

# Juridische aspecten van outsourcing – Rapportage werkgroep juridisch PON<sup>1</sup>

versie 1.0  
9 januari 2006

## 1. INTRODUCTIE

1.1 Dit rapport beschrijft op hoofdlijnen de juridische aspecten van outsourcing.

1.2 Onder **outsourcing** wordt verstaan:

*“Outsourcing: het overdragen van een bedrijfsactiviteit<sup>2</sup> aan een gespecialiseerde derde, die vervolgens deze activiteit teruglevert als dienst.”*

1.3 Dit rapport richt zich zowel op het proces van contracteren als op de outsourcingovereenkomst zelf. In het contracteringsproces moeten procesafspraken worden gemaakt en kan juridisch advies noodzakelijk zijn. Bij procesafspraken moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de voorwaarden waaronder partijen informatie uitwisselen. Dient vertrouwelijkheid te worden betracht, geldt er exclusiviteit? Advisering kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de rechtspositie van werknemers of de overdraagbaarheid van licenties. Een outsourcingcontract schept duidelijkheid over de verplichtingen en verantwoordelijkheden over en weer. Een goed contract maakt risico's inzichtelijk en reduceert deze risico's. Een helder contract is de leidraad voor de dienstverlening, voorkomt misverstanden en geschillen in de uitvoeringsfase en vormt het startpunt bij een geschil. Het contract biedt de mogelijkheid om geschillen zakelijk op te lossen volgens een vooraf vastgestelde procedure. Daarnaast borgt een goed contract een conflictarm exittraject.

1.4 De onderhavige rapportage bestaat uit drie onderdelen. In hoofdstuk 2 wordt stil gestaan bij het proces rond contractering. Hoofdstuk 3 behandelt de dienstverleningsovereenkomst als onderdeel van de outsourcingovereenkomst. Hoofdstuk 4 geeft enkele geleerde lessen.

1.5 Dit rapport is totstandgekomen door inbreng vanuit zowel het leveranciers- als het klantperspectief. Vandaar dat de verschillende onderwerpen van verschillende kanten worden belicht.

1.6 Benadrukt wordt dat iedere outsourcing valt of staat bij het teamwerk dat wordt geleverd. Een jurist maakt deel uit van het team dat een outsourcingtransactie tot een succes moet maken. Een jurist zal daarbij de nadruk leggen op de juridische voorwaarden en het contract. Een contract is de leidraad voor de uitvoering van de diensten en is daarmee zeker ook praktisch van aard, en niet alleen juridisch. Een contract kan echter nooit bestaan uit uitsluitend service levels; een juridisch raamwerk is onontbeerlijk. De rol van de jurist is om de voorwaarden van de transactie helder te maken en vast te leggen in een contract. Een goede jurist zal telkens controleren of de afspraken volledig consistent en duidelijk zijn en zal gaten blootleggen. In outsourcing gespecialiseerde juristen zijn onder meer via PON en via [www.vira.nl](http://www.vira.nl) te vinden.

---

<sup>1</sup> De werkgroep bestaat uit Polo van der Putt (Lovells, voorzitter), Steven Klusener (Vrije Universiteit, vertegenwoordiger PON-bestuur), Bas Daniels (M&I/Partners), Barbara Fris (Getronics PinkRoccade), Saskia van Gelderen (Getronics PinkRoccade), Edith Haffmans (Capgemini), Alon Jansen (Databalk), Herald Jongen (Allen & Overy), Michel Kuijpers (Kirkman Company), Jerry Linnemeijer (Getronics PinkRoccade), Huib de Loos (Morgan Chambers), Natascha van Mullem (Mitoptics) en Hardy Seinhorst (Quint Wellington Redwood). Polo van der Putt is penvoerder van hoofdstuk 1 t/m 3, Herald Jongen van hoofdstuk 4.

<sup>2</sup> Uiteraard kan ook een overheidsdienst bepaalde functies/processen uitbesteden. Omwille van de leesbaarheid is in deze publicatie echter het woord "bedrijfsactiviteit" gebruikt in plaats van "functie" of "proces".

1.7 Afhankelijk van het soort outsourcing is meer of minder bemoeienis van een jurist vereist. Indien het bijvoorbeeld gaat om standaarddiensten met een laag risicoprofiel, kan eerder gebruik worden gemaakt van standaardcontracten en is wellicht minder bemoeienis van een jurist noodzakelijk.

2. **HET CONTRACTERINGSSPROCES**

2.1 Binnen het contracteringsproces kunnen diverse momenten worden onderscheiden die vanuit juridisch oogpunt relevant zijn. Enerzijds zijn er momenten waar juridisch advies noodzakelijk is, anderzijds momenten waar afspraken of voorwaarden moeten worden vastgelegd.

2.2 In onderstaande tabel staat een overzicht van enkele van de meer gangbare momenten van het contracteringsproces en de bijbehorende juridische component. Uiteraard zijn er vele variaties mogelijk op deze tabel en wordt het proces soms in een andere volgorde doorlopen.

