No.W12.14.0164/III 's-Gravenhage, 17 juli 2014

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 2 juni 2014, no.2014001037, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen in verband met de aanpassing van het klachtrecht voor ouders, de wijziging van het adviesrecht van de oudercommissie en enkele andere technische aanpassingen (Wet versterking positie ouders kinderopvang en peuterspeelzalen), met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de positie van ouders in de kinderopvang te versterken. Zo wordt een eenduidige, laagdrempelige procedure voorgesteld voor zowel klachten als geschillen. Houders van kinderopvangvoorzieningen of peuterspeelzalen (hierna: houders) worden verplicht te voorzien in een interne klachtenregeling. Voor de externe behandeling van klachten worden houders verplicht zich aan te sluiten bij een erkende geschillencommissie. Houders worden tevens verplicht om binnen zes maanden na aanvang van de exploitatie een oudercommissie (hierna: de OC) in te stellen. Voorts wordt het adviesrecht van de OC op het gebied van pedagogische kwaliteit versterkt.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de keuze voor een eenduidige procedure voor zowel klachten als geschillen bij de Geschillencommissie Kinderopvang (hierna: de GCK), de verhouding tot richtlijn 2013/11/EU, de afschaffing van het adviesrecht over de prijs en de alternatieve ouderraadpleging. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Behandeling van klachten en geschillen door de GCK

Het wetsvoorstel voorziet in een laagdrempelige en eenduidige voorziening voor de behandeling van klachten en het beslechten van geschillen tussen ouders en houders van voorzieningen in de kinderopvang.[[1]](#footnote-1) De houder is verplicht een interne klachtenregeling te treffen die zowel betrekking heeft op gedragingen van de houder (en de voor hem werkzame personen) als op de overeenkomst tot kinderopvang. Indien de houder de klacht niet binnen zes weken afhandelt of de klacht niet naar tevredenheid afhandelt, kunnen de ouders hun klacht voorleggen aan een geschillencommissie. Dit is de GCK die nu al door de minister van Veiligheid en Justitie als zodanig is erkend. De houder is verplicht tot aansluiting bij de GCK.

Volgens de toelichting wordt er bij de GCK een landelijk loket voor geschillen ingericht dat tracht klachten op te lossen door advies of bemiddeling, alvorens deze klachten als geschil naar de geschillencommissie door te leiden.[[2]](#footnote-2) De GCK is bevoegd om over een geschil een uitspraak te doen door middel van een bindend advies, dat geldt als een vaststellingsovereenkomst.[[3]](#footnote-3)

De voorgestelde procedure voorziet in eenzelfde interne en externe procedure voor zowel klachten over gedragingen als geschillen over overeenkomsten. Volgens de toelichting is er in de kinderopvang een eenduidige en laagdrempelige procedure nodig, omdat de huidige wijze van klachtenbehandeling en geschillenbeslechting ingewikkeld is en niet elke ouder dezelfde mogelijkheden heeft.[[4]](#footnote-4)

Het voorstel bevat de pragmatische keuze om klachten en geschillen door dezelfde commissie en volgens dezelfde procedure te behandelen. Het lijkt echter onvoldoende rekening te houden met de verschillen tussen bedoelde klachten en geschillen. De behandeling van een klacht over een gedraging door een klachtencommissie leidt tot een oordeel over de gegrondheid van de klacht. Zo’n commissie kan in dit oordeel aanbevelingen doen, maar deze zijn niet bindend.[[5]](#footnote-5) Een oordeel in de vorm van een bindend advies, waaraan beide partijen zich dienen te houden, verdraagt zich ook niet goed met het karakter van een aanbeveling, die de houder of de ouder vaak ruimte geeft in de wijze waarop zij die aanbeveling kunnen invullen.

Verwacht mag worden dat het landelijk loket veel klachten die zich niet goed lenen voor een bindende advies informeel zal oplossen, zodat deze niet bij de GCK terechtkomen.[[6]](#footnote-6) Dat neemt niet weg dat de GCK bevoegd is om over klachten een bindende uitspraak te doen. Dit roept de vraag op waarom niet overwogen is om in de externe procedure bij de GCK onderscheid te maken tussen klachten en geschillen. Zo zou de GCK bij klachten een oordeel met (niet-bindende) aanbevelingen kunnen uitbrengen, en bij geschillen een bindend advies.

De Afdeling adviseert in de toelichting op deze vraag in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

2. Verhouding tot de ADR-richtlijn

In de toelichting wordt vermeld dat het voorstel in lijn is met de richtlijn ADR consumenten (hierna: de ADR-richtlijn).[[7]](#footnote-7) Deze richtlijn is in 2013 tot stand gekomen en beoogt de buitengerechtelijke beslechting van geschillen (alternative dispute resolution) tussen consumenten en ondernemers in de lidstaten van de Europese Unie te stimuleren. De ADR-richtlijn wordt geïmplementeerd in de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (hierna: de implementatiewet).[[8]](#footnote-8)

De Afdeling merkt over de verhouding tot de ADR-richtlijn het volgende op.

