

TOELICHTING – UITSLUITEND VOOR INTERN GEBRUIK

ACTUALISERING ALGEMENE VOORWAARDEN BRANCHEORGANISATIE KINDEROPVANG EN BRANCHEVERENIGING MAATSCHAPPELIJKE KINDEROPVANG

Algemeen

Dit is een toelichting van de Brancheorganisatie Kinderopvang (**BK**) en de Branchevereniging Maatschappelijke Kinderopvang (**BMK**) bij de vastgestelde actualisering van de Algemene Voorwaarden voor Kinderopvang, Dagopvang en Buitenschoolse opvang van de BK en de BMK.¹

Let op: deze toelichting is voor de Ondernemers en uitsluitend voor intern gebruik. Deze toelichting is niet bedoeld om extern te delen.

De actualisering is ingegeven door verschillende maatschappelijke, juridische en praktische ontwikkelingen die zich de afgelopen jaren hebben voorgedaan. Daarbij is in het bijzonder relevant geweest de toenemende aandacht voor het consumentenrecht.

Daarbij geldt in algemene zin dat wijzigingen in de tekst van de Algemene Voorwaarden niet steeds betekenen dat er ook daadwerkelijk sprake is van een verandering. In veel gevallen betreft het een aanpassing van de tekst op hetgeen in de praktijk al gebeurt (of juist niet).

Annulering en herroeping (artikel 3)

Aan het artikel waarin het recht op annulering is opgenomen (artikel 3), is het recht op herroeping toegevoegd. Dat recht op herroeping hebben Ouders als de Overeenkomst op afstand (bijvoorbeeld via internet) tot stand is gekomen.

Duur overeenkomst (artikel 5)

In het artikel dat de duur van de Overeenkomst bepaalt (artikel 5), is nu standaard aangesloten bij een specifieke leeftijd (in plaats van de leeftijd waarop het kind basisonderwijs volgt / voortgezet onderwijs voor het kind begint). De Overeenkomst verlengt dus bijvoorbeeld niet 'automatisch' als een kind op pas een later moment naar de basisschool gaat. Bij BSO geldt overigens in de praktijk vaak dat kinderen juist al voordat zij twaalf jaar worden de BSO verlaten.

¹ In deze toelichting worden dezelfde gedefinieerde begrippen gebruikt als in de algemene voorwaarden.

Als de standaardduur te kort (of te lang) is kan daar in de Overeenkomst iets anders voor worden opgenomen. Ook is het mogelijk dat Ondernemer en Ouders de Overeenkomst later nog verlengen; dit kan wel alleen Schriftelijk en niet stilzwijgend.

Einde van de overeenkomst en opzegging (artikel 6)

In artikel 6 is de opzegging geregeld. Daar zijn de volgende onderdelen aan toegevoegd en aangepast:

- Dat de Ouder altijd bevoegd is de Overeenkomst op te zeggen, is nu expliciet gemaakt. Hetzelfde geldt voor het feit dat de Ouder de opzegging niet hoeft te motiveren.
- Dat de Ondernemer de opzegging moet motiveren (aangezien die alleen kan worden gebaseerd op een gegronde reden) is expliciet gemaakt.
- Dat de Ondernemer de Overeenkomst mag opzeggen onder meer als de Ouder een maand in verzuim is met de betaling, is aangepast naar een betalingsachterstand van twee maanden. Daarbij is meegewogen (i) het debiteurenrisico van de Ondernemer aan de ene kant en (ii) aan de andere het grote belang van Kinderopvang voor Ouders alsmede de voorkoming van problematische schulden door oplopende betalingsachterstanden. Verder is goed te weten dat de wet een mogelijkheid bevat om de dienstverlening op te schorten als niet wordt betaald.
- Daarnaast is toegevoegd dat bepaalde situaties tenminste twee maanden moeten voortduren, voordat dit een gegronde reden voor opzegging oplevert. Dat is om te vermijden dat het beeld zou ontstaan dat de Ondernemer in dit soort situaties de Overeenkomst direct zou (mogen) opzeggen.
- Bij de opzegtermijnen is toegevoegd dat de Ouder met onmiddellijke ingang kan opzeggen in het geval dat de Ondernemer opzegt. Daardoor kan de Ouder er, bijvoorbeeld, voor kiezen direct over te stappen naar een andere leverancier van Kinderopvang (of andere keuze maken) en zonder nog een vergoeding verschuldigd te zijn aan de Ondernemer voor ongebruikte Kinderopvang gedurende de maand opzegtermijn (lid 7).
- Expliciet is gemaakt dat gedurende een opzegtermijn de Ouder zal moeten betalen voor de Kinderopvang en de Ondernemer de Kinderopvang zal moeten blijven leveren.