Moment	omschrijving	Juridische component
Besluit om (mogelijk) te outsourcen		
Vorbereiding	Outsourcingsgereed maken. In kaart brengen van de dienstverlening, processen, service levels, huidige kosten, (demand)organisatie, retained services etc.; gemiddelde doorlooptijd: 3-6 maanden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- advies over structurering transactie (separate BV, joint venture (bijvoorbeeld vanwege fiscale redenen), activa-passiva overdracht, hoe om te gaan met een eventuele Personeels BV?)</li> <li>- advies over eventuele toepasselijkheid aanbestedingsrecht (bij de grotere overheidsopdrachten)</li> <li>- "vendor due diligence"; onderzoek naar juridische aandachtspunten terzake van over te dragen activiteiten, zoals licentiecontracten en arbeidsrechtelijke consequenties</li> </ul>
Leggen contact met leverancier(s)	Vraag of leverancier bereid is om kennis te nemen van voorgenomen project (zonder details te geven) en zich in dat kader te committeren aan een geheimhoudingsplicht; gemiddelde doorlooptijd: 2-5 dagen	- opstellen/beoordelen geheimhoudingsovereenkomst (ook wel genoemd "Non Disclosure Agreement" of "NDA")
RFP	Request For Proposal, offerte-aanvraag met beschrijving project en opgave van te beantwoorden vragen. Soms maakt een concept van de Outsourcingsovereenkomst onderdeel uit van de RFP. Dit geeft de	- opstellen juridische randvoorwaarden (bindendheid, procesafspraken, etc. In het geval van een overheidsaanbesteding dient de RFP te voldoen aan de aanbestedingswetgeving en dienen

Moment	omschrijving	Juridische component
	<p>klant in het algemeen meer onderhandelkracht; nadeel is dat het contract soms noodgedwongen in algemene termen moet worden gesteld, omdat de feitelijke uitgangspunten van de transactie nog niet vaststaan. Een nadeel kan zijn dat het proces hierdoor nodeloos juridiseert en tot extra kosten leidt.</p> <p>De RFP wordt soms voorafgegaan door een RFI, Request For Information. De RFI wordt vaak gebruikt voor voorselectie of om nieuwe gezichtspunten op te doen, die vervolgens in de RFP kunnen worden meegenomen.</p>	<p>o.a. publicatievoorschriften te worden nageleefd)</p> <p>- beoordelen tekst RFP/RFI op juridische consequenties (worden er bijvoorbeeld onbedoelde toezeggingen gedaan, wat zijn de arbeidsrechtelijke consequenties e.d.)</p>
Uitwisselen informatie	Partijen kunnen over en weer behoefte hebben aan nadere informatie; gemiddelde doorlooptijd: 1-2 maanden	Beoordelen of het uitwisselen van informatie afdoende is ondervangen in de geheimhoudingsovereenkomst
Offerte	Beantwoording RFP	<p>- opstellen juridische randvoorwaarden (verbindendheid, voorbehouden, procesafspraken)</p> <p>- beoordelen tekst offerte op juridische consequenties (worden er bijvoorbeeld onbedoelde toezeggingen gedaan, wat zijn de arbeidsrechtelijke consequenties e.d.)</p>
LOI	Letter of Intent, ook wel Intentieverklaring of Heads of Agreement genoemd, waarin de afspraken worden gemaakt over de verdere gang van het proces. Onderwerpen die in een LOI aan bod kunnen komen zijn exclusiviteit, het tijdspad, gevolgen van afbreken onderhandelingen, voorwaarden due diligence onderzoek, hoofdlijnen overeenkomst. Gemiddelde doorlooptijd: 2 weken.	- opstellen/beoordelen LOI
Due diligence onderzoek	Onderzoek door leverancier naar de over te nemen activiteiten en eventueel een onderzoek door klant naar de financiële	- onderzoek naar juridische aspecten, zoals vennootschapsrechtelijke structuur, financiële verplichtingen,

Moment	omschrijving	Juridische component
	gegoedheid leverancier en naar diens track record. Gemiddelde doorlooptijd: 3-6 weken	<p>duur, verplichtingen en overdraagbaarheid van over te dragen contracten/licenties e.d.</p> <p>- juridisch kwalificeren van de bevindingen uit de due diligences vanuit andere expertises; zo nodig formuleren van aanvullende garanties, contractvoorwaarden of voorbehouden</p>
Onderhandelingen	<p>Onderhandelingen over het contract en de bijlagen. Aan het begin van de onderhandelingen wordt vaak nog een Best And Final Offer ("BAFO") uitgebracht door leverancier, dat als uitgangspunt wordt genomen voor de onderhandelingen.</p> <p>Aandachtspunt is om snel genoeg aan de bijlagen te beginnen (zoals de service level agreement), zodat deze bij datum ondertekening gereed zijn. Gemiddelde doorlooptijd: 2-4 maanden</p>	- Opstellen/beoordelen contract, advisering rond contract
Tekenen contract		
Transitie	Overgang van de activiteiten van klant naar leverancier; leverancier neemt verantwoordelijkheid over. Gemiddelde doorlooptijd: 1-4 weken	Opstellen noodzakelijke documentatie in verband met overdracht licenties en managen van contracten
Transformatie	Overgang van "as-is" situatie naar een hoger dienstenniveau. Gemiddelde doorlooptijd: 1-6 maanden	
Dienstverlening	Operationele fase. Gemiddelde doorlooptijd: 3-10 jaar	Het contract dient flexibel te zijn om veranderingen in de dienstverlening gemakkelijk te kunnen opvangen, met behoud van de kern van het overeengekomene.
Exit	Einde contract; overgang van de diensten van leverancier naar een opvolgende leverancier of de klant. Gemiddelde doorloop-	Advisering over problemen die hierbij kunnen rijzen.

