

Juridische aspecten outsourcing

Basics of Sourcing

Een initiatief van Platform Outsourcing Nederland

3 december 2009

P.G. van der Putt

Wie ben ik?

- Partner bij



- Voorzitter



Opzet presentatie

- Wat kan er mis gaan?
- Juridische uitgangspunten
- Contractstructuur en tijdpad
- Aandachtspunten dienstverlening
- Voorzorgsmaatregelen?

Wat kan er mis gaan?

- softwareleverancier verzet zich tegen outsourcing
- hidden services of retained services
- personeel gaat niet over (of juist wel over)
- ontbrekende of juist overbodige hardware
- SLA wordt gehaald, klant ontevreden
- uitval primair proces: bedrijfsstilstand
- etc. etc.

Enkele juridische uitgangspunten (1)

Primaat bij contracttekst:

- Contractsvrijheid; de wet schrijft weinig voor m.b.t. inhoud overeenkomsten.
 - Hoge Raad legt primaat bij tekst.
 - Redelijkheid en billijkheid spelen een relatief beperkte rol
- > Het heeft weldegelijk zin om specifieke afspraken vast te leggen

Enkele juridische uitgangspunten (2)

Afspraak = afspraak:

- Overeenkomsten komen snel tot stand
 - Iedere persoon (natuurlijke persoon/rechtspersoon) is handelingsbekwaam (art 3:32 BW; art. 2:5 jo 3:32 BW)
 - Vertegenwoordiger staat in voor volmacht (art. 3:70 BW)
 - Weet dus met resp. vanuit welke persoon je zaken doet en maak dat expliciet (vermeld bijv. de juiste B.V. naam en check de KvK)
- > Maak procedureafspraken, bijv. m.b.t. changes, meerwerk en acceptatie

DE DIREKTIE
STELT ZICH NIET AANSPRAKELIJK
VOOR VERLOREN OF GESTOLEN VOORWERPEN

Enkele juridische uitgangspunten (3)

Onbeperkte aansprakelijkheid, voor alles, op alles, tenzij overmacht:

- “De schade die op grond van een wettelijke verplichting moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft” (Art. 6:95 BW)
- “Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst.” (Art. 6:96 lid 1 BW)
- Alleen aansprakelijk voor zover kan worden toegerekend (Art. 6:98 BW)
- “Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.” (Art. 3:276 BW)
- “Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.” (art. 6:75 BW, overmacht)

-> Maak aansprakelijkheid beheersbaar!

Enkele juridische uitgangspunten (4)

Er gelden wettelijke vereisten m.b.t. overdracht:

- Contracten met medewerking wederpartij
- Auteursrechten d.m.v. akte
- Aandelen door een notaris
- Hardware door bezitsverschaffing

-> Zorg dat wettelijke (vorm)voorschriften worden nageleefd

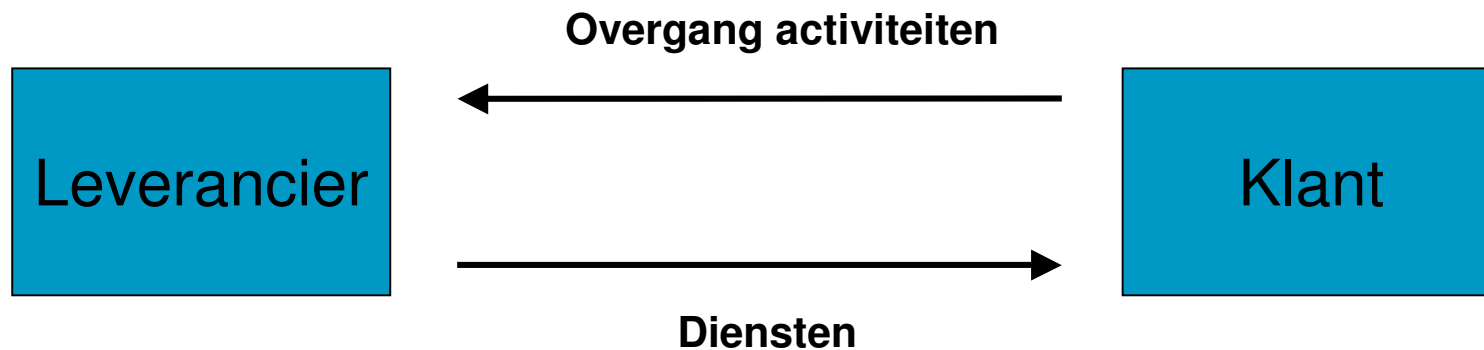
Enkele juridische uitgangspunten (5)