Verplichtingen van de Ouder (artikel 9)

In het artikel over de verplichtingen van de Ouder (artikel 9) is de omschrijving van het type gedrag waarvan de Ouder zich moet onthouden aangepast. Deze omschrijving sluit nu aan bij de omschrijving van het gedrag dat een grond oplevert voor de Ondernemer om de toegang tot de Kinderopvanglocatie te weigeren (artikel 10).

Toegankelijkheid en Verplichtingen van de Ouder (artikel 10)

Het artikel over de weigering van toegang is aangevuld en aangepast (artikel 10):

- Expliciet is gemaakt dat de Ondernemer toegang mag weigeren als het kind een zorgbehoefte heeft die (i) de Ondernemer wettelijk niet mag verlenen, (ii) meer is dan de zorg die in de Overeenkomst is overeengekomen of (iii) de Ondernemer feitelijk niet naar behoren kan leveren. Dit moet de Ondernemer een meer solide en bredere juridische basis opleveren om situaties te vermijden waarin een bepaalde zorgbehoefte van de Ondernemer wordt verlangd of feitelijk afgedwongen, terwijl de Ondernemer die niet kan of mag verlenen.
- Gelet hierop verdient het ook aanbeveling om, als de Ondernemer zorg wil leveren, in de Overeenkomst met de Ouder op te nemen welke zorg de Ondernemer zal leveren. Dan is voor zowel Ondernemer als Ouder duidelijk welke zorg de Ondernemer zal leveren (en welke dus niet). Daarbij kunnen Ondernemer en Ouder ook overwegen om in eerste instantie een Overeenkomst met een kortere looptijd aan te gaan. Dan is het mogelijk de zorgbehoefte van het kind in die periode te monitoren, te waarborgen en te beoordelen wat de impact is op (de belangen van) de andere kinderen, de dienstverlening etc.
- Gedrag dat een risico vormt voor de gezondheid of veiligheid van anderen en gedrag dat leidt tot een belemmering of onevenredige verzwaring van die dienstverlening door de Ondernemer, zijn nu samen opgenomen in lid 2 onder b als reden voor weigering van de toegang.
- Gelet hierop is in artikel 9 dat ziet op de verplichtingen van de Ouder lid 4 ook aangepast. Hierin verplicht de Ouder (i) zich te onthouden van gedrag dat risicovol of bedreigend is voor de veiligheid van anderen of dat de dienstverlening belemmert of onevenredig verzwaart en (ii) ervoor te zorgen dat het kind zich hiervan ook onthoudt. Dat zijn dezelfde categorieën van gedrag die grond opleveren voor het weigeren van de toegang.

Vrijheid overeenkomst op ondergeschikte onderdelen in te vullen

Het artikel dat bepaalde dat de Ondernemer de vrijheid had de Overeenkomst op ondergeschikte onderdelen naar eigen inzicht in te vullen, is niet langer opgenomen. Reden is dat de situaties waar dit artikel voor was bedoeld (zoals bijvoorbeeld de inrichting van het Kindercentrum) in de praktijk door Ondernemers niet (of zeer zelden) in de Overeenkomst worden opgenomen. Zodoende is ook niet nodig te bepalen dat de Ondernemer de vrijheid heeft dit zelf in te vullen. De vrijheid om de diensten tot op zekere hoogte naar eigen inzicht in te vullen, heeft de Ondernemer al als daar geen specifieke andersluidende afspraken met de Ouders over zijn gemaakt.

Voor Ondernemers is wel van belang te realiseren dat hetgeen met Ouders wordt afgesproken in de Overeenkomst of hetgeen bij het sluiten van de Overeenkomst is toegezegd of medegedeeld², in beginsel niet zomaar kan worden gewijzigd zonder instemming van de Ouders. Dit kan namelijk mogelijk als onderdeel van de Overeenkomst worden gezien.

Prijs en wijziging van de prijs (artikel 11)

Het artikel waarin het wijzigen van de prijs voor de Kinderopvang is geregeld (artikel 11) is aangevuld met een tekst die de wijze waarop en voorwaarden waaronder de prijs jaarlijks wordt aangepast beschrijft. Dit betreft in de kern een vastlegging van de praktijk sinds de invoering van de Wet Kinderopvang.

