



Finanstilsynet
Århusgade 110
2100 København Ø

H.C. Andersens Boulevard 45
1553 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

13. juli 2009

Vedr.: Høring over udkast til bekendtgørelse om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder.

Finanstilsynet har den 12. juni 2009 (j.nr. 1011-0005) sendt udkast til bekendtgørelse om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder med anmodning om eventuelle bemærkninger senest den 10. juli 2009.

Formålet med bekendtgørelsen er at sikre, at Finanstilsynet mere effektivt kan føre tilsyn med outsourcingvirksomhedernes outsourcing.

I den anledning skal Danske Advokater – efter drøftelse med Danske IT-advokater som fagudvalg – meddele, at man har følgende generelle bemærkninger og bemærkninger til de enkelte bestemmelser:

1. Generelle bemærkninger

- 1.1 I henhold til forarbejderne til § 72 a i lov om finansiel virksomhed erstatter udkastet de nuværende generelle bestemmelser om outsourcing i de vejledninger, der er udstedt i medfør af § 71 i lov om finansiel virksomhed. De gældende regler om outsourcing i bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler (MiFID) samt bekendtgørelse nr. 714 af 21. juni 2007 om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, professionelle foreninger, hedgefonde og investeringsforvaltningsselskaber opretholdes. De gældende regler om outsourcing i lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v. og lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. opretholdes ligeledes.

Efter bekendtgørelsens udstedelse vil der således fortsat ikke findes en sammenhængende, ensartet regulering af finansielle virksomheders outsourcing. Reglernes indhold vil afhænge af hvilken type af virksomhed, den pågældende finansielle virksomhed udøver, og vil være at finde i flere forskellige kilder, som ikke er indbyrdes afstemt. F.eks. vil udkastet og bekendtgørelse nr. 428 i vidt omfang være sammenfaldende, og det er ikke klart, hvorledes fortolkningen af de forskellige regelsæt i praksis bør ske på en konsistent og sammenhængende måde.

Af klarhedsgrunde, og fordi der ikke synes at være vægtige grunde til at differentiere reglerne i forhold til forskellige typer af finansielle virksomheder, foreslås det, at det overvejes at indføre ensartede regler for outsourcing for alle finansielle virksomheder.



somheder, uanset type, f.eks. baseret på det regelsæt, der gælder for værdipapirhandel.

- 1.2 Udkastets ordlyd er formuleret overordnet og generelt, og kravene vil være vanskelige at operationalisere i en konkret aftalemæssig sammenhæng. Reglerne må fortsat udfyldes ved fortolkning og via Finanstilsynets vejledninger og praksis. Eksempler på generelt formulerede bestemmelser er følgende:
- a) Udkastets § 3, stk. 1, kræver, at de outsourcete opgaver skal kunne varetages på en tilfredsstillende måde. Det er uklart hvornår kriteriet "tilfredsstillende" er opfyldt;
 - b) Udkastets § 3, stk. 3, henviser til outsourcingvirksomhedens forpligtelse til at træffe passende foranstaltninger. Det er uklart, hvad der udgør passende foranstaltninger. Vil f.eks. krav om bod ved overskridelse af servicemål være en passende foranstaltning?; og
 - c) Udkastets § 3, stk. 4, kræver, at outsourcingvirksomheden har tilstrækkelig indsigt til at kontrollere, at leverandøren og ydelsen lever op til kravene. Det er uklart, hvad der mere præcist menes med og kræves af indsigt, samt hvilke krav bestemmelsen henviser til.

De generelt formulerede bestemmelser har flere uheldige konsekvenser. For det første vil outsourcingvirksomheden sandsynligvis spejle de generelt formulerede bestemmelser i outsourcingaftalen med henblik på at undgå risiko for overtrædelser, herunder som følge af forkert operationalisering af bestemmelserne. Sådanne generelle aftaleforpligtelser bidrager ikke til reel sikkerhed for forsvarlig outsourcing på samme niveau, som mere konkrete krav ville gøre. For det andet vil leverandøren have vanskeligt ved at vurdere den risiko og det arbejde, der er forbundet med mere generelt orienterede aftaleforpligtelser, og det vil indebære dels krav om større betaling fra leverandørens side med henblik på at afdække den forøgede usikkerhed, dels mere intensive forhandlinger om begrænsninger i leverandørens ansvar og forpligtelser.

Det foreslås, at udkastets ordlyd præciseres, f.eks. i en vejledning. Heri kan medtages Finanstilsynets fortolkning af, hvordan de enkelte bestemmelser kan opfyldes i praksis.

- 1.3 Udkastets § 8 pålægger straf for overtrædelse af en række af udkastets bestemmelser. Bestemmelsen er retssikkerhedsmæssigt problematisk. Dette skyldes dels, at loven ikke synes at indeholde fornøden hjemmel hertil, dels at de bestemmelser, hvortil der er knyttet straf, er formuleret overordnet og generelt.

Det foreslås, at bestemmelserne om straf udgår af udkastet.

- 1.4 Udkastet finder anvendelse på outsourcing af væsentlige aktivitetsområder, der er underlagt Finanstilsynets tilsyn, jf. definitionen af outsourcing i § 5, stk. 1, nr. 22, i lov om finansiel virksomhed. I henhold til bemærkningerne omfatter det aktiviteter, hvor beslutningen om outsourcing ligger uden for direktionens beslutningskompetence i outsourcingvirksomheden.

