



Masterclasses 2018

Sessie 4

8 mei

Contracteren enzo.

Locatie: **VanDoorne**

Spreker

Wieke van Angeren
Brinkhof

020 305 3243 / 06 5391 6458

wieke.vanangeren@brinkhof.com



Spreker

Herald Jongen

Allen & Overy

020 674 1614 / 06 5128 9224

herald.jongen@allenovery.com



Agenda

1. Doelstellingen van deze sessie

2. Juridische voorwaarden en beperkingen

3. Proces voorafgaand aan ondertekening

4. De overeenkomst

5. Enkele tips & tricks

6. Vragen

Inzicht krijgen in:

- de juridische voorwaarden en beperkingen
 - het proces dat leidt tot een goed sourcing contract
 - belangrijke componenten en karakteristieken van een goed sourcing contract
 - Enkele (deels juridische) tips and tricks van een ervaren sourcing jurist
-

Agenda

1. Doelstellingen van deze sessie

2. **Juridische voorwaarden en beperkingen**

3. Proces voorafgaand aan ondertekening

4. De overeenkomst

5. Enkele tips & tricks

6. Vragen

Juridische voorwaarden en beperkingen

- Personeel
 - Overgang onderneming / OR / vakbonden (HR-blok)
- Overeenkomsten met derden
 - Toestemming vereist?
 - Wat kan mee?
- Overige assets – vereisten voor overdracht
- Outsourcing door publieke organen
 - Aanbestedingsplicht
- Outsourcing door financiële instellingen
 - Eisen en beperkingen
- Mededingingsrecht – melding noodzakelijk?

N.B. 1: Al deze punten hebben impact op de timelines

N.B. 2: De scope moet duidelijk zijn om deze punten te kunnen checken

Agenda

1. Doelstellingen van deze sessie
 2. Juridische voorwaarden en beperkingen
 3. **Proces voorafgaand aan ondertekening**
 4. De overeenkomst
 5. Enkele tips & tricks
 6. Vragen
-

Rules of engagement (vanaf eerste contact)

- Behoud van contractsvrijheid

“[Klant] kan tot het moment van ondertekening besluiten de opdracht niet of aan een ander te gunnen en is [leverancier] dan geen enkele vergoeding verschuldigd.”

“[Klant] behoudt zich het recht voor om vrijelijk te bepalen of en met wie hij een relatie aan gaat.”

- Vertrouwelijkheid

“[Leverancier] zal alles wat hij over [klant] te weten komt geheim houden en voor geen enkel ander doel gebruiken dan voor het met [klant] bespreken en eventueel aangaan van een sourcing relatie.”

- Gebruik van ideeën

“[Leverancier] geeft [klant] toestemming om alles wat [klant] van [leverancier] leert te (laten) gebruiken, ook als [klant] met een ander in zee gaat.”

(of juist wederkerige vertrouwelijkheid)

- Kosten

“De kosten verband houdende met de deelname van [leverancier] aan dit traject blijven geheel voor eigen rekening van [leverancier].”

- Wat is het?
 - Wel of geen LOI?
 - Indien wel: wanneer in het proces?
 - ‘Point of no return’
 - Leverage weg
 - Risico: aanvang werkzaamheden voorafgaand aan ondertekenen MSA
 - Afspraken op hoofdpunten vs. volledig uitonderhandelde contractsdocumenten
 - Gevaar van 2 x onderhandelen
 - Voorbehouden (CP's)
 - OR advies
 - Goedkeuring ACM/EC
 - Overeenstemming met vakbonden
 - (Goedkeuring RvB, RvC van de klant)
-

Inhoud RFP

- Legal stream: contract aan RFP hechten t.b.v. evaluatie
 - Term sheet of volledige overeenkomst?
 - Werken met kolommen ja/nee?
 - Vroeger: term sheet tabel met bullet points
 - Inclusief alle relevante bijlagen (termination assistance, regulatory compliance, benchmarking, PCG, etc.)
 - Voorkom heronderhandelingen =>
 - Volledige contractstekst (niet alleen bullet points)
 - Full mark-ups vragen als onderdeel van RFP Response
 - Due diligence meteen meenemen (niet achteraf)
 - Alle *assumptions* wegnemen / verwerken / inprijzen
 - Vervolgens: met 2 of 3 leveranciers parallel uitonderhandelen
 - Optimale leverage creëren
-

