

NOVUM

Editie 41/6
Oktober 2020

'Privacy Matters': Online proctoring en de AVG



Curaçao/UTS: Nula via handhaving bij overheidsvennootschappen?

Het referendum: democratische bijl aan de wortels van het parlementaire stelsel

Kappers geknipt en geschoren. Terecht? (2/2)

41/6



NOVUMmagazine

NOVUM magazine is het juridisch faculteitsblad van de Universiteit Leiden, ontstaan uit de fusie tussen het faculteitsblad **Trias** (1968) en het blad **Request** (1999) dat werd uitgegeven door het rechtenmentoraat Appèl, tegenwoordig **Juridische Faculteitsvereniging Grotius**.

Ons doel is een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van (toekomstig) juridische professionals.

Hoofdredacteur

Joris van de Riet

Eindredacteur

Mahatma M. Martinus

Redacteurs

Nick du Bois

Jurian Bos

Bouchra Boulouize

Sebastian Cornielje

Rudolf Willem van Dam

Hadassah Drukarch

Francine Fetter

Anne Sophie Pijnacker

Lars Volborth

Femke de Wijs

Raad van advies

Prof. mr. dr. A.G. Castermans

Prof. mr. dr. P.M. Schuyt

Mw. drs. A.F.M. van der Helm

Dion Latten, assessor FdR

Roos van der Plas, praeses JFV Grotius

Oplage: 750 exemplaren

Drukker: BladNL

ISSN: 1567-7931

© Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de redactie openbaar worden gemaakt of verveelvuldigd.

Adverteren, solliciteren of reageren: novum@law.leidenuniv.nl

	Voorwoord	4
<i>Boekrecensie</i>	Boekrecensie: Muidhond	5
<i>Column</i>	Professor Kinneging - Tvenaarsleerling op de apenrots	6
<i>Opinie</i>	Winnaar essaywedstrijd S.V. Digt - Het referendum	10
<i>Analyse</i>	‘Privacy Matters’: Online proctoring en de AVG	15
<i>Analyse</i>	Kappers geknipt en geschoren. Terecht? (2/2)	18
<i>Verdieping</i>	Nula via handhaving bij overheidsvennootschappen?	27



Joris van de Riet
Hoofdredacteur

Waarde lezer,

Het was een wat onwennig begin van het nieuwe jaar, grotendeels online en een klein beetje fysiek. Waar het mooiste gebouw van de Leidse universiteit rond deze tijd van het jaar gewoonlijk gevuld is met studenten – van eerstejaars die net hun eerste maand erop hebben zitten tot ouderejaars die de faculteit kennen als hun broekzak – zijn de studenten dit jaar vooral thuis aanwezig, en de schaarse uitverkorenen die zich nog in het Kamerlingh Onnes Gebouw bevinden zijn voorzien van een mondkapje.

Er is echter wel enige mate van continuïteit op het KOG, in de vorm van de *NOVUM*: ondanks de moeilijke omstandigheden proberen we elke maand een nieuw nummer leesbaar te hebben, zodat de Leidse rechtenstudent op de hoogte kan blijven van belangrijke ontwikkelingen en interessante vraagstukken in het recht. Dit alles gebeurt het komende jaar onder verantwoordelijkheid van Mahatma Martinus als eindredacteur en ondergetekende als hoofdredacteur.

Martijn Berk heeft de *NOVUM*-redactie na vele jaren trouwe dienst verlaten. We mogen echter ook twee nieuwe redacteurs verwelkomen: Bouchra Boulouize en Hadassah Drukarch. Hadassah debuteert ook in dit nummer met een uiterst actueel artikel over online *proctoring* van tentamens. Ze kijkt daarbij met name naar een recente zaak uit Amsterdam, waar de toelaatbaarheid van online proctoring aan de kaak werd gesteld.

S.V. DIQIT, studievereniging voor rechtsfilosofie, organiseerde eerder dit jaar in samenwerking met de *NOVUM* een essaywedstrijd. Het winnende essay, geschreven door Lorenzo Nieuwenburg, is in dit nummer afgedrukt. De redactie feliciteert Lorenzo hartelijk met zijn knap geschreven essay over de plaats van referenda in het Nederlandse staatsbestel, waar hij zeer kritisch over is.

Eindredacteur Mahatma Martinus schrijft over het arrest *Curaçao/UTS*, een bijzonder arrest waarin de Hoge Raad moest oordelen over het toezicht op kansspelbedrijven in Curaçao. Een lastige kwestie in dit geval, omdat het bedrijf in kwestie ook nog een overheidsbedrijf was.

Tot slot de voortzetting van een tweeluik, waarvan het eerste deel reeds in het vorige nummer is verschenen. Een groep studenten van Honours College Law heeft onder leiding van professor Jean-Pierre van der Rest onderzoek gedaan naar prijsdiscriminatie door kappers: met veel gegevens en mede aan de hand van enkele uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens analyseren zij het probleem en zoeken zij naar oplossingen.

Ik wens u veel plezier met dit nieuwe nummer van het juridisch faculteitsblad *NOVUM*. ●

Boekrecensie: Muidhond

I. Schilperoord, *Muidhond*, Amsterdam: Podium 2015 (ISBN 9789057596216, 220 p., paperback, €15).

‘Nu moet ik goed opletten, dacht Jonathan. Nu. Het begint nu.’ Zo luidt de eerste zin van de debuutroman van Inge Schilperoord. Hoofdpersonage Jonathan staat op het punt om weer de samenleving in te treden na in hoger beroep te zijn vrijgesproken van het misbruiken van zijn voormalige buurmeisje. Wat er precies gebeurd is, wordt voor de lezer echter niet duidelijk. Wel weten we dat Jonathan het nooit meer wil laten gebeuren. Hij heeft daar alle middelen voor gekregen die hij nodig zal hebben. Hij heeft therapie gehad en hij heeft een werkboek, waarin hij elke dag moet schrijven.

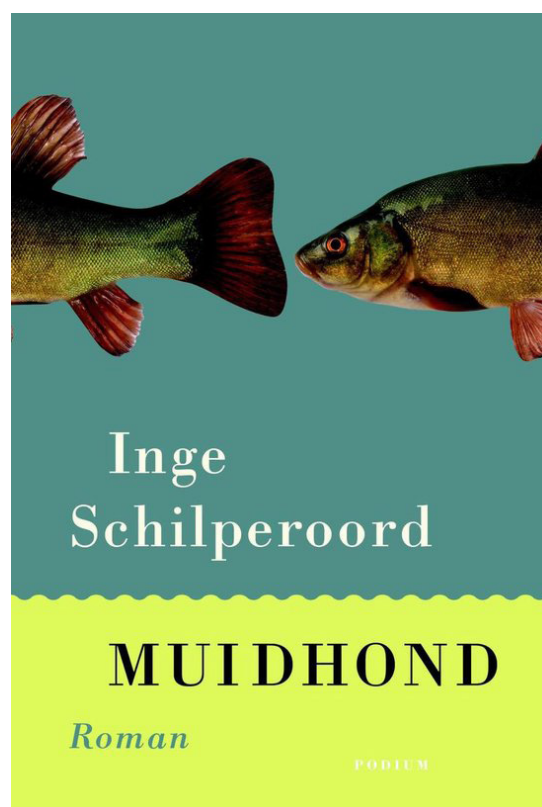
Zo makkelijk wordt het echter niet voor Jonathan, en Schilperoord, die zelf forensisch psycholoog is, weet deze worsteling prachtig weer te geven. Jonathan wordt gekweld door een al te naïef buurmeisje dat toenadering tot hem zoekt en kan geen soelaas vinden in sociale contacten of andere bezigheden. Hij stort zich dagelijks op zijn oefeningen in de hoop zijn verlangens te kunnen weerstaan. Maar hoe veel Jonathan ook schrijft, het lijkt hem niet te lukken zijn gevoelens van hem af te schrijven. Zijn pedofiele gedachten lijken bijna gepredestineerd te zijn en het is voor de lezer dan ook wachten tot hij de fout in gaat.

Deze roman geeft een ieder die geïnteresseerd is in zedenzaken een kijkje in het hoofd van de dader. Veel begrip voor Jonathan krijg je als lezer niet. Wel opent dit boek de ogen voor iets waarvan de meeste mensen liever weggijken. De heftige, gedetailleerde en soms zelfs romantische manier waarop de schrijver Jonathans gedachten beschrijft is voor de lezer confronterend. Toch zijn het gedachten waarvan het mijns inziens goed is als we ze horen. Het geeft de dader iets menselijks. Het laat ons zien waar hij mee worstelt. Het geeft ons bovendien ideeën over wat er beter kan. Zo laat het boek pagina’s lang zien hoe Jonathan de theorieën van zijn tbs-opname in de praktijk probeert toe te passen,

maar zonder resultaat. Het laat je als lezer peinzen over de begeleiding van Jonathan en of dat niet beter had kunnen worden geregeld. Waarom werd hij zo aan zijn lot overgelaten? Bij elke pagina wordt niet alleen de frustratie van de lezer groter, maar ook die van Jonathan; tot de ontknoping.

Ik raad dit boek daarom ten zeerste aan voor iedereen die een keer achter de controverses van pedofilie wil kijken. Het verhaal van Jonathan zal niet enkel tijdens het lezen, maar tevens daarna nog in het hoofd blijven hangen. ●

Door Femke de Wijs.



Tovenaarsleerling op de apenrots

Wat is een universiteit? Je denkt wellicht: dat is de hoogste school die er bestaat. Daar leer je wat je moet weten om later een van de meest begerenswaardige banen te krijgen die bestaan. Waarbij je ‘begerenswaardig’ definieert als ‘leidinggevend’, want stel je voor dat je later een baan krijgt waarin je vooral moet gehoorzamen. Je moet er toch niet aan denken. En natuurlijk definieer je ‘begerenswaardig’ ook als ‘goedbetaald’. Want een hoog salaris is een noodzakelijke voorwaarde voor een goed leven, nietwaar? En ‘begerenswaardig’ is vooral ook een baan waarin je ‘jezelf kunt ontplooien’. Dat kan het best met een academische baan. In al die banen die niet academisch zijn, kun je je echt niet ontplooien. Toch?

“Voor zover de universiteit inderdaad zoiets is geworden, kan ze eigenlijk geen universiteit meer worden genoemd. Haar lichaam —de gebouwen, mensen, regels etc.— is er nog wel, maar de ziel is eruit.”

Ik moet je teleurstellen. Dat is niet wat een universiteit is. Ik geef toe dat ze er de laatste decennia wel een beetje op is gaan lijken, al was het maar omdat er zoveel studenten rondlopen die denken dat de universiteit niets anders is dan het voorselectiemechanisme voor de ‘beste banen’ in bovenstaande zin. En ik vrees met grote vrees dat er tegenwoordig ook een paar docenten en hoogleraren zijn die er zo over denken. Maar al die mensen hebben het lelijk mis. Voor zover de universiteit inderdaad zoiets is geworden, kan ze eigenlijk geen universiteit meer worden genoemd. Haar lichaam —de gebouwen, mensen, regels etc.— is er nog wel, maar de ziel is eruit. De universiteit is, in de mate waarin ze hiertoe vervalt, morsdood.

Wat is de universiteit dan wel? Dat is heel eenvoudig uit te leggen. De universiteit is gericht op de waarheid. Het hoogste gebod dat geldt aan de universiteit is: ‘Zoek en verkondig de waarheid!’ Dat geldt voor de docenten en hoogleraren, zowel in hun onderwijs als in hun onderzoek. En dat geldt ook voor de studenten.

Ik hoor je al denken: ‘Maar waarheid bestaat toch niet?’ Ik neem je dat niet kwalijk hoor. Dat cliché is de laatste decennia in de mode gekomen en wordt er van jongs af aan ingehamerd. Maar, anders dan andere clichés, die dikwijls een kern van waarheid bevatten, is dit cliché complete nonsens. Gevaarlijke nonsens.

Als ik zeg: ‘De oppervlakte van de zon (5500 graden Celsius) is erg heet en die van Saturnus (-178 graden Celsius) is tamelijk koud’, wat zeg jij dan? Dat dat niet waar is? Nee toch zeker? Hier hebben dus al een waarheid te pakken. En als ik zeg dat in Nederland constitutionele toetsing grondwettelijk verboden is (Art.120 Gw.), terwijl het in de meeste Westerse landen gezien wordt als belangrijke taak van de rechterlijke macht en essentieel onderdeel van de rechtsstaat. Wat zeg jij dan? Dat dat niet klopt? Of dat iedereen daar zijn eigen kijk op kan hebben? Nee toch zeker? Weer een waarheid dus. En zo kan ik nog uren, nee dagen, verdergaan. Maar dat hoeft niet, want de pointe is wel duidelijk, hoop ik. Er bestaan allerlei waarheden en heel veel waarheden kennen we ook al —de universiteiten in de wereld hebben daarbij een cruciale rol gespeeld. Onze hominide voorvaders kenden een veel kleiner deel van de waarheid en liepen als gevolg daarvan rond in berenvellen en sliepen in holen. Wie nu nog durft te zeggen dat waarheid niet bestaat, moet voor straf zijn mond spoelen met zeep. Als je een waarheid kent, ken je hem dan voor altijd?



Prof. dr. A.A.M. (Andreas) Kinneging is hoogleraar Rechtsfilosofie. Hij verzorgt o.a. de bachelorvakken Rechtsfilosofie I en II, en doceert in de masterafstudeerrichting Encyclopedie en Filosofie van het Recht. Sinds 2013 schrijft hij maandelijks een column voor NOVUM magazine.

Natuurlijk niet. Je kunt ook dingen vergeten. Dat geldt voor jou als individu, maar dat geldt ook voor de samenleving en voor de mensheid als geheel. Een gedachtenexperiment: stel er komt een excentriekeling aan de macht die denkt dat het onderwijs volledig gericht dient te zijn op zelfkennis. Het enige onderwijs dat vanaf dan nog gegeven wordt is filosofie. Wat gebeurt er dan in de, zeg, halve eeuw die volgt op deze ‘onderwijsvernieuwing’? Er wordt, omdat nu iedereen alleen nog maar filosofie krijgt, bijvoorbeeld geen wiskunde meer gegeven. Dat betekent dat na een halve eeuw niemand meer iets weet van wiskunde. En dus ook niets van natuurkunde en scheikunde. En niet van techniek. En dat betekent dat er geen huizen meer kunnen worden gebouwd, geen wegen, en geen bruggen. Dat er geen stroom meer is, geen fabrieken, geen auto’s, geen treinen en vliegtuigen, geen medicijnen, geen geavanceerd medisch instrumentarium, etc. etc. Kortom, binnen een halve eeuw zitten wij te filosoferen in de holen waar ook onze verre hominide voorvaders in hebben gewoond. ‘Wij’, dat wil zeggen de paar miljoen mensen die deze ‘sluiting van de geest’ overleven. Want het overgrote deel van de mensheid zal op gruwelijke wijze sterven.

(Dit gedachtenexperiment kun je desgewenst uitbreiden. Wat er zou gebeuren als de wiskunde verdwijnt is duidelijk. De gevolgen zijn onoverzienbaar. Maar wat zou er gebeuren als de rechtsgeleerdheid zou verdwijnen? Zou de wereld zoals wij die kennen dan ook ten onder gaan? En wat zou er gebeuren als de sociale wetenschappen niet meer zouden bestaan?)