Moment	omschrijving	Juridische component
	tijd: 6 maanden	

2.3 Bij kleinere transacties of bij standaarddienstverlening zijn de trajecten vaak van kortere duur. Er wordt dan niet altijd een Letter of Intent gesloten, er vindt ook niet altijd een uitgebreid due diligence onderzoek plaats en de doorlooptijden zijn korter. Soms vinden tijdens het onderhandelproces parallelle onderhandelingen plaats met meerdere aanbieders.

### 3. HET OUTSOURCINGSCONTRACT

3.1 Een outsourcingproject bestaat uit twee transacties, namelijk de overgang van activiteiten en de levering van diensten. Enerzijds draagt de klant activiteiten over aan de leverancier, anderzijds levert de leverancier deze activiteiten weer terug in de vorm van dienstverlening.

3.2 De overdracht van activiteiten betreft een eenmalige transactie. De dienstverlening is vaak meerjarig, looptijden van 7 jaar zijn niet ongewoon. Omdat er doorgaans andere belangen zijn gemoeid met de overdracht van de activiteiten dan met de dienstverlening, is het aan te bevelen om beide transacties in verschillende overeenkomsten onder te brengen. In de overnameovereenkomst vormt de overdracht van personeel een bijzonder aandachtspunt (zie paragraaf 3.8). Ook de overdracht van licenties vraagt om extra aandacht (zie paragraaf 3.15). De overnameovereenkomst is vaak een bijlage bij de dienstverleningsovereenkomst. Het primaat van de outsourcing ligt immers bij de dienstverlening. Juist vanwege het primaat van de dienstverlening wordt hieronder uitsluitend stilgestaan bij de dienstverleningsovereenkomst.

3.3 In een dienstverleningsovereenkomst kunnen onder meer de volgende onderwerpen aan de orde komen:

- Definities (paragraaf 3.4)
- Onderwerp van de overeenkomst (paragraaf 3.5)
- Transitie en transformatie (paragraaf 3.6)
- Kwaliteit dienstverlening (paragraaf 3.7)
- Personeel (paragraaf 3.8)
- Continuïteit (paragraaf 3.9)
- Overlegstructuur (paragraaf 3.10)
- Controlemogelijkheden (paragraaf 3.11)
- Prijzen en betaling (paragraaf 3.12)
- Garanties (paragraaf 3.13)
- Aansprakelijkheid (paragraaf 3.14)
- Intellectueel eigendom (paragraaf 3.15)
- Duur en beëindiging (paragraaf 3.16)

- Gevolgen beëindiging/Exit (paragraaf 3.17)
- Toezichtwetgeving (paragraaf 3.18)
- Privacy (paragraaf 3.19)
- Algemene bepalingen (paragraaf 3.20)
- Geschillenregeling, toepasselijk recht en bevoegde rechter (paragraaf 3.21)

In de hierna volgende paragraaf worden deze onderwerpen kort toegelicht.

### 3.4 **Definities**

Een doordacht gebruik van definities houdt de overeenkomst leesbaar. De werkgroep taxonomie van PON houdt zich bezig met het opstellen van eenduidige definities. Het rapport van de werkgroep Taxonomie is raadpleegbaar op de website van PON. Waar mogelijk kunnen deze definities worden gebruikt.

### 3.5 **Onderwerp van de overeenkomst**

Het onderwerp van de overeenkomst dient zo te worden geformuleerd dat het geen beperking oplevert. Immers, outsourcingdiensten zijn dienstig aan de bedrijfsvoering van de klant en die bedrijfsvoering is continu onderhevig aan verandering. De outsourcingdiensten moeten daarom mee kunnen groeien. Soms wordt ook al voorzien in een toekomstige uitbreiding van de diensten. Flexibiliteit van het contract is van het grootste belang.

### 3.6 **Transitie en transformatie**

De transitie is de fase waarin de activiteiten overgaan naar de leverancier (variërend van 1 dag tot enkele weken). Tijdens de transformatie worden de diensten op een hoger niveau gebracht. Doorgaans is daar een periode van 3-9 maanden mee gemeoid.

Vaak wordt overeengekomen dat tijdens transitie en transformatie de dienstverlening in eerste instantie op zogenaamde "as-is"-basis worden uitgevoerd, wat inhoudt dat de dienstverlening wordt gecontinueerd op de huidige voet. Een leverancier zal immers in de regel pas na verloop van tijd in staat zijn om de diensten te verbeteren. Daarvoor is allereerst integratie nodig van de dienstverlening met de organisatie van de leverancier en een beter inzicht in de dienstverlening en de processen van de klant. De praktijk wijst uit dat ondanks uitvoerige due diligence onderzoeken, de leverancier veelal pas na overname het volledige inzicht krijgt dat nodig is voor het doorvoeren van een verbeteringslag.