Reden daarvoor is dat er in de rechtspraak (met name lagere rechtspraak van kantonrecht) de afgelopen jaren vele verschillende uitspraken zijn verschenen over de (on)eerlijkheid van wijzigingsbedingen in overeenkomsten met consumenten – ook voor Kinderopvang. Er zijn zowel positieve als negatieve uitspraken. De lijn in deze uitspraken is nog zeer veranderlijk. Als een rechter het prijswijzigingsbeding oneerlijk vindt, zal hij het vernietigen en moet hetgeen op grond van het beding betaald is, worden terugbetaald. Ook al is er nog geen uitgekristalliseerde lijn in de rechtspraak, vanuit het oogpunt van risicobeheersing is wel van belang voor Ondernemers hier rekening mee te houden.

In de Kinderopvang is al sinds de invoering van de Wet Kinderopvang een zorgvuldige procedure voor het wijzigen van de prijs, waarbij onderzoek wordt gedaan door derden, Ouders wettelijk adviesrecht hebben via de Oudercommissie en worden geïnformeerd door de Ondernemer en toetsing plaats kan vinden door de Geschillencommissie. In de Algemene Voorwaarden is deze procedure beschreven in het artikel over de wijziging van de prijs. Daarnaast is in bijlage 3 bij de Algemene Voorwaarden een lijst

² Op de website, in informatiebrochures, flyers etc.

opgenomen van de meest voor de hand liggende factoren die kunnen inwerken op de prijs en bij een prijswijziging in de beoordeling kunnen worden betrokken. Ook is opgenomen dat de Ondernemer een prijswijziging (minimaal) 40 dagen van tevoren aankondigt aan de Ouders. De Ouder heeft vervolgens de bevoegdheid om 40 dagen voor en 14 dagen na een prijswijziging de Overeenkomst op te zeggen zonder dat een opzegtermijn geldt. Zo is de Ouder altijd in staat de Overeenkomst te beëindigen als de Ouder die vanwege een prijswijziging niet wil voortzetten. Verder is opgenomen dat de prijs eenmaal per kalenderjaar kan worden gewijzigd. Tot slot is behouden dat de prijs niet de eerste drie maanden na de Ingangsdatum (dus niet: de Aanvangsdatum) kan worden gewijzigd. Voor Overeenkomsten die in de periode oktober-december worden gesloten, is het daarom praktisch in de Overeenkomst al vast te leggen wat de nieuwe/voorgenomen prijs per 1 januari (als die al bekend is) van het opvolgende jaar zal worden.

Bij voorbaat kan niet met zekerheid worden bepaald wat de rechter van dit artikel zal vinden, mede gelet op het feit dat de lijn in de rechtspraak nog zeer veranderlijk is. Andere soorten bedingen en andere prijswijzigingsmechanismen, waarbij het risico op een negatief oordeel groter of kleiner is, zouden ook denkbaar zijn geweest. Met artikel 11 is nadrukkelijk gestreefd naar evenwicht tussen de belangen van (i) enerzijds de Ondernemer om gedurende een langdurige periode de prijzen jaarlijks te kunnen aanpassen aan onvoorziene omstandigheden op basis van het proces dat al vele jaren wordt toegepast en (ii) anderzijds het belang van de Ouders bij inspraak op een voorgenomen prijswijziging, om tijdig over een prijswijziging te worden geïnformeerd en een keuze te kunnen maken de Overeenkomst voort te zetten of niet.

Wijzigen van de overeenkomst en de Algemene Voorwaarden

De Algemene Voorwaarden bevatten geen artikelen meer die erin voorzien dat de Ondernemer eenzijdig de Overeenkomst en de Algemene Voorwaarden kan wijzigen.

Als de Ondernemer een van beiden wil wijzigen, is het raadzaam daarover overeenstemming te bereiken met de Ouder(s).

Betaling en niet-tijdige betaling (artikel 12)

Het artikel over betaling en niet-tijdige betaling is aangepast en ingekort. In lid 3 staat nu dat de Ondernemer de Ouder in gebreke stelt na het verstrijken van de uiterste betaaldatum die op de factuur staat vermeld, maar nog wel een termijn van vijftien dagen geeft om de betaling te voldoen.

De bepalingen die regelden wat er gebeurt als na die vijftien dagen nog steeds niet is betaald (zoals bijvoorbeeld het intreden van verzuim, de verschuldigdheid van wettelijke rente, de verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten) zijn niet meer opgenomen, omdat dit neerkwam op een herhaling van de wet. Die wettelijke bepalingen hoeft de Ondernemer niet overeen te komen met de Ouder; die gelden al op grond van de wet zelf. Om onduidelijkheid te voorkomen of met die bepalingen iets anders is bedoeld dat wat al uit de wet volgt en om de bepaling in te korten, is dit nu dus niet opgenomen.

