

VOLDOET UW UITBESTEDINGS- CONTRACT AL AAN NIEUWE EISEN DNB?

Door Jelmer Kruijt

Volgens DNB heeft de helft van de door haar onderzochte pensioenfondsen het uitbestedingsbeleid niet op orde. Daarom publiceerde de divisie Toezicht Pensioenfondsen en Beleggingsinstellingen van DNB de leidraad *Guidance uitbesteding door pensioenfondsen*. De begin deze zomer verschenen leidraad schrijft diverse *good practices* voor. De leidraad is ook relevant voor partijen aan wie wordt uitbesteed, zoals vermogensbeheerders en fiduciair managers.

De leidraad past binnen de nieuwe toezichtstijl van DNB. DNB stuurt sinds de kredietcrisis sterk op het gedrag en de cultuur van de financiële ondernemingen die onder haar toezicht staan. DNB doet dit door het in brieven en leidra-

den kenbaar maken van haar opvattingen over de uitleg van wet- en regelgeving. Alhoewel pensioenfondsen deze uitingen strikt genomen niet hoeven na te leven, schrijft DNB op niet mis te verstane wijze dat de leidraad toeziet op 'wat wij als toezichthouder van u verwachten op grond van de gerelateerde wet- en regelgeving'. Daarnaast merkt DNB op dat in een vervolgonderzoek naar de uitbesteding door pensioenfondsen deze leidraad 'de concrete verwachtingen' van DNB bevat. Op deze manier creëert DNB aldus een extra stukje pseudo-wetgeving.

VERJURIDISERING VAN GEDRAG EN CULTUUR

Op de nieuwe toezichtstijl was en is kritiek. De toezichthouder wordt verweten het gedrag en de cultuur van financiële ondernemingen - zoals pensioenfondsen - te juridiseren en bovendien hierbij buiten haar bevoegdheden te treden. Het interpreteren van wet- en regelgeving is immers niet aan de toezichthouder. De dwingende wijze waarop DNB stuurde op aanpassingen in uitbestedingsrelaties met haar themaonderzoek van vorig jaar, veroorzaakte ook al wrevel. Veel pen-

DNB stuurt sinds de kredietcrisis sterk op het gedrag en de cultuur van de financiële ondernemingen die onder haar toezicht staan.

sioenfondsen moesten onder (officiële) dwang van DNB opnieuw met hun uitvoerders aan de onderhandelingstafel. Van de verwachte kosten van de dienstverlening tot de *fine print* van de aansprakelijkheid; het gehele uitbestedingscontract werd door DNB tegen het licht gehouden.

De wenselijkheid en het bindende karakter van de leidraad terzijde, lijkt het verstandig dat het pensioenfonds enerzijds en de vermogensbeheerder en fiduciair manager anderzijds, samen bekijken tot welke aanpassingen van het uitbeste-



Jelmer Kruijt

dingscontract en de beleidsdocumentatie de leidraad noopt.

GEDETAILLEERD UITWERKEN VAN DE DIENSTVERLENING

Vermogensbeheercontracten en fiduciair managementcontracten bevatten veelal een Service Level Agreement (SLA). Deze SLA maakt doorgaans als bijlage integraal onderdeel uit van het uitbestedingscontract. In de SLA worden de diensten die de beleggingsonderneming aanbiedt in detail uitgewerkt. Denk daarbij aan de selectiecriteria van beleggingsinstellingen en *sub-vermogensbeheerders* en de wijze waarop input wordt geleverd op de totstandkoming van het jaarlijkse beleggingsplan. Sommige uitvoerders hantieren daarnaast een Operational Level Agreement (OLA), waarin operationele zaken als de vorm en frequentie van rapportages en communicatie worden vastgelegd. Veel van de inzichten van DNB kunnen worden opgenomen in de SLA of OLA. De hoofdovereenkomst blijft dan gespeend van te veel gedetailleerde afspraken, en bevat de meer elementaire *building blocks*, zoals aansprakelijkheid, rechtskeuze en looptijd.