Uit dit alles volgt: kennis —wil zeggen ware inzichten omtrent de werkelijkheid— moet worden doorgegeven. Dat is de primaire taak van het onderwijsbestel van elk land. De universiteit is de bewaarplaats van de hoogste en diepste kennis. Daar behoren de mensen te zitten die het diepst in de waarheid zijn doorgedrongen. Die kennis moet aan deze instelling worden doorgegeven. Gebeurt dat niet dan zakt de maatschappij onherroepelijk terug naar een lager peil, en beweegt zich in de richting van de holen der hominiden.

Wij kennen veel waarheid, maar kennen we alle waarheden? Kennen we de gehele waarheid? Nee. Het is duidelijk dat we heel veel niet weten. Veel mensen zeggen: ‘nog niet weten’. Alsof het zeker is dat we

uiteindelijk de gehele waarheid zullen weten, dat we ooit alles zullen weten wat er te weten valt. Dat is echter helemaal niet zeker. Het is heel goed mogelijk, ja zelfs waarschijnlijk, dat wij mensen de werkelijkheid nooit helemaal zullen doorgronden. Een vergelijking: mensapen kan de allereenvoudigste beginselen van het tellen worden bijgebracht. ‘Eén plus twee is drie’ en dergelijke sommen. Wat ingewikkelder sommen —zeg 27 plus 18— zijn echter voor hen onoplosbaar. Dat komt natuurlijk doordat hun verstand beperkt is. Het ware antwoord op de som 27 plus 18 bestaat wel, maar mensapen kunnen die niet achterhalen, omdat ze te dom zijn. Welnu, het is evident dat onze intelligentie veel groter is dan die van mensapen, maar ook die van ons is beperkt. Daarom is het erg onwaarschijnlijk dat we ooit alles zullen weten wat er te weten valt. Dat wil echter ook weer niet zeggen dat we de handdoek maar in de ring moeten gooien. We weten een heleboel en het is vrijwel zeker dat, als we ons best doen, we nog heel wat meer van de waarheid zullen achterhalen. Daar ligt de tweede taak van de universiteit: onderzoek doen, om waarheden te ontdekken die we nog niet kennen.

“We weten een heleboel en het is vrijwel zeker dat, als we ons best doen, we nog heel wat meer van de waarheid zullen achterhalen. Daar ligt de tweede taak van de universiteit: onderzoek doen, om waarheden te ontdekken die we nog niet kennen.”

Wat is de achterliggende gedachte achter dit alles? Ik zal het je vertellen: dat is dat kennen van de waarheid iets goeds is. De idee is dat hoe meer we weten van de waarheid, des te beter. Het is belangrijk daar ook over na te denken. Is het wel waar dat we altijd beter af zijn met de waarheid? Of kun je de waarheid soms maar beter niet weten? Dit is een vraag die door de wetenschap, de universiteit zelf niet meer beantwoord kan worden. Je zou het een meta-wetenschappelijke vraag kunnen noemen. Een filosofische vraag. De filosofie vraagt immers naar de grond der dingen. Hier heb je zo’n grond. Klassieke vraag in dit verband: is het goed dat we weten hoe een atoombom te maken? Was het niet beter geweest als we dat nooit hadden achterhaald? Dit is het zogenoemde ‘vraagstuk van de techniek’, waar filosofen van Plato tot Heidegger over hebben geschreven. (‘Techniek’ moet hier breed gelezen worden, inclusief de wiskunde en natuurwetenschappen, die eraan ten

grondslag liggen.) En trouwens ook literatoren hebben er veel over geschreven: Aldous Huxley’s *Brave, New World* is een memorabel voorbeeld.

Het vraagstuk van de techniek speelt in onze tijd meer dan ooit. Denk aan big data, artificial intelligence en robotisering. De gewone wetenschapper is met niets anders bezig dan te proberen de mogelijkheden op deze terreinen te vergroten, juist door de kennis ervan te verdiepen. Anders gezegd: hij streeft naar meer waarheid. Steeds meer mensen beginnen zich nu echter ernstig zorgen te maken om die kennistoename. Moeten we al die dingen wel willen weten? Zal die kennis niet uiteindelijk de menselijke vrijheid ondermijnen? Of zelfs een einde maken aan het menselijk bestaan?

“We zijn tovenaarsleerlingen die spelen met vuur. Wat betekent dit voor de universiteit en ons streven naar waarheid?”

Wie hierover nadenkt, lopen de koude rillingen over de rug. Goethe schreef er een prachtig gedicht over, dat ooit nog eens door de *Walt Disney Studio’s* is verfilmd met Mickey Mouse in de hoofdrol: De Tovenaarsleerling. Lees het of kijk het desnoods. Ik denk dat de boodschap van het gedicht waar is. We zijn tovenaarsleerlingen die spelen met vuur. Wat betekent dit voor de universiteit en ons streven naar waarheid? ●

Deze column verscheen eerder in editie 39/7 van NOVUM.



VRAAG
NU EEN
GESPREK
AAN

BOOST JE CARRIÈRE

DEELTIJD MASTER FISCAAL RECHT




Met de deeltijd Master Fiscaal Recht ontwikkel je jezelf tot een fiscaal-juridische professional met lef en academische expertise. De master is gebouwd op drie pijlers: Fiscaal Recht, Tax Assurance en de ontwikkeling van soft skills.

Je krijgt een unieke combinatie van theorie en praktijk en maakt ook een sterke persoonlijke ontwikkeling door. Als fiscalist met academisch niveau ben jij degene die bij bedrijfsbeslissingen een helder en objectief

fiscaal-juridisch advies geeft en bied jij je bedrijf duurzame meerwaarde.

Vraag een persoonlijk informatiegesprek aan en start nog dit najaar.

VOOR MEER INFORMATIE OF PERSOONLIJK ADVIES, NEEM CONTACT OP MET HET PROGRAMMA-MANAGEMENT

 +31 (0)346 295 742  MFR@NYENRODE.NL  NYENRODE.NL/MFR

Het referendum: democratische bijl aan de wortels van het parlementaire stelsel



Lorenzo Nieuwenburg
Gastredacteur

In het afgelopen semester heeft S.V. DIQIT een essaywedstrijd georganiseerd voor haar leden en alle studenten Rechtsgeleerdheid aan de universiteit Leiden. DIQIT is de studievereniging voor rechtsfilosofie en rechtstheorie die voornamelijk bachelorstudenten bij elkaar brengt die interesse hebben in voornoemde onderwerpen. Daarom konden studenten in het kader van de essaywedstrijd een essay schrijven over een rechtsfilosofisch of rechtstheoretisch onderwerp.

Het beste essay dat is ingediend is in nauwe samenwerking met de redactie van de NOVUM in deze editie van de NOVUM geplaatst. Aangezien alle essays die werden ingeleverd van hoog niveau waren, was het voor het bestuur van DIQIT geen makkelijke keuze om een uiteindelijke winnaar te kiezen. De uiteindelijke winnaar van het essay is Lorenzo Nieuwenburg geworden. Lorenzo Nieuwenburg is derdejaars Rechtenstudent aan onze faculteit.

Bij de beoordeling van de essays heeft het bestuur zowel naar de vorm als de inhoud gekeken. Wat de vorm betreft is het essay kort en bondig beschreven en volgen de alinea's logisch op elkaar waardoor het een prachtig geheel is geworden. De inhoud is niet minder indrukwekkend. Het veelbesproken onderwerp 'het referendum' wordt in een stevig theoretisch kader geplaatst. Ondanks dat het onderwerp reeds veel is besproken, weet de auteur het onderwerp verder uit te diepen en een aardige duit in het zakje te doen. De auteur geeft niet alleen in dit essay blijk van een diep inzicht in de rechtsfilosofische grondslagen van het constitutionele recht. Hij heeft zich al eerder een verdienstelijk auteur getoond met een artikel in Trouw met de titel 'Een hof dat toetst aan de Grondwet muilkorft de democratie'. De James Madison van de 21ste eeuw is geboren!

Naast de winnaar verdienen de nummer 2 en 3 op deze plaats een eervolle vermelding. De tweede plaats wordt opgeëist door Joas Bakker met zijn essay 'Zingeving en Ratio'. Max Hommes heeft met zijn essay 'Versterk de democratische rechtsstaat door art. 120 Gw te verlaten' de derde plek weten te bemachtigen.

Tolle, Lege!

Gerhard Poolman
Voorzitter S.V. DIQIT

In 1999 debatteerde de Eerste Kamer tot in de kleine uurtjes over een Grondwetsvoorstel in tweede lezing dat de weg vrij zou maken voor het bindend correctief referendum.¹ Dit referendum zou kiesgerechtigden in staat stellen om wetsvoorstellen die door beide Kamers der Staten-Generaal zijn aangenomen weg te stemmen. Gedurende het debat werd duidelijk dat het voorstel zou staan of vallen met één stem: die van toenmalig VVD-senator Hans Wiegel. Geïnspireerd door een essay van wijlen partijgenoot Molly Geertsema had hij de kern van zijn bezwaar kenbaar gemaakt: het referendum is de 'bijl aan de wortels van de democratie'² Uiteindelijk stemde hij tegen. Het referendum sneuvelde.

Deze nachtelijke episode was niet de eerste keer dat het referendum hier te lande prematuur van het toneel verdween, maar het zou wel de laatste keer zijn. Allereerst bestond van 2002 tot 2005 de ongebruikte mogelijkheid om een raadgevend correctief referendum te organiseren op grond van de Tijdelijke referendumwet. Vijf maanden nadat die wet van rechtswege verviel,

vond per initiatiefwet een eenmalig raadplegend referendum plaats over de Europese Grondwet. Na een referendumloos decennium keerde het correctieve referendum in 2015 terug met de inwerkingtreding van de Wet raadgevend referendum. Op grond hiervan werden het Oekraïne-referendum en het referendum over de zogenaamde Sleepwet georganiseerd. Twee jaar geleden werd ook de mogelijkheid tot dit raadgevend referendum weer geschrapt. Niettemin adviseerde de Staatscommissie parlementair stelsel de wetgever nog gedurende hetzelfde jaar om een *bindend* correctief referendum in te voeren.³ Hiertoe ligt inmiddels een Grondwetsvoorstel in de Tweede Kamer.⁴

Dit doet de vraag rijzen of zo'n referendum wenselijk is. De romantiek van een volksraadpleging ten spijt, is het antwoord op die vraag negatief. In de eerste plaats zou het referendum ons staatsbestel uit balans brengen. Daarnaast is het gefundeerd op een foutieve visie op de representatieve democratie. Voordat we deze twee argumenten, die in elkaars verlengde liggen, kunnen uitwerken moeten we kennis nemen van de stand van het publieke debat over het referendum.

Het publieke debat

Voorstanders van het referendum op nationaal niveau beroepen zich ongeacht de vorm van dat referendum grofweg op twee argumenten. Ten eerste betogen zij dat het de kiezer meer invloed geeft op politieke besluitvorming. Ten tweede geeft het referendum de kiezer huns inziens een mogelijkheid om aan de noodrem te trekken indien wetten hem tegenstaan. Hierdoor zou het bestel aan legitimiteit winnen en zou de kloof tussen kiezer en gekozen verkleind worden.

Tegenstanders van het referendum benadrukken bovenal het binaire karakter ervan. Allereerst doet het referendum geen recht aan het complexe samenstel van belangenafwegingen dat in de representatieve democratie thuishoort: wetgeven is een vak. Zo zou een referendum tot intern inconsistente wetgeving kunnen leiden of tot onenigheid binnen coalities. Ten tweede is het de vraag hoe een referendumvraag geformuleerd moet worden en hoe de wetgever een antwoord op die vraag vervolgens moet interpreteren. Ten slotte schuilt in het binaire karakter van de vraagstelling ook het gevaar van de tirannie van de meerderheid. Dit kan leiden tot grote verdeeldheid in samenleving en politiek. Een actueel voorbeeld is de nasleep van het Brexit-referendum.

Met de argumenten van de voor- en tegenstanders in het achterhoofd kunnen we een preciezere vraag stellen: maakt een parlementaire democratie mét of zonder referendum betere wetten? Bij het beantwoorden van die vraag moeten we niet blind zijn voor de tekortkomingen van de representatieve democratie. Onder invloed van fractiediscipline en coalitievorming staat het dualisme onder druk en zijn afwijkende opvattingen ondervertegenwoordigd in het beleid. Deze tekortkomingen wegen echter niet op tegen de nadelige gevolgen van het referendum.

Het Nederlandse staatsbestel

De democratische rechtsstaat zoals we die in Nederland kennen, is een zogeheten *regimen mixtum*: een gemengd regime of een gemixte constitutie. Deze staatsvorm is de vrucht van het gedachtegoed van de grootste denkers uit de westerse geschiedenis onder wie Plato, Aristoteles, Polybius en Cicero. In hun traditie zijn drie ideaaltypische staatsvormen of constituties te onderscheiden: de heerschappij van de enkeling, van weinigen en van velen. We noemen ze achtereenvolgens monarchie, aristocratie en democratie. Ze worden elk gekenmerkt door een centrale kwaliteit – respectievelijk besluitvaardigheid, verstandigheid en legitimiteit.

Elk van deze drie staatsvormen kent ook een ontaarde tegenhanger. Daarin staat niet langer het *bonum commune*, het algemeen belang, centraal, maar het belang van de heersende klasse. Deze staatsvormen noemen we de tirannie, de oligarchie en de ochlocratie.

Hoe voorkomen we dat een staat in verval raakt en ontaardt? Een antwoord op die vraag vinden we bij Polybius. In zijn *Historiën* stelde hij dat stabiele, duurzame constituties bouwstenen in zich dragen van de monarchie, de aristocratie en de democratie.⁵ Zo komen besluitvaardigheid, verstandigheid en legitimiteit samen. Deze kwaliteiten zijn voorwaarden voor een gebalanceerd bestel, een *regimen mixtum*, dat niet snel zal ontaarden in een tirannie, oligarchie of ochlocratie. Zelf zag Polybius de Romeinse republiek als het beste voorbeeld van zo'n bestel.⁶ Een moderner bestel dat overeenkomstig deze theorie is ontworpen is dat van de Verenigde Staten.

Ook in Nederland zien we de democratische, aristocratische en monarchale bouwstenen terug. Legitimiteit is afkomstig van verkiezingen. Verstandigheid is onder andere gewaarborgd door een ordentelijke uitwisseling van argumenten in Kamerdebatten, de rol van de Eerste

Kamer en de wijze waarop de rechterlijke macht is ingericht. Besluitvaardigheid, ten slotte, zien we terug in de parlementaire meerderheidsregel en in koninklijke besluiten.