Overig: tips

Los van de Algemene Voorwaarden, zijn hieronder nog een aantal tips voor Ondernemers opgenomen bij het contracteren met Ouders:

- Ondernemers moeten er zelf zorg voor dragen dat eventuele inschrijfvoorwaarden die zij hanteren, met de Ouder overeen worden gekomen. Dat zal afhangen van hoe Ondernemers hun inschrijf-/aanmeldproces hebben ingericht. Een goede optie zal veelal zijn om de Ouders bij inschrijving/aanmelding akkoord te laten gaan met eventuele inschrijfvoorwaarden, bijvoorbeeld door ondertekening of door een digitaal akkoord.
- Als een Ondernemer een aanbod voor Kinderopvang doet aan de Ouder, is het raadzaam in het aanbod op te nemen tot wanneer / hoe lang dit aanbod geldig is.
- Het is in sommige gevallen verplicht en in ieder geval aan te raden (i) de te leveren dienst, (ii) de prijs en (iii) de duur en (iv) contactgegevens zoals een e-mailadres in de Overeenkomst te vermelden.
- Ook moet de Ondernemer de Ouder informeren over (i) diens identiteit, (ii) adres, (iii) adres van de bedrijfsvestiging, (iv) de aanvangsdatum en (v) de wijze van betaling (en termijn). Voor de hand ligt dit in de Overeenkomst op te nemen.
- Het verdient aanbeveling dat Ondernemers eerst bij aanmelding/inschrijving en in de Overeenkomst verwijzen naar de privacyverklaring die zij hanteren.
- Het is raadzaam om in de Overeenkomst op te nemen wat de betaaltermijn is en de betaaltermijn ook steeds op factureren te vermelden als uiterste betaaltermijn.

- Om discussie te voorkomen over de vraag of een Overeenkomst tussen Ondernemer en Ouder tot stand is gekomen, verdient aanbeveling om in de Overeenkomst zelf op te nemen hoe deze tot stand komt. Dat kan bijvoorbeeld door daarin op te nemen dat de Overeenkomst tot stand komt als en op de dag dat deze door zowel de Ondernemer als de Ouder is ondertekend / Schriftelijk bevestigd.
- In het geval dat de Overeenkomst op afstand wordt gesloten, moet deze aan de Ouder worden verstrekt op een duurzame gegevensdrager (bijvoorbeeld een pdf-bestand via e-mail).
- De Algemene Voorwaarden moeten steeds van toepassing worden verklaard door de Ondernemer in de Overeenkomst. Daarnaast moeten deze 'ter hand worden gesteld'. Dat kan onder meer door de voorwaarden op papier te verstrekken of door deze digitaal toe te sturen (bijvoorbeeld een pdf-bestand bij een e-mail).
- Als de Ondernemer deze Algemene Voorwaarden wil hanteren voor Ouders met wie eerder al een Overeenkomst is gesloten, is het advies de Ouder deze Algemene Voorwaarden te verstrekken en te vragen in te stemmen met de toepasselijkheid van de nieuwe Algemene Voorwaarden. Dat kan op papier of digitaal (en dus bijvoorbeeld ook via een app).
- Aangezien tijdens het plaatsingsgesprek/op het intakeformulier veelal afspraken tussen Ondernemer en Ouder worden gemaakt, is het aan raden dat zowel Ondernemer en Ouder dat formulier ondertekenen en dat de Ondernemer de Ouder een kopie verstrekt.
- Als op enig moment een nieuwe zorgbehoefte ontstaat bij een Kind dat niet was voorzien in de Overeenkomst (of het intakeformulier), dan verdient aanbeveling dat Ondernemer en Ouder nieuwe afspraken maken over welke aanvullende zorg de Ondernemer wel/niet levert en die Schriftelijk (op papier of digitaal) vastleggen.
- Het is aan te raden dat Ondernemers (eventueel samen met hun juridisch adviseur) hun eigen (model)overeenkomst en eventuele aanvullende (algemene) voorwaarden opnieuw beoordelen in verband met de actualisatie van de Algemene Voorwaarden. Daarbij is van belang er bedacht op te zijn dat in



BRANCHEORGANISATIE
KINDEROPVANG

de rechtspraak voorkomt dat wordt geoordeeld dat bepaalde bedingen/voorwaarden 'elkaar versterken' en dat de optelsom van de bedingen oneerlijk kan zijn voor consumenten.