de beoordeling laten.

[de h-grond](#)

4.4

In het principaal hoger beroep richt Capgemini zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake is van een redelijke grond voor ontbinding. Daarbij beperkt Capgemini zich uitdrukkelijk tot de beoordeling van de kantonrechter ten aanzien van [de h-grond](#). Het hoger beroep richt zich dus niet tot het oordeel van de kantonrechter dat het ontbindingsverzoek op de d-grond moet worden afgewezen, omdat, voor zover al sprake zou zijn van ongeschiktheid van [verweerder] om zijn werkzaamheden te verrichten, Capgemini onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van [verweerder]. Dit betekent dat het hof in hoger beroep aan dat oordeel is gebonden.

4.5

Capgemini stelt ter onderbouwing van [de h-grond](#) dat de arbeidsovereenkomst met [verweerder] al geruime tijd een 'lege huls' is, omdat daaraan al bijna vier jaar geen invulling wordt gegeven. Zij stelt dat in een zeer lang en intensief traject is gezocht naar mogelijkheden om [verweerder] in te zetten op een manier die aansluit bij de activiteiten van Capgemini en de mogelijkheden van [verweerder]. Dat is niet gelukt en Capgemini betaalt [verweerder] dientengevolge al jaren loon, terwijl daar geen daadwerkelijke arbeidsprestatie tegenover staat, aldus Capgemini. [verweerder] bestrijdt dat hij geen arbeidsprestatie levert en stelt dat de feiten en omstandigheden die Capgemini aan haar beroep op [de h-grond](#) ten grondslag legt identiek zijn aan hetgeen hij ter onderbouwing van de d-grond bij de kantonrechter aanvoerde.

4.6

Op grond van [artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder h BW](#), in samenhang met [artikel 7:671b lid 1 BW](#) kan de arbeidsovereenkomst op verzoek van

de werkgever worden ontbonden indien sprake is van andere omstandigheden dan die genoemd onder a tot en met g van dat artikel, die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het hof constateert dat de redenen die Capgemini aanvoert ter onderbouwing van [de h-grond](#) hun oorsprong vinden in de ongeschiktheid van [verweerder] om de bedongen arbeid te verrichten. Zij stelt immers dat [verweerder] al jaren niet in staat is om de bedongen arbeid te verrichten, dat het persoonlijke profiel van [verweerder] onvoldoende aansluit op de vraag van de markt en de werkzaamheden van Capgemini en dat het haar vanwege deze omstandigheden al jaren niet lukt om passende werkzaamheden voor [verweerder] te vinden. Deze feiten en omstandigheden heeft Capgemini in eerste aanleg ook aan haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de d-grond ten grondslag gelegd en daarover heeft de kantonrechter, in hoger beroep onbestreden, geoordeeld dat deze het verzoek niet kunnen dragen. Capgemini heeft, ook in hoger beroep, geen andere feiten of omstandigheden aangevoerd die zelfstandig, dus los van de ongeschiktheid van [verweerder], de conclusie rechtvaardigen dat sprake was van een situatie waarin van haar in redelijkheid niet gevergd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De h-grond is bedoeld voor situaties die niet vallen onder de in [artikel 7:669 lid 3 BW](#) onder a tot en met g genoemde omstandigheden en is blijkens de wetsgeschiedenis niet bedoeld ter reparatie van een van deze gronden. Dit betekent dat het verzoek op [de h-grond](#) niet toewijsbaar is.

4.7

Op grond van het voorgaande slaagt het principaal hoger beroep niet. Het hof komt niet toe aan beoordeling van het voorwaardelijk incidenteel beroep, omdat de voorwaarde waaronder dat beroep is ingesteld niet is vervuld.

4.8

Capgemini wordt, als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de kosten van het principaal hoger beroep, aan de zijde van [verweerder] vastgesteld op € 313,- voor griffierecht en € 1.788,- voor salaris van de advocaat (2 punten x tarief II). Als niet weersproken zal het hof ook de verzochte wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

4.9

Aangezien het incidenteel hoger beroep van [verweerder] kennelijk is ingesteld ter voorkoming van onzekerheid over de reikwijdte van de devolutieve werking, is het niet nodeloos ingesteld en is er geen aanleiding [verweerder] in de kosten van dit beroep te veroordelen.

5De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep:

In het principaal hoger beroep:

verwerpt het beroep tegen de beschikking van 22 maart 2017 van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht;

veroordeelt Capgemini in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van [verweerder] tot aan deze beschikking vastgesteld op € 313,- aan griffierecht en € 1.788,- voor salaris advocaat volgens het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van deze beschikking, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

verklaart deze beschikking, voor zover het de hierin vermelde veroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

In het principaal en in het incidenteel hoger beroep:

wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E.F. Hillen, mr. P.L.R Wefers Bettink en

mr. E.B. Knottnerus en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 januari 2018.