Deze drie bouwstenen zijn bovendien in een bepaalde verhouding tot elkaar geplaatst: ze houden elkaar in balans. In het Thorbeckiaanse parlementaire stelsel zijn monarchale besluitvaardigheid en democratische legitimiteit *essentialiter* ondergeschikt aan het parlementaire debat, dat uiting geeft aan de aristocratische notie van verstandigheid. In sommige gevallen komt die balans in een andere schakering tot uiting. Zo impliceert de verzwaarde procedure bij Grondwetswijzigingen dat besluitvaardigheid is onderworpen aan zowel – nog sterker gewaarborgde – verstandigheid (twee lezingen) als legitimiteit (tweederdemeerderheid in tweede lezing na ontbinding van de Tweede Kamer).⁷ Beschouwen we dit alles door de lens van Polybius, dan leren we dat Nederland geen pure democratie is – en dat dat iets goeds is, omdat dat ons bestel stabiel en duurzaam houdt.

Het referendum staat haaks op deze gedachte. Op zichzelf beschouwd is het immers een pure vorm van democratie. Dit summum van legitimiteit gaat ten koste van de verstandigheid van het beleid en de besluitvaardigheid van het parlement. Wie wil weten hoe het referendum de besluitvaardigheid aantast, hoeft maar te kijken naar het twee jaar durende gesteggel over de Brexit in het Britse Lagerhuis. Bezien vanuit Polybius zou het referendum ons bestel van representatieve democratie op de lange termijn enkel destabiliseren.

“Bezien vanuit Polybius zou het referendum ons bestel van representatieve democratie op de lange termijn enkel destabiliseren.”

Twee visies op representatie

In zijn *Speech to the Electors of Bristol* schetste het Schotse Lagerhuislid Edmund Burke zijn visie op de representativedemocratie.⁸ Een volksvertegenwoordiger, zo redeneerde hij, dient opvattingen van de kiezer altijd serieus in overweging te nemen. Het staat hem echter vrij om ervan af te wijken. Als de wil van het volk afwijkt van het algemeen belang, het *bonum commune*, is het niet aan volksvertegenwoordigers om die wil blindelings te volgen. In lijn met Polybius' opvatting moet dan een balans worden gevonden tussen legitimiteit

en verstandigheid. In deze Burkeaanse visie is een parlementslid een vertegenwoordiger en geen lasthebber.

Hiertegenover staat de visie die haar wortels heeft in het gedachtegoed van Rousseau.⁹ Daarin wordt het algemeen belang gelijkgesteld aan de wil van het soevereine volk. De volksvertegenwoordiging is niets meer dan een spreekbuis van de volkswil: een pure uiting van legitimiteit. In deze visie staat volk tot volksvertegenwoordiger als lastgever staat tot lasthebber. Een lasthebber die afwijkt van de wil van de lastgever pleegt contractbreuk.

Vrijwel alle westerse parlementaire democratieën staan in de traditie van Burke. Zo ook de Nederlandse: het parlement vertegenwoordigt het gehele Nederlandse volk, maar de leden stemmen zonder last.¹⁰ Zij zijn geen lasthebbers. Dit is geheel in lijn met de verhouding tussen besluitvaardigheid, verstandigheid en legitimiteit in het Thorbeckiaanse stelsel.

“Zodra de wetgever afwijkt van de wil van de meerderheid dient die wetgever teruggefloten te worden. Aanhangers van het referendum bepleiten dat dit de kloof tussen kiezer en gekozene zal dichten. Dit is een misvatting.”

Het referendum staat daarentegen in de Rousseauiaanse traditie. Zodra de wetgever afwijkt van de wil van de meerderheid dient die wetgever teruggefloten te worden. Aanhangers van het referendum bepleiten dat dit de kloof tussen kiezer en gekozene zal dichten. Dit is een misvatting. Het referendum vergroot die kloof alleen maar. Het zet de kiezer juist tegenover de gekozene: de burger versus de politiek. Dit uit zich in een proteststem die we bijvoorbeeld hebben gezien in de referenda over de Europese Grondwet, het associatieakkoord met Oekraïne en de Brexit.

Burke erkende dat het algemeen belang en de wil van het volk niet altijd samenvallen. Het is dan de vraag welk systeem die twee dingen beter kan verenigen: een parlementaire democratie mét of zonder referendum? Zoals gezegd komen de drie centrale kwaliteiten van een goed functionerend gemengd regime – verstandigheid, legitimiteit en besluitvaardigheid – in het parlement samen dankzij beraadslaging: de ordentelijke uitwisseling van redelijke argumenten. Op grond van beraadslaging nemen gekozen volksvertegenwoordigers bij meerderheid beslissingen – zie alhier de bouwstenen

van het gemengde regime intraparlamentair in actie.

In de aanloop naar een referendum is dit redelijke debat niet gegarandeerd. Door zo sterk in te zetten op gevacuïeerde legitimiteit – aangevuld met de onder dwaling tot stand gekomen aanname dat de werkelijkheid versimpeld kan worden tot een binaire vraag – dreigen de voorstanders van het referendum het algemeen belang te veroordelen tot het betalen van de rekening van dit Rousseauiaanse gelag. De relatieve rust, specialistische kennis en tijd voor beraadslaging waarover parlementsliden beschikken, maken het parlement de enige geschikte medewetgever en de enkelvoudig geëigende plek voor het aannemen en verwerpen van wetsvoorstellen. De referendumstemberechtigde kent die rust, kennis en tijd niet. Dat tast de kwaliteit van de besluitvorming en wetten aan.

Slotsom

De vraag of een parlementaire democratie mét of zonder referendum betere wetten maakt, is daarmee beantwoord. Een staatsbestel zonder referendum is een bestel dat legitimiteit niet als een doel op zich ziet, maar als een kwaliteit die in verhouding moet staan tot verstandigheid en besluitvaardigheid. Het referendum brengt die verhouding uit balans.

Of het referendum zal terugkeren valt te bezien. Duidelijk is dat zo’n terugkeer onwenselijk zou zijn. Als de wil van het volk en het algemeen belang niet samenvallen, zal de kwaliteit van de wetten worden aangetast door het referendum. Die kwaliteit is het beste geborgen binnen de representatieve democratie. Geertsema’s essaytitel had dus nóg scherper gekund: het referendum is niet de ‘bijl aan de wortels van de democratie,’ maar de democratische bijl aan de wortels van het parlementaire stelsel. ●

1. Kamerstukken II 1997/98, 26156, nr. 2, p. 1-2.

2. W.J. Geertsema, *Het referendum: bijl aan de wortel van de democratie*, Houten: De Haan, 1987.

3. *Staatscommissie Parlementair Stelsel (commissie-Remkes), Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel*, Amsterdam: Boom 2018, p. 135.

4. Kamerstukken II 2018/19, 35129, nr. 2.

5. Polybius, *Historiën*, Boek VI, caput 3.

6. Polybius, *Historiën*, Boek VI, caput 4.

7. Art. 137 Gw.

8. E. Burke, *Speech to the Electors of Bristol*, 1774.

9. J.J. Rousseau, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Boek III, hoofdstuk 15.

10. Art. 50 en 67 lid 3 Gw.

‘Privacy matters’: Online proctoring en de AVG



Hadassah Drukarch
Redacteur

De eerste tentamenweek van het jaar staat alweer voor de deur. De voorheen vaak overvolle tentamenzalen liggen er bijna driekwart jaar later echter nog steeds verlaten bij en vele studenten gaan hun tentamens alleen tegemoet vanuit het ‘comfort’ van hun slaapkamer. Alhoewel, wellicht toch niet helemaal alleen.

De coronacrisis heeft hogeronderwijsinstellingen voor een uitdaging geplaatst, met name bij de organisatie van de tentaminering. Omdat fysieke tentamens ineens niet meer mogelijk waren, gingen zij op zoek naar alternatieven. Hoewel online proctoring een uitkomst leek te bieden, heeft deze vorm van tentaminering een aantal zorgen opgewekt in het kader van de tegenwoordig vaak terugkerende privacykwestie en ook in Nederland heeft men zich gebogen over de vraag hoe ver het recht op privacy in het kader van online proctoring daadwerkelijk reikt.¹

Online proctoring: hoe werkt het?

De coronacrisis is in zekere zin voordelig geweest voor ondernemingen actief in de proctoring-markt. Sinds de uitbraak van de crisis zijn deze bedrijven in rap tempo gegroeid, met name naar aanleiding van het besluit om over te schakelen naar onderwijs op afstand. Hoewel er nog geen officiële telling is, kan momenteel met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat er maandelijks over de hele wereld miljoenen algoritmisch gecontroleerde toetsen worden afgenomen middels online proctoring methodes.²

“Hoewel er nog geen officiële telling is, kan momenteel met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat er maandelijks over de hele wereld miljoenen algoritmisch gecontroleerde toetsen worden afgenomen middels online proctoring methodes.”

Online proctoring betreft het gebruik van software om gedurende online tentaminering op afstand te kunnen surveilleren en daarmee - in essentie - fraude te detecteren. Over het algemeen kunnen drie vormen van online proctoring worden onderscheiden - online proctoring na afloop van de tentaminering, live online proctoring en geautomatiseerde online proctoring.³ Algoritmisch gecontroleerde tentaminering middels één van deze online proctoring methodes vindt normaal gesproken als volgt plaats: zodra een student begint aan een tentamen, begint de proctoringsoftware met het opnemen van onder meer de camera, het geluid en de websites die gedurende de tentaminering door de student op het desbetreffende apparaat worden bezocht. De software houdt de student gedurende de tentaminering in de gaten en monitort daarbij de bewegingen van de student om vast te stellen of deze fraudeert. De middels online proctoring door de proctoringsoftware verkregen data wordt vervolgens ter beoordeling overgedragen aan een proctoringservice. Wanneer de proctoringsoftware onregelmatigheden in het gedrag van de student opmerkt, kent het systeem een bepaalde kans op fraude toe aan het betreffende gedrag en waarschuwt het systeem de vakdocent. Afhankelijk van het bedrijf dat de proctoringsoftware aanbiedt, wordt bij het samenstellen van de software wisselend gebruik gemaakt van *machine learning*, kunstmatige intelligentie en biometrie (waaronder gezichtsherkenning en *eye-tracking*).

De inzet van online proctoring software: een onrechtmatige inbreuk op de privacy van studenten?

In juni 2020 spanden de Centrale Studentenraad (CSR) van de Universiteit van Amsterdam (UvA), de Facultaire Studentenraad van de Faculteit Economie en Bedrijfskunde (FSR) van de UvA en een student aan de Faculteit Economie en Bedrijfskunde (FEB) van de UvA een zaak aan tegen de UvA.⁴ Naar aanleiding van het besluit van het kabinet om per 16 maart 2020 de scholen en universiteiten te sluiten in verband met de coronacrisis, werd het onmogelijk om vanaf die datum nog langer op campus te tentamineren. Om te voorkomen dat studenten studievertraging oplopen is de UvA op zoek gegaan naar alternatieven, in het bijzonder voor tentamens gericht op kennisreproductie en waaraan grote groepen studenten deelnemen. In verband hiermee besloot de UvA onderzoek te doen naar de mogelijkheid van online proctoring en dit resulteerde uiteindelijk in de inzet van de online proctoring software Proctorio. Deze online proctoring software is onder meer in staat om webcamsbeelden, geluid, internetverkeer, beelden op het computerscherm, toetsenbordaanslagen en muisverkeer van studenten te monitoren terwijl zij een tentamen afleggen.

“De eisende partijen voerden in kort geding aan dat de UvA onrechtmatig handelt door Proctorio in te zetten bij het afnemen van tentamens, onder meer aangezien de UvA daarbij in strijd handelt met de privacywetgeving zoals neergelegd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming”

De eisende partijen voerden in kort geding aan dat de UvA onrechtmatig handelt door Proctorio in te zetten bij het afnemen van tentamens, onder meer aangezien de UvA daarbij in strijd handelt met de privacywetgeving zoals neergelegd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Ten gevolge daarvan zou sprake zijn van een onrechtmatige inbreuk op de privacy van studenten en in het licht daarvan stelden eisers dat de inzet van Proctorio door de UvA dient te worden gestaakt.⁵ Bij de beoordeling hiervan stelde de voorzieningenrechter voorop dat als de UvA gebruik maakt van online proctoring, zij ook verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens.⁶



De verwerking van persoonsgegevens is volgens de AVG slechts rechtmatig indien aan ten minste één van de in artikel 6(1) AVG genoemde voorwaarden is voldaan. Ter zitting heeft de UvA zich beroepen op onder meer artikel 6(1)(e) AVG. Deze bepaling biedt een grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens indien de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. Aangezien niet in geschil was dat de UvA een overheidsinstantie is, betekent dit, dat zij haar bij wet geregelde taak - in casu de taak om onderwijs te verzorgen, examens af te nemen en diploma's te verstrekken, waarbij de kwaliteit van dat onderwijs en van de te verstrekken diploma's is gewaarborgd - dient uit te voeren.⁷

“De door eisers aangedragen alternatieven voor online proctoring software volstonden volgens de voorzieningenrechter niet voor tentamens gericht op kennisreproductie en waaraan grote groepen studenten deelnemen.”

De door eisers aangedragen alternatieven voor online proctoring software volstonden volgens de voorzieningenrechter niet voor tentamens gericht op

kennisreproductie en waaraan grote groepen studenten deelnemen, aangezien deze niet een voor kennisreproductie geschikte toetsmethode bieden en deze bovendien in onvoldoende mate voorzien in waarborgen voor een goede, betrouwbare en eerlijke tentaminering. Om deze reden achtte de voorzieningenrechter het dan ook voldoende aannemelijk dat er ten gevolge van het kabinetsbesluit noodzaak bestond om online te tentamineren.⁸ Voorts diende bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de gegevensverwerking te worden beoordeeld of en in hoeverre de gegevensverwerking voldoet aan de overige vereisten van de AVG - de gegevensverwerking dient rechtmatig, behoorlijk, juist en in lijn met het doelbindingsprincipe te zijn. Daarnaast dient de verwerking toereikend, terzake dienend en beperkt te zijn tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor de gegevens worden verwerkt. Bovendien dient de opslag van gegevens beperkt te blijven en dient de beveiliging gewaarborgd te worden. Volgens de voorzieningenrechter is voldoende aannemelijk geworden dat de gegevensverwerking door de UvA berust op de grondslag van artikel 6(1)(e) AVG, en dat de verwerking voldoet aan de door de AVG gestelde zorgvuldigheidseisen.⁹ Zo heeft de UvA zorgvuldig onderzoek gedaan voorafgaand aan de implementatie van Proctorio en is voldoende aannemelijk dat zij een verwerkingsovereenkomst heeft gesloten met Proctorio, krachtens welke deze gebonden is aan de AVG. Dat bij online proctoring middels Proctorio het beeldscherm van

de student zichtbaar wordt, een webcam wordt ingezet die een student in zijn persoonlijke omgeving registreert en waarbij de student kan worden gevraagd zijn omgeving en zijn bureau te laten zien, en de hieruit voortvloeiende gegevens worden opgeslagen, is onontkoombaar gelet op de noodzaak om op een efficiënte, zorgvuldige en effectieve wijze vast te stellen of sprake is van fraude. Voorts is van de verwerking van bijzondere gegevens in de zin van artikel 9 AVG geen sprake, is niet gebleken dat er een andere of verdergaande data-analyse plaatsvindt van de vastgelegde video-, geluid- en/of browseropnamen, heeft Proctorio geen toegang tot deze gegevens, worden de gegevens in principe na 30 dagen automatisch verwijderd en heeft de UvA tijdens de zitting naar voren gebracht dat voortdurend wordt geanalyseerd of een versoepeling van de corona maatregelen moet leiden tot een andere afweging ten aanzien van de inzet van online proctoring.¹⁰

Op basis hiervan is de voorzieningenrechter tot de conclusie gekomen dat de gegevensverwerking door de UvA niet onrechtmatig is en derhalve was er dan ook geen grond om de inzet van de Proctorio door de UvA te verbieden.¹¹

Hoe nu verder?

