

Procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg

mr. R.D. Poelstra¹

In de arbeidsrechtelijke literatuur, hoofdzakelijk de internationale literatuur, is in toenemende mate aandacht voor de zogenoemde grondslagendiscussie.² Onderwerp van deze discussie is de vraag welke grondslagen, ook wel aangeduid als fundamenteën of waarden, ten grondslag liggen of kunnen worden gelegd aan het arbeidsrecht. Grondslagen die in de literatuur worden genoemd zijn onder meer: democratie, menselijke waardigheid, ongelijkheidscompensatie en (pre-)distributie. In mijn dissertatie introduceer ik procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het arbeidsrecht, in het bijzonder voor de regels die het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg ordenen. Voor zover ik weet is procedurele rechtvaardigheid tot dusver in de rechtsleer niet genoemd als grondslag voor het arbeidsrecht. In deze bijdrage zet ik kort uiteen waarom het van betekenis is procedurele rechtvaardigheid aan te merken als grondslag voor het (collectief) arbeidsrecht.

1. Belang van grondslagen voor het wetenschappelijk discours

Het onderzoek naar en de formulering van de grondslagen voor het arbeidsrecht zijn niet van onbetekend belang voor het wetenschappelijk discours. Grondslagen kunnen namelijk helpen bij het vormgeven van een normatief kader voor het arbeidsrecht. Een dergelijk kader kan op zijn beurt dienen als toetsingskader waartegen ontwikkelingen binnen het arbeidsrecht, de arbeidsmarkt en het stelsel van arbeidsverhoudingen kunnen worden geplaatst, afgezet en geëvalueerd. Aan de hand van een normatief kader kunnen bovendien normatieve uitspraken worden gedaan over het recht of over hoe het recht zou moeten worden vormgegeven. Een normatief kader maakt tevens inzichtelijk hoe de onderzoeker

in kwestie is gekomen tot een bepaald waardenoordeel in relatie tot de uitleg en waardering van rechtsregels en de door hem of haar gewenste vormgeving van rechtsregels.

De meerwaarde van het accepteren van procedurele rechtvaardigheid als grondslag van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, is gelegen in de mogelijkheid die dat zou scheppen om het functioneren van het gehele stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te beoordelen vanuit een vastliggende basiswaarde c.q. basisfilosofie, die niet onderhevig is aan de voortdurend wijzigende maatschappelijke en politieke opvattingen. Een dergelijke basiswaarde c.q. basisfilosofie kan daarbij tevens fungeren als vaststaand ijkpunt bij de vormgeving van nieuwe regels ter verbetering van het functioneren van het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

2. Distributieve of procedurele rechtvaardigheid?

Op het eerste gezicht lijkt het vreemd procedurele rechtvaardigheid te introduceren als grondslag van het collectief arbeidsrecht. Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming betreft immers een allocatieproces. Het richt zich op de verdeling (op collectief niveau) van de economische voordelen die wordt verkregen uit de arbeid die de werknemer verricht met de productiemiddelen van de werkgever. Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming lijkt daarmee te raken aan distributieve rechtvaardigheid, niet aan procedurele rechtvaardigheid.

Theorieën over distributieve rechtvaardigheid geven een kader op grond waarvan kan worden beoordeeld of de uitkomsten van een allocatieproces als recht-

1. Roy Poelstra is als promovendus verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, AIAS-HSI. Vanuit een 'Rawlsiaans' perspectief van zuiver procedurele rechtvaardigheid doet hij, onder supervisie van prof. E. Verhulp en prof. P.T. de Beer, onderzoek naar het huidige Nederlandse stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

2. Zie bijvoorbeeld G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press 2016, p. 57-59; H. Collins, G. Lester, en V. Mantouvalou (red.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press 2018; G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011; N. Zekić, 'Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, afl. 2 2019, p. 3-25; F.H.R. Hendrickx, 'Arbeidsrecht voor de spiegel', *Revue de Droit Social (RDS) / Tijdschrift voor Sociaal Recht (TRS)*, 2010(3), p. 3-59 en P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking (Pre-advies NJV)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

vaardig kunnen worden aangemerkt.³ Toegespitst op de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming geeft het, met andere woorden, een beoordelingsmaatstaf aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de uitkomsten van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, oftewel de inhoud van cao-afspraken, als rechtvaardig kunnen worden beschouwd.