Outsourcing af forretningsaktiviteter lader sig vanskeligt afgrænse på den anførte måde. Der er næppe tvivl om, at outsourcing af den samlede IT-understøttelse af en finansiel virksomhed vil være omfattet. Spørgsmålet er vanskeligere, når det drejer sig om outsourcing af hel eller delvis IT-understøttelse af enkelte forretningsområder eller endda enkelte processer. Sammenholdt med Finanstilsynets adgang til påbud i § 72 a, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed vil uklarheden sandsynligvis indebære, at outsourcingvirksomheden vil kræve overholdelse af udkastet i flere tilfælde end egentlig tiltænkt. Dette vil betyde dyre og vanskeligere outsourcing.



Det foreslås, at udkastets anvendelsesområde behandles mere detaljeret, f.eks. i en vejledning til udkastet.

2. Bemærkninger til udkastets enkeltbestemmelser

- 2.1 Udkastets § 1, stk. 1, bør have tilpasset nummereringen, da der er to "3)".
- 2.2 Udkastets § 2, stk. 2, fastslår, at der skal ske rapportering til bestyrelsen, så det kan kontrolleres, at retningslinjerne i § 4 følges. Det er ikke klart, hvorfor bestyrelsen alene skal orienteres om overholdelsen af § 4. Det foreslås, at rapporteringsforpligtelsen udvides til hele udkastet, herunder §§ 3 og 5, hvis overholdelse synes tilsvarende relevant for bestyrelsen at kontrollere.
- 2.3 Udkastets § 3, stk. 2, og udkastets § 3, stk. 3, henviser til leverandørens overholdelse af gældende regler på området. Det er uklart, hvilket område og hvilke regler der er tale om. Henvises der f.eks. alene til de regler, som leverandøren skal opfylde i medfør af udkastet, eller henvises der evt. til leverandørens generelle overholdelse af den lovgivning, som leverandøren er underlagt (herunder uden relevans for netop finansielle virksomheders outsourcing).
- 2.4 Udkastets § 5 indeholder ikke en forpligtelse til at oplyse om, hvorfra ydelserne til outsourcingvirksomheden leveres. Dette kan være af relevans for bl.a. kontrolmulighederne og vurderingen af den risiko, der er forbundet med outsourcingen. Det foreslås derfor, at der medtages et krav herom.
- 2.5 Udkastets § 5, nr. 8, giver Finanstilsynet "adgang til leverandøren". Det er ikke klart, hvad dette betyder, herunder om det er hensigten, at Finanstilsynet skal have adgang til leverandørens lokaliteter, og i givet fald om dette kan ske uden retskendelse. Såfremt dette er hensigten, synes der ikke fornøden hjemmel hertil i loven. Det foreslås, at bestemmelsen præciseres.
- 2.6 Udkastets § 5, nr. 9, indeholder alene en pligt for leverandøren til at medvirke til overførelse af ydelserne til tredjemand og ikke en pligt til at fortsætte driften, indtil effektiv overdragelse af de outsourcete ydelser har fundet sted. Spørgsmålet er af stor praktisk betydning, bl.a. af hensynet til kontinuiteten i outsourcingvirksomhedens drift. Det foreslås, at bestemmelsen udvides med en sådan forpligtelse.
- 2.7 Udkastets § 5, nr. 10 og 11, og § 6 indeholder visse krav til videreoutsourcing, herunder at outsourcingvirksomheden accepterer enhver videreoutsourcing. Der er efter ordlyden ikke et krav om væsentlighed, hvorfor enhver videreoutsourcing, herunder til konsulenter der træder i stedet for en ansat hos leverandøren, kræver godkendelse. Dette er næppe hensigtsmæssigt. Det foreslås, at bestemmelserne udvides med et væsentlighedskriterium.
- 2.8 Udkastets § 7, stk. 2, indeholder krav om underretning til Finanstilsynet af bl.a. parternes navne og adresser. Der er ikke krav om underretning af, hvorfra leverandøren skal levere sine ydelser. For at styrke kontrolmuligheden, foreslås det, at det oplyses til Finanstilsynet, hvor fra ydelserne forventes at blive leveret. Det foreslås endvidere, at underretningen suppleres med en konkret begrundet erklæring fra outsourcingvirksomheden om, at outsourcingvirksomheden har overholdt loven og bekendtgørelsen.
- 2.9 Udkastets § 8 henviser til § 5, stk. 2, der er udgået.
- 2.10 I udkastets § 10, stk. 1, er det ikke klart, hvorfor kun §§ 5, 6 og 8 og ikke hele bekendtgørelsen skal overholdes ved outsourcingaftalens genforhandling. Det foreslås, at dette genovervejes, og at det præciseres, hvad der udgør "genforhandling", herunder om dette er en forlængelse af aftalen ved dennes ordinære ophør.



2.11 Udkastets § 10, stk. 2, er vanskeligt forståelig. Bestemmelsen synes endvidere at indeholde en sondring mellem genforhandling af pris og genforhandling af andre aftalevilkår. Dette synes ikke at være en praktisk relevant sondring. Det foreslås, at bestemmelsen genovervejes, og at indholdet præciseres.

Med venlig hilsen

Helle Hübertz Krogsøe
vicedirektør/retschef
hhk@danskeadvokater.dk