

Outsourcing: it takes two to tango

Een verkenning van het fenomeen outsourcing

P.G. van der Putt¹

1. INLEIDING

Outsourcing is een dans waarin klant en leverancier innig zijn verstrengeld. Wie leidt, wie volgt? Het spanningsveld tussen samenwerking en zelfstandigheid, eigen verantwoordelijkheid nemen en de verantwoordelijkheid bij de ander onderbrengen, maakt outsourcing voor juristen een uitdagend maar moeilijk terrein. Dit artikel beoogt een algemene inleiding te geven over het fenomeen outsourcing, doorspekt met ervaringen uit de praktijk en met een bijzondere nadruk op de outsourcingovereenkomst. Daarbij zullen enkele aspecten uit het spanningsveld tussen klant en leverancier nader worden belicht.

2. WAT IS OUTSOURCING?

2.1 *Definitie outsourcing*

Outsourcing is het uitbesteden van één of meer activiteiten². Activiteiten kunnen vrijwel alle werkzaamheden omvatten die binnen een onderneming worden verricht, zoals het voeren van salarisadministratie, het onderhouden van de gebouwen, het bieden van IT-ondersteuning of het verzorgen van distributie van goederen. Doorgaans zijn er twee partijen bij een outsourcing betrokken, de klant en de leverancier. De klant verkoopt activiteiten aan de leverancier, terwijl de leverancier de werkzaamheden die met de activiteiten werden verricht, weer teruglevert aan de klant in de vorm van dienstverlening. Het is uiteraard ook mogelijk dat er meerdere leveranciers bij zijn betrokken of dat leverancier en klant gezamenlijk andere klanten proberen te interesseren voor hun outsourcingproduct (bijvoorbeeld in het geval van een shared service center).

2.2 *De grenzen: Facility management en BPO*

Er zijn vele vormen van outsourcing. De ondergrens wordt bereikt wanneer er geen activa overgaan van klant naar leverancier. Er is dan eigenlijk geen sprake meer van outsourcing, omdat geen activiteiten worden uitbesteed. Een vorm van dienstverlening die dicht tegen outsourcing aanzit wordt wel "*facility management*" genoemd. Daarbij moet gedacht worden aan het uitbesteden van het beheer en/of onderhoud van apparatuur of gebouwen. De dienstverlener is dan feitelijk niet meer dan de monteur die zich met de buitenkant bezig houdt, waarbij de klant eigenaar blijft en verantwoordelijk blijft voor het gebruik van de faciliteiten. Aan de andere kant van het spectrum staat de BPO (Business Process Outsourcing), waarbij de leverancier een bedrijfsproces volledig overneemt, dus ook de inhoudelijke kant. Een voorbeeld van een BPO is de uitbesteding van de polisverwerking door een verzekeraar. De leverancier dient dan niet alleen de polisverwerkingssoftware in de lucht te houden en te onderhouden ("*managed services*"), maar de software ook daadwerkelijk te bedienen en de polissen ook daadwerkelijk op te stellen, printen en versturen ("*exploitatie*"). De leverancier zal verantwoordelijk zijn voor het up-to-date houden van de software en hardware en zal terzake de investeringsbeslissingen moeten nemen.

2.3 *Trends: Offshore outsourcing, Shared Service Center en ASP*

Een betrekkelijke nieuwe vorm van outsourcing is de offshore outsourcing, ook wel "*offsourcing*" genoemd. Bij offshore outsourcing worden activiteiten uitbesteed aan een leverancier over de grens. Met name Amerikaanse en Engelse ondernemingen hebben

¹ Polo van der Putt is advocaat in Amsterdam en legt zich in het bijzonder toe op outsourcing.

² Vergelijk *Outsourcing: saving (in) the IT industry*, L. Moerel, Computerrecht 2002/3, p. 122 e.v., paragraaf 1.

customer care activiteiten uitbesteed aan leveranciers in lagelonenlanden, zoals India. In vloeiend Engels worden consumenten dan te woord gestaan via een nationaal telefoonnummer, zonder dat de consument merkt dat hij met India is doorgeschakeld. Verwacht wordt dat de markt van offshore outsourcing de komende jaren sterk zal toenemen³.

Een andere nieuwe variant van outsourcing is het zogenaamde shared service center. Doel van een shared service center is dat verschillende klanten één leverancier delen, waarmee door efficiency voordelen extra besparingen kunnen worden gerealiseerd. Een voorbeeld is de voorgenomen uitbesteding van de salarisadministratie door alle ministeries aan een nog in te richten Shared Service Center HRM⁴. Een ander voorbeeld is een shared service center waar verzekeraars en vermogensbeheerders hun levensverzekeringen en beleggingsrekeningen kunnen laten administreren⁵.

De laatste tijd doet ook ASP (Application Service Providing) van zich horen. ASP is een vorm van dienstverlening waarbij de klant op afstand, via telecommunicatie, diensten kan afnemen. De computer en software die de klant gebruikt staan dan bij de leverancier. Bij ASP is slechts sprake van een outsourcing als ook daadwerkelijk activiteiten overgaan naar de dienstverlener. Daarvan zal in het reguliere geval niet snel sprake zijn.

2.4 *Outsourcingsmarkt*

Outsourcing gaat ver terug. Zo hebben verzekeraars al eeuwen geleden de verkoop van polissen (deels) uitbesteed aan verzekeringsagenten. Toch lijkt de media te suggereren dat outsourcing iets is van de laatste tijd. In Nederland hebben de afgelopen jaren enkele grote outsourcings plaatsgevonden⁶, zoals de uitbesteding van de ICT-activiteiten ten behoeve van Wholesale Clients door ABN AMRO aan EDS (contractwaarde 1,3 miljard euro)⁷. Vorig jaar nog heeft PCM haar IT-activiteiten uitbesteed aan PinkRoccade (geschatte contractwaarde 100 miljoen euro)⁸. De markt voor offshore outsourcing zou dit jaar zelfs met 40% groeien⁹.