De coronacrisis en de ten gevolge daarvan van bovenaf doorgevoerde maatregelen hebben hogeronderwijsinstellingen voor een enorme uitdaging geplaatst, in het bijzonder ten aanzien van de tentaminering. Daar onze moderne technologie - met name online proctoring methodes - in het licht hiervan de perfecte oplossing leek te bieden, heeft de inzet hiervan de vraag opgeroepen of 'big brother' inmiddels ook door het hoger onderwijs met open armen is ontvangen. De inzet van online proctoring methodes bij online tentaminering vergt een belangenafweging door hogeronderwijsinstellingen tussen het belang van integer onderwijs, enerzijds, en eerbiediging van het recht op privacy, anderzijds. De uiteindelijke uitkomst van een dergelijke afweging wordt op een case-by-case basis vastgesteld en hoewel de tegen de UvA aangespannen zaak lijkt te bevestigen dat de rechter bij de beoordeling hiervan aan de zijde van de hogeronderwijsinstellingen staat, blijft het tegengeluid niet onopgemerkt. Of dit de rechter ertoe zal zetten een stap in de andere richting te nemen, blijft vooralsnog de vraag. Voor nu in ieder geval, alvast veel succes toegewenst bij de eerste ronde tentamens! ●

1 S. de Graaff, 'Mag de online surveillant wel in de studentenkamer spieken?', *Parool* 24 april 2020, <https://www.parool.nl/>

2 S. Swauger, 'Software that monitors students during tests perpetuates inequity and violates their privacy', *MIT Technology Review* 7 augustus 2020, <https://www.technologyreview.com/> 3 Kaplan Financial Limited, 'What is online proctoring?', *Kaplan* 1 mei 2020, <https://kaplan.co.uk/insights/article-detail/insights/2020/04/30/what-is-online-proctoring>

4 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917

5 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.1 & 4.7

6 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.9
7 *Idem*

8 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.10

9 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.17
10 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.14-4.16

1 Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2917, ro. 4.18

Kappers geknipt en geschoren. Terecht? (2/2)

Over de auteurs

*Aan deze bijdrage
hebben
meegewerkt:*

**Antsje Alma, Lumeya
Ascibasi, Martin Bax,
Hadassah Drukarch,
Iris Blonk,
Virgil Campen en
Sebastiaan Visser**

*Zij volgden het vak
'Ethical and Legal Issues
in Pricing Management'
(Honours College Law)
dat werd verzorgd door
prof. dr. Jean-Pierre van
der Rest.*

Overal ter wereld betalen vrouwen meer voor een kappersbehandeling dan mannen. De mogelijkheden voor vrouwen om dit aan te vechten zijn niet altijd realistisch of wenselijk vanwege het geringe individuele belang. In hoeverre is deze vorm van prijssegmentatie een noodzakelijk kwaad of misschien wel terecht? En, wat is de betekenis van de uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens? In het tweede deel van dit tweeluik gaan wij dieper in op de juridische aspecten van prijsdiscriminatie op basis van geslacht en verkennen we pragmatische oplossingen vanuit de bedrijfswetenschappen.



**Universiteit
Leiden**
Rechtsgeleerdheid

Het hanteren van verschillende prijzen op basis van geslacht is discriminatie. Dat oordeelde het College voor de Rechten van de Mens op 17 maart 2020.¹ Het prijsonderscheid werd relatief recent aan het licht gebracht door Volkskrantjournalist Mirjam Leunissen. Zij deed onderzoek onder vijftig kapsalons en ontdekte dat driekwart van de kappers vrouwen hogere prijzen rekenen.² Er zijn in Nederland tot op heden nog geen rechtszaken geweest over deze geslachtsdiscriminatie. Artikel 1 van de Grondwet verbiedt discriminatie op basis van geslacht, maar of een dergelijke prijsdiscriminatie daaronder valt, is nog niet eerder beoordeeld. In Nederland is er nog geen zaak bij de rechtbank geweest om dit prijsverschil in kapperszaken aan te vechten. Internationaal hebben rechters zich echter al meerdere malen gebogen over de vraag of er sprake is van discriminatie. In dit deel van het artikel wordt uitgebreider gekeken naar de uitspraak van het college voor de Rechten van de mens en de jurisprudentie in de Verenigde Staten en Europa. Daarnaast zal met behulp van inzichten uit de pricing consultancy worden gekeken naar alternatieve ‘out-of-court’-oplossingen.

Uitspraak college

Het College voor de Rechten van de Mens toetst klachten aan gelijkebehandelingswetgeving, zoals Algemene wet gelijke behandeling en Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, die zijn opgesteld naar aanleiding van artikel 1 van de Grondwet. Een van de wetten is het verbod op onderscheid op basis van geslacht.³ Winnie Hänschen diende een klacht in tegen kapperszaken Toni & Guy en Cosmo Hairstyling. Zij wilde daarmee een groter doel bereiken; het tegengaan van prijsverschillen in alle kapperszaken. De kapperszaken hebben zich verweerd met het argument dat vrouwen naast het knippen vaak een luxe ervaring met extra behandelingen (zoals föhnen en maskers) willen en dat mannen enkel en alleen geknipt willen worden. Hierdoor zijn de kappers langer en uitgebreider bezig met het knippen van vrouwen. Daarbij is een belangrijke opmerking dat mannen ook extra behandelingen kunnen krijgen ‘als ze extra betalen.’⁴ Hänschen wierp op haar beurt dit verweer tegen met het argument dat er op deze manier vanuit wordt gegaan dat vrouwen extra behandelingen willen en niet minder kunnen betalen als ze melden géén extra behandelingen te willen. Het College heeft uiteindelijk geoordeeld dat ‘de vrijheid om te kiezen voor een bepaalde behandeling, de één duurder dan de ander, bij deze kapperszaken voor mannen groter is dan voor vrouwen.’⁵ De reden hiervoor is dat vrouwen niet mogen kiezen voor een knipbeurt

zonder extra behandelingen, terwijl mannen wel kunnen kiezen tussen wel of geen extra behandelingen. Het geslacht van de klant is zodoende bepalend bij het aanbod van kappersbehandelingen en de prijszetting. Daarmee is er sprake van een direct onderscheid op basis van geslacht. Oordelen van het College zijn evenwel niet bindend. Er kan partijen dus niks worden verplicht. Wel kan het College aanbevelingen doen. In dit geval wordt Toni & Guy en Cosmo Hairstyling aanbevolen om de specificaties van de aangeboden behandelingen te omschrijven op hun prijzenlijst. Zo wordt duidelijk waar klanten extra voor betalen en neemt het de suggestie weg dat er extra wordt betaald door het geslacht van de klant. Aangezien de uitspraak niet bindend is, heeft het ook geen betrekking op elke kapperszaak in Nederland. Kappers kunnen gewoon doorgaan met hun prijzen te baseren op het geslacht van de klant. Toch is de uitspraak een tik op de vingers van kapperszaken die zich schuldig maken aan dit soort discriminatie. Het is desondanks nog maar de vraag of kappers hun prijsbeleid zullen aanpassen naar aanleiding hiervan.

“Het College heeft uiteindelijk geoordeeld dat de vrijheid om te kiezen voor een bepaalde behandeling, de één duurder dan de ander, bij deze kapperszaken voor mannen groter is dan voor vrouwen.”

Verenigde Staten

Sinds de jaren 90 wordt er in de Verenigde Staten wetgeving ontwikkeld om prijsdiscriminatie op grond van geslacht tegen te gaan. Dit zijn veelal lokale wetten voor staten en gemeenten (e.g., California en New York City). Ondanks diverse inspanningen is het nog niet gelukt om een federale wet in te voeren die prijsdiscriminatie op grond van geslacht tegengaat.⁶ Bij deze pogingen speelde een discussie – zowel op lokaal als op nationaal niveau – die ook in Nederland gevoerd kan worden. Het gaat om de vraag of de algemene discriminatiewetgeving voldoende is om de manier van prijszetting die nu bij kapperszaken wordt gebruikt tegen te gaan, of dat er meer specifiekere wetgeving moet komen.⁷ Het College had aan art. 7 lid 1 aanhef en onder a AWGB genoeg om discriminatie vast te stellen, maar – zoals eerder gesteld – dit is geen juridisch bindend oordeel en het is de vraag of dit ook voor de rechtbank genoeg is.⁸

	Man	Vrouw	
Het is eerlijk dat een kapper verschillende tarieven hanteert voor mannen en voor vrouwen	3,19 (SD = 1,16)	2,79 (SD = 1,08)	Iets minder mee eens (Cohen's $d = .35$). Dit effect is onafhankelijk van de haarlengte, $\Delta R^2 = .007$, $F(2, 279) = 1.102$, $p = .333$.
Als vrouwen er een probleem mee hebben dat een kapper verschillende prijzen hanteert voor mannen en vrouwen, moeten ze naar een kapper overstappen die dat niet doet. Marktwerking lost dit probleem wel op.	3,59 (SD = .93)	3,49 (SD = .94)	n.s.
Vrouwen moeten een klacht indienen bij het College voor de Rechten van de Mens (de rechtsoptvolger van de Commissie Gelijke Behandeling) als zij merken dat kappers aan mannen en vrouwen verschillende prijzen vragen voor hetzelfde kapsel.	2,93 (SD = 1,10)	2,73 (SD = 1,03)	n.s.
Het is belangrijk dat het College voor de Rechten van de Mens zich over deze kapperskwestie uitsprekt.	2,90 (SD = 1,16)	3,05 (SD = 1,02)	n.s.
De kwestie dat vrouwen bij de kapper prijsdiscriminatie ondervinden is zo belangrijk dat de rechter zich hierover zou moeten uitspreken.	2,73 (SD = 1,08)	2,83 (SD = .99)	n.s.
De rechter dient in een rechtszaak te vonnissen dat kappers voor hetzelfde kapsel gelijke prijzen dienen te vragen voor mannen en vrouwen.	3,15 (SD = 1,17)	3,02 (SD = 1,03)	n.s.
In de wet moet worden bepaald dat kappers voor hetzelfde kapsel gelijke prijzen dienen te hanteren voor mannen en voor vrouwen.	3,12 (SD = 1,13)	3,06 (SD = 1,05)	n.s.
Als de kapper twee prijslijsten voert, één voor mannen en één voor vrouwen, vind ik dat een vrouw om een 'mannenkapsel' zou moeten kunnen vragen en vice versa	3,54 (SD = 1,05)	3,49 (SD = .97)	n.s.

$N = 285$ waarvan man = 131 en vrouw = 154. Steekproef: er is geen verschil in leeftijd tussen mannen (Gemid. = 45.25, SD = 16.00) en vrouwen (Gemid. = 47.20, SD = 15.78), $t(282) = -1.02$, $p = .305$. Alhoewel de meeste participanten werkend zijn, $\chi^2(5, N = 285) = 11.7$, $p < .05$, is er geen verschil in arbeidsmarkt situatie tussen mannen en vrouwen. Er is geen verschil in hoogst genoten opleidingsniveau tussen mannen en vrouwen zijn, $\chi^2(2, N = 285) = 2.03$, $p = .36$. Wat betreft de haartypes is er geen verschil in dikte, $\chi^2(2, N = 285) = 2.8$, $p = .23$ tussen mannen en vrouwen. Wel zijn er verschillen qua structuur, $\chi^2(2, N = 285) = 15.5$, $p < .001$, de lengte, $\chi^2(2, N = 285) = 44.9$, $p < .001$, namelijk dat mannen vaker kort en vrouwen vaker middellang en lang haar hebben, en de textuur, $\chi^2(2, N = 285) = 10.29$, $p < .01$. Notitie: n.s. = verschil statistisch niet significant. Schaal: 1 (helemaal mee oneens), 2(mee oneens), 3(neutraal), 4(mee eens), 5 (helemaal mee eens)

De lokale wetgeving in de Verenigde Staten kent een aantal mankementen waardoor het doel ervan vaak niet wordt bereikt. Hierbij wordt als belangrijkste probleem handhaving genoemd. Het probleem kent twee kanten. Ten eerste handhaven de lokale overheden hun wetten niet of veel te weinig. Als een consument zelf in actie moet komen door een rechtszaak aan te spannen, doet hij dit doorgaans niet vanwege de geringe individuele opbrengsten. Zo trok een wet, waar bij een vastgestelde overtreding standaard een minimale schadevergoeding van 4000 dollar wordt toegekend, in haar twintigjarige bestaan minder dan vijf rechtszaken.⁹ Het is nog maar de vraag of dit in Nederland anders zou zijn. Uit ons onderzoek blijkt dat er niet veel (Gemid. = 2.78, SD = 1.03) belangstelling is een rechtszaak te starten.¹⁰ Ten tweede is het verweer van kappersbedrijven dat de behandeling van een vrouw meer tijd kost en ingewikkelder is in de Verenigde Staten al genoeg om onder een aanklacht uit te komen.¹¹ In Nederland werden deze argumenten door het College van de hand gewezen.¹²

Tegenstanders van specifieke wetgeving in de Verenigde Staten wijzen op het feit dat de huidige wetgeving afdoende is en dat nieuwe wetgeving alleen maar extra belemmeringen voor bedrijven met zich meebrengt. Het wegnemen van de prijsdiscriminatie leidt er juist toe dat de prijzen gaan stijgen.¹³ Vanwege het politieke klimaat in de Verenigde Staten is de verwachting dat er weinig nieuwe juridische initiatieven zullen komen om prijsdiscriminatie op basis van geslacht verder uit te bannen.¹⁴ Daar wordt het probleem op de korte termijn alleen verminderd met activisme en mediacampagnes. Mocht het in Nederland zover komen dat specifieke wetgeving nodig is, moeten genoemde onvolkomenheden

in de Amerikaanse wetgeving wel worden overwogen. Zo dienen de bepalingen handhaafbaar en voldoende nauwkeurig te zijn. Evengoed moet eerst blijken of aanvullende wetgeving in Nederland echt noodzakelijk is.

“Mocht het in Nederland zover komen dat specifieke wetgeving nodig is, moeten genoemde onvolkomenheden in de Amerikaanse wetgeving wel worden overwogen.”