De transitie en transformatie wordt vaak ook gebruikt om de zogenaamde "hidden services" in kaart te brengen. Dit zijn diensten waar de klant wel behoefte aan heeft, maar die niet zijn omschreven in de RFP of in de service level agreements. Het blijkt immers bijna altijd onmogelijk om de dienstverlening voor 100% te ondervangen. Een goede regeling over de transactie en transformatie bevat dan ook bepalingen over hoe wordt omgegaan met hidden services. Daarbij zijn grofweg twee benaderingen mogelijk. Enerzijds kan worden bepaald dat de leverancier gehouden is het service level agreement uit te voeren en slechts tot meerwerk gehouden is nadat daar overeenstemming over is bereikt ("nee, tenzij"). Anderzijds kan worden bepaald dat de leverancier de as-is situatie onverkort moet uitvoeren, maar als blijkt dat de omvang daarvan afwijkt van hetgeen is omschreven in het service level agreement de dienstverlener recht heeft op aanvullende vergoeding ("ja, maar"). Partijen doen er goed aan de procedures rond contractwijzigingen (change management) gedetailleerd te beschrijven in de overeenkomst of een bijlage, teneinde het contract bestuurbaar te houden.

Tijdens de transitie zal de klant vaak softwarelicenties beschikbaar stellen dan wel overdragen aan de leverancier. Zonodig dienen daartoe aanvullende of nieuwe afspraken te worden vastgelegd met de betreffende softwareleveranciers. Een en ander wordt doorgaans (deels) vastgelegd in de overnameovereenkomst (zie ook paragraaf 3.15).

### 3.7 **Kwaliteit dienstverlening**

Uiteraard bevat een overeenkomst enkele algemene aanwijzingen over de kwaliteit van de dienstverlening. Bijvoorbeeld wordt bepaald dat dienstverlening voldoet aan algemeen aanvaarde normen.

De kern van de dienstverlening wordt vastgelegd in een service level agreement, een bijlage bij de overeenkomst. Een service level agreement bevat een beschrijving van de diensten op detailniveau, met de bijbehorende kwaliteitsnorm (zoals beschikbaarheid, responstijd of frequentie), gekoppeld aan een meetperiode. Onderdeel hiervan moet ook zijn een rapportageverplichting.

Onderdeel van de service level agreement zijn tevens de retained services, de werkzaamheden die bij de klant achterblijven. Vaak is voor de uitvoering van de diensten van belang dat dergelijke werkzaamheden correct en tijdig worden uitgevoerd. Gezien die afhankelijkheid is het van belang deze diensten goed te beschrijven.

Vaak wordt ook een algemene eis opgenomen om te innoveren en in de pas te lopen met technologische ontwikkelingen. Commercieel punt is dan hoe met de kosten hiervan wordt omgesprongen.

Een klanttevredenheidsonderzoek maakt vaak ook deel uit van de kwaliteitsbepalingen. Alhoewel partijen in tevredenheidsonderzoeken vaak een belangrijke indicatie zien voor het succes van een outsourcing, is men in de praktijk vaak huiverig om hier een doorslaggevend belang aan te hechten. Immers, zeker in het begin van een outsourcingstransactie zal de klanttevredenheid vaak afnemen. Een simpele verklaring hiervoor is dat gebruikers minder remmingen hebben om te klagen over een externe leverancier dan over hun eigen collega's.

Als sluitstuk van een kwaliteitsbepaling wordt vaak een systeem van service credits overeengekomen. Zeker bij de grotere contracten worden voor kritische service levels boetes afgesproken. Soms wordt dit ook gekoppeld aan een bonussysteem, waarbij de leverancier bij overpresteren recht heeft op een bonus of terugverdienen van boetes.

### 3.8 **Personeel**

Afhankelijk van de diensten die worden geleverd, kan een klant eisen stellen aan de kwaliteit van het personeel van de leverancier. Dit zal met name spelen indien de persoon een belangrijke rol vervult in de dienstverlening. Er wordt dan ook wel gesproken van sleutelpersoneel. Vaak wordt bepaald dat sleutelpersoneel niet zonder meer mag worden vervangen.

Aandachtspunt vormt het overgenomen personeel. Van de leverancier wordt doorgaans verwacht dat hij personeel overneemt en het is dan ook redelijk om te bepalen dat dit personeel geacht wordt te voldoen aan de eisen die de klant aan het personeel stelt.

De arbeidsrechtelijke aspecten rond de overgang van onderneming zijn gecompliceerd. De PON werkgroep HR heeft een rapport uitgebracht over verschillende aspecten daarvan. De rapportage is raadpleegbaar via de website van PON. In sommige gevallen kan personeel dermate belangrijk zijn, dat de overgang van dat personeel als ontbindende voorwaarde moet worden opgenomen in het contract: indien het personeel niet overkomt, gaat de deal niet door.

### 3.9 Continuïteit

Hoe belangrijker de uitbestede activiteiten zijn voor de continuïteit van de onderneming van de klant, des te meer aandacht besteed moet worden aan het borgen van continuïteit van de dienstverlening. Dan kan een regeling over disaster recovery en business continuity worden opgenomen, waarin bijvoorbeeld is geregeld op welke wijze wordt uitgeweken bij calamiteiten.

In sommige contracten zijn ook zogenaamde step-in rights geregeld. Dit zijn rechten van de klant om bij bepaalde triggers (bijvoorbeeld bij ernstige wanprestatie of serieuze financiële moeilijkheden van leverancier) in te stappen en de dienstverlening over te nemen. Een dergelijke bepaling zal vaak onderwerp zijn van hevige discussie, omdat de leverancier uiteraard liever geen bemoeienis heeft met zijn bedrijfsvoering. Daarnaast, in het geval van outsourcing zal het nu juist vaak de bedoeling zijn dat wordt geconsolideerd en dat verschillende klanten vanuit één gemeenschappelijke fabriek worden bediend, hetgeen schaalvoordelen met zich meebrengt en kostenreductie. In een dergelijk geval kan een leverancier niet toestaan dat één van zijn klanten de bediening van de fabriek overneemt, omdat dat ook impact zal hebben op de dienstverlening aan andere klanten.