3. WAAROM OUTSOURCEN?

3.1 *Redenen voor outsourcing*

Er zijn verschillende redenen die een onderneming kunnen doen besluiten om een activiteit uit te besteden¹⁰.

3.1.1 *Kostenbesparing*

³ Zie bijvoorbeeld Kim Loohuis, *Groener Gras binnen handbereik*, Computable in bedrijf, 13 juni 2003, nr 24, p. 34, www.computable.nl.

⁴ Zie het persbericht Kabinetsstandpunt Vernieuwing HRM-stelsel Rijk, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Persbericht ministerraad, 31 januari 2003, raadpleegbaar via http://www.minaz.nl/actueel/persber_minraad/index.html.

⁵ Zie als voorbeeld de website van Uniserv Outsourcing BV, www.uniserv.nl.

⁶ Zie het artikel *ICT over de muur, Uitbesteden in Nederland: vertrouwen op Allah, maar let op je kamelen*, Rik Sanders, Computable 14 maart 2003, raadpleegbaar via <http://www.computable.nl/artikels/archief3/d11rs3xu.htm>, en de daarin vermelde top-10 lijsten.

⁷ Zie persbericht van ABN Amro van 24 december 2002, www.abnamro.com.

⁸ Zie het persbericht van PinkRoccade van 4 juni 2003, www.pinkroccade.com. Auteur was als adviseur van één der partijen betrokken bij deze transactie.

⁹ Zie bijvoorbeeld Kim Loohuis, *Groener Gras binnen handbereik*, Computable in bedrijf, 13 juni 2003, nr 24, p. 34, www.computable.nl.

¹⁰ Zie ook *Outsourcing: saving (in) the IT industry*, L. Moerel, Computerrecht 2002/3, p. 122 e.v., paragraaf 3.

Een veel voorkomende reden is kostenbesparing. Externe leveranciers kunnen door het behalen van schaalvoordelen, het optimaler inzetten van personeel en hun specialistische kennis dezelfde werkzaamheden in de regel verrichten tegen lagere kosten.

Door gebruik te maken van de reeds bij de leverancier aanwezige voorzieningen (bijvoorbeeld een back-up voorziening), kan worden voorkomen dat nieuwe investeringen moeten worden gedaan. Daarnaast zal een leverancier investeringen in nieuwe voorzieningen om slaan op alle klanten die er gebruik van maken, waardoor de investeringen worden gedeeld. Bijkomend voordeel is dat een aantal voorzieningen vaak in de vergoeding van de dienstverlening zal worden verdisconteerd, waardoor investeringen over een langere periode kunnen worden uitgesmeerd.

Toch zou het een misvatting zijn van klanten om automatisch van kostenbesparing uit te gaan. Een outsourcing kost niet zelden meer dan oorspronkelijk voorzien¹¹. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat een klant, daartoe in verleiding gebracht door de leverancier, in de praktijk dikwijls blijkt te kiezen voor een meer aangeklede - en dus duurdere - vorm van dienstverlening dan oorspronkelijk voorzien.

3.1.2 Verkrijgen kapitaal

De verkoop van de activiteiten zal doorgaans kapitaal opleveren in de vorm van de koopprijs. Dit kan een (bijkomende) reden zijn om activiteiten uit te besteden. De klant zal zich er daarbij wel van bewust moeten zijn dat de koopprijs in de regel zal worden verdisconteerd in de vergoeding voor de diensten. Aangezien het gebruikelijk is om de diensten periodiek, over een langere termijn in rekening te brengen, zal de klant de koopprijs uiteindelijk in termijnen terugbetalen aan de leverancier.

3.1.3 Concentreren op kernactiviteiten

Veel ondernemingen hebben de wens om zich te concentreren op hun kernactiviteiten. Het zijn vaak ook de activiteiten die niet tot de kernactiviteiten worden gerekend die worden uitbesteed, zoals catering of salarisverwerking.

3.1.4 Kwaliteitsverbetering

Voor het verrichten van bepaalde activiteiten kunnen hoogwaardige informatiesystemen en specialistische kennis nodig zijn. Investeringen in informatiesystemen kunnen het resultaat van een onderneming drukken. Ook zal het voor een gemiddelde onderneming minder eenvoudig zijn om alle specialistische kennis in huis te halen en te houden. Leveranciers daarentegen beschikken vaak wel over state of the art techniek en vakbekwaam personeel, waardoor zij de werkzaamheden op een hoger niveau zullen kunnen verrichten.

3.1.5 Behouden activiteit op langere termijn

De reden voor het uitbesteden van activiteiten kan ook gelegen zijn in de wens naar behoud van een activiteit. Op het eerste gezicht lijken uitbesteding en behoud van activiteiten tegenstrijdige doelstellingen te zijn. Dat is echter niet altijd het geval. Zeker in tijden van economische tegenspoed, kunnen aandeelhouders of een buitenlandse moedermaatschappij vragen om bepaalde activiteiten af te stoten, om daarmee een kapitaalinjectie te krijgen of bijvoorbeeld het aantal

¹¹ Vergelijk *Outsourcing minder goedkoop dan verwacht*, 18 december 2003, http://www.endeavour.nl/articles/wereld/article_2003_11_18_2350.shtml.

werknemers ("*head count*") te doen afnemen. Indien een (locale) onderneming desalniettemin van oordeel is dat de af te stoten activiteit voor de toekomst behouden dient te worden, kan een tijdelijke outsourcing daartoe een goed middel zijn. De transactie moet dan zo worden vormgegeven dat de activiteiten worden "geparkeerd" bij de leverancier, met de optie om de activiteiten na verloop van tijd weer terug te nemen.