Het is echter niet zonder meer mogelijk de uitkomsten van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg in het kader van een juridisch onderzoek in termen van distributieve rechtvaardigheid te beoordelen en/of uit te drukken. Dit vergt namelijk empirisch onderzoek naar de individuele beoordeling van werkgevers en werknemers ten aanzien van de vraag of zij de in het arbeidsvoorwaardenoverleg tot stand gekomen verdeling (lees: overeengekomen arbeidsvoorwaarden) rechtvaardig vinden. Daarnaast is het niet eenvoudig een generieke materiële conceptie van rechtvaardigheid vast te stellen waarmee de rechtvaardigheid van de uitkomsten van het arbeidsvoorwaardenoverleg op individueel niveau kunnen worden beoordeeld. Ieder individu heeft namelijk een eigen conceptie van wat als rechtvaardig kan worden aangemerkt. Het is daarom niet mogelijk de uitkomsten van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg in een juridisch onderzoek in termen van distributieve rechtvaardigheid uit te drukken, omdat het niet mogelijk is een onafhankelijk en algemeen geldend criterium te formuleren aan de hand waarvan kan worden bepaald welke kenmerken een verdeling moet hebben teneinde als rechtvaardig te kunnen worden gekwalificeerd. Dit neemt overigens niet weg dat ik, evenals Zekić en Davidov, meen dat het collectief arbeidsrecht aan (pre)distributie doet.⁴ Dit zegt echter niets over de rechtvaardigheid van de (pre-)distributie die door het collectief arbeidsrecht wordt bewerkstelligd.

Anders dan bij distributieve rechtvaardigheid, gaat het bij procedurele rechtvaardigheid om de rechtvaardigheid van de procedure en regels die zijn gevolgd om tot een bepaalde verdeling te komen.⁵ Theorieën over procedurele rechtvaardigheid geven, in

tegenstelling tot theorieën over distributieve rechtvaardigheid, dus geen oordeel over de rechtvaardigheid van de uitkomsten van een allocatieproces.

In relatie tot de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ziet procedurele rechtvaardigheid op de vraag welke regels het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg (moeten) ordenen teneinde de uitkomsten van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg als rechtvaardig te kunnen beschouwen. Voor de nadere invulling van procedurele rechtvaardigheid als grondslag voor het arbeidsrecht, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij een theorie uit de (rechts)filosofie, zoals *A Theory of Justice* van Rawls (zie volgende paragraaf), over procedurele rechtvaardigheid. Door aan te sluiten bij de daarin ontwikkelde methodiek, kunnen normatieve uitspraken worden gedaan over de (formele) rechtvaardigheid van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. Zodoende kan worden weggebleven van het vaststellen van een materiële conceptie van rechtvaardigheid op basis waarvan de inhoud van de uitkomsten van het arbeidsvoorwaardenoverleg kunnen worden geëvalueerd. Iets dat, wat ik hierboven al benoemde, niet zonder meer kan in een juridisch onderzoek.

3. Zuivere procedurele rechtvaardigheid volgens Rawls in *A Theory of Justice*

In *A Theory of Justice* ontwikkelt Rawls een methodiek aan de hand waarvan kan worden bepaald aan welke vereisten een rechtvaardige samenleving moet voldoen. Rawls ziet daarbij af van het formuleren van een materiële notie van rechtvaardigheid. Of een door een allocatieproces tot stand gebrachte verdeling als rechtvaardig kan worden beschouwd stelt hij afhankelijk van de rechtvaardigheid van de gevolgde procedure. Rawls spreekt in dit verband over een zuivere procedurele rechtvaardigheid. Zuivere procedurele rechtvaardigheid veronderstelt dat de uitkomsten van een allocatieproces rechtvaardig zijn ongeacht wat het resultaat is van het proces, mits de procedure waarmee de verdeling tot stand is gekomen rechtvaardig is.⁶ Er wordt geen onafhankelijk evaluatief oordeel gegeven over de rechtvaardigheid van de daadwerkelijke distributie die het proces tot stand brengt.