KEY PERFORMANCE INDICATORS

DNB wenst dat de SLA wordt uitgebreid met afdwingbare afspraken over communicatie, monitoring en evaluatie van de uitvoerder zelf en van de derden die bij de uitvoering zijn betrokken. Deze afspraken moeten worden voorzien van specifieke prestatie-indicatoren (*key performance indicators*) waarmee de uitvoerder normen worden opgelegd die niet overtreden mogen worden. De uitvoerder dient de normen door te geven aan de ingeschakelde derden. Als uit de monitoring blijkt dat de normen worden overschreden, dient het pensioenfonds de uitvoerder daarop aan te spreken door middel van een escalatieprocedure. De uitkomsten moeten eveneens worden vastgelegd, bijvoorbeeld in bestuursnotulen. DNB kan zo tastbaar constateren dat het pensioenfonds zich kritisch opstelt en *in control* is. Een separaat (lichter) aansprakelijkheidsregime lijkt daarbij raadzaam. Een schending van een KPI zou niet altijd moeten leiden tot aan-

sprakelijkheid zoals die geldt voor de schending van meer materiële verplichtingen, zoals de naleving van beleggingsrestricties.

INFORMATIEVERSTREKKING

De informatie die het pensioenfonds ontvangt dient verder te gaan dan de periodieke rapportage over de ontwikkelingen van het belegde vermogen en de jaarlijkse ISAE 3402 verklaring. De inhoud en vorm van de rapportages moet helder worden overeengekomen en de ISAE 3402 verklaring dient scherp te worden getoetst. Het moet bekend zijn bij het pensioenfonds met welke grofmazigheid de modellen van accountants en actuarissen werken en welke materialiteit is gehanteerd. Een periodieke toetsing zou in de bestuursnotulen moeten worden vastgelegd.

BELONINGSBELEID UITVOERDER

Het pensioenfonds dient het beloningsbeleid van de uitvoerder in haar selectieproces te betrekken en dit beloningsbeleid periodiek tegen het licht te houden. Partijen moeten goede afspraken maken over prestatiegerichte beloningen en het pensioenfonds moet nadenken over met de vermogensbeheerder of fiduciair manager overeen te komen bonus- of malusregelingen die zijn gericht op een 'efficiënte, effectieve en zorgvuldige uitvoering' van de uitbestede werkzaamheden. De pas-toe-of-leg-uit bepalingen van de Code Pensioenfondsen dienaangaande wenst DNB kennelijk te benadrukken.

VERGOEDING EN KOSTEN

DNB acht het merendeel van de uitbestedingscontracten onvoldoende transparant over de vergoeding en kosten van de dienstverlening. DNB wil een gedetailleerd overzicht van alle (te verwachten) kosten van de uitvoerder en de betrokken derden, zoals brokers. Partijen moeten vastleggen tegen welke kosten meerwerk en eenmalige werkzaamheden worden verricht. Denk daarbij aan tussentijdse transitie, de overgang naar een opvolgend uitvoerder of contractonderhandelingen. Partijen kunnen baat hebben bij deze vastlegging. Een beter inzicht in de

Alhoewel de bedoelingen van DNB goed zijn, is het de vraag in hoeverre de leidraad bijdraagt aan een beter huisvaderschap en een betere beheersing van risico's.

activiteiten kan tot meer begrip voor de gepresenteerde rekening leiden.

PAPIERWERK

Alhoewel de bedoelingen van DNB goed zijn, is het de vraag in hoeverre de leidraad bijdraagt aan een beter huisvaderschap en een betere beheersing van risico's. DNB meent de oplossing te moeten zoeken in contractueel afdwingbare communicatie. Ik zou menen dat de oplossing schuilt in transparant handelen. Met name het gebrek aan inzicht in het beleggingsbeleid, de gehanteerde financiële instrumenten en de diverse – veelal grensoverschrijdende – (vervolg)uitbestedingen, resulteert in een gebrek aan controle en daarmee tegenwicht (*countervailing power*). Een beter zicht op deze kerntaken, uiteraard in combinatie met een gedocumenteerd uitbestedingsbeleid en een solide contract, vergroot het vertrouwen in de dienstverlening van de beleggingsonderneming. Uit de ondertitel van de leidraad ('Werken aan vertrouwen') maak ik op dat DNB deze mening met mij deelt. «

Dit artikel is geschreven door Jelmer Kruijt, per 1 januari 2015 verbonden aan HeidemanBoot Advocaten te Amsterdam.