Europa

Op het niveau van de Europese Unie is de Richtlijn 2004/113/EG opgesteld over het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en aanbod van diensten en goederen. In deze richtlijn wordt directe en indirecte discriminatie op basis van geslacht verboden, aldus artikel 4 lid 1 van deze Richtlijn. In deze regelgeving is hierop echter wel een uitzondering geformuleerd, in lid 5 van datzelfde artikel. Als het verschil in behandeling een legitiem doel dient en het verschil in behandeling noodzakelijk en passend is om het doel te bereiken, is het verschil in behandeling wel toegestaan. Bij een legitiem doel kan men bijvoorbeeld denken aan de bescherming van slachtoffers van sekse gerelateerd geweld.¹⁵ Echter, voordat men van discriminatie kan spreken, moet het wel gaan om een vergelijkbare situatie. In de gezondheidszorg, wanneer de verschillende behandeling valt terug te voeren op de fysieke verschillen tussen en man en vrouw, is er geen sprake van een vergelijkbare situatie en dus ook geen prijsdiscriminatie.¹⁶

Het is dus de vraag of onder Europese wetgeving het hanteren van verschillende prijzen voor mannen en vrouwen is toegestaan. Vallen de argumenten van kappers aan te merken als een legitiem doel zoals bedoeld in artikel 4 lid 5 van de richtlijn?

De opvattingen in Europa over een op gender gebaseerde prijsdiscriminatie bij de kapper vormt een mozaïek aan verschillende opvattingen. In Noorwegen, Oostenrijk en Zweden keurde de ombudsman deze discriminatie af, al werd wel anders gedacht over de ernst van verschillende prijzen bij de kapper.¹⁷ In Denemarken, daarentegen, is deze discriminatie niet met succes bevochten.¹⁸

Wat opvalt is dat in al deze zaken een ombudsman heeft beslist dat het gaat om ontoelaatbare discriminatie. In elk van deze landen gaat het dus alleen maar om adviezen en geen afdwingbaar oordeel van een rechter. Ook de invloed van de Richtlijn 2004/113/EG is afhankelijk van de implementatie van de nationale wetgever, en zal dus niet uniform zijn door Europa.¹⁹ Dit is onafhankelijk van de vraag of *prijisdifferentiatie* bij de kapper in de eerste instantie valt aan te merken als ontoelaatbare discriminatie onder de richtlijn.

Met de uitspraak van het College van de Rechten van de Mens komt Nederland terecht in het lijstje van landen die door middel van een zachte aanpak aangeeft dat prijsdiscriminatie bij kappers niet toelaatbaar is. Het is nog maar de vraag of er een harder juridisch oordeel over de kwestie zal volgen, hetzij door de rechter hetzij door de wetgever. Het is onduidelijk of het oordeel van het College voldoende zal zijn om de prijsdiscriminatie in de praktijk op te heffen.

“Met de uitspraak van het College van de Rechten van de Mens komt Nederland terecht in het lijstje van landen die door middel van een zachte aanpak aangeeft dat prijsdiscriminatie bij kappers niet toelaatbaar is.”

Discriminatie vs. differentiatie

Met de uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens worden kapperszaken voortaan aanbevolen met gedetailleerde prijslijsten aan te tonen waarom een knipbeurt voor vrouwen duurder en langer uitpakt dan een behandeling voor mannen. Indien Nederlandse

kapperszaken naar aanleiding van deze uitspraak hun prijslijsten niet aanpassen, bestaat de kans dat zij zich schuldig maken aan discriminatie op basis van geslacht (i.e., discriminatie in juridische zin).

De discriminerende behandeling van vrouwen die zich voordoet in de moderne kapperszaak kan evenwel ook vanuit een economisch perspectief bekeken worden. Hierbij is het van belang dat het concept ‘prijsdiscriminatie’ niet wordt verward met ‘prijsdifferentiatie’. Daarin ligt een belangrijk verschil en een mogelijkheid voor kapperszaken om hun prijslijsten zodanig aan te passen dat zij het label ‘discriminatie’ kunnen vermijden.

(Directe) prijsdiscriminatie is een prijsstrategie waarbij verschillende klanten verschillende prijzen worden gerekend voor min of meer dezelfde dienst. Denk aan bioscooptickets die voor studenten en ouderen goedkoper zijn. Een belangrijk economisch kenmerk is dat de kostprijzen voor de diensten gelijk zijn en dat klanten niet in staat zijn diensten onderling te verhandelen. Alhoewel het woord discriminatie een negatieve connotatie heeft, zijn er vanuit economisch opzicht wel degelijk voordelen te noemen, zeker als er door de prijsdiscriminatie meer diensten worden aangeboden. Dit kan tot meer maatschappelijke welvaart leiden. Tegenwoordig vliegen er tenslotte op bepaalde bestemmingen meer mensen voor lagere prijzen dan ooit tevoren.

Als verschillende prijzen worden gerekend voor vergelijkbare maar desondanks verschillende diensten is er sprake van ‘prijsdifferentiatie’. Anders dan bij prijsdiscriminatie zijn verschillen in prijs terug te voeren op specifieke product- en kostenverschillen. Prijsdifferentiatie doet zich veelvuldig voor in verschillende vormen en op basis van verschillende factoren (e.g., verschil in plaats, tijd, uitvoering). Benzine aan de pomp langs de snelweg is bijvoorbeeld niet anders dan benzine die wordt verkocht in een stad, maar de prijs verschilt al snel €0,10.

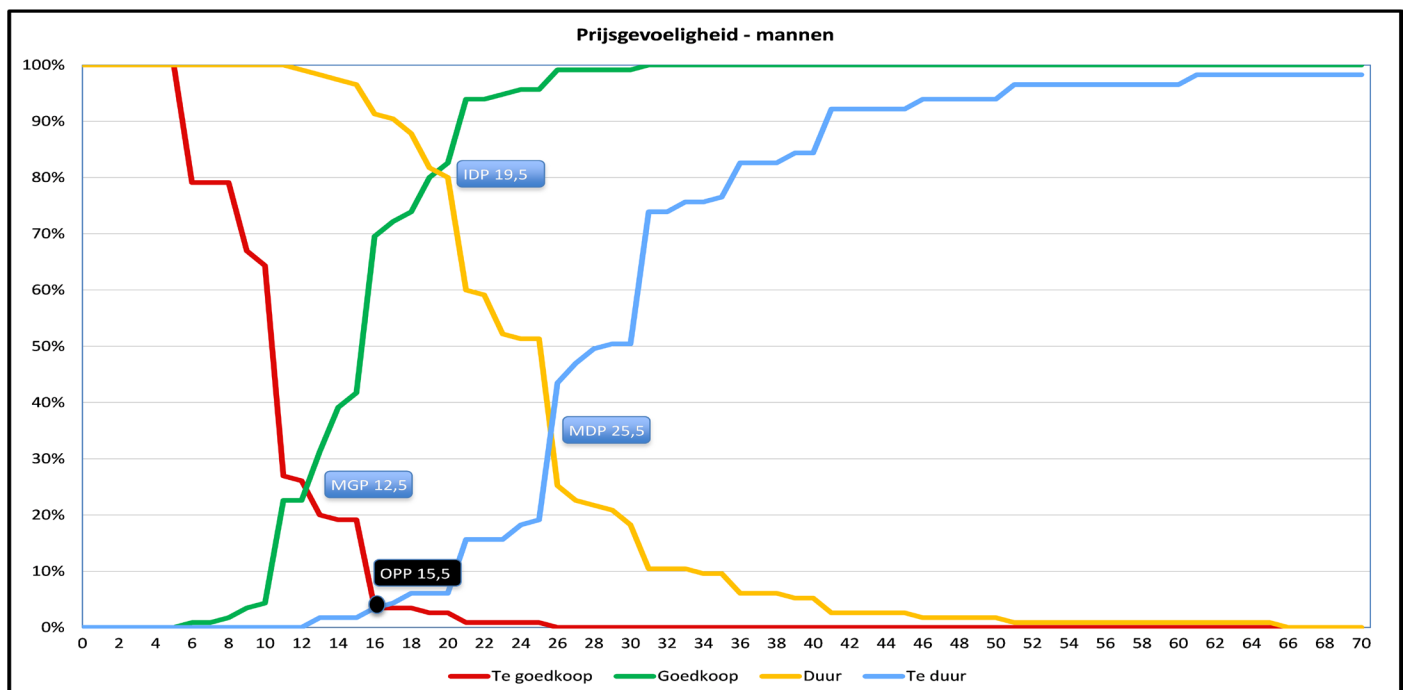
Kappers kunnen vrij eenvoudig prijsdifferentiatie in de praktijk brengen door de juiste criteria (i.e., niet geslacht) te hanteren voor prijsverschillen. Dit kunnen zij bereiken door transparanter te zijn over de factoren die extra kosten met zich meebrengen. De tijdsfactor die zij inbrachten, leverde echter voor vrouwen een onacceptabele beperking van de keuzevrijheid op. Maar waarom zou een kapper bij het bepalen van de prijs focussen op kosten als mannen en vrouwen überhaupt heterogene behoeften hebben?

Marketingbenadering

Het is voor kappers veel interessanter te weten waar vrouwen precies naar op zoek zijn en wat zij daarvoor willen betalen. Zo liet Volvo aan het begin van deze eeuw een auto geheel door vrouwen (naar de wensen van vrouwen) ontwerpen. Dit leverde baanbrekende innovaties op.²⁰ Naast dat kappers met zo'n marketinggeoriënteerde benadering de dienstverlening beter op de wensen van vrouwen kunnen laten aansluiten, aan de hand van product- en prijsdifferentiatie (voor alle klanten), biedt het inzicht in de mogelijkheden tot omzetgroei. Een eerste stap daartoe is het analyseren van de prijsgevoeligheid van klanten. Hiervoor pasten wij de Van Westendorp Prijs sensitiviteitsmeter (PSM) toe, te vinden onderaan deze pagina.²¹

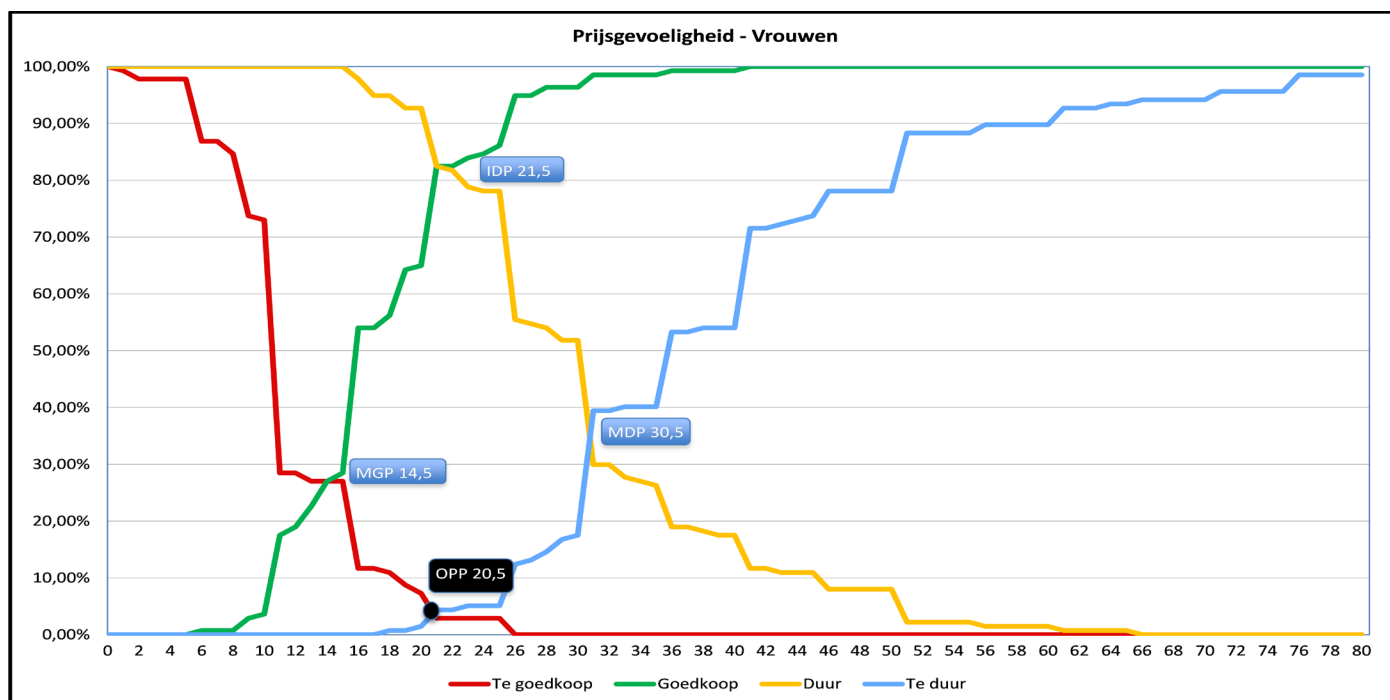
De rode lijn geeft aan dat er mannen zijn die €5 te goedkoop vinden voor een knipbeurt. Bij €26 is er echter geen man meer te vinden die de kapper zo goedkoop vindt dat hij twijfelt aan de kwaliteit van de knipbeurt. De blauwe lijn laat vervolgens zien dat €12 voor een knipbeurt voor sommige mannen al te duur is. Bij vrouwen begint dat pas bij €17, zie de grafiek op de volgende pagina.

Waar de rode de blauwe lijn snijdt, noemen we het optimale prijspunt (OPP). Het aantal klanten dat de prijs kwalificeert als 'te goedkoop' is dan gelijk aan het aantal dat de prijs kwalificeert als 'te duur'. Bij dit prijspunt is de weerstand in de markt het kleinst; het totaal aantal potentiële klanten is dan vaak het grootst. Voor mannen bedraagt de OPP €15,50; voor vrouwen is dat €19,50.



De PSM geeft daarnaast nog drie snijpunten. Het indifferentiepunt (IDP) geeft aan bij welke prijs het aantal klanten dat de prijs kwalificeert als 'duur' gelijk is aan het aantal dat de prijs kwalificeert als 'goedkoop'. Dit een belangrijke prijsindicatie voor de markt, meestal de geldende mediaan of de prijs van een marktleider.²² Voor mannen bedraagt dit IDP €19,50; voor vrouwen is het €21,50. Het marginaal goedkooptepunt (MGP) is het laagste prijspunt waarbij het aantal klanten dat de prijs kwalificeert als 'niet goedkoop' groter is dan het aantal klanten dat de prijs kwalificeert als 'te goedkoop'. Het marginaal duurtepunt (MDP) is het hoogste prijspunt waarbij het aantal klanten dat de prijs kwalificeert als 'niet duur' groter is dan het aantal dat de prijs kwalificeert als 'te duur'. Gezamenlijk geven de MGP en de MDP de acceptabele prijsrange aan. Uit onderzoek is gebleken dat het aantal transacties buiten deze prijsrange zeer beperkt is.²³ Voor mannen is deze range €12,50 - €25,50; voor vrouwen is het €13,00 - €29,50.

Uit de PSM ontstaat het beeld dat vrouwen bereid zijn meer te betalen voor een knipbeurt dan mannen. Het in de praktijk gehanteerde onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt daarmee bevestigd. Dit onderscheid kan echter ook voortkomen uit het hanteren van speciale prijslijsten voor mannen en vrouwen (i.e., een kip-ei probleem). Er mag dus niet worden geconcludeerd dat het man-vrouw onderscheid terecht is; deze vraag kan niet met de PSM worden beantwoord. Misschien wordt het tijd dat kappers andere prijsstrategieën overwegen om de verschillen in behoeften en prijsgevoeligheid optimaal te benutten.



