

## Het belang van een goed uitbestedingscontract in het kader van risicobeheersing

---

*Drs. R. Oosterhout, pensioenfondsbestuurder, mr. M. Keijzer, advocaat en mr. N.A. Batist, advocaat*

*Rubriek: Risicomanagement*

*Geplaatst op 04-06-2020*

**De focus op risicobeheersing bij pensioenfondsen is sinds de wereldwijde kredietcrisis van 2008 aanmerkelijk toegenomen. Een schoolvoorbeeld van een opeenstapeling van niet beheerste operationele risico's betreft investeringen gedaan door institutionele beleggers in de Madoff fondsen van de Amerikaan Bernard Madoff. Door het uitvoeren van slechte operationele- juridische- en financiële due diligence werden veel partijen, waaronder pensioenfondsen, ernstig benadeeld. Voorbeelden van mogelijke operationele risico's die het pensioenfonds loopt, zijn bijvoorbeeld IT-risico's, uitbestedingsrisico's, menselijke en technische tekortkomingen en juridische risico's die zich uiteindelijk kunnen vertalen in financiële risico's. In dit artikel zullen wij met name ingaan op het belang van het vooraf onderkennen van operationele risico's met inachtneming van het uitbestedingsbeleid en het risicobeleid van het pensioenfonds alvorens werkzaamheden uit te besteden en contractueel vast te leggen.**



*Rob Oosterhout*



*Nicole Batist*



*Marc Keijzer*

### **Grenzen aan de uitbesteding**

De grenzen aan de uitbesteding voor pensioenfondsen zijn wettelijk vastgelegd. Zo mogen pensioenfondsen bijvoorbeeld taken en werkzaamheden van personen die het dagelijks beleid bepalen niet uitbesteden. Daarnaast mag het pensioenfonds geen werkzaamheden uitbesteden indien hierdoor het operationeel risico toeneemt.<sup>1</sup> In het kader van een beheerste en integere bedrijfsvoering dient het pensioenfonds daarom zijn organisatie zodanig in te richten dat bedrijfsrisico's, integriteit, en financiële risico's zoveel mogelijk inzichtelijk en beheersbaar zijn.<sup>2</sup>

### **Het belang van het vooraf onderkennen van risico's**

De vertegenwoordigers van centrale banken en toezichthouders van de 27 grootste economieën ter wereld hebben sinds de kredietcrisis van 2008 niet stilgezeten bij het onderkennen van het belang van onder meer het beheersen en mitigeren van operationele risico's, omdat sommige risico's zich nu eenmaal niet laten beperken met behulp van kwantitatieve vereisten. Mede om deze reden is de governance van het risicobeheer bij pensioenfondsen aangescherpt en dient het pensioenfonds inmiddels te beschikken over een sleutelfunctiehouder risicobeheer, die verantwoordelijk is voor het inzichtelijk en zo veel mogelijk beheersbaar maken van mogelijke risico's en het opstellen van het risicobeheerbeleid.<sup>3</sup>

Indien men risico's niet over het hoofd wil zien doet een pensioenfonds er verstandig aan eerst zelf een beeld te vormen van de risico's die verbonden zijn aan de uit te besteden werkzaamheden en zelf in kaart te brengen welke risico's het bij de uitbesteding van bepaalde specifieke diensten acceptabel acht en welke beheersmaatregelen getroffen kunnen worden om de vooraf geïdentificeerde risico's te mitigeren. Dit kan een pensioenfonds doen door vooraf een overzicht met uitgangspunten op te stellen. Deze uitgangspunten vloeien voort uit de risicohouding van het pensioenfonds en vertalen zich in gewenste en noodzakelijke risiconormen. Maar al te vaak wordt dit proces over het hoofd gezien of wordt hier slechts te summier aandacht aan besteed.

### **Het belang van een goed uitbestedingscontract**

Onlangs zijn wij betrokken geweest bij een uitbesteding aan een gerenommeerde dienstverlener. De overeenkomstenstructuur zoals voorgesteld door deze dienstverlener bestond uit een hoofdovereenkomst, met een groot aantal nevenovereenkomsten al dan niet vervat in de vorm van eenzijdige service levelachtige afspraken, die door de dienstverlener zelf, zonder instemming van het pensioenfonds, konden worden gewijzigd. Er was bovendien in de voorgestelde documentatie van de nevendiensten, die aanvankelijk als standaard en als niet onderhandelbaar werden gepresenteerd, sprake van maar liefst drie verschillende rechtstelsels met verschillende groepsmaatschappijen. Vervolgens werd in de documentatie op allerlei plaatsen verregaande disculpatie van aansprakelijkheid voorgesteld die afweken van de eerder gemaakte afspraken in de hoofdovereenkomst. Tenslotte bleken tal van afspraken niet afdwingbaar te zijn.