Stellen = bewijzen:

- “De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten” (Art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv))
 - “Bewijs kan geleverd worden door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt” (Art. 152 lid 1 Rv)
 - Een ondertekend stuk (of digitale overeenkomst) levert dwingend bewijs op (art. 157 lid 2 Rv)
 - Partijen kunnen een bewijsovereenkomst sluiten (art. 153 Rv)
- > Maak bewijfsafspraken over changes, acceptatie, het in werking treden van een bijlage etc.

Contractstructuur en tijdpad (1)

- overdracht activiteiten
- terugleveren diensten



Contractstructuur en tijdpad (2)

- Dienstverlening: Dienstverleningsovereenkomst (Master Services Agreement, Mantelovereenkomst, etc. etc.)
 - meerjarig
 - samenwerking
 - flexibel
- Overdracht: Overnameovereenkomst (Business Transfer Agreement, Share Purchase Agreement, etc. etc.)
 - eenmalig
 - geen samenwerking
 - vaak een bijlage bij Dienstverleningsovereenkomst

Contractstructuur en tijdpad (3)

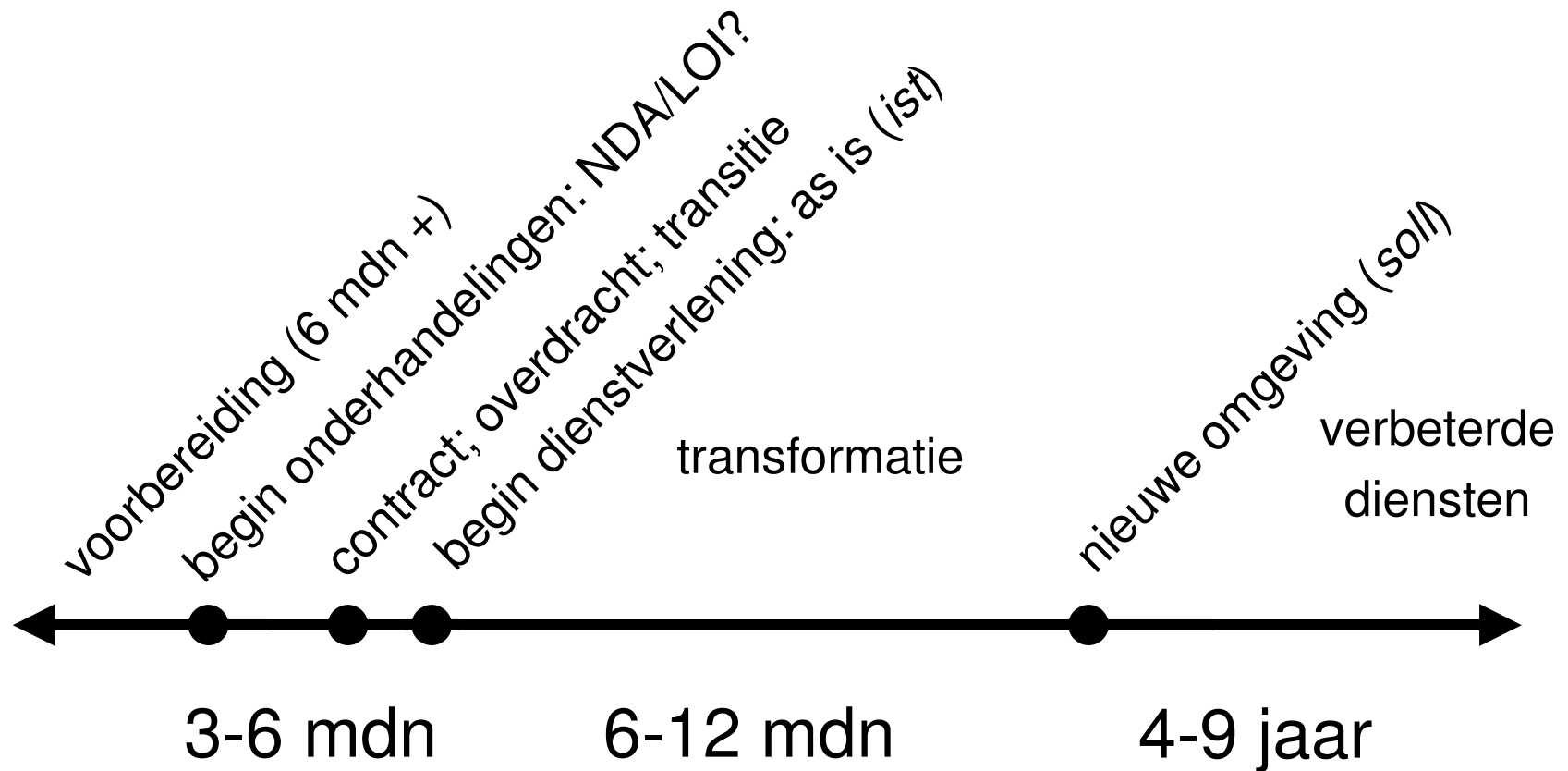
Onderwerp

- Overkoepelende afspraken, o.a. financieel, juridisch (zoals aansprakelijkheid), organisatorisch, structuur contracten en globale beschrijving dienstverlening
- Overname van activiteiten
- Specifieke juridische en financiële voorwaarden dienstverlening
- Inhoud dienstverlening, o.a. specificatie diensten en het niveau daarvan, evt. een selectie uit de Productencatalogus