In het kader van continuïteit is een goede exitregeling onontbeerlijk, zie hieronder.

### 3.10 Overlegstructuur

Het is van belang de aansturing van een outsourcingstransactie goed te regelen. Doorgaans worden verschillende overlegorganen in het leven geroepen die ieder op een eigen niveau en op een bepaalde frequentie overleggen. Zo zullen er vaak overlegvormen zijn voor de meer operationele afstemming van de dienstverlening, maar ook overlegniveaus waar tactische en strategische beslissingen worden besproken. Een gelaagde structuur van overleg biedt een escalatiepad bij problemen en borgt dat geschillen op een zakelijke manier worden opgelost.

### 3.11 Controlemogelijkheden

Een klant zal inzicht willen hebben in de kwaliteit van de dienstverlening.

Een minimale controle is de rapportage over het behalen van de service levels.

Daarnaast zal een klant, afhankelijk van de diensten die worden geoutsourced, ook willen weten of de gegevensverwerking en de processen bij de dienstverlener op orde zijn. De meeste dienstverleners zullen in dat kader een zogenaamde TPM (Third Party Memorandum) afgeven, een verklaring van een onafhankelijke accountant over de processen van de leverancier. Een klant die nog grotere controle wenst te hebben, zal moeten bedingen dat een door hem aan te wijzen accountant een audit mag verrichten bij de dienstverlener. De vraag is daarbij altijd wat de scope zal zijn van de audit. Dient de audit beperkt te worden tot de kwaliteit van de processen en systemen, of kan de audit zich ook uitstrekken naar de vergoedingen.

Bedacht moet worden dat een leverancier niet alle informatie kan verstrekken die een klant wellicht wenst te ontvangen, zeker niet indien de leverancier beursgenoteerd is.

Soms wordt benchmarking overeengekomen. In een benchmarkbepaling wordt geregeld dat de verhouding tussen kosten en de kwaliteit van de diensten wordt getoetst aan de marktstandaard. Bij een benchmarkregeling zal onder meer bepaald moeten worden welke diensten wordt vergeleken, met wie wordt vergeleken, wanneer het mag gebeuren (bijvoorbeeld niet de eerste drie jaar), wie de benchmark mag uitvoeren, wie de kosten draagt die met de benchmarking zijn gemoeid en wat de consequenties zijn voor benchmarking. Omdat iedere outsourcing toch zijn eigen unieke randvoorwaarden kent, zal het vaak moeilijk zijn om een eerlijke benchmark te verrichten waarbij alle randvoorwaarden



worden verdisconteerd. Omdat benchmarking een praktisch moeilijke en vaak ook zeer kostbare exercitie is, wordt de benchmarkbepaling in de praktijk doorgaans niet zo snel uit de kast gehaald.

### 3.12 Prijzen en betaling

Het onderdeel prijzen en betaling zal met name worden ingegeven door de commerciële randvoorwaarden.

Er zijn verschillende vergoedingsstructuren mogelijk. Voor bepaalde diensten kan met vaste vergoedingen worden gewerkt, gekoppeld aan bandbreedtes zodat enige flexibiliteit mogelijk is. Voor sommige diensten leent zich het mechanisme waarbij wordt gewerkt met prijs per eenheid. Dit geeft de klant maximale flexibiliteit.

Vaak zal een leverancier een minimaal gegarandeerde omzet willen afspreken om de investeringen (waaronder personeelskosten) te kunnen terugverdienen.

Soms wordt een regeling opgenomen over het realiseren van besparingen. Hier zijn vele varianten mogelijk. Doorgaans wordt gekozen voor een constructie waarbij besparingen deels ten goede komen aan de leverancier, zodat ook bij hem een incentive bestaat om te zoeken naar innovaties die kosten besparen.

De transitiekosten kunnen of separaat in rekening worden gebracht of worden verrekend in de prijzen voor de dienstverlening. In dat laatste geval zal het minder eenvoudig zijn om te benchmarken.

Onderhandelpunt vormt altijd de indexatie van tarieven. De vraag is niet alleen tegen welke index geïndexeerd wordt, maar ook wanneer er voor het eerst geïndexeerd mag worden.

### 3.13 Garanties

In de garanties worden de belangrijkste verplichtingen geëxpliciteerd. Hoe sterker de verplichtingen in de overige onderdelen van de overeenkomst worden verwoord, hoe minder noodzaak er is om de garanties volledig af te dichten.

### 3.14 Aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid is meestal het hardnekkigste onderhandelpunt. De vraag is daarbij of het uitbesteden ook betekent dat de aansprakelijkheid wordt uitbesteed. De dag voor outsourcing komt een bedrijfsstoring nog voor rekening van de klant. Is het dan redelijk dat de dag na outsourcing dezelfde verstoring volledig voor rekening van de leverancier komt?