De door het pensioenfonds geformuleerde uitgangspunten en risicogrenzen spelen een belangrijke rol gedurende de diverse fasen van het uitbestedingsproces. Het uitbestedingsproces kan ons inziens worden onderverdeeld in een drietal fasen. Ten eerste de precontractuele fase, ten tweede de onderhandelingsfase van het uitbestedingscontract en ten derde de uitvoeringsfase waarin de dienstverlener de overeengekomen werkzaamheden uitvoert.

In de precontractuele fase kan aan de hand van de verkregen antwoorden op de *request for proposal* een eerste voorselectie worden gemaakt van enkele geschikte dienstverleners waaraan het pensioenfonds overweegt diensten uit te besteden. Hierbij geldt dat niet alleen de eisen die aan de dienstverlener worden gesteld, de omvang van de te leveren diensten maar ook dat de belangrijkste contractuele voorwaarden nader ingekaderd dienen te worden. Wij pleiten ervoor dat een pensioenfonds zelf in dit proces het voortouw neemt om te voorkomen dat het pensioenfonds reactief omgaat met voorstellen van dienstverleners. Het gevaar daarvan is dat het pensioenfonds als het ware in de onderhandelingsfase achteruit gaat onderhandelen aan de hand van een toegezonden standaard overeenkomst van de dienstverlener en uiteindelijk in een situatie belandt die niet overeenkomt met de door het pensioenfonds vooraf geformuleerde uitgangspunten en gestelde eisen

risicogrenzen. Mogelijke vragen die in deze fase relevant kunnen zijn, betreffen vragen als<sup>4</sup>:

1. Is er sprake van een *vendor-lock in*, zijnde het risico dat niet of niet eenvoudig naar een andere dienstverlener kan worden overgestapt of werkzaamheden niet gemakkelijk door een andere dienstverlener kunnen worden voortgezet?
2. Is de dienstverlener, ook in het geval van onderuitbesteding van werkzaamheden, steeds in staat het pensioenfonds te laten voldoen aan de op het pensioenfonds toepasselijke wet -en regelgeving? Met andere woorden is het risico dat het pensioenfonds tijdelijk niet aan zijn wettelijke verplichtingen kan voldoen afdoende gewaarborgd?
3. Is er sprake van een concentratierisico? Met andere woorden is het risico dat ontstaat in het geval dat één dienstverlener meerdere uitbestedingsoplossingen levert en de afhankelijkheid van het pensioenfonds bij uitval van een of meerdere diensten met een dergelijke dienstverlener te groot is geworden afdoende gewaarborgd?
4. Is een dienstverlener aan wie werkzaamheden worden uitbesteed in staat een eventuele door zijn schuld ontstane schade te kunnen vergoeden? Het risico dat een dienstverlener geen of onvoldoende verhaal biedt als deze toerekenbaar tekort is geschoten, dient afdoende gewaarborgd te zijn.
5. Is de dienstverlener, ook in het geval van onderuitbesteding van werkzaamheden, steeds in staat het pensioenfonds adequaat te informeren, wanneer en waarover en biedt dat voldoende inzicht en grip op de uitbestede werkzaamheden? Is het risico dat een dienstverlener tussentijds niet in overeenstemming met het beleid van het pensioenfonds handelt zonder dat dit opgemerkt blijft afdoende gewaarborgd?
6. Zijn de afspraken van het pensioenfonds met de partij waaraan is uitbesteed in rechte afdwingbaar?

Dit is uiteraard geen limitatieve lijst met vragen, maar zijn vragen die elk pensioenfonds tegen zal komen bij uitbesteding. Na de precontractuele fase volgt de onderhandelingsfase van het uitbestedingscontract. In deze fase worden de vooraf geïdentificeerde risico's zoals deze uit de risicoanalyse en precontractuele fase naar voren zijn gekomen, vertaald naar specifieke bepalingen in de uitbestedingsovereenkomst.<sup>5</sup> Aangezien afspraken met dienstverleners door middel van een overeenkomst en bijbehorende beschrijvingen van operationele processen worden vastgelegd, dienen deze afspraken steeds helder en eenduidig te worden verwoord, evenwichtig te zijn en een reflectie te bevatten van hetgeen partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Ten onrechte wordt vaak gedacht dat standaard voorwaarden van een dienstverlener niet beoordeeld hoeven te worden omdat deze enerzijds niet onderhandelbaar zouden zijn en anderzijds omdat met de beoordeling van contracten tijd en kosten gemoeid zijn. Het opstellen van de juiste voorwaarden vergt de nodige aandacht en specifieke juridische -en onderhandelingsvaardigheden en zullen steeds ingekleurd worden door de feitelijke gang van zaken, zoals de wijze waarop de dienstverlening door de betreffende dienstverlener in de praktijk wordt uitgevoerd en de specifieke wensen van het pensioenfonds. Het goed opschrijven van de scope van de werkzaamheden zal leiden tot een situatie waarbij de wederzijdse verwachtingen tussen partijen op een juiste wijze schriftelijk worden vastgelegd en afdwingbaar zijn. Een pensioenfonds kan aldus niet slechts volstaan met het louter afvinken van vooraf opgestelde controlelijsten die ingegeven zijn door wet- en regelgeving. Deze "tick the box"-cultuur levert niet veel meer op dan schijnzekerheid.