3.2 *Nadelen van outsourcing*

De nadelen van een outsourcing laten zich eenvoudig raden. Zeker indien een bedrijfskritisch proces wordt afgestoten, kan een onderneming te afhankelijk worden van een leverancier. De outsourcingende onderneming raakt een stuk zeggenschap kwijt. Ook bestaat er altijd de kans dat de leverancier failliet gaat, of in andere handen komt. Outsourcing betekent bijna per definitie dat voor belangrijke strategische beslissingen of investeringsbeslissingen minder vrijheid bestaat. De continuïteit van een onderneming kan in gevaar komen indien de leverancier niet levert conform de wensen van de outsourcingende onderneming. Een klant zal in het outsourcingcontract daarom zoveel mogelijk trachten om deze nadelen te minimaliseren.

Een ander nadeel van outsourcing is dat daarmee niet zelden eigen proceskennis voor de onderneming verloren zal gaan. Indien een IT-afdeling wordt uitbesteed, zullen daarmee vaak ook de IT-specialisten overgaan naar de leverancier. De klant blijft dan achter zonder eigen IT-specialisten. Indien de klant de relatie met de leverancier vervolgens verbreekt, is het maar de vraag of hij in staat zal zijn opnieuw een IT-afdeling op te bouwen.

4. JURIDISCHE STRUCTUUR VAN EEN OUTSOURCINGSOVEREENKOMST

4.1 *Twee contracten?*

Een outsourcingtransactie bestaat in de regel uit twee elementen. Aan de ene kant verkoopt de klant bepaalde activiteiten aan de leverancier, aan de andere kant worden de met die activiteiten te verrichten werkzaamheden weer door de klant afgenomen van de leverancier. Waar in een reguliere koopovereenkomst partijen na de overdracht van de eigendom afscheid nemen van elkaar, blijven partijen in een outsourcing met elkaar verbonden. De praktijk wijst uit dat de meeste juristen er de voorkeur aan te geven om de transacties onder te brengen in twee separate contracten¹². Mij is echter gebleken dat een klein aantal juristen er de voorkeur aan geeft de transactie vast te leggen in één contract.

De verkoop van activiteiten is een éénmalige transactie (behoudens langer lopende garantieverplichtingen), waarvoor de transactiepraktijk een eigen stelsel van gangbare garanties¹³ en aansprakelijkheidsbeperking heeft gecreëerd. Daartegenover staat de dienstverlening, die voor langere tijd zal worden aangegaan, en waarvoor normaliter een specifiek stelsel van garanties en aansprakelijkheid zal gelden, onder meer afhankelijk van de branche waarin de transactie zich afspeelt. Het is goed verklaarbaar dat de garantie en aansprakelijkheidsstelsels verschillen. Immers, bij een koopovereenkomst kan een verkoper de gevolgen van de verplichtingen die hij aanvaardt doorgaans relatief eenvoudig overzien. In de kern komen deze verplichtingen neer op het éénmalig leveren van de afgesproken activa. Als bijvoorbeeld is bedongen dat de activa vrij van pandrecht dienen te worden overgedragen, zal een verkoper in het normale geval zonder problemen kunnen vaststellen of er al dan niet een pandrecht rust op de activa. Eenvoudig gezegd

¹² Vergelijk *Outsourcing: saving (in) the IT industry*, L. Moerel, Computerrecht 2002/3, p. 122 e.v., paragraaf 8.1.1.

¹³ Zie bijvoorbeeld *Garanties bij overnames*, Geert Raaijmakers, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002, hoofdstuk 3.

dient een verkoper er slechts voor te waken dat hij een precies beeld heeft van hetgeen hij krachtens de overeenkomst dient over te dragen. In een dienstverleningsovereenkomst zal de leverancier in de regel met een mindere mate van zekerheid de gevolgen kunnen overzien van de aanvaarding van zijn verplichtingen. Hij zal immers elke dag moeten presteren, vaak deels met de activiteiten en werknemers die hij van de outsourcing-partij heeft verkregen. Waar gehakt worden vallen spaanders, maar waar en wanneer? Het ligt dan ook in de rede dat van de verkoper meer en verder strekkende garanties en een hogere mate van aansprakelijkheid voor schade worden gevraagd dan van een dienstverlener. Het is in dat kader ook niet ongebruikelijk dat een leverancier bedingt dat gebreken in overgenomen activa en eventueel ondermaats presteren van overgenomen werknemers niet aan hem kunnen worden tegengeworpen.

Voorstanders van het gebruik één contract betogen wel dat één contract de overzichtelijkheid van de transactie ten goede komt. Daarnaast voeren zij aan dat een gebrek in de verkoop zijn weerslag zal hebben op de uitvoering van de werkzaamheden, waardoor het handig is beide te combineren. Hoewel er op het eerste gezicht wat lijkt te zeggen voor deze visie, spreekt zij mij niet aan. In de praktijk zullen de overgedragen activa bij de dienstverlening een steeds minder belangrijke rol gaan spelen bij de uitvoering van de werkzaamheden. Het wezenlijke verschil tussen beide transacties als hierboven weergegeven, doet mij meestal de voorkeur geven aan twee contracten. Daarbij komt dat in geval van een activa-passiva transactie, partijen vaak het recht op ontbinding wensen uit te sluiten. In een dienstverleningsovereenkomst is dat doorgaans niet aan de orde. Dit geeft een extra reden om te kiezen voor twee verschillende contracten die dan gezamenlijk de outsourcingsovereenkomst vormen.

4.2 *Twee keer due diligence*

Doordat er in een outsourcing sprake is van twee verschillende transacties, zal ieder van de partijen in de regel een due diligence willen verrichten. De klant zal graag inzicht krijgen in de capaciteiten van de leverancier, bijvoorbeeld door het afleggen van referentiebezoeken. Ook zal de klant soms inzicht willen krijgen in de financiële situatie van de leverancier. De leverancier op zijn beurt zal een due diligence uitvoeren naar de activiteiten, waarbij een belangrijk accent vaak ligt op de arbeidsvoorwaarden bij de klant.