Rawls laat rechtvaardigheid dus afhankelijk zijn van de rechtvaardigheid van een procedure. Daardoor kan hij zich kan onthouden van het geven van een materieeloordeel over rechtvaardigheid. Rawls heeft hiervoor een specifieke besluitvormingsprocedure ontworpen. Dit betreft een hypothetisch gedachte-experiment, de zogenoemde oorspronkelijke

3. J. Cloutier, P. L. Denis, H. Bilodeau, 'Collective Bargaining and Perceived Fairness: Validating the Conceptual Structure', *Industrial Relations*, afl. 67, nr. 3, 2012, p. 398-425.
 4. N. Zekić, 'Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, afl. 2 2019, p. 3-25; G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press 2016, p. 57-59 en p. 90-94.
 5. J. Cloutier, P. L. Denis, H. Bilodeau, 'Collective Bargaining and Perceived Fairness: Validating the Conceptual Structure', *Industrial Relations*, afl. 67, nr. 3, 2012, p. 398-425; J.A. Colquitt, 'On the Dimensionality of Organizational Justice: A Construct Validation of a Measure', *Journal of Applied Psychology*, 86 (3) 2001, p. 386-400; R. Cropanzano, en J. Greenberg. 1997, 'Progress in Organizational Justice: Tunneling through the Maze', *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, afl. 12 1997, p. 317-372; M.A. Konovsky, 'Understanding Procedural Justice and its Impact on Business Organizations', *Journal of Management*, afl. 26 (3) 2000, p. 489-511; P.D. Sweeney en D.B. McFarlin, 'Workers' Evaluations of the Ends and the Means: An Examination of Four Models of Distributive and Procedural Justice', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, afl. 55 (1) 1993, p. 23-40.

6. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 73-76; J.G. Klijnsma, *Contract Law as fairness: A Rawlsian perspective on the position of SMEs in European Contract Law* (diss. Amsterdam UvA) 2014, p. 20-21.

positie, waarin contractanten achter een sluiting van onwetendheid beginselen van rechtvaardigheid formuleren die worden vastgelegd in een sociaal contract dat als ware aan de basis van de samenleving komt te staan. De beginselen die worden geformuleerd in de oorspronkelijke positie reguleren de basisinstituten van de samenleving en moeten door deze instituten worden nageleefd. Basisinstituten zijn volgens Rawls de belangrijkste maatschappelijke instituten in een samenleving, bijvoorbeeld de grondwet en de voornaamste economische en sociale regelingen. Deze instituten zijn onder meer verantwoordelijk voor de verdeling van inkomen en vermogen binnen een samenleving.

De sluiting van onwetendheid verhindert dat de opstellers van het sociaal contract, de contractanten, zich bij het formuleren van de beginselen van rechtvaardigheid kunnen laten leiden door eigenbelang. Zij weten bij het formuleren van de beginselen niet in wat voor maatschappelijke positie zij zich bevinden, en weten zij ook niet in wat voor maatschappelijke positie zij zullen terugkeren in de samenleving die wordt gereguleerd door de beginselen die zijn geformuleerd in de oorspronkelijke positie. Bij de formulering hiervan speelt kennis over hun sociaaleconomische positie, hun maatschappelijke positie of sociale status, aangeboren talenten, geslacht etc., geen enkele rol. De sluiting van onwetendheid zorgt er voor dat de contractanten bij het formuleren van de beginselen niet vanuit hun eigen positie kunnen redeneren, daarmee zij ze immers niet bekend. De gedachte hierachter is dat de contractanten beginselen zullen formuleren die als rechtvaardig aangemerkt kunnen worden ten aanzien van elke mogelijke concrete positie die zij kunnen innemen in de samenleving, bijvoorbeeld een rijke bankier of vuilnisman.