Voorts is het van belang dat het pensioenfonds door de betreffende dienstverlener steeds in staat moet worden gesteld om aan de op het pensioenfonds rustende wettelijke verplichtingen te kunnen voldoen. Ook dient het pensioenfonds de uitbestede werkzaamheden en de daarmee gepaarde doelstellingen te kunnen bewaken, beheren en meten door middel van de door de dienstverlener op te leveren rapportages.<sup>6</sup> Tot slot zal de overeenkomst een juiste beëindigingsbepaling moeten bevatten waarbij het pensioenfonds de werkzaamheden ten tijde van het beëindiging van de dienstverlening weer zelf ter hand kan nemen of door een andere derde kan laten uitvoeren. Indien de uitbesteding de risicobeheerfunctie, interne auditfunctie, actuariële functie of het beheer van het pensioenfonds betreft, rust op het pensioenfonds zelfs de plicht DNB hiervan vooraf in kennis te stellen en melding te doen van contractuele voorwaarden voordat het contract met de derde waaraan de werkzaamheden worden uitbesteed in werking treedt.<sup>7</sup>

Om als pensioenfonds *in control* te zijn is het zaak dat de afgesproken werkzaamheden periodiek worden gecontroleerd en gereflecteerd op eigen beleid van het pensioenfonds en afspraken zo nodig worden aangepast.<sup>8</sup> Eventuele aanpassingen op operationeel niveau kunnen in de jaarlijkse cyclus

van de service level afspraken worden meegenomen. Het beleid met betrekking tot de uitbesteding van werkzaamheden in het kader van een beheerste en integere bedrijfsvoering dient tenminste driejaarlijks te worden geëvalueerd en ook het risicobeheerbeleid van het pensioenfonds kent deze cyclus. Om die reden vinden wij het logisch ook de uitbestedingscontracten in deze cyclus mee te nemen, zodat eventuele beleidswijzigingen simultaan in de uitbestedingsovereenkomsten tot uitdrukking kunnen worden gebracht.<sup>9</sup>

### **Conclusie**

Wet -en regelgeving en bijbehorend toezicht op pensioenfondsen is de afgelopen jaren geïntensiveerd. Het vooraf onderkennen en opstellen van sluitende voorwaarden in een uitbestedingsovereenkomst in lijn met het eigen uitbestedingsbeleid en het risicobeheerbeleid van het pensioenfonds is van belang om in control te zijn van de uitbestede werkzaamheden. In het kader van een beheerste en integere bedrijfsvoering zijn pensioenfondsen verplicht hun uitbestedingsbeleid en risicobeheerbeleid ten minste driejaarlijks tegen het licht te houden. Een zelfde cyclus vinden wij logisch voor het doornemen en eventueel aanpassen van de voorwaarden in uitbestedingscontracten, zodat gelijke tred gehouden kan worden met eventuele tussentijdse beleidswijzigingen.

*1 Vgl. artikel 34 lid 2 PW; artikel 43 lid 2 Wvb en artikel 12 Bupw<sup>1</sup> Vgl. artikel 34 lid 2 PW; artikel 43 lid 2 Wvb en artikel 12 Bupw*

*2 Vgl. artikel 143 PW en artikel 138 Wvb*

*3 Vgl. artikel 24, 25 en 26 van Richtlijn EU 2016/2341; artikel 143a PW en artikel 138a Wvb, artikel 18 lid 5, 18a en 18b Bftk;*

*4 Vgl. Toelichting DNB bij meldingsformulier Uitbestedingen Digitaal Loket Toezicht*

*5 Vgl. I. Talsma en E. Van den Berg-Overduin, Uitbesteding: groeien naar het volgende niveau, Pensioen Bestuur & Management 4.2018*

*6 Vgl. Artikel 18 lid 2 Bftk*

*7 Vgl. Artikel 14.0.a Bupw*

*8 Vgl. Art 18 lid 2 Bftk*

*9 Vgl. Artikel 14 lid 3 en artikel 18 lid 10 Bftk*