4.3 *Bepalen omvang van de transactie*

Een probleem bij outscourings is de waardebepaling van de activiteiten. Omdat de klant meestal geconcentreerd is op de dienstverlening, het belangrijkste element van de outsourcing, wordt de waardebepaling van de over te dragen activiteiten met minder zorg omringd. Zeker indien het om omvangrijke activa gaat, kan het wenselijk zijn om deze van te voren te laten waarderen, bijvoorbeeld door een externe auditor. De prijs die de leverancier voor de activiteiten moet betalen, komt overigens doorgaans terug in de prijs voor de dienstverlening. Hoe meer er betaald moet worden voor de activiteiten, hoe meer er voor de diensten in rekening zal worden gebracht.

Voor een dienstverlener zal het niet altijd eenvoudig zijn om de omvang van de activiteiten en de door de klant gewenste werkzaamheden precies vast te stellen. Die onduidelijkheid speelt met name een rol indien de klant bedingt dat de diensten "as is" dienen te worden gecontinueerd. In het algemeen houdt een dergelijke bepaling in dat de leverancier minstens het dienstenniveau uit de periode voorafgaande aan de outsourcing dient te realiseren. Het komt bij outscourings echter geregeld voor dat na het sluiten van de outsourcingsovereenkomst, de dienstverlener er achter komt dat er zogenaamde "hidden services" zijn, dat wil zeggen diensten die tot die tijd verborgen waren gebleven. Zo kan het binnen een onderneming gebruikelijk zijn dat medewerkers die een laptop mee naar huis nemen, ook 's avonds of in het weekend met de helpdesk kunnen bellen. Indien de dienstverlening as is wordt overgedragen, dient ook de leverancier in beginsel deze service te bieden, ook al ging de leverancier ervan uit dat de diensten tijdens

normale kantooruren zouden worden geleverd. Voordat een leverancier een *as is* verplichting op zich neemt, zal hij daarom bij voorkeur een zo precies mogelijk beeld hebben van het dienstenniveau. De praktijk wijst echter uit dat een compleet beeld niet snel zal worden verkregen. In outsourcingovereenkomsten worden in dit verband dikwijls gecompliceerde bepalingen opgenomen om tegemoet te komen aan de belangen van beide partijen.

5. VERKOOP ACTIVITEITEN

5.1 *Wat zijn activiteiten*

Centraal bij outsourcing staan de activiteiten. De klant wil deze weliswaar afstoten, maar tegelijkertijd dienen de met de activiteiten uitgevoerde werkzaamheden weer terug te komen in de vorm van dienstverlening. Activiteiten kunnen uit een combinatie van velerlei elementen bestaan, zoals gebouwen, gereedschappen, werkwijzen, hardware of software en vaak ook personeel. Activiteiten kunnen zijn geconcentreerd binnen een afzonderlijke business unit of vennootschap, maar dikwijls zijn de activiteiten verdeeld door de onderneming heen. In veel gevallen zullen de activiteiten die overgaan beschouwd moeten worden als een onderneming in de zin van artikel 7:663 BW en zal het personeel van rechtswege mee overgaan naar de dienstverlener, waarover straks meer.

5.2 *Keuze tussen verschillende transactiemodellen*

5.2.1 *Activa-passiva transactie*

In de praktijk wordt vaak gekozen tussen een drietal mogelijkheden om de overdracht van activiteiten vorm te geven. In veel gevallen worden de activiteiten overgedragen door middel van een activa-passiva transactie. Dit is eigenlijk niet meer dan een koopovereenkomst. Het nadeel van een activa-passiva overeenkomst is dat alle activa afzonderlijk moeten worden geleverd. Met namen bij de overdracht van contracten, zoals softwarecontracten, kan de levering tot complicaties leiden. Voor contractsovername zal immers de medewerking van de contractuele wederpartij noodzakelijk zijn. Niet zelden wordt in de oriënterende fase van een outsourcing onvoldoende ingezien dat het gebrek aan medewerking (of het stellen van financiële eisen aan de medewerking) de hele outsourcing op het spel kan zetten.

5.2.2 *Aandelentransactie*

Indien de activiteiten zijn ondergebracht in een aparte vennootschap, kunnen de activiteiten worden overgedragen door middel van een aandelentransactie. Juridisch en praktisch gezien is deze transactie in de regel eenvoudiger dan de activa-passiva transactie. De over te dragen vennootschap blijft eigenaar van de activa, waardoor het niet nodig is alle activa afzonderlijk over te dragen en te leveren. Veelal kan echter niet voor een aandelentransactie worden gekozen omdat de activiteiten niet zijn ondergebracht binnen een separate vennootschap. Het onderbrengen van activiteiten binnen een separate vennootschap vereist enige volwassenheid, die nu juist vaak niet aanwezig is.

5.2.3 *Joint venture*

Ook wordt soms wel gekozen voor het onderbrengen van de activiteiten in een joint venture vennootschap. De activiteiten kunnen in de joint venture worden ondergebracht door middel van een activa-passiva transactie of een aandelentransactie. Er kunnen veel redenen zijn om te besluiten samen met de leverancier een joint venture te starten, zoals de wens om samen de markt te gaan bedienen in de vorm van een shared service center.

Ook fiscale argumenten kunnen reden zijn om voor een joint venture te kiezen. Zo kunnen aanbieders van financiële diensten en aanbieders van gezondheidszorg zijn

vrijgesteld van BTW. Indien zij diensten van een externe leverancier afnemen, kunnen zij de BTW daarover niet in vooraftrek brengen. Diensten van externe leveranciers worden daardoor per saldo 19% duurder. Dit kan reden zijn om te kiezen voor een constructie waarbij de activiteiten worden ondergebracht in een vennootschap die wel onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid van de klant, maar waarbij de leverancier de feitelijke diensten levert. In dat geval is geen BTW verschuldigd.