- Beschrijving van de verschillende diensten die beschikbaar zijn

Document

- Mantelovereenkomst/Master Services Agreement
- Overnameovereenkomst/Business Transfer Agreement
- Deelovereenkomst/Statement of Work
- SLA (Service Level Agreement)
- Productencatalogus

Contractstructuur en tijdpad (4)



Aandachtspunten dienstverlening (1)

Enkele kernbepalingen dienstverlening:

- Niveau dienstverlening
- Sanctiemodel
- Flexibiliteit en schaalbaarheid
- Continuïteit
- Compliance
- Doorgifte persoonsgegevens
- Benchmarking

Aandachtspunten dienstverlening (2)

Niveau dienstverlening

- Zowel algemene als specifieke normen
- Specifieke normen -> SLA
 - “as is” vs “nieuwe situatie”
 - Wie, wat en over welke periode wordt gemeten?
 - Service Levels en KPIs
 - 1e generatie SLA: technisch, leveranciersgedreven
 - 2e generatie SLA: informatie-overdosis, vaak toch nog technisch, klantgedicteerd
 - 3e generatie SLA: enkele KPIs (5-7), beperkt aantal service levels, sturend op business behoeftes en niet op technische realisatie

Aandachtspunten dienstverlening (3)

- Algemene normen -> Overeenkomst
 - Good Industry Practice/Prince2/Six Sigma
 - Doelstellingen pp.
 - In overeenstemming met wet- en regelgeving
- Herijking/flexibiliteit (voorkom "SLA gehaald maar klant ontevreden")
- Pas op voor "hidden services" en "retained services"

Aandachtspunten dienstverlening (4)