Aanvullende analyse

De vraag werpt zich op of er ook andere manieren zijn waarop kappers hun prijzen kunnen vaststellen. In ons onderzoek vroegen wij daarom op welke factoren kappers de prijzen zouden moeten baseren, zie hiervoor de figuur op de volgende pagina.

Factoren zoals de loyaliteit van de klant, hoeveel de klant bereid is te betalen, de populariteit of bekendheid van de kapperszaak, hoe draagkrachtig de klant is, het tijdstip van de knipbeurt, het geslacht van de klant, de drukte in de kapperszaak of de leeftijd van de klant zien klanten eigenlijk niet zo zitten, Gemid. = 2.52, SD = .77 ($\alpha = .868$). Als het aan de klanten ligt, kunnen kappers de prijzen beter bepalen op basis van de kwaliteit en kunde van de kapper, de moeilijkheidsgraad van het kapsel, de duur van de knipbeurt, de gebruikte haarproducten, het uiteindelijke eindresultaat en het persoonlijk advies van de kapper, Gemid. = 3.49, SD = .66.24 Op basis van deze bevindingen verkennen we twee alternatieve oplossingsrichtingen.

Kappers kunnen de prijs baseren op de duur van de behandeling. Met deze manier van prijzen, ligt het verschil in prijs dus niet in het geslacht van de klant maar in de duur van de behandeling. Het genderprobleem wordt met deze manier van prijszetting voor beiden partijen opgelost. Kappers krijgen de mogelijkheid meer te rekenen voor vrouwen áls de behandelingen daadwerkelijk meer tijd kosten. Klanten betalen louter

op basis van tijdsduur, waardoor discriminatie geen rol meer speelt. Een nadeel van deze prijszettingmethode is, in de visie van meesterkapper Hans Beers, dat klanten 'op de klok gaan kijken'. Er kan een onprettige sfeer ontstaan, waarbij er geen tijd meer is voor een praatje, zelfs als dit 'praatje' zinvol is in het licht van de behandeling (e.g., een adviesgesprek). Ook zal de integrale kostprijs alle kosten moeten meenemen, ook die van de gebruikte producten en toegepaste technieken die niet in elke behandelingen nodig zijn, tenzij er met verschillende uurtarieven wordt gewerkt voor verschillende (type) behandelingen. Als verschillende behandelingen verschillende uurtarieven krijgen, wordt de prijsstelling echter veel te complex en daardoor lastig uitvoerbaar (hetgeen weer tot verontwaardiging en discussies met de klant kan leiden). Ook kunnen kappers hun prijzen baseren op de behandeling zelf en daarbij aspecten meenemen zoals de kunde van de kapper, moeilijkheidsgraad, duur, gebruikte producten, het eindresultaat en eventueel gegeven persoonlijke adviezen. Het voordeel is dat er dan echt betaald wordt voor de 'inhoud' van de behandeling. Op die manier wordt de 'waarde' van de behandeling die de klant ervaart het dichtst benaderd en kan de kapper optimaal beloond worden voor het creëren van deze waarde. Áls er verschillen zijn tussen behandelingen voor vrouwen en behandelingen voor mannen, zoals veel kappers stellen, komt dat aan het licht in deze manier van prijszetting en zal het voor klanten duidelijker worden waarom zij een andere prijs betalen. Dit lost aldus het genderprobleem op. Een nadeel van deze manier van prijszetting is dat het niet eenvoudig is te bepalen welke

Wist u dat kappers veelal een aparte prijslijst voeren voor vrouwen en voor mannen?	Nee = 16,8% Ja = 83,2% €11,88 (SD = €10,85)	Nee = 18,2% Ja = 81,8% €9,61 (SD = €5,70)	Geen significant verschil man-vrouw. Geen significant effect van dit antwoord op het antwoord over geschat prijsverschil Iets lager (Cohen's d = ,26)
Hoe groot schat u dat het gemiddelde prijsverschil is in Nederland (in €)? (n = 284)			
Redenen waarom vrouwen meer betalen:			
- Een knipbeurt voor vrouwen duurt langer dan een knipbeurt voor mannen	3,95 (SD = ,75)	3,60 (SD = ,87)	Iets minder mee eens (Cohen's d = ,43)
- Vrouwenkapsels zijn moeilijker te knippen dan mannenkapsels	3,63 (SD = ,91)	3,24 (SD = ,98)	Iets minder mee eens (Cohen's d = ,41)
- Vrouwen willen vaker aanvullende diensten bij hun knipbeurt (bv. hoofdhuidmassage)	4,00 (SD = ,76)	3,56 (SD = ,94)	Veel minder mee eens (Cohen's d = ,51)
- Vrouwen hechten meer waarde aan persoonlijke service	3,61 (SD = ,89)	3,10 (SD = 1,04)	Veel minder mee eens (Cohen's d = ,52)
- Vrouwen hebben vaker lang haar en dat is moeilijker te knippen dan kort haar.	3,74 (SD = ,93)	3,17 (SD = 1,04)	Veel minder mee eens (Cohen's d = ,57)
Bij de berekening van de prijs dient een kapper de volgende aspect(en) mee te nemen:			
- Kwaliteit en kunde van de kapper	3,77 (SD = ,89)	3,67 (SD = ,92)	n.s.
- De moeilijkheidsgraad van het kapsel	3,69 (SD = ,94)	3,49 (SD = ,96)	n.s.
- Duur knipbeurt	3,60 (SD = ,89)	3,59 (SD = ,86)	n.s.
- Het uiteindelijke eindresultaat	3,62 (SD = ,92)	3,51 (SD = 1,00)	n.s.
- De gebruikte haarproducten	3,45 (SD = ,98)	3,71 (SD = ,83)	Iets meer mee eens (Cohen's d = ,28)
- Loyaliteit aan een kapperszaak	3,03 (SD = 1,07)	2,86 (SD = 1,06)	n.s.
- Het persoonlijk advies van de kapper	2,92 (SD = 1,10)	2,97 (SD = 1,04)	n.s.
- De hoeveelheid geld die de klant bereid is te betalen voor de kappersdienst	2,86 (SD = 1,14)	2,65 (SD = 1,05)	n.s.
- De populariteit en (inter)nationale bekendheid van de kapperszaak	2,82 (SD = 1,07)	2,74 (SD = 1,04)	n.s.
- Hoe draagkrachtig de klant is	2,62 (SD = 1,07)	2,58 (SD = 1,05)	n.s.
- Het tijdstip waarop de knipbeurt plaatsvindt	2,50 (SD = 1,17)	2,23 (SD = ,98)	Iets minder mee eens (Cohen's d = ,25)
- Het geslacht van de klant	2,47 (SD = 1,13)	2,21 (SD = 1,03)	Iets minder mee eens (Cohen's d = ,24)
- De drukte in de kapperszaak op het moment van de knipbeurt	2,38 (SD = 1,12)	2,17 (SD = 1,02)	n.s.
- De leeftijd van de klant	2,22 (SD = 1,11)	2,10 (SD = 1,00)	n.s.

N = 285 waarvan man = 131 en vrouw = 154. Steekproef: er is geen verschil in leeftijd tussen mannen (Gemid. = 45,25, SD = 16,00) en vrouwen (Gemid. = 47,20, SD = 15,78), $t(282) = -1,02, p = .305$. Alhoewel de meeste participanten werkend zijn, $\chi^2(5, N = 285) = 11,7, p < .05$, is er geen verschil in arbeidsmarktsituatie tussen mannen en vrouwen. Er is geen verschil in hoogst genoten opleidingsniveau tussen mannen en vrouwen zijn, $\chi^2(2, N = 285) = 2,03, p = .36$. Wat betreft de haartypes is er geen verschil in dikte, $\chi^2(2, N = 285) = 2,8, p = .23$ tussen mannen en vrouwen. Wel zijn er verschillen qua structuur, $\chi^2(2, N = 285) = 15,5, p < .001$, de lengte, $\chi^2(2, N = 285) = 44,9, p < .001$, namelijk dat mannen vaker kort en vrouwen vaker middellang en lang haar hebben, en de textuur, $\chi^2(2, N = 285) = 10,29, p < .01$. Notitie: n.s. = verschil statistisch niet significant. Schaal: 1 (helemaal mee oneens), 2(mee oneens), 3(neutraal), 4(mee eens), 5 (helemaal mee eens)

aspecten (e.g., persoonlijk advies) hoeveel moet gaan kosten. Ook moeten de klanten vooraf, tijdens of achteraf in staat zijn deze aspecten (e.g., moeilijkheidsgraad) op hun waarde te beoordelen. Naast dat dit de nodige communicatievaardigheden van de kapper vergt, kan het ook voor de klant te ingewikkeld worden. Klanten willen het liefst vooraf duidelijkheid over hoeveel zij moeten betalen voor een behandeling.

Advies aan de kapper

Het valt op dat zowel mannen als vrouwen van mening zijn dat het geslacht van de klant geen factor zou moeten zijn (Gem. = 2.33, SD = 1.08). Vrouwen geven gemiddeld wel €10,79 meer uit aan een knipbeurt dan mannen.²⁵ Ook ligt voor vrouwen de meest acceptabele prijs €3,47 hoger dan voor mannen.²⁶ De kappersuitgaven en meest acceptabele prijs gaan overigens niet hand in hand. Dat vrouwen meer uitgeven bij de kapper hangt niet af van de hoogte van de prijs die zij het meest acceptabel vinden voor een knipbeurt.²⁷ Daarnaast valt op dat hoe hoger de prijs is die mannen het meest acceptabel vinden voor een knipbeurt, hoe meer zij bij de kapper uitgeven ($r = .472, p < .001$), maar dat wat zij daar uitgeven min of meer gelijk is aan wat zij het meest acceptabel vinden, $t(130) = 1,249, p = .214$, terwijl vrouwen, die ook meer bij de kapper uitgeven als zij een hogere prijs acceptabel vinden ($r = .472, p < .001$), gemiddeld toch nog steeds €7,90 meer uitgeven dan wat zij voor een knipbeurt meest acceptabel vinden, $t(152) = 4,831, p < .001$. De vraag die daarmee onbeantwoord blijft, is waaraan dit verschil wordt besteed.

In plaats van vrouwen anders te behandelen, zouden kappers kunnen overwegen de prijszetting aan te passen en te innoveren. Statische prijslijsten worden tenslotte steeds vaker vervangen door dynamische prijzen. Dat gebeurt niet alleen bij hotelkamers en vliegtickets, maar ook bij kleding, chemicaliën, foodservices, zelfs voor toilet papier.²⁸ Onderschat niet het belang van prijszetting; denk aan het succes van bedrijven zoals Amazon.²⁹

“Onderschat niet het belang van prijszetting; denk aan het succes van bedrijven zoals Amazon.”

Er zijn vele mogelijkheden. Kappers kunnen bijvoorbeeld de prijzen variëren per moment van de dag in de week. Daar het op sommige dag(del)en vaak iets rustiger is, kunnen zij op dat soort momenten lagere prijzen rekenen om zo hun bezettingsgraad en omzet te vergroten. Wel zou dit iets zijn om langzaam in te voeren. In tegenstelling tot de vliegtickets moeten klanten eerst nog wennen aan dynamische prijzen in de kappersbranche (Gemid. = 2.31, SD = 1.01). Het is daarbij van belang het ‘discountvoordeel’ te koppelen aan specifieke tariefvoorwaarden en kenmerken van de behandeling. Deze nieuwe wijze van prijszetting, die wij ‘de dynamische menukaart’ noemen, combineert duur, kwaliteit en moeilijkheidsgraad.

De kapper stelt een lijst op met verschillende kapsels. Gedacht kan worden aan een beperkte lijst met een aantal basistype kapsels (waarbij het basiskapsel wordt afgestemd op de specifieke wensen van de klant),

	Man	Vrouw	
Hoeveel geeft u ongeveer uit bij de kapper?	€22,10 (SD = €22,99)	€32,89 (SD = €21,70)	<i>Iets meer (Cohen's d = .48)</i>
Hoe groot acht u de kans dat u dit jaar van kapper wisselt?	1,97 (SD = .91)	2,08 (SD = 1,02)	n.s.
Wordt de prijs voorafgaand of na afloop vastgesteld?	Voor = 61,1% Na = 38,9%	Voor = 53,2% Na = 46,8%	n.s.
Het is eerlijk dat een kapper na afloop van de knipbeurt de prijs van de behandeling:			
- naar beneden aanpast als er (veel) minder tijd aan uw kapsel is besteed	3,20 (SD = .99)	3,34 (SD = 1,06)	n.s.
- naar boven aanpast als er (veel) meer tijd aan uw kapsel is besteed	2,92 (SD = 1,04)	2,87 (SD = .98)	n.s.
Bij welke prijs (in €) zou u een knipbeurt bij de kapper (n=252):			
- zo goedkoop vinden dat u gaat twijfelen aan de kwaliteit ervan?	€9,97 (SD = €3,80)	€10,96 (SD = €4,73)	n.s.
- nog steeds goedkoop vinden maar geen twijfels hebben bij de kwaliteit?	€14,79 (SD = €4,34)	€16,91 (SD = €5,81)	<i>Iets meer (Cohen's d = .41)</i>
- als duur beschouwen maar deze toch de moeite waard vinden vanwege de kwaliteit?	€24,16 (SD = €7,68)	€29,90 (SD = €9,65)	<i>Flink meer (Cohen's d = .65)</i>
- zo duur vinden dat u deze ongeacht de kwaliteit niet meer de moeite waard zou vinden?	€29,71 (SD = €10,07)	€38,81 (SD = €13,35)	<i>Flink meer (Cohen's d = .76)</i>
Welke prijs (in €) zou voor u de meest acceptabele prijs zijn (n=252)?	€19,29 (SD = €5,50)	€22,76 (SD = €6,89)	<i>Flink meer (Cohen's d = .55)</i>

N = 285 waarvan man = 131 en vrouw = 154. Steekproef: er is geen verschil in leeftijd tussen mannen (Gemid. = 45,25, SD = 16,00) en vrouwen (Gemid. = 47,20, SD = 15,78), $t(282) = -1,02, p = .305$. Alhoewel de meeste participanten werkend zijn, $\chi^2(5, N = 285) = 11,7, p < .05$, is er geen verschil in arbeidsmarktsituatie tussen mannen en vrouwen. Er is geen verschil in hoogst genoten opleidingsniveau tussen mannen en vrouwen zijn, $\chi^2(2, N = 285) = 2,03, p = .36$. Wat betreft de haartypes is er geen verschil in dikte, $\chi^2(2, N = 285) = 2,8, p = .23$ tussen mannen en vrouwen. Wel zijn er verschillen qua structuur, $\chi^2(2, N = 285) = 15,5, p < .001$, de lengte, $\chi^2(2, N = 285) = 44,9, p < .001$, namelijk dat mannen vaker kort en vrouwen vaker middellang en lang haar hebben, en de textuur, $\chi^2(2, N = 285) = 10,29, p < .01$. Notitie: n.s. = verschil statistisch niet significant. Schaal: 1 (helemaal mee oneens), 2 (mee oneens), 3 (neutraal), 4 (mee eens), 5 (helemaal mee eens)

eventueel aangevuld met een vrije categorie. Ieder kapsel kent een eigen prijs die wordt vastgesteld op basis van de gemiddelde duur van de behandeling, de benodigde kwaliteit en kunde van de kapper en de moeilijkheidsgraad van het kapsel.