In plaats van een shared service center zouden partijen ook kunnen besluiten om de joint venture vennootschap (of een andere vennootschap) te gebruiken als een special purpose vehicle en naar de beurs te brengen. Met name in het buitenland zijn hier al enkele voorbeelden van¹⁴.

Een joint venture constructie heeft doorgaans een gecompliceerde contractuele structuur, bijvoorbeeld ten aanzien van inbreng, zeggenschap en gerechtigdheid tot de winst. Daarnaast laat de joint venture constructie zich moeilijk rijmen met de outsourcinggedachte. Het is immers de bedoeling om door middel van een outsourcing activiteiten buiten de deur te zetten. In een joint venture blijven de activiteiten echter ten dele vallen onder de verantwoordelijkheid van de klant.

5.3 *Overgang onderneming, werknemers*

In veel gevallen valt de overdracht van activiteiten door middel van een activa-passiva transactie binnen de reikwijdte van de Wet Overgang Onderneming, artt. 6:662 e.v. BW. De Wet Overgang Onderneming is gebaseerd op Europese regelgeving en jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is bij de interpretatie van de wet van belang. In het geval van een overgang van een onderneming zullen de werknemers die bij de activiteiten waren betrokken van rechtswege en onder gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de leverancier.

Van een overgang van een onderneming is sprake wanneer een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, krachtens contract overgaat en daarbij haar identiteit behoudt (art. 6:662 BW). Het gaat kortom om de combinatie van taak en productiemiddelen.

Een taak kan bijvoorbeeld zijn beveiliging, IT-ondersteuning of het voeren van administratie. Dat een taak overgaat kan bijvoorbeeld worden afgeleid aan het gelijk blijven van de klantenkring. Van een taak zal in een outsourcing vrijwel altijd sprake zijn. Juist de uitvoering van die taak vormt immers de spil van de outsourcing en de dienstverlening.

Onder productiemiddelen wordt een groot aantal elementen begrepen, zoals gereedschappen, gebouwen, software, recepturen en personeel. In sommige gevallen bestaan de productiemiddelen voor het belangrijkste deel uit personeel. Te denken valt bijvoorbeeld aan schoonmaakactiviteiten, waarbij de waarde en het belang van de activa (de bezem en zwabber) in het niet valt bij de waarde en het belang van de schoonmakers. Het Hof van Justitie heeft terzake bepaald dat er sprake van een overgang van een onderneming kan zijn zelfs indien er geen enkele materiële of immateriële activa wordt overgedragen. Er moet dan wel sprake zijn van overname van personeel dat betrekking heeft op een wezenlijk deel - qua aantal en deskundigheid - van de werknemers die de werkzaamheden eerst uitvoerden¹⁵. Doordat in het kader van een outsourcing vaak alle werknemers en activa die bij een taak zijn betrokken overgaan naar de leverancier, zal al snel sprake zijn van overdracht van productiemiddelen.

¹⁴ Vergelijk *Outsourcing: saving (in) the IT industry*, L. Moerel, Computerrecht 2002/3, p. 122 e.v., paragraaf 8.2.

¹⁵ HvJ EG, 24 januari 2002, C-51/100, JAR 2002/47.

Opmerking verdient dat de overgang van rechtswege in beginsel slechts de werknemers betreft die in dienst zijn van de entiteit die de onderneming overdraagt (vergelijke art. 6:663 BW). Van een overdracht van een onderneming is in beginsel geen sprake wanneer een klant een dienstverleningsovereenkomst beëindigt en van leverancier verandert¹⁶.

In de meeste outsourcingtrajecten wordt in overleg met vakbonden en betrokken ondernemingsraden een sociaal protocol opgesteld waarin partijen afspraken vastleggen over de overgang van het personeel. Het sociaal protocol vormt dan een bijlage bij de activa-passiva overeenkomst. Een overdracht van een onderneming is overigens adviesplichtig in de zin van artikel 25 WOR, zodat ondernemingsraden er altijd bij betrokken zullen moeten worden. Doorgaans wordt het over te dragen personeel een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden, waarbij de overnemende partij zal proberen de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren met de arbeidsvoorwaarden van zijn overige personeel. Harmoniseren staat op gespannen voet met de Wet Overgang Onderneming, dat dwingend bepaalt dat werknemers onder dezelfde arbeidsvoorwaarden van rechtswege overgaan. In de praktijk blijken werknemers meestal akkoord te gaan met harmonisatie, zeker indien de vakbonden hun goedkeuring hebben gegeven aan het sociaal protocol¹⁷.

Het inpassen van personeel in het arbeidsvoorwaardenpakket van de dienstverlener is geen sine cure. In- en uitbesteder zullen immers vaak deel uitmaken van verschillende branches waar verschillende CAO's en/of gebruiken gelden. Dit is ook de reden dat bij veel outsourcings het zogenaamde HR traject een belangrijke plaats inneemt en de betrokken personeelsafdelingen in een vroeg stadium bij een outsourcingtraject worden betrokken.

6. DIENSTVERLENING

6.1 *Gelaagde overeenkomst*

Het succes van de outsourcing valt of staat met de dienstverlening. De dienstverlening dient naadloos aan te sluiten bij de overige bedrijfsprocessen van de klant. Het enige effect op de bedrijfsvoering van de klant zou terug te vinden moeten zijn in kosten en kwaliteitsverbetering.

De dienstverlening wordt doorgaans vastgelegd in een set van verschillende documenten. Centraal staat daarbij de beschrijving van de diensten en het niveau van dienstverlening. De diensten worden vaak beschreven in een dienstencatalogus. De dienstencatalogus is geen juridisch document, maar bevat een beschrijving van de inhoud van de diensten. Daarbij kan bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt tussen basisdiensten en extradiensten. Zo kan in een dienstencatalogus voor kantoorautomatisering als basisdienst zijn opgenomen het leveren van een standaard computer, terwijl als extradienst een extra snelle computer wordt aangeboden. Uiteraard zal daar dan een meerprijs voor verschuldigd zijn.