In zijn theorie gaat Rawls ervanuit dat de gevolgde procedure, als gevolg van de sluiting van onwetendheid, is aan te merken als een rechtvaardige procedure en dat de in deze procedure geformuleerde beginselen eveneens rechtvaardig zijn. De distributie die tot stand wordt gebracht door de basisinstituten kan volgens Rawls eveneens als rechtvaardig worden aangemerkt, indien deze instituten handelen in overeenstemming met de in de oorspronkelijke positie geformuleerde beginselen.

4. **Zuivere procedurele rechtvaardigheid en het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg**

In mijn dissertatie zoek ik aansluiting bij de methodiek die Rawls ontwikkelde in *A Theory of Justice*. Aan de hand van de door Rawls aangereikte methodiek heb ik een normatief kader ontworpen waartegen ontwikkelingen op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming kunnen worden afgezet. Het kader kan eveneens worden gebruikt ter onderbouwing van normatieve uitspraken over deze ontwikkelingen. In mijn dissertatie heb ik dit normatief kader bijvoorbeeld gebruikt voor de beoordeling van situaties waarin arbeidsvoorwaardenover-

leg wordt gevoerd met een niet of weinig representatieve vakbond of zogenoemde gele vakbond, of voor situaties waarin een werkgever niet langer wenst deel te nemen aan het sectorale cao-overleg, maar een regeling wil sluiten met de ondernemingsraad.

Stel we krijgen de mogelijkheid om normen te formuleren voor het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, als onderdeel van de basisstructuur van de samenleving. Uitgangspunt hierbij is dat die normen, vanuit het gezichtspunt van de werknemer, als rechtvaardig moeten kunnen worden aangemerkt. Aan werknemerszijde bestaat namelijk een groter risico te worden geconfronteerd met onrechtvaardige arbeidsvoorwaarden, als gevolg van de zwakke(re) onderhandelingspositie die de werknemer doorgaans heeft ten opzichte van de werkgever.

Bij het formuleren van de normen waaraan het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg moet voldoen, kan de methodiek die Rawls hanteert voor het formuleren van beginselen die de samenleving op een rechtvaardige manier reguleren, worden toegepast. In mijn dissertatie heb ik die normen geformuleerd vanuit een eigen interpretatie van de oorspronkelijke positie. Evenals in de theorie van Rawls, bevinden de contractanten zich bij het formuleren van de beginselen dus achter een sluiting van onwetendheid. De fictieve contractanten weten bij het formuleren van de beginselen niet wie zij zijn en wat hun arbeidsmarktpositie is. Ook weten zij niet in wat voor positie zij zullen terugkeren op de arbeidsmarkt. De contractanten weten bijvoorbeeld niet of ze werkgever of werknemer zijn, een sterke of zwakke arbeidsmarktpositie hebben, over welke werkervaring of opleiding ze beschikken etc. De sluiting van onwetendheid zorgt ervoor dat de contractanten beginselen formuleren met inachtneming van de gedachte dat zij in de samenleving kunnen terugkeren in iedere positie binnen de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld als een hoogopgeleide werknemer met een sterke onderhandelingspositie of als een laaggeschoolde werknemer met een slechte arbeidsmarktpositie en onderhandelingspositie. Welke beginselen zullen alsdan worden geformuleerd opdat kan worden aangenomen dat de resultaten van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg als rechtvaardig kunnen worden aangemerkt vanuit de positie van de werknemer met de meest slechte arbeidsmarkt- en/of onderhandelingspositie?

In mijn interpretatie van de oorspronkelijke positie kom ik uit op de volgende kernbeginselen: het beginsel van verenigingsvrijheid, het beginsel van vrijheid van collectief onderhandelen en contracteren, het beginsel van collectieve actie, het beginsel van onafhankelijkheid en het beginsel van representativiteit.⁷ Deze beginselen maken het – kort gezegd – mogelijk voor werknemers om in collectief

7. De vijf beginselen voor het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg operationaliseer ik in mijn dissertatie, zodat deze abstracte normen meetbaar worden en kunnen worden gebruikt als concrete waarden waaraan casusposities kunnen worden getoetst.

verband op te treden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, zodat het machtsonevenwicht die de relatie werkgever-werknemer kenmerkt, kan worden gecompenseerd, waardoor werknemers beter in staat zijn rechtvaardige arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen. De geformuleerde normen dragen er zo aan bij dat de economische sterke(re) werkgever minder ruimte heeft de arbeidsvoorwaarden van de werknemer unilateraal, en dus naar eigen goeddunken, vast te stellen. Dit heeft uiteraard, vanuit werknemersperspectief, een positief effect op de uitkomsten van de resultaten van het arbeidsvoorwaardenoverleg.