*a. Verplichte deelname ondernemers aan de ADR-procedure*

De ADR-richtlijn schrijft niet voor dat ondernemers verplicht zijn om aan ADR-procedures deel te nemen, of dat de uitkomst van zo’n procedure bindend is, wanneer een consument een klacht heeft ingediend. Volgens de considerans mag de ADR-richtlijn geen afbreuk doen aan nationale voorschriften die deelname aan ADR-procedures voor ondernemers verplicht stellen, of die bepalen dat de uitkomst van die procedures voor ondernemers bindend is.[[9]](#footnote-9) Ook de implementatiewet gaat uit van vrijwillige deelname van ondernemers aan buitengerechtelijke geschillenbeslechting.[[10]](#footnote-10)

Op grond van de voorgestelde wijzigingen in de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wko) zijn houders verplicht aangesloten bij de GCK, die bindende uitspraken kan doen in geschillen.[[11]](#footnote-11) De GCK maakt onderdeel uit van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (hierna: de SGC).[[12]](#footnote-12)

Volgens de toelichting is de huidige situatie van vrijwillige aansluiting bij een externe klachten- of geschillencommissie ingewikkeld en voor sommige ouders frustrerend, omdat niet iedere houder bij zo’n commissie is aangesloten. Daarom wordt gekozen voor een eensluidend klachtrecht.[[13]](#footnote-13)

Met de keuze voor verplichte aansluiting van ondernemers in de kinderopvang bij de SGC gaat het voorstel verder dan de minimumeisen die de ADR-richtlijn stelt.[[14]](#footnote-14) De Afdeling wijst erop dat deze verdergaande maatregelen gebonden zijn aan de algemene bepalingen van EU-recht inzake vrij verkeer en mededinging. De toelichting gaat niet in op de vraag of het voorstel op dit onderdeel voldoet aan deze algemene bepalingen van EU-recht.

De Afdeling adviseert de motivering voor verplichte aansluiting bij de GCK met inachtneming van het bovenstaande aan te vullen.

*b. Toegang tot de rechter*

Volgens de considerans bij de ADR-richtlijn mogen nationale voorschriften die de deelname aan ADR-procedures verplicht stellen, of die bepalen dat de uitkomst van die procedures voor ondernemers bindend is, het recht op toegang tot de rechter als bepaald in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) niet beletten.[[15]](#footnote-15) De ondernemer (i.c. de houder) wordt verplicht om aan de geschillenprocedure bij de GCK deel te nemen. Hij kan de bindende uitspraak van de GCK binnen een maand aan de rechter voorleggen. Ingevolge artikel 7:904 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan de rechter deze uitspraak alleen vernietigen als deze in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De ouder kan er daarentegen altijd voor kiezen om het geschil rechtstreeks aan de burgerlijke rechter voor te leggen.

De Afdeling merkt op dat het voorstel hiermee de rechtspositie van de ouder (consument) ten opzichte van de houder (ondernemer) versterkt. Voor de houder betekent de verplichte aansluiting bij de GCK een (geringe) beperking van zijn toegang tot de rechter.[[16]](#footnote-16) De Afdeling mist in de toelichting een motivering voor deze beperking, mede gelet op artikel 47 van het Handvest.

De Afdeling adviseert de toelichting met inachtneming van het bovenstaande aan te vullen.

3. Afschaffing adviesrecht over de prijs van de kinderopvang

Het huidige adviesrecht van de oudercommissie (OC) over de prijs van de kinderopvang komt te vervallen.[[17]](#footnote-17) Het adviesrecht inzake de kwaliteit (het pedagogisch beleid) wordt daarentegen versterkt. Volgens de toelichting gaan discussies tussen de OC en de houder te vaak over de prijs in plaats van over kwaliteit. De verhouding tussen ouders en de houder van de kinderopvang kan hierdoor onbedoeld verstoord raken, waardoor constructief overleg over de kwaliteit moeizamer verloopt. Discussies over de prijs zijn meestal vruchteloos, omdat de houder verantwoordelijk is en blijft voor zijn bedrijfsvoering. Bovendien raakt de prijs aan het consumentenrecht, aldus de toelichting.[[18]](#footnote-18)

Prijs en kwaliteit kunnen naar het oordeel van de Afdeling evenwel niet geheel los van elkaar worden gezien. Hogere kwaliteit zal zich vaak vertalen in een hogere prijs. Dit betekent dat discussies over het pedagogisch beleid (de kwaliteit) vaak ook discussies over de prijs zullen zijn, maar dat over de prijs niet langer geadviseerd zou mogen worden. Voorts zal een naar de mening van de ouders te hoge prijs vaak ook in verband staan met de geleverde kwaliteit.