Het niveau van de dienstverlening wordt vastgelegd in een zogenaamde service level agreement, kortweg "SLA". Een SLA bevat een selectie uit de dienstencatalogus en beschrijft aan welke kwaliteitseisen moet worden voldaan. Op het gebied van polisverwerking zou een SLA bijvoorbeeld kunnen bepalen dat er een x-aantal polissen binnen een x-aantal uur moet kunnen worden verwerkt. In het geval van catering zou bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat de wachtrijen voor de kassa gemiddeld gemeten tussen 12.00 uur en 13.00 uur niet meer dan y-minuten mag bedragen bij een gemiddelde

¹⁶ HvJ EG, 11 maart 1997, C-13/95, JAR 1997/91, r.o. 16.

¹⁷ Zie echter Rb Middelburg, 31 oktober 2002, LJN-nummer AF0609 voor een zaak waar een werknemer met succes de afspraken in het Sociaal Protocol aanvocht.

van z-aantal bezoekers. In het geval van een helpdesk zou bepaald kunnen worden dat de telefoon binnen x-ringen moet worden opgenomen en dat z% van de vragen binnen 2 minuten moet zijn afgehandeld. Ook hier geldt dat de inhoud praktisch van aard is, en de rol van juristen klein is.

SLA en dienstencatalogus vormen het hart van de dienstverleningsovereenkomst. Boven de SLA en dienstencatalogus hangt de mantelovereenkomst, die de paraplu van de juridische voorwaarden weergeeft. De mantelovereenkomst bevat bijvoorbeeld bepalingen over structuur van de verschillende documenten, duur en beëindiging, de gevolgen van beëindiging, sanctiemodel en garanties. De mantelovereenkomst en de daarbij behorende bijlagen vormen tezamen de dienstverleningsovereenkomst. Naast de dienstencatalogus en één of meer SLA's, kunnen velerlei andere bijlagen deel uitmaken van de dienstverleningsovereenkomst. Zo worden de financiële afspraken vaak vastgelegd in een Dossier Financiële Afspraken (DFA) en de praktische invulling van de overgang van de activiteiten in een transformatieplan.

Vroeger werd het opstellen van de dienstverleningsovereenkomst vaak overgelaten aan de leverancier. De leverancier heeft doorgaans meer ervaring heeft met outsourcing en beschikt dikwijls over standaardcontracten. De laatste jaren wordt de mantelovereenkomst echter steeds meer gedictieerd door de klant. Bij het opstellen van de SLA's en dienstencatalogus zal de leverancier als de materiedeskundige toch dikwijls het voortouw nemen.

Hierna zal ik stilstaan bij enkele bepalingen die typisch zijn voor een dienstverleningsovereenkomst in een outsourcingstransactie.

6.2 *Sanctiemodel*

Heikel punt bij de onderhandelingen over een outsourcingovereenkomst is altijd het sanctiemodel.

Voorafgaand aan de outsourcing komt het falen van een intern bedrijfsproces bij de klant uiteraard geheel voor rekening van de klant zelf. Indien bijvoorbeeld door een vergissing van de eigen administratie schade ontstaat, zal de klant daar zelf voor moeten opdraaien. Is het dan redelijk dat na uitbesteding van de administratie de leverancier voor dit soort schade aansprakelijk is? Het drijven van een onderneming en de bijbehorende bedrijfsprocessen draagt inherent een risico in zich. Wie er voor kiest te ondernemen, kan er op rekenen dat er dingen mis zullen gaan en dat er schade geleden zal worden. Deze denktrant volgend is het niet onredelijk dat de aansprakelijkheid van een externe leverancier beperkt wordt. Indien aansprakelijkheid echter te veel zou worden beperkt, bestaat het gevaar dat de leverancier te weinig prikkels voelt om zijn verplichtingen na te komen. Daarbij komt dat een serieuze leverancier zich doorgaans zal presenteren als professionele partij die verantwoordelijkheid wil nemen. Daarbij hoort aansprakelijkheid. Ook profileren steeds meer leveranciers zich met hoogwaardige diensten. In dat kader laten zij zich er op voor staan dat zij een pasklare oplossing kunnen bieden voor de bedrijfsvoering van de klant. Zodra de bedrijfsvoering van de leverancier meer raakvlakken heeft met de bedrijfsvoering van de klant, lijkt een ruimere aansprakelijkheid van leverancier redelijk. Het blijkt echter onmogelijk om een algemeen aanvaardbaar sanctiemodel uit te denken dat voor alle gevallen een pasklare oplossing biedt en daarbij ook nog eens recht doet aan de positie van partijen.

6.2.1 *Aansprakelijkheid voor schade*

In de praktijk wordt door leveranciers doorgaans een onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid voor directe en indirecte schade. Indirecte schade wordt ook wel gevolgschade genoemd. Gebruikelijk is om aansprakelijkheid voor directe schade te beperken tot de contractwaarde (en bij een meerjarig contract tot het totaal van de

vergoedingen over 1 jaar), meestal gekoppeld aan een maximumbedrag en aansprakelijkheid voor indirecte schade verdergaand te beperken of zelfs helemaal uit te sluiten.

Indien een onderscheid is gemaakt tussen directe en indirecte schade, dient per schadegeval te worden vastgesteld welke schadesoort het betreft. Soms zijn de termen directe en indirecte schade door partijen niet gedefinieerd in het contract. Bij een geschil zal de rechter dan moeten bepalen wat onder directe en wat onder indirecte schade moet worden begrepen. Een rechter zal dan ten dele aansluiting kunnen zoeken bij het commune recht. Artikel 6:98 BW bepaalt immers dat niet alle schade voor vergoeding in aanmerking komt: "Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend." Jurisprudentie en literatuur bieden enkele algemene handwijzingen. Zo zal in het algemeen eerder aansprakelijkheid worden aangenomen in het geval van letselschade, bij ernstig verwijtbaar handelen, indien de schade voorzienbaar was en/of indien de leverancier terzake verzekerd is. Minder snel zal aansprakelijkheid worden aangenomen indien bijvoorbeeld het schadeveroorzakende feit en de schade ver uit elkaar staan of indien de waarde van de werkzaamheden van leverancier slechts een fractie bedragen van de schade¹⁸.