In beginsel zal een klant de leverancier willen kunnen aanspreken voor alle schade die de klant lijdt ten gevolge van een tekortkoming. Aan de andere kant zal een leverancier zijn aansprakelijkheidsrisico's willen kanaliseren, om de continuïteit van zijn bedrijfsvoering niet in gevaar te brengen. Een leverancier heeft vaak meerdere klanten en is ook jegens de andere klanten verplicht zijn aansprakelijkheid te beperken, zodat ook de continuïteit van dienstverlening aan andere klanten maximaal gewaarborgd is.

In de praktijk wordt vaak gewerkt met een onderscheid tussen directe schade en gevolgschade. Dit zijn termen die zijn komen overwaaien uit het Anglosaksische rechtssysteem. Beide termen zijn niet gefundeerd op de Nederlandse wet. Dit betekent dat rechters vrij zijn om een interpretatie te geven van directe en gevolgschade. In dat kader is het niet onverstandig deze definities nader uit te werken in het contract. Partijen zijn daar in beginsel vrij in.

Vaak wordt aansprakelijkheid voor directe schade beperkt tot de contractwaarde, met een bepaald maximum en wordt aansprakelijkheid voor gevolgschade nog verder beperkt, of zelfs uitgesloten. Onder directe schade wordt vaak verstaan schade aan het geleverde zelf en de kosten om het geleverde te laten voldoen aan de overeengekomen specificaties. Gevolgschade omvat veelal financiële schade, zoals winstderving, schade door bedrijfsstagnatie, leegloop etc.

In een aansprakelijkheidsregeling zal ook de afhankelijkheid tot derden tot uitdrukking moeten komen. Zeker voor zover de diensten van leverancier bestaan uit het doorleveren van standaardsoftware, kan van een leverancier veelal niet geëist worden dat terzake meer aansprakelijkheid wordt aanvaard dan de betreffende pakketleverancier wenst te aanvaarden. De ervaring leert overigens dat met dergelijke pakketleveranciers niet of slechts in beperkte mate valt te onderhandelen over de voorwaarden.

### 3.15 **Intellectueel eigendom**

Een lastig onderwerp betreft het intellectueel eigendom. Bij wie komen de rechten op nieuw te ontwikkelen materialen en software te liggen?

De discussie zal zich daarbij vaak toespitsen op de vraag of ontwikkelde software bedoeld is voor generieke toepassing, dan wel specifiek op maat wordt gemaakt voor een klant. Met name in dat laatste geval is het niet onredelijk dat de intellectuele eigendomsrechten bij de klant komen te berusten. Wat daarbij ook speelt zijn de ontwikkelkosten. Indien de klant alle ontwikkelkosten draagt, is het niet onredelijk dat hij ook de rechten krijgt.

Een probleem vormt vaak de software die afkomstig is van derden. Deze zullen in het algemeen minder snel genegen zijn om intellectuele eigendomsrechten over te dragen aan een klant. Bovendien zullen deze derden ook vaak specifieke gebruiksvoorwaarden en beperkte aansprakelijkheidsclausules hanteren. Een leverancier zal veelal moeilijk kunnen afwijken van die voorwaarden en het is dan ook niet ongebruikelijk dergelijke voorwaarden één op één door te zetten naar de klant.

Bij software wordt in sommige gevallen ook een escrowregeling afgesproken, waarbij de broncodes van de software worden gedeponneerd bij een neutrale, derde partij. In het geval van faillissement of andere noodgevallen is de klant dan gerechtigd de software uit het depot te nemen, zodat hij de software kan blijven gebruiken voor zijn bedrijfsvoering.

In het kader van de overdracht van activiteiten vormen softwarelicenties een bijzonder aandachtspunt. Teneinde de diensten uit te kunnen voeren, is het vaak noodzakelijk dat de klant licenties overdraagt aan de leverancier, dan wel dat de leverancier in staat wordt gesteld bepaalde licenties te gebruiken. Een leverancier beschikt daarbij overigens vaak al over contracten voor de gangbare bedrijfsapplicaties, maar dat is niet altijd het geval bij bijzondere, bedrijfsspecifieke software. Doorgaans kunnen softwarelicenties slechts worden overgedragen aan een externe leverancier of door de externe leverancier worden gebruikt na betaling van een aanvullende licentievergoeding. Het is daarom zaak om al in de voorbereidingsfase nader stil te staan bij de bedrijfskritische licenties, de overdraagbaarheid en de daarmee gemoeide kosten. Dit te meer omdat de licentieportefeuille niet altijd op orde is. Niet zelden vormen additionele licentiekosten een lelijke streep door de business case. Ook in de exitfase speelt deze problematiek, maar het betreft dan de overdracht van de leverancier naar de klant of de opvolgende leverancier. In een outsourcingcontract zal daarom moeten worden geregeld hoe wordt omgegaan met softwarelicenties van derden, wie de kosten draagt van overdracht/gebruik en welke alternatieven gelden indien overdracht onverhoopt geen optie blijkt te zijn. De initiële overdracht van licenties wordt doorgaans geregeld in de overnameovereenkomst.

### 3.16 **Duur en beëindiging**

De gunstige effecten van een outsourcingstransactie doen zich vaak pas gevoelen indien een langdurig contract wordt afgesloten. Een duur van zeven jaar is niet ongebruikelijk. Indien de klant akkoord gaat met een dergelijke lange duur, zal hij goed willen regelen dat hij er tussentijds van af kan in geval van wanprestatie. Het is gebruikelijk om daarbij naast een algemene vangnetbepaling inzake wanprestatie, ook specifieke gevallen te benoemen waarin mag worden ontbonden, bijvoorbeeld bij het niet halen van bepaalde key performance indicators.