“Deze nieuwe wijze van prijszetting, die wij ‘de dynamische menukaart’ noemen, combineert duur, kwaliteit en moeilijkheidsgraad.”

Daarnaast kent deze menukaart ‘bijgerechten’. Denk aan een hoofdhuidmassage, gebruik van specifieke producten, stylen, aanvullend persoonlijk advies, enzovoort. De klant kiest er dan zelf voor deze items aan de behandeling toe te voegen en bepaalt daarmee zelf de prijs. De truc zit ‘m vervolgens in het toevoegen van enkele ‘vaste prijsbundels’. Deze bundels geven een klein prijsvoordeel ten opzichte van de prijzen van de los-opgetelde behandelitemen bij elkaar opgeteld. Het voordeel hiervan is dat de omzet toeneemt omdat minder populaire ‘bijgerechten’ worden verkocht tezamen met populaire behandelitemen. Ook trekt het klanten aan met diverse soorten behoeftes (e.g., lage prijs, gemak, deskundig advies). Wetenschappelijk onderzoek laat zien dat een aantal klanten meer zal gaan uitgeven.³⁰ Hoeveel mensen kiezen tenslotte niet voor de appeltaart met slagroom (voor 50 cent extra) als ze de slagroomvraag bij de bestelling (‘voor de zekerheid’) alsnog krijgen? Wie kiezen er niet allemaal een ‘big-mac menu’ in plaats van een losse hamburger met friet en cola? De marketingkosten zullen relatief laag zijn. Door tevens met tariefvoorwaarden te werken (e.g., alleen op dinsdagochtend), kan de kapper vervolgens zijn bezettingsgraad verhogen door met dynamische prijszetting de juiste behandelingen op de juiste momenten voor de juiste klanten voor de juiste prijzen aan te bieden. Wat er dan gebeurt, is dat klanten zelf uit het dienstenaanbod een selectie zullen maken en

verschillende prijzen zullen gaan betalen – in feite een vorm van indirecte (tweedegraads) prijsdiscriminatie. Deze methode hoeft helemaal niet complex te zijn, is transparant, biedt voordelen en voorkomt dat het geslacht van de klant bepaalt hoeveel betaald moet worden voor de kappersbehandeling.

“Hoeveel mensen kiezen tenslotte niet voor de appeltaart met slagroom (voor 50 cent extra) als ze de slagroomvraag bij de bestelling (‘voor de zekerheid’) alsnog krijgen? Wie kiezen er niet allemaal een ‘big-mac menu’ in plaats van een losse hamburger met friet en cola?”

Conclusie

Dat in onze maatschappij verschillende personen verschillende prijzen betalen, is al zo oud als de weg naar Rome. Maar, met aparte prijslijsten voor vrouwen zijn kappers toch echt wel een beetje de weg kwijt. Het College stelt terecht vast dat er sprake is van geslachtsdiscriminatie: vrouwen hebben geringere keuzevrijheid dan mannen. Natuurlijk zijn kappers er niet op uit om vrouwen te discrimineren. Zij willen mooie kapsels maken. Hun prijszetting is wel wat weinig creatief. Prijszetting vormt echter een groot deel van de oplossing. Deze oplossing moet komen vanuit de kappers zelf. Afdwingen door consumenten levert niemand wat op: de kosten zijn te hoog, individuele baten te gering en van handhaving door de overheid is tot op heden nog geen sprake. Kappers kunnen beter gewoon afstappen van een op kostprijs gebaseerde prijszetting. De meeste capaciteitsbeperkte dienstverleners gebruiken deze methode al jaren niet meer. Kappers moeten innovatiever en transparanter omgaan met het prijsinstrument. Niet

alleen hebben de klanten hier wat aan; het zou kappers zo maar meer omzet kunnen opleveren. Het advies van het College moet dus ter harte worden genomen. Vrouwen hebben recht op dezelfde keuzevrijheid. Dit zouden de kappers niet moeten veronachtzamen. Er bestaat al genoeg ongelijkheid. Denk bijvoorbeeld aan de loonkloof, de 'Pink Tax', en dergelijke. De kwestie is daarmee onderdeel van een groter vraagstuk over genderongelijkheid. Kappers worden, niet alleen in Nederland maar wereldwijd, terecht op de vingers getikt.●

Aan deze bijdrage hebben meegewerkt: Antsje Alma, Lumeya Ascibasi, Martin Bax, Hadassah Drukarch, Iris Blonk, Virgil Campen. Zij volgden het vak 'Ethical and Legal Issues in Pricing Management' dat door prof. dr. Jean-Pierre van der Rest voor het Honours College Law werd verzorgd. Mr. Sebastiaan Visser verzorgde een gastcollege over law firm pricing. Hij is werkzaam als senior pricing consultant bij De Brauw Blackstone Westbroek.

1. ANP, 'Verschil in kapperstarieven voor mannen en vrouwen is discriminatie', NOS, 18 maart 20, nos.nl.
2. M. Leunissen, 'Waarom zouden vrouwen per definitie meer moeten betalen bij de kapper?', Volkskrant, 22 oktober 2019.
3. Art. 1 AWGB.
4. College voor de Rechten van de Mens, 'College oordeelt over verschil in kapperstarieven voor mannen en vrouwen' College voor de Rechten van de Mens. 16 maart 2020, mensenrechten.nl.
5. Idem.
6. K.A. Jacobsen, 'Rolling Back the "Pink Tax": Dim Prospects for Eliminating Gender-Based Price Discrimination in the Sale of Consumer Goods and Services', *Cal. West. L. Rev.* (54) 2018, afl. 2, p. 241-266, hier p. 260-261.
7. Jacobsen 2018, p. 255-257.
8. CRM 17 maart 2020, 2020-20, par. 6; CRM 17 maart 2020, 2020-23, par. 6.
9. Jacobsen 2018, p. 255-256.
10. De steekproef is uitgevoerd door PanelClix. 378 Nederlanders zijn ondervraagd waarvan 285 aangaven naar de kapper te gaan, 47 thuis te worden geknipt, 42 zichzelf te knippen en bij 4 wordt het haar nooit geknipt of geschoren. Alleen de 285 participanten die een kapsalon bezoeken, zijn in de analyse meegenomen.
11. Jacobsen 2018, p. 264.
12. CRM 17 maart 2020, 2020-20, par. 6.8; CRM 17 maart 2020, 2020-23, par. 6.7.
13. Jacobsen 2018, p. 255.
14. Jacobsen 2018, p. 263-266.
15. Ov. 16 Richtlijn 2004/113/EG.
16. Ov. 12 Richtlijn 2004/113/EG.
17. S. Burri & A. McColgan, *Sex-segregated Services (rapport van het European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality)*, 2008, p. 6 en p. 20.
18. Burri & McColgan, 2008, p.6.
19. Country Report Gender Equality Finland: How are EU rules transposed into national law? (rapport van het European network of

- legal experts in gender equality and non-discrimination)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2019, p. 3.
20. H. Maurits, 'Deze Volvo uit 2004 werd volledig door vrouwen ontworpen', *autoblog.nl* 10 september 2017.
 21. P.H. van Westendorp, 'NSS Price Sensitivity Meter (PSM) – A new approach to study consumer perception of prices', in: *Proceedings of the 29th ESOMAR Congress 1976*, p. 139. De PSM maakt gebruik van vier vragen over de prijs-kwaliteit van de dienstverlening. Wij vroegen 252 Nederlanders bij welke prijs (in €) zij een knipbeurt (a) zo goedkoop vonden dat zij gingen twijfelen aan de kwaliteit ervan; (b) nog steeds goedkoop vonden maar geen twijfels hadden bij de kwaliteit; (c) als duur beschouwden maar deze toch de moeite waard vonden vanwege de kwaliteit; (d) zo duur vonden dat zij deze ongeacht de kwaliteit niet meer de moeite waard vonden. Overigens is het goed te bedenken dat de kwalificatie 'goedkoop' of 'duur' op zich geen indicatie is van voorkeur. Gegevens zijn op verzoek beschikbaar.
 22. Van Westendorp 1976, p. 147.
 23. Van Westendorp 1976, p. 151.
 24. $\alpha = .791$. De Kaiser-Meyer-Olkin test voor steekproefadequaatheid is .83 en de 'Bartlett's test of sphericity' significant, $\chi^2(91) = 1692.39$, $p < .001$. De twee componenten hebben eigenwaarden > 1 en verklaren gezamenlijk 52.8% van de variantie.
 25. $t(282) = -4,064$, $p < .001$, Cohen's $d = .48$.
 26. $t(281) = -4,117$, $p < .001$, Cohen's $d = .41$.
 27. $\Delta R^2 = .006$, $F(1, 279) = 2.321$, $p = .128$.
 28. J. Angwin & D. Mattioli, 'Coming soon: Toilet paper priced like airline tickets', *The Wall Street Journal* 5 september 2012.
 29. N. Savin, 'The Amazon Effect: Dynamic Pricing Done Right', *Pragmatic Institute* 28 januari 2019, pragmaticinstitute.com/blog/post/the-amazon-effect-dynamic-pricing-done-right.
 30. J. Kim, D.C. Bojanic & R.B. Warnick, 'Price Bundling and Travel Product Pricing Practices Used by Online Channels of Distribution', *J. Travel Research* (47), 2009, p. 403-412.

Curaçao/UTS:

Nula via handhaving bij overheidsvennootschappen?



Mahatma M. Martinus
Redacteur

In zijn arrest *Curaçao/UTS* van 19 oktober 2018 heeft de Hoge Raad¹ een uitspraak gedaan over de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Rekenkamer van Curaçao (ARC) in geval van private ondernemingen met een overwegende statutaire invloed van de Curaçaose overheid. De onderzoeksbevoegdheid van de ARC beperkt zich tot de informatieplicht ex de Landsverordening ARC (LARC)² die op deze overheidsvennootschappen rust. Een rechtmatigheidsonderzoek krachtens voornoemde landsverordening (art. 30 LARC) naar het gevoerde beleid van een overheidsvennootschap valt niet onder die bevoegdheid. Om tot het voorgaande oordeel te komen leunde de HR sterk op de gestelde feiten en de uitleg van de Raad van State van het Koninkrijk (RvS)³ van de toen geldende artikel 91 Comptabiliteitswet 2001 (Cw), de Nederlandse pendant van artikel 30 LARC. In het onderhavige geval was de vergelijking met Nederlands recht, naar mijn mening, echter niet op zijn plaats. Niet alleen is de Curaçaose wetssystematiek inzake rechtshandhaving, waarover voornoemde wetsartikelen gaan, niet gelijk te stellen aan de Nederlandse, ook voor wat ‘publieke’ privaatrechtelijke rechtspersonen betreft, is er een wezenlijk verschil tussen het Nederlandse en het Antilliaanse/Curaçaose privaatrecht.

Deze zaak is van groot maatschappelijk belang. Het ging over de overheidsvennootschap United Telecommunications Services N.V. (UTS), met hoofdvestiging te Curaçao.⁴ UTS was een in 1999 opgerichte naamloze vennootschap dat diensten op het gebied van telecommunicatie verleende. De landen Curaçao en Sint Maarten bezaten tot 2019 respectievelijk 87,5 en 12,5% van de geplaatste aandelen. Naar aanleiding van herhaaldelijke negatieve berichten in de media is op 9 december 2014 door de Staten van Curaçao (Staten) een motie aangenomen waarin de ARC wordt verzocht een diepgaand onderzoek te doen naar het gevoerde beleid van UTS en haar dochterondernemingen vanaf het jaar 2010.⁵ In de media kwamen onder andere berichten voor dat UTS, zich, in strijd met de Landsverordening buitengaats hazardspelen (Lbh),⁶ inliet met illegale sms-loterijen⁷ en online casino's. Dat het niet allemaal loze geruchten waren, bewijst het feit dat de Nederlandse Kansspelautoriteit, op grond van de Wet op kansspelen, op de Nederlandse markt actieve Curaçaose kansspelaanbieders, heeft beboet.⁸ Ook zijn vragen gerezen omtrent het gevoerde beleid van UTS in Suriname, nadat bekend werd dat UTS-dochterbedrijf Uniqa aldaar sinds haar oprichting miljoenen verliezen heeft gedraaid.⁹ Het laatste roept vragen op in het kader deugdelijk bestuur volgens de Landsverordening corporate governance.¹⁰

“Met het ontkennen van de bevoegdheid van de ARC om onderzoek te doen naar de rechtmatigheid van het door UTS gevoerde beleid is de strafrechtelijke aansprakelijkheidsweg praktisch afgesloten.”

Met het ontkennen van de bevoegdheid van de ARC om onderzoek te doen naar de rechtmatigheid van het door UTS gevoerde beleid is de strafrechtelijke aansprakelijkheidsweg praktisch afgesloten. Ook het Curaçaose Openbaar Ministerie (COM) hanteert namelijk het opportuniteitsbeginsel, en vanaf 2014 maken de jaarverslagen geen melding van een vervolgingsbeleid m.b.t. overtredingen van het in artikel 2:213 Wetboek van Strafrecht Curaçao (CSr) verankerde kansspelverbod.¹¹ Het bovenstaande is, mijns inziens, van essentieel belang, omdat Curaçao het administratiefrechtelijk beboeten van feitelijk leidinggevendens niet kende. Hierdoor mist Curaçao dus het wettelijk kader om

feitelijke leidinggevers te kunnen beboeten. Betreft het hier een leemte in de wet? Het lijkt er veel op. Reden voor mij om de al dan niet aanwezigheid van de rechtmatigheidsonderzoeksbevoegdheid van de ARC onder de loep te nemen. Centraal in deze bijdrage staat dan ook de volgende vraag:

In hoeverre is terughoudendheid ten aanzien van het gebruik maken van controlebevoegdheden van de Algemene Rekenkamer, met betrekking tot handelingen van feitelijk leidinggevendens van privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke deelneming, gerechtvaardigd, bij het ontbreken van mogelijkheden tot bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsstelling van feitelijk leidinggevendens?

“In hoeverre is terughoudendheid ten aanzien van het gebruik maken van controlebevoegdheden van de Algemene Rekenkamer [...] gerechtvaardigd bij het ontbreken van mogelijkheden tot bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsstelling van feitelijk leidinggevendens?”

In hoeverre maakt UTS deel uit van de publieke sector?