Omdat partijen doorgaans de behoefte hebben de door hen te lopen risico's inzichtelijk te maken, zullen zij in de regel wel een invulling geven aan de termen directe en indirecte schade. Dit geeft tijdens onderhandelingen meestal aanleiding tot lange en felle discussies. De ervaring leert dat partijen doorgaans in ieder geval schade door winstderving en bedrijfsstagnatie kwalificeren als indirecte schade. Schade aan het geleverde zelf of aan zaken van de klant worden in de regel gezien als directe schade. Daaromheen zijn eindeloze variaties mogelijk. Daarbij geldt als uitgangspunt dat directe schade door de leverancier vaak wordt geïnterpreteerd als relatief dichtbij staande, beheersbare schade, terwijl indirecte schade wordt gezien als ver weg staande, onbeheersbare schade. Meer in het algemeen geldt dat partijen met betrekking tot directe schade doorgaans aansluiting zoeken bij de risico's die behoren bij de bedrijfsvoering van de leverancier, terwijl met betrekking tot indirecte schade aansluiting wordt gezocht bij risico's die inherent zijn aan het door de klant gekozen bedrijf.

Voor een klant zal het belangrijk zijn dat een leverancier adequaat verzekerd is voor de aansprakelijkheden die hij contractueel op zich moet nemen. Overigens maken de normale aansprakelijkheidsverzekeringen geen onderscheid tussen directe en indirecte schade. Dit betekent dat leveranciers ook indirecte schade in de regel kunnen claimen bij hun verzekeraar.

6.2.2. Overige elementen sanctiemodel

Uiteraard is een sanctiemodel veel meer dan alleen maar aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld het aantal herkansingen voordat aansprakelijkheid ontstaat en de definiëring van overmacht geven invulling aan de aansprakelijkheid van de leverancier. Een goede dienstverleningsovereenkomst kan ook niet zonder boete- of kortingsregeling, gekoppeld aan de service levels uit de SLA. Door middel van een boeteregeling kan zeer precies worden bepaald welke diensten dermate cruciaal zijn voor een klant dat op het niet halen daarvan een boete staat. Nadeel is echter dat betaalde boetes in beginsel niet verhaald kunnen worden bij de verzekeraar, tenzij aansprakelijkheid voor schade ook had bestaan zonder een dergelijke boeteregeling.

6.3 *Flexibiliteit en schaalbaarheid*

¹⁸ Zie onder meer mr R.J.B. Boonekamp in *Schadevergoeding*, Band 1, Kluwer Losbladige, Groene Serie, commentaar bij art. 6:98 BW, aantekening 26 e.v.

Dienstverleningsovereenkomsten worden aangegaan voor langere duur, vaak in ieder geval voor vijf jaar. In die vijf jaar kan de onderneming van de klant veranderen. Zo kan door acquisities de onderneming in omvang toenemen of juist afnemen of kan de bedrijfsstrategie veranderen. Maar ook kunnen bijvoorbeeld producten en diensten worden toegevoegd aan of juist verwijderd worden uit het productenportfolio. De klant doet er daarom goed aan te voorzien in een zogenaamde flexibiliteitsregeling.

Een flexibiliteitsregeling laat zich juridisch goed regelen door middel van het gebruik van een productencatalogus. In de productencatalogus kunnen de diverse diensten en de prijs daarvan worden vastgelegd. In de service level agreement kan dan worden overeengekomen in welk volume deze diensten worden afgenomen, waarbij bijvoorbeeld flexibiliteit tot een bepaalde (financiële) bandbreedte wordt gegarandeerd. Daarbij zal een leverancier willen waarborgen dat hij de kosten terzake van de overgenomen activiteiten (in termijnen) in rekening zal kunnen brengen. Een klant zal vaak willen bedingen dat de leverancier mee zal moeten werken aan door de klant gewenste toevoegingen aan de productencatalogus of wijzigingen van de SLA.

Daarnaast is het niet onverstandig te bepalen dat de leverancier verplicht is in alle redelijkheid samen te werken met andere leveranciers van de klant. Zeker indien een klant besluit andere bedrijfsprocessen uit te besteden, of bijvoorbeeld een nieuw softwaresysteem te implementeren, kan dat impact hebben op een eerdere outsourcing. Een klant zal kortom willen waarborgen dat hij de leiding heeft en de leverancier zal moeten volgen.

6.4 *Exit-regeling*

Aangezien in een outsourcingtransactie activiteiten uit handen worden gegeven en daardoor een afhankelijke relatie ontstaat, is het van belang een regeling op te stellen voor wanneer partijen weer uit elkaar gaan. Dit wordt wel de exit-regeling genoemd. In dienstverleningsovereenkomsten wordt veelal bepaald dat de leverancier bij beëindiging van de overeenkomst moet meewerken aan de overdracht van de activiteiten naar de opvolgende leverancier of terug naar de klant. Omdat de daarmee gemoeide kosten hoog kunnen oplopen, worden doorgaans afspraken gemaakt over de kosten van die medewerking. Om een vlotte overgang te waarborgen, wordt er in de praktijk wel gekozen om in de dienstverleningsovereenkomst op hoofdlijnen aan te geven welke werkzaamheden in dat kader tenminste worden verwacht van de leverancier. Zo kan bepaald worden dat alle (digitale) dossiers moeten worden overgedragen, alsmede bijvoorbeeld logboeken of incidentenregisters. Omdat situaties continu veranderen, wordt ook wel voorzien in de verplichting van de leverancier om periodiek, bijvoorbeeld ieder jaar, een aangepast exit-plan op te leveren, waarin de stappen zijn beschreven die de leverancier moet nemen bij het beëindigen van de overeenkomst.