Voorts betekent afschaffing van het adviesrecht over de prijs dat de OC een (forse) prijsstijging niet meer aan een externe geschillencommissie kan voorleggen. In dat geval kan de OC alleen nog naar de burgerlijke rechter stappen. Een aanzienlijk deel van de huidige geschillen tussen OC en houder heeft betrekking op de motivering van de prijsverhogingen in de kinderopvang.[[19]](#footnote-19) In de praktijk zijn veel ouders gebonden aan hun huidige kinderopvangvoorziening, omdat er onvoldoende alternatieve opvangplaatsen in hun omgeving zijn. Bij forse prijsverhogingen kunnen zij niet zomaar overstappen naar een andere voorziening.[[20]](#footnote-20) In de toelichting wordt aan deze aspecten geen aandacht besteed.

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling de afschaffing van het adviesrecht over de prijs onvoldoende gemotiveerd.

Zij adviseert deze afschaffing van een dragende motivering te voorzien en zo nodig het voorstel op dit onderdeel te wijzigen.

4. Alternatieve ouderraadpleging

Het voorstel bevat een versoepeling van de verplichting om op elke opvanglocatie een OC in te stellen.[[21]](#footnote-21) Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) kunnen kleine voorzieningen van deze verplichting worden uitgezonderd.[[22]](#footnote-22) In deze amvb worden tevens regels opgenomen over de wijze waarop de ouderbetrokkenheid wordt geregeld bij kleine voorzieningen (hierna: alternatieve ouderraadpleging).[[23]](#footnote-23) Uit onderzoek blijkt dat bij veel voorzieningen geen OC is ingesteld, omdat te weinig ouders bereid zijn in zo’n commissie plaats te nemen.[[24]](#footnote-24) Volgens de toelichting speelt dit probleem vooral bij kleine voorzieningen. Daarom is gekozen voor een kwantitatieve grens. Bovendien is zo’n criterium gemakkelijk meetbaar.[[25]](#footnote-25)

De Afdeling onderkent dat het voorstel een oplossing biedt voor kleine voorzieningen. Zij wijst erop dat dit probleem zich ook, zij het in mindere mate, bij middelgrote voorzieningen voordoet.[[26]](#footnote-26) De keuze om alleen bij kleine voorzieningen alternatieve ouderraadpleging mogelijk te maken biedt voor deze categorie geen oplossing.

De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de vraag waarom niet is gekozen is voor de mogelijkheid om een alternatieve ouderraadpleging voor een ruimere categorie voorzieningen mogelijk te maken. Zij denkt daarbij in het bijzonder aan de mogelijkheid om voor twee of meer locaties een overkoepelende OC in te stellen. In dit verband wijst de Afdeling er op dat de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en de Wet medezeggenschap op scholen (WMS) vergelijkbare mogelijkheden bieden.[[27]](#footnote-27)

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.  
  
  
De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W12.14.0164/III

* Voorzien in een samenloopbepaling met de Wet kwaliteit, klachten en geschillen, zorg.
* In artikel 1.57b, tweede lid, onder f, en in artikel 2.13a, tweede lid, onder f, vóór “een concrete termijn” telkens de woorden “in het oordeel” invoegen.
* In de toelichting op de gebruikelijke wijze verwijzen naar de ADR-richtlijn.[[28]](#footnote-28)
* In de toelichting bij artikel 1.66a, eerste lid, verduidelijken dat de ouder de overeenkomst pas ondertekent op het moment dat hij het geschil aanhangig maakt bij de GCK.