### 3.17 **Gevolgen beëindiging/Exit**

De exitbepaling is één van de belangrijkste bepalingen uit een outsourcingovereenkomst. De exitbepaling is bedoeld om de continuïteit van de dienstverlening te waarborgen indien partijen uit elkaar gaan en regelt de overdracht van de dienstverlening naar de klant of een volgende leverancier. Doorgaans is daarmee een periode van maximaal 6 maanden gemeoid.

Het verdient de voorkeur de voorwaarden voor een exitregeling vooraf te regelen, zodat onnodige conflicten worden voorkomen op het moment dat partijen uit elkaar gaan en de relatie wellicht niet meer zo goed is als bij ondertekening van het contract.

Een exitregeling dient in ieder geval te regelen hoe gegevens worden overgedragen, of er eventueel softwarelicenties (zie paragraaf 3.15) of andere middelen worden overgedragen en of de klant gerechtigd is om het personeel van leverancier arbeidscontracten aan te bieden. Overigens kan er bij einde contract ook sprake zijn van een overgang onderneming, waarbij de werknemers van rechtswege overgaan.

Aan een exitregeling zijn kosten verbonden, die de leverancier doorgaans in rekening wenst te brengen bij de klant. Vaak ontstaat er discussie over deze kosten en of de klant deze moet betalen indien wordt ontbonden ingeval van wanprestatie door de leverancier. In dat kader wordt wel betoogd dat vergoeding van kosten de leverancier wellicht meer motiveert om zijn best te doen, waarmee de klant dan het meeste is gebaat.

### 3.18 **Toezichtwetgeving**

In gereguleerde markten zal rekening moeten worden gehouden met de toezichtwetgevers. Dit speelt met name in de financiële wereld, waar De Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten uitgebreide richtlijnen hebben over outsourcing en de inrichting van IT-processen. Deze richtlijnen eisen onder meer dat afspraken schriftelijk worden vastgelegd in een service level agreement, dat er een mogelijkheid moet zijn voor audits, dat de exit goed moet worden geregeld en dat de risico's van outsourcing in kaart moeten zijn gebracht.

Grotere ondernemingen hebben ook al snel te maken met de Amerikaanse Sarbanes Oxly Act ("SOX"). In dat kader worden vaak regelingen opgenomen over het afgeven van SAS 70 type II verklaringen.

Voor outsourcingstransacties waarbij veel activiteiten worden overgedragen, dient ook rekening te worden gehouden met het concentratietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

### 3.19 **Privacy**

Bij de meeste outsourcings zullen ook persoonsgegevens worden verwerkt door de leverancier. Het contract moet zo worden ingericht dat wordt voldaan aan de Wet bescherming persoonsgegevens. In sommige gevallen zal een leverancier kwalificeren als bewerker. In dat geval dient te worden voldaan aan artikel 14 van de Wet bescherming per-

soonsgegevens en dienen bepaalde verplichtingen schriftelijk te worden vastgelegd. In veel gevallen zal het verwerken van persoonsgegevens echter een klein onderdeel zijn van de totale dienstverlening en zal de dienstverlener kwalificeren als verantwoordelijke en uit dien hoofde zelfstandig aansprakelijk zijn krachtens de Wet bescherming persoonsgegevens.

Voor zover het de bedoeling is om persoonsgegevens buiten Europa te brengen, dient rekening te worden gehouden met het strenge exportregime uit de Wet bescherming persoonsgegevens. Bijvoorbeeld de doorgifte van persoonsgegevens naar India is niet zonder meer toegestaan. In dat kader kan het noodzakelijk zijn om een exportvergunning aan te vragen bij de Minister van Justitie.

### 3.20 **Algemene bepalingen**

Uiteraard dient het contract de gebruikelijke algemene bepalingen te bevatten, zoals bepalingen inzake partiële nietigheid en het vervallen van eerdere afspraken ("vier-hoekenbeding").

### 3.21 **Geschillenregeling, toepasselijk recht en bevoegde rechter**

Sluitstuk van het contract vormt doorgaans de geschillenregeling.

Vaak wordt geregeld dat partijen een escalatieprocedure doorlopen voordat het geschil voor de rechter wordt gebracht. Soms wordt er voor gekozen om ook te voorzien in mediation of in een (bindend) adviesregeling.

In internationale contracten kan nog discussie ontstaan over welk recht de overeenkomst dient te beheersen en aan welke college geschillen moeten worden voorgelegd.

In de regel zal een contractpartij willen vasthouden aan het recht van haar plaats van vestiging (in Nederland dus Nederlands recht). Alhoewel de westerse rechtssystemen veel op elkaar lijken, zijn er toch belangrijke lokale verschillen. Bij een keuze voor buitenlands recht is het dan ook verstandig om een buitenlandse jurist te betrekken.

Daarnaast moet worden bepaald in welk land wordt geprocedeerd. In het algemeen ligt het voor de hand te kiezen voor een rechter uit hetzelfde land als het toepasselijk rechtstelsel. Een Nederlandse rechter is bijvoorbeeld niet thuis in Duits recht.