Een exit-regeling bepaalt ook dikwijls wat er met de voor de diensten gebruikte activa zou moeten gebeuren. Indien aan de diensten zeer cruciale, specifieke activa zijn verbonden, zal de klant in het algemeen bedingen dat hij een recht heeft deze activa weer terug te nemen als partijen uit elkaar gaan. Als het om meer algemene activa gaat, kan terugleveren voor de leverancier op problemen stuiten, namelijk indien die activa zijn geïntegreerd in zijn eigen onderneming en ook worden gebruikt ten behoeve van andere klanten. Daarentegen zal een leverancier willen bedingen dat activa die specifiek voor een klant worden aangeschaft, bij beëindiging door de klant moeten worden terug gekocht.

Een probleem bij het terugnemen van de activiteiten door de klant kan zijn dat de kennis van de uitbestede bedrijfsprocessen binnen de onderneming van de klant is verdwenen. Dit komt doordat het in het algemeen kostbaar is om gedurende de outsourcing eigen expertise (op peil) te houden. Daarnaast zal het niet eenvoudig zijn ervaren personeel te binden. Als er al medewerkers achterblijven bij de outsourcing, zal hun werk vaak minder

interessant worden met minder goede carrièremogelijkheden. Bij beëindiging van de relatie met de leverancier treden de vroeger bij de activiteiten betrokken medewerkers doorgaans niet automatisch terug in dienst bij de klant. Een oplossing kan zijn om medewerkers in dienst te houden en hen gedurende de outsourcing bij de leverancier te detacheren. Zo blijft de eigen kennis op peil en het werk uitdagend genoeg.

6.5 *Overige onderwerpen*

Voor het overige is er een groot aantal onderwerpen dat in de mantelovereenkomst gereld zou moeten worden. Zonder volledig te willen zijn, zijn dat bijvoorbeeld geheimhouding, overleg, duur en beëindiging en controlerechten (zoals het uitvoeren van benchmarks en audits).

7. TOEZICHTHOUDERS IN DE FINANCIËLE WERELD

Dat uitbestedingen niet zonder risico's zijn, blijkt uit een recente uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Vrijgestelde Verpleegkundigen/Procall¹⁹. De Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrix Ziekenhuis B.A. en Procall waren overeengekomen dat Procall de facturering, debiteurenadministratie en incasso voor de Coöperatie zou verzorgen. In dat kader inde Procall gelden ten behoeve van de Coöperatie, en gebruikte daartoe een afzonderlijke bankrekening. Procall ging failliet en de gelden die zij namens de Coöperatie had geïnd, vielen in de boedel. De Coöperatie bleef achter met een concurrente vordering.

Doordat outsourcing van grote invloed kan zijn op de bedrijfsvoering en zelfs de continuïteit van een onderneming, heeft dit er in de financiële wereld toe geleid dat de toezichthouders beleidsregels hebben opgesteld voor outsourcing. Zo heeft de Autoriteit Financiële Markten de Beleidsregel Uitbesteding opgesteld²⁰ en heeft de Pensioen- en Verzekeringkamer recentelijk een Regeling Uitbesteding Verzekeraars uitgevaardigd²¹. Deze laatste regeling bepaalt onder meer dat er een risicoanalyse moet plaatsvinden voordat wordt uitbesteed, dat de beleidsuitgangspunten moeten vastliggen en dat het beleid moet zijn uitgewerkt en geïmplementeerd in organisatorische en administratieve procedures en maatregelen. Daarnaast schrijft de beleidsregel voor dat de verzekeraar moet waarborgen dat hij adequaat kan controleren of de leverancier de diensten correct uitvoert in overeenstemming met de daarmee gemaakt afspraken. De beleidsregel vereist dat de uitbesteding wordt vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst waarin de kwaliteit en het toezicht daarop adequaat is beschreven. Een onderdeel van die overeenkomst dient te zijn dat de verzekeraar de overeenkomst moet kunnen beëindigen in het geval van wanprestatie en gewaarborgd moet zijn dat de verzekeraar de diensten dan kan overnemen zodat continuïteit is gewaarborgd. Een ander element is dat gewaarborgd moet worden dat de Pensioen- en Verzekeringkamer te allen tijde toezicht kan blijven uitoefenen en dus ook toegang krijgt tot de locaties van de leverancier indien noodzakelijk. De Beleidsregel Uitbesteding van de Autoriteit Financiële Markten kent vergelijkbare bepalingen.

In de praktijk betekent dit dat een financiële instelling die overgaat tot outsourcing in ieder geval zal moeten voorzien in adequate controlerechten. Het is ook niet ongebruikelijk in dit soort contracten te bepalen dat een externe auditor periodiek controleert of de dienstverlening door de leverancier van voldoende niveau is en continuïteit van de dienstverlening niet in gevaar komt.

Buiten de financiële wereld kunnen de beleidsregels dienen als een nuttige checklist bij een outsourcing.

¹⁹ HR 13 juni 2003, LWN nummer: AF 3413.

²⁰ Beleidsregel 8024 van januari 2002.

²¹ De regeling is uitgevaardigd op 22 januari 2004 en is van kracht met ingang van 1 februari 2004.

8. TOT SLOT

In dit artikel is een algemene introductie gegeven van het fenomeen outsourcing. Daarbij is noodzakelijkerwijs geen gelegenheid geweest om alle aspecten met de nodige diepgang te beschrijven. Duidelijk is wel dat outsourcing voor juristen een uitdagend werkterrein is, waar schijnbaar onoplosbare tegenstellingen met elkaar verzoend moeten worden. Enerzijds wenst de klant activiteiten af te stoten en tot de verantwoordelijkheid van leverancier te maken. Anderzijds is de klant voor zijn bedrijfsvoering sterk afhankelijk van de leverancier en dient hij controle te houden over de met de activiteiten uitgevoerde werkzaamheden. It takes two to tango.