De sluier van onwetendheid maakt dat de geformuleerde beginselen per saldo het resultaat zijn van een rechtvaardig besluitvormingsproces, om welke reden de beginselen zelf ook rechtvaardig zijn. Met andere woorden: als het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, als basisinstelling van de samenleving, wordt vormgegeven conform de zo juist genoemde beginselen, kan vervolgens worden verondersteld dat de resultaten van het arbeidsvoorwaardenoverleg, de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, rechtvaardig zijn. De gevolgde procedure zorgt dan dus, in termen van Rawls, voor een zuivere procedurele rechtvaardigheid.

De meerwaarde van deze werkwijze is dat aan de hand van een normatief kader, bestaande uit de vijf genoemde beginselen, kan worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre, bijvoorbeeld het arbeidsvoorwaardenoverleg met de ondernemingsraad of het arbeidsvoorwaardenoverleg met een weinig representatieve vakbond in overeenstemming is met de vijf genoemde beginselen.

Mocht blijken dat het arbeidsvoorwaardenoverleg met een weinig representatieve vakbond of een gele bond, bijvoorbeeld niet geheel in overeenstemming is met het beginsel van representativiteit respectievelijk het beginsel van onafhankelijkheid, dan kan dit tot de conclusie leiden dat het arbeidsvoorwaardenoverleg in deze gevallen niet zal leiden tot rechtvaardige arbeidsvoorwaarden. Dit zou kunnen leiden tot de aanbeveling om in de wet op te nemen dat uitsluitend representatieve en onafhankelijke vakbonden bevoegd zijn cao's te sluiten, zodat er meer zekerheid over zal bestaan dat de in het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet onrechtvaardig zijn.

5. Afsluiting

In *A Theory of Justice* relateert Rawls rechtvaardigheid aan een gevolgde procedure. Rawls breekt in dit verband een lans voor de notie van zuivere procedurele rechtvaardigheid en reikt ook een methodiek aan om die toestand te bereiken. Door deze methodiek toe te passen op eigen rechtswetenschappelijk onderzoek, is het mogelijk ontwikkelingen op het terrein van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te beoordelen door de lens van procedurele rechtvaardigheid. Ook is het hierdoor mogelijk om

in termen van (procedurele) rechtvaardigheid normatieve uitspraken te doen over de ontwikkelingen binnen het stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, zonder dat een materieel criterium van rechtvaardigheid hoeft te worden vastgesteld. Bovendien hoeft geen evaluatief oordeel te worden gegeven, over de rechtvaardigheid van de daadwerkelijke distributie die het arbeidsvoorwaardenoverleg tot stand heeft gebracht. In een juridisch onderzoek kan dat mijns inziens ook niet.

In deze bijdrage bepleit ik dat procedurele rechtvaardigheid in mijn opinie zou moeten worden beschouwd als grondbeginsel van het arbeidsrecht, en in het bijzonder voor het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. Daarbij onderschrijf ik, op abstractieniveau, de aanname van Rawls dat, indien de regels en procedures van een specifiek allocatieproces rechtvaardig zijn, de uitkomst daarvan ook rechtvaardig zal zijn indien deze regels worden gevolgd om een bepaalde uitkomst tot stand te brengen. Dit neemt niet weg dat een verdeling die tot stand is gebracht in het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg, dat voldoet aan de notie van zuivere procedurele rechtvaardigheid, in een concreet individueel geval onrechtvaardig kan uitvallen. Juridische remedies als de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals geformuleerd in artikel 6:248 lid 2 BW kunnen in dergelijke situaties een oplossing bieden.