1. De Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wko) bevat thans geen verplichting om een klachtenregeling in te stellen. De oudercommissie (OC) heeft op grond van de huidige artikelen 1.60a en 2.18 van de Wko wel adviesrecht bij de vaststelling van een klachtenregeling. De Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) die thans bij de Eerste Kamer voorligt (Kamerstukken I 2012/13, 32 402, E) bevat wijzigingen in het klachtenrecht voor de kinderopvang. Het voorstel voorziet in een verplichting om een klachtenregeling op te stellen, maar bevat geen verplichting tot aansluiting bij een geschillencommissie. [↑](#footnote-ref-1)
2. In artikel 1.57b, lid, 1, van de Wko worden klachten over gedragingen en geschillen over overeenkomsten in de interne klachtenprocedure aangeduid als klachten. Klachten die worden doorgezonden naar de GCK worden ingevolge artikel 1.66a, lid 1, onder a, van de Wko aangeduid als geschillen. [↑](#footnote-ref-2)
3. Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.3. Het voorstel bevat overigens geen bepaling die verplicht tot het instellen van zo’n landelijk loket. [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem, paragraaf 2.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 2, van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. [↑](#footnote-ref-5)
6. Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.3. [↑](#footnote-ref-6)
7. Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, (Pb EU 2013, L 165). [↑](#footnote-ref-7)
8. Memorie van toelichting, paragraaf 1. De Afdeling heeft op 4 april 2014 over dit wetsvoorstel advies uitgebracht (Kamerstukken II 2013/14, 33 982, nr. 4). [↑](#footnote-ref-8)
9. Richtlijn 2013/11/EU, overweging 49, alsmede artikel 10, lid 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Kamerstukken II 2013/14, 33 982, nr. 3, blz. 6 en 21. [↑](#footnote-ref-10)
11. Zie de voorgestelde artikelen 1.57c, lid 1, 2.13b, lid 1, alsmede 1.66a, lid 2 onder b en 2.24, lid 2, onder b, van de Wko. [↑](#footnote-ref-11)
12. Zie de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997. [↑](#footnote-ref-12)
13. Memorie van toelichting, paragraaf 2.1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Richtlijn 2013/11/EU, artikel 2, lid 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Richtlijn 2013/11/EU, overweging 49. [↑](#footnote-ref-15)
16. Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 21 mei 2012, 240646, blz. 7. De minister neemt hierin het standpunt in dat een verplichte deelname aan alternatieve geschillenbeslechting op gespannen voet staat met artikel 17 Grondwet en artikel 6, lid 1, van het EVRM. [↑](#footnote-ref-16)
17. Dit is thans geregeld in artikel 1.60, lid 1, onderdeel f, en 2.17, lid 1, onderdeel f, van de Wko. [↑](#footnote-ref-17)
18. Memorie van toelichting, paragraaf 3.1.2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Jaarverslagen Oudercommissie Klachtenkamer Kinderopvang over 2012 en 2013. In 2012 hadden 10 van de 22 behandelde klachten (mede) betrekking op de prijs, in 2013 waren dit 5 van de 11 klachten. Zie [www.klachtenkamer.nl](http://www.klachtenkamer.nl). [↑](#footnote-ref-19)
20. Zie onder andere BOinK “Prijzen in de kinderopvang 2014. Een brochure voor ouders en oudercommissies” (augustus 2013), blz. 12. [↑](#footnote-ref-20)
21. Wko, artikelen 1.58, lid 1 en 2.15, lid 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Wko, voorgestelde artikelen 1.58 en 2.15, lid 2 en lid 4. [↑](#footnote-ref-22)
23. Gedacht wordt aan een gecombineerde OC voor verschillende locaties of opvangvormen van de houder, internetconsultatie van de ouders, of het houden van een ouderavond waarop over belangrijke zaken wordt gesproken en gestemd (Uitvoeringstoets VNG, 9 april 2014, onder artikel 1.58 en 2.15). [↑](#footnote-ref-23)
24. Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.1. en 3.2.3, en Bureau Bartels “Ernst van de door GGD geconstateerde gebreken bij kinderopvangcentra, gastouderbureaus en gastouders” (2011), blz. 12, 22, en 34. In de dagopvang en gastouderopvang heeft 28% respectievelijk 27% van de onderzochte voorzieningen geen OC, in de buitenschoolse opvang heeft zelfs 47% geen OC. In verreweg de meeste gevallen is het feit dat er onvoldoende ouders bereid zijn in een OC plaats te nemen de reden voor deze overtreding. [↑](#footnote-ref-24)
25. Memorie van toelichting, paragraaf 7.1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Bureau Bartels “Onderzoek kleine kindercentra. Eindrapport uitgebracht op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid” (2013), blz. 66. Bij kinderdagverblijven heeft 8% van de middelgrote voorzieningen geen OC, bij de buitenschoolse opvang is dit 18%. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artikel 3, lid 1, van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) biedt de mogelijkheid om een ondernemingsraad in te stellen voor twee of meer door dezelfde ondernemer in stand gehouden ondernemingen. Ingevolge artikel 4, lid 1, van de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), kan een bevoegd gezag dat meer dan een school in stand houdt, een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad instellen voor zaken die van belang zijn voor alle scholen of de meerderheid van de aangesloten scholen. De WOR noch de WMS kennen een kwantitatieve (boven)grens voor gemeenschappelijke medezeggenschap. [↑](#footnote-ref-27)
28. Zie Aanwijzing 336 van de aanwijzingen voor de regelgeving. [↑](#footnote-ref-28)