De ARC is krachtens artikel 68 lid 2 Staatsregeling van Curaçao (Streg) belast met het onderzoek naar de ontvangsten en uitgaven van het Land. Artikel 70 lid 1 Streg stelt verder dat de bevoegdheden van de ARC bij landsverordening worden geregeld, hetgeen bij de LARC is geschied. Uit artikel 1 LARC volgt dat de controle op het geldelijk en materieel beheer voor Land Curaçao, in de ruimste zin – ongeacht welke vorm aan dat beheer is gegeven – geschiedt door de ARC. De LARC onderscheidt twee soorten verantwoordingschuldigen; ten eerste, rekenplichtigen (art. 19 LARC) en ten tweede ‘slechts’ informatieplichtigen (art. 41 lid 1 of 2 LARC). Rekenplichtigen beheren – op een of andere manier – publieke middelen en kunnen tot de publieke sector gerekend worden, ook overheidsvennootschappen kunnen op die manier als rekenplichtige aangemerkt worden.¹² Rekenplichtigen dienen rekenschap te geven aan de ARC over het door hen gevoerde beheer over publieke middelen, informatieplichtigen hoeven daarover slechts informatie te verschaffen. Rekenplichtigen zijn ook informatieplichtig.¹³

Het Land voerde in hoger beroep aan dat de aard van de feitelijke werkzaamheden van UTS meebrengt, dat deze het beheer voert over publieke middelen en dat uit de statuten van UTS volgt dat UTS in de kern het publieke belang behartigt dat de beschikbaarheid en toegankelijkheid van een complete telecommunicatie-infrastructuur in Curaçao gewaarborgd is. UTS ervoer echter concurrentie op het gebied van telecommunicatie en was onbetwist een commercieel bedrijf met winstoogmerk. Het enkele feit dat een vennootschap het Land als meerderheidsaandeelhouder heeft maakt niet dat zij als rekenplichtige aangemerkt dient te worden. De HR concludeert dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (GHvJ) terecht heeft geoordeeld dat UTS niet als rekenplichtige onder artikel 19 LARC, maar slechts als informatieplichtige ex artikel 41 lid 1 en 2 LARC is aan te merken. Een rechtsmatigheidsonderzoek zoals de Staten wenste, was daarom niet mogelijk.¹⁴

De rechter dient in cassatie uit te gaan van het vaststaan van de onbetwiste feiten,¹⁵ en in cassatie is onbestreden gebleven dat ‘hetgeen het Land heeft aangevoerd onvoldoende is om uit de aard van de feitelijke activiteiten van UTS en/of haar statutaire doelstelling te kunnen afleiden dat zij het beheer voert over publieke middelen en daarom als rekenplichtige in de zin van artikel 19 Lv ARC moet worden aangemerkt’.¹⁶ Op Curaçao is het Gerecht in Eerste Aanleg (GEA), anders dan zijn Nederlandse tegenpolen, echter bevoegd om partijen opmerkzaam te maken op de bewijsmiddelen die zij kunnen aanwenden; dit nu, ex artikel 118 van het Curaçaose Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (CRv).¹⁷ Vanwege het gewicht van de zaak is het dus eigenlijk verrassend – en teleurstellend – dat het GEA het Land niet heeft gewezen op de voorhanden liggende bewijsstukken die Curaçao had kunnen overleggen om aan te tonen dat de UTS wel degelijk het beheer heeft over publieke middelen. Een blik op de kadastrale kaart van Curaçao, gecombineerd met enige veldkennis, leert immers dat UTS verschillende stukken overheidsgrond in gebruik heeft, ten aanzien waarvan het niet bevoegd is goederenrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Met andere woorden, UTS mag deze gronden beheren, doch geen beschikkingsdaden dienaangaande verrichten. Het voorgaande betekent dat UTS wel als rekenplichtig onder artikel 19 LARC geschaard kon worden en dat een rechtmatigheidsonderzoek ex artikel 1 jo. 30 LARC wel mogelijk zou moeten zijn.¹⁸ Als gezegd, heeft het Land evenwel verzuimd zelf het bewijs op (de groene) tafel te leggen, terwijl ook het GEA heeft nagelaten de hem krachtens artikel 118 CRv toekomende bevoegdheid ten

behoefte van het Land aan te wenden.

“Een blik op de kadastrale kaart van Curaçao, gecombineerd met enige veldkennis, leert immers dat UTS verschillende stukken overheidsgrond in gebruik heeft, ten aanzien waarvan het niet bevoegd is goederenrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.”

Toezichthouders op telecommunicatie- en kansspeldiensten

Tot de taken die in artikel 43 lid 1 Statuut aan de koninkrijkslanden toebedeelt, horen met name de verwezenlijking van de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur. De algemene toezichthouder van de landsfinanciën is zoals eerder gezien de ARC krachtens artikel 86 Streg. Het COM is ex artikel 105 Streg principale handhaver van het algemeen en bijzonder strafrecht, in casu hoofdstuk IX Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen (Ltv) en de Lbh. Op de gebieden van de, in casu relevante telecommunicatie- en (buitengaatse) kansspeldiensten, en met verlening hiervan belaste overheidsvennootschappen kende het Land respectievelijk de volgende bijzondere toezichthouders/handhavers: 1) het Bureau Telecommunicatie & Post (BTP),¹⁹ 2) de Curaçao Gaming Control Board (CGCB),²⁰ die tegenwoordig op grond van artikel 2 lid 2 sub d Lbh van overheidswege toezicht kan houden op de vergunninghouders, wat echter ten tijde van de zaak *Curaçao/UTS* nog niet het geval was,²¹ 3) de Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO).²²

Van bovenstaande toezichthouders en handhavers heeft slechts de CGCB krachtens art. 9a Landsverordening identificatie bij dienstverlening²³ jo. artikel 2 lid 2 sub d Lbh, de bevoegdheid tot het opleggen van administratieve boetes aan natuurlijke personen, maar niet aan leidinggevend van UTS. Het voorgaande was voorts ten tijde van de zaak in kwestie niet aan de orde. Van bestuursrechtelijke rechtshandhaving, jegens feitelijk leidinggevend, was geen sprake.

Vanuit het oogpunt van rechtshandhaving is het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 2018, mijns inziens, zeer problematisch. De ARC is daarin sterk in zijn functie van toezichthouder voor het Land beknot, waarmee, in

de praktijk, tevens de weg naar het COM als principale rechtshandhaver is afgesneden. Zoals eerder gezien, vervolgt het OM ambtshalve geen overtredingen van het kansspelverbod ex het CSr en de Lbh; dit, terwijl UTS zich (zeer) waarschijnlijk schuldig heeft gemaakt aan overtreding van voornoemde landsverordeningen. Ook van rechtmatigheid in de zin de Landsverordening corporate governance van het door de UTS ten aanzien van Uniqa in Suriname gevoerde beleid, kon niet onderzocht worden. Het is de Staten van Curaçao dus praktisch onmogelijk gemaakt om als vertegenwoordiger van de uiteindelijke eigenaar van de overgrote meerderheid der UTS-aandelen een democratische en rechtsmatigheidscontrole uit te oefenen op het door de directie van UTS gevoerde beleid.

“Het is de Staten van Curaçao dus praktisch onmogelijk gemaakt om als vertegenwoordiger van de uiteindelijke eigenaar van de overgrote meerderheid der UTS-aandelen een democratische en rechtsmatigheidscontrole uit te oefenen op het door de directie van UTS gevoerde beleid.”

De LARC vergeleken met de Cw 2001

Reeds is op het oordeel van de Hoge Raad gewezen dat UTS niet als rekenplichtige in de zin van artikel 19 LARC mag worden beschouwd. Land Curaçao heeft tevergeefs het beargumenteerd dat artikel 1 jo. 30 lid 1 LARC voldoende rechtsgrond aan de ARC verschafte om UTS, op verzoek van de Staten, aan een onderzoek te onderwerpen.²⁴

Advocaat-generaal Drijber, wiens conclusie door de HR is overgenomen, trekt de vergelijking van artikel 30 LARC met artikel 91 Cw 2001. Drijber laat zich bij zijn uitleg van de reikwijdte van artikel 91 Cw 2001 leiden door de RvS, die stelt: ‘Bij het doen van onderzoeken op basis van artikel 91 Cw 2001 is sprake van terughoudendheid ten aanzien van het gebruik maken van controlebevoegdheden ten aanzien van de private ondernemingen zelf. [...] Pas wanneer er ... aanleiding is voor nader onderzoek, kan de AR onderzoek instellen bij de desbetreffende bedrijven en instellingen.’²⁵ Voorts concludeert Drijber dat ‘[d]e onderzoeksbevoegdheid betreft niet het bedrijfsbeleid in het algemeen van deze rechtspersonen. Er is m.i. geen goede reden om aan te

nemen dat de Curaçaose wetgever bij de totstandkoming van de Lv ARC iets anders heeft beoogd.’²⁶

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 30 LARC onvoldoende grondslag biedt voor de gepretendeerde bevoegdheid en stelt dat: ‘indien de Staten aan de Rekenkamer verzoeken om een onderzoek te doen, [...] uit dat verzoek geen aanvullende bevoegdheden voor de Rekenkamer voort [vloeien].’²⁷ Er is echter in casu geen rekening gehouden met het feit dat de geleverde diensten van openbaar nut zijn,²⁸ noch dat alle leden van de Raad van Commissarissen door de overheid zijn benoemd; nog minder, artikel 2:19 lid 7 BW Curaçao het deze commissarissen mogelijk maakt, in het bijzonder het algemeen belang te behartigen en dit relatief zwaar te laten wegen.²⁹ Het Nederlandse rechtspersonenrecht kent geen pendant op deze, wel zeer verreikende bepaling.

Hierboven is gebleken dat artikel 30 LARC in een relatief vacuüm opereert als het om handhaving ten aanzien van overheidsvennootschappen op het gebied van telecommunicatie- en kansspeldienstverlening gaat, zeker als het feitelijkleidinggevenden betreft. Artikel 91 Cw 2001 gold, toegepast op dezelfde sectoren, naast toezicht/handhabingsbepalingen uit de Wet op kansspelen, Telecommunicatiewet, Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Instellingswet Autoriteit Consument & Markt. Daar de landen ex artikel 43 lid 1 Statuut de rechtszekerheid en deugdelijkheid van bestuur dienen te verwezenlijken, en het bestuursrechtelijke toezichts- en handavingsinstrumentarium van Land Curaçao, vergeleken met dat van Land Nederland, heel beperkt is, kan de reikwijdte van artikel 30 LARC teleologisch geïnterpreteerd, niet even smal zijn als artikel 91 Cw 2001. Gezien de verschillende wetssystematiek van Curaçao en Nederland, is voorgaande vergelijking, naar mijn oordeel, in casu, te kort door de bocht. Curaçao ontbeert immers een, vergeleken met de Nederlandse wetssystematiek, onmisbaar toezichtsinstrument om het OM tot handhaven aan te kunnen zetten, en zodoende enige vorm van rechtshandhaving te kunnen bewerkstelligen.

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat UTS in feite wel rekenplichtig was onder artikel 19 LARC, maar door de tegengestelde bewering onbetwist te laten heeft Land Curaçao, de Hoge Raad gedwongen ervan uit te gaan dat dit niet zo was. Een rechtmatigheidstoets ex artikel 30 LARC zat er zo bezien niet in. De rechtsvraag in cassatie kwam erop neer, of aan artikel 30 LARC

aanvullende bevoegdheden ontleent konden worden, om toch het door de Staten gewenste onderzoek een wettelijke basis te geven. De Hoge Raad oordeelde ontkennend en onderbouwde dit met een analoge toepassing van de bedoeling van de Nederlandse wetgever. Bovenstaande conclusie strookt mijns inziens slecht met een teleologische interpretatie van artikel 30 LARC. Gezien het zware tekort van Curaçao aan handhavinginstrumenten zou het, maatschappelijk gezien, op zijn plaats zijn geweest terughoudend te zijn met de rechterlijke terughoudendheid ten aanzien van de bevoegdheden van de ARC. ●

1. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge.
2. Landsverordening Algemene Rekenkamer (AB. 2010, 87 Bijlage H; zoals laatst gewijzigd in PB. 2015, 74).
3. Advies van de Raad van State van 21 april 2011, W06.11.0037/III.
4. De UTS is naar Nederlands-Antilliaans recht opgericht.
6. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:618, bij HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999.
7. Landsverordening buitengaats hazardspelen (PB. 1993, 63). Meer dan honderd illegale casino's waren naar eigen zeggen gevestigd in een UTS gebouw, zie Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 3197, p. 3.
7. 'UTS illegaal bij sms-loterijenverkoop', Knipselkrant Curaçao 6 mei 2013, knipselkrant-curacao.com/ad-uts-illegaal-bij-sms-loterijenverkoop/.
8. Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 3197, p. 4; zie ook Kansspelautoriteit 15 februari 2019, 'Boete van 4 ton voor aanbieden online kansspelen', kansspelautoriteit.nl/.
9. 'Vragen over investeringen UTS in Suriname', Knipselkrant Curaçao 1 november 2014, knipselkrant-curacao.com/amigoe-vragen-over-investeringen-uts-in-suriname/.
10. Landsverordening corporate governance (PB. 2014, 3 G.T.) jo. Landbesluit Code Corporate Governance Curaçao (PB. 2014, 4 G.T.).
11. Art. 2:213 CSr (PB. 2011, nr. 48) en Openbaar Ministerie, Jaarverslagen 2014-2016, openbaarministerie.org/nl/ppg/jaarverslagen.
12. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.2.
13. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.4.4.
14. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.5.1.
15. Art. 1 lid 1 Rijkswet cassatierechtspraak (Stb. 1963, 54; zoals laatst gewijzigd bij Stb. 2010, 339 jo. art. 118 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (PB. 2005, 59) en art. 149 Rv (NL)).
16. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:618, bij HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, nr. 5.3.
17. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (PB. 2005, 59)
18. Volgens a contrario lezing van HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.2.
19. Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen (PB. 2011, 37 G.T.).
20. De Curaçao Gaming Control Board zou dan de aangewezen toezichthouder zijn, wat het op 25 februari 2019 is geworden, zie gamingcontrolcuracao.org/regulation/aml.

21. 'Vier misverstanden over de casino vergunning uit Curaçao', Casino vergelijker, casinovergelijker.net/vier-misverstanden-over-de-casinovergunning-uit-curacao/; zie ook Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 3197.
22. Landsverordening corporate governance (PB. 2014, 3 G.T.) jo. Landsbesluit Code Corporate Governance Curaçao (PB. 2014, 4 G.T.).
23. Landsverordening identificatie bij dienstverlening (AB. 2010, 86 en AB. 2010, 87; PB. 2017, 92 G.T.) en Landsbesluit van 28 januari 2019, nr. 19/0282 (Ldcr. 2019, 7).
24. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.2.
25. Advies van de Raad van State van 21 april 2011, W06.11.0037/III.
26. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:618, bij HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, nr. 4.18.
27. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1999, NJ 2019/396, m.nt. van G. van Solinge, r.o. 3.2.
28. De vennootschap in kwestie opereert op basis van een concessie, zie N.E. Algra & H.R.W. Gokkel, Fockema Andreae's Rechtsgeleerd Handwoordenboek, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 145.
29. Art. 2:19 lid 7 BW Curaçao (AB. 2010, 86 en AB. 2010, 87).



Dedicated mensen maken het verschil.

Hugo, dedicated trombonist
en advocaat-stagiair bij BarentsKrans

Wij zoeken advocaat-stagiaires.

Mensen die zich verdiepen, die vragen stellen en zichzelf blijven verbeteren. Die maken het verschil. Zowel op professioneel vlak als in het privéleven. Dedicated noemen wij dat. Heb jij die ambitie, dan pas jij bij BarentsKrans. Wil je werken bij één van de grootste advocatenkantoren in Den Haag, met enthousiaste collega's, toonaangevende cliënten en uitdagende zaken? Ga dan naar www.werkenbijbarentskrans.nl

werkenbijbarentskrans.nl

BarentsKrans