In plaats van de rechter kan worden gekozen voor arbitrage. In beginsel is in Nederland de kwaliteit van beide gelijkwaardig. De keuze is vaak een kwestie van smaak. Daarbij wordt dan soms ook nog onderscheid gemaakt tussen technische problemen of financiële problemen. Bij geschillen van technische aard kan dan gekozen worden voor arbiters met een technische achtergrond, terwijl van geschillen van financiële aard bijvoorbeeld gekozen kan worden voor een accountant.

Bij internationale outsourcing speelt ook nog mee de executie van een arbitraal of gerechtelijk vonnis. Zo zal een Nederlands vonnis niet zonder meer ten uitvoer kunnen worden gelegd in Amerika. Omdat de meeste landen zijn aangesloten bij het Arbitrageverdrag van New York en arbitrale vonnissen dan wel ten uitvoer kunnen worden gelegd, wordt in internationale contracten eerder voor arbitrage gekozen.

Indien het contract in het Engels is opgesteld maar Nederlands recht van toepassing is, verdient het de voorkeur om bepaalde juridische termen ook in het Nederlands toe te voegen aan het contract, zodat een eenduidige interpretatie is gewaarborgd.

3.22 Uiteraard zal een contract altijd moeten worden toegespitst op de specifieke omstandigheden van de transactie en kan het noodzakelijk zijn aanvullende onderwerpen te behandelen danwel de hierboven besproken onderwerpen niet te behandelen of een andere invulling te geven.

#### 4. PITFALLS AND LESSONS LEARNED

In de afgelopen jaren hebben in outsourcing gespecialiseerde juristen het volgende geleerd:

1. Zonder een goede en gedetailleerde Service Description biedt zelfs het beste contract onvoldoende zekerheid en bescherming. Dit is in het belang van beide partijen.
2. Een vage Service Description is doorgaans in het nadeel van de klant. Wat vaag is omschreven kan op meerdere manieren worden verricht.
3. Juristen moeten bij grotere projecten bij voorkeur worden ingeschakeld voordat het Request for Proposal (RFP) wordt verzonden.
4. Het opnemen van een conceptcontract in het RFP voorkomt te opportunistisch bieden door sommige dienstverleners.
5. Het opnemen van een conceptcontract in het RFP heeft voor de klant het strategisch voordeel dat wordt begonnen met een document op maat dat de door hem gewenste positie bevat.
6. Het conceptcontract moet evenwichtig zijn. Het inzetten op een zeer eenzijdig contract verlengt de onderhandelingen en leidt niet tot een beter resultaat voor de klant.
7. Men moet vroegtijdig beginnen met het opstellen en onderhandelen van de belangrijkste bijlagen. Dit kost namelijk meer tijd dan men denkt. Daar moeten op enig moment juristen bij worden betrokken om de onderhandelingen te faciliteren en de eindredactie te voeren. Hierdoor wordt voorkomen dat partijen denken dat ze over hetzelfde praten en het eens zijn terwijl dit niet het geval is alsmede dat de bijlagen strijdig zijn met andere bijlagen, het contract of met andere delen van dezelfde bijlage.
8. De structuur van de contracten moet zo eenvoudig zijn als de eventuele fiscale eisen toestaan. Dus geen ingewikkelde kerstbomen.
9. Joint ventures tussen de dienstverlener en de klant zijn slechts zelden nuttig. In wezen zijn ze strijdig met de grondgedachte van outsourcing omdat men via een joint venture toch betrokken blijft bij de dienst.
10. De onderhandelingen over pensioenen en andere arbeidsvoorwaarden zijn ingewikkeld en netelig. Partijen komen nogal eens in een laat stadium voor onaangename financiële verrassingen te staan. Daar moet vroegtijdig naar gekeken worden.
11. De klant moet zich ervan overtuigen dat de dienstverlener voldoende marge overhoudt. Het uitpersen van de citroen in de biedingsfase waarin niemand nee durft te zeggen is gevaarlijk. Te weinig marge is een recept voor problemen na ondertekening van het contract. Laat het proces daarom niet leiden door de afdeling inkoop, tenzij deze zich hiervan terdege bewust is.
12. Outsourcen is geen one off M&A deal. De keiharde onderhandelingstrategie die bij overnames heel nuttig kan zijn werkt niet bij outsourcing. Partijen moeten na tekening samen verder.
13. De planning van het project van het verzenden van het RFP tot ondertekening van de contracten moet realistisch zijn. Klanten zijn nogal eens te ambitieus en

halen vervolgens hun eigen overspannen planning niet. Betrek deskundige juristen bij de planning; zij hebben het vaker gedaan.

14. De contracten moeten flexibel zijn. Het moet eenvoudig zijn om het contract aan te passen aan wijzigingen van het project. Vele outsourcing projecten zijn moving targets.
15. Onderzoek de technische infrastructuur van de bidders vroegtijdig. In bijna iedere outsourcing krijgt de dienstverlener de beschikking over persoonsgegevens en verkeer buiten de EU kan showstoppers opleveren.
16. De belangrijkste onderhandelingsteams moeten bestaan uit commerciële en juristen. Separate teams werken niet en verlengen het onderhandelingsproces.
18. Klanten zijn wel eens geneigd de service levels die ze zelf halen te rooskleurig voor te stellen. Als die vervolgens (ook) door de dienstverlener niet worden gehaald ontstaan problemen.
19. Klanten zijn ook geneigd aan teveel service levels credits te koppelen. Beperk dat tot de echt belangrijke levels.
20. Do not outsource a problem. Reorganiseer eerst zelf.