Sanctiemodel

- Service credits/Boetes
 - op niet-halen KPI's
 - flexibiliteit: kader met bewegingsruimte
- Aansprakelijkheid
 - onderscheid directe (out of pocket) en indirecte schade (winstderving)?
 - maximumbedragen
 - verzekeraarbaarheid
- Ontbinding overeenkomst
 - regel ook de gevolgen van ontbinding
- Voorzorgsmaatregelen/early warning

Aandachtspunten dienstverlening (5)

- Boetes:
 - pro: eenvoudig mechanisme, stok achter de deur
 - con: wordt ingecalculeerd, geen relatie tot schade, bij te veel boetes zal leverancier het contract afraffelen/op breuk aansturen
- Aansprakelijkheid:
 - pro: relatie tot schade
 - con: zet relatie onder druk; geen eenvoudig mechanisme, wie bepaalt de hoogte?
- Ontbinding:
 - pro: je bent van elkaar af
 - con: “atoombom”, rechtmatigheid en gevolgen niet eenvoudig vast te stellen

Aandachtspunten dienstverlening (6)

- Conflict Board instellen?
 - onafhankelijke deskundige
 - snel
 - geeft duidelijkheid
- Sowieso is mediation in opkomst t.o.v. geschilbeslechting door rechter of arbiter:
 - harmoniseren wederzijdse belangen vs gelijk krijgen op een juridisch punt

Aandachtspunten dienstverlening (7)

Flexibiliteit en schaalbaarheid

- Accent op processen en procedures
- Modulaire opbouw dienstverlening?
- bandbreedtes?
- change procedure; projecten
- bereidheid samenwerking met derden

Aandachtspunten dienstverlening (8)

Continuïteit

- eisen solvabiliteit
 - periodieke rapportage
 - Koopoptie/step-in rights
- exit-regeling
 - overdracht dienstverlening
 - overdracht instellingen (parameters, configuratiegegevens, etc.)
 - toegang tot data
 - Up-to-date exitplan
 - terugovername infrastructuur?
 - mogelijkheid om personeel aanbiedingen te doen (overgang onderneming?)
 - kosten

Aandachtspunten dienstverlening (9)

Compliance

- Privacyregelgeving: doorgifte persoonsgegevens naar buiten de EU? Beveiliging?
- Toezichthouders financiële sector: AFM, DNB, Basel II (operational risk)
- Sarbanes-Oxley (reporting) - > SAS 70 Type I and II Statements

Aandachtspunten dienstverlening (10)

Benchmarking

- wanneer (pas na bijv. 3 jaar?)
- hoe vaak?
- wie voert benchmark uit?
- wat is de relevante markt?
- marge?
- gevolgen benchmark: aanpassen service levels/prijs; ten voordele of ook ten nadele?
- kosten?

Vorzorgsmaatregelen (1)

- voorkomen beter dan genezen
- early warning system
- indicatoren
- alarmfases
- consequenties, bijv.
 - overleg
 - managementaandacht
 - Step-in rights
 - andere maatregelen

Vorzorgsmaatregelen (2)

Voorbeelden van indicatoren:

A: niet halen deadlines

B: verloop personeel

C: verloop management

D: niet halen KPIs

E: klanttevredenheid

F: financiële gegoedheid

Voorzorgsmaatregelen (3)

Voorbeeld alarmfases

Indicator	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
A		X		
B	X			
C		X		
D			X	

Vorzorgsmaatregelen (4)

Voorbeelden consequenties:

- Fase 1: extra stuurgroep overleg
- Fase 2: meer managementaandacht (vanuit holding)
- Fase 3: inzet extra personeel, verbeterplannen
- Fase 4: hoge boetes, inschakelen externe adviseurs, voorbereiden exit
- Fase 5: step-in rights, stellen zekerheid

Bij falen maatregelen naar hogere alarmfase

Polo van der Putt

06 260 665 19

020 504 2000

polo.vanderputt@vondst-law.com

Vondst Advocaten N.V.
Van Leijenberghlaan 199
1082 GG Amsterdam