Due diligence

- Door klant
 - Intern voorafgaand aan RFI/RFP (documenteren scope en service levels, checken juridische beperkingen, etc.)
 - Check referenties / site visits leveranciers
 - Door leverancier
 - Check scope / valideren pricing
 - Onderzoeksplicht ↔ mededelingsplicht
 - Geheimhoudingsovereenkomst
 - Wanneer?
 - Door klant: met name voorafgaand aan RFI/RFP
 - Door leverancier: vroeg in het traject (maar niet té vroeg)
 - Wat?
 - Hoe?
-

Heronderhandelen na downselect

- Komt vaak voor
 - Veelvoorkomende oorzaken:
 - Wijzigingen / correcties (bijv. in scope) na uitsturen RFP
 - Due diligence in een (te) laat stadium
 - RFP zonder volledig contract
 - Assumpties niet voldoende weggenomen c.q. ingeprijsd
 - Nadelig voor de klant
 - Zonde
 - Appels/appels vergelijking tussen leveranciers lastiger
 - Verlies leverage
 - Impact op timelines
-

Agenda

1. Doelstellingen van deze sessie
 2. Juridische voorwaarden en beperkingen
 3. Proces voorafgaand aan ondertekening
 4. **De overeenkomst**
 5. Enkele tips & tricks
 6. Vragen
-

De uitdaging

- Lange duur
 - Behoefte aan flexibiliteit
 - Klant is afhankelijke / vragende partij
 - Kostenbesparing
 - “Partnership”
 - Afhankelijkheden van klant en derden
 - Vaak complex, veel papier: hoe zorg je ervoor dat je organisatie met inhoud voldoende bekend is?
-

Omschrijving diensten (I)

- **Cruciaal: volledigheid en duidelijkheid in dienstenomschrijving**
 - Wie wat waar wanneer, welke eindresultaten, etc.
 - SMART opschrijven
 - Hiervoor heb je juristen nodig
 - Laat ruimte voor flexibiliteit (zie verder)
 - Exclusiviteit/volume afspraken
 - **Verantwoordelijkhedenmatrix**
 - Taken en afhankelijkheden, zowel van klant als van derden
 - Belangrijk i.v.m. excused performance discussies
 - **Vangnet (*sweep clause*)**
 - Noodzakelijk voor, gebruikelijk, vroeger zelf
 - **Risico (maar soms onvermijdelijk): validation exercise na ondertekening**
-

Omschrijving diensten (II)

- Naast reguliere diensten: separate projecten / deliverables
 - Transition / transformation milestones
 - Opleveren en updaten exit plan
 - Eventueel koppelen aan deliverable credits
 - Randvoorwaarden dienstverlening
 - Compliance met wet- en regelgeving, policies
 - Privacy incl. data export
 - Security
 - Vertrouwelijkheid
 - Business continuity / disaster recovery
 - SLAs / KPIs / CPIs
 - Sub-contractors
 - Locatie
 - Belangrijk: laat waar mogelijk vrijheid voor het hoe
-

Bouw flexibiliteit in

- **Veranderingen**
 - In wet- en regelgeving => impact op leverancier, klant, en/of diensten
 - In scope
 - In technologie (tech refresh / tech improvement)
 - In pricing (benchmarking)
 - In prioriteiten (schuiven met service levels en/of service credits)
 - **Scenario's**
 - Groei en krimp
 - Overname en splitsing
 - Houd hiermee rekening bij de pricing
 - Modulaire opbouw (per land/site/applicatie/LOB/etc.)
 - ARCs/RRCs
 - **Neem een duidelijke contract change control procedure op**
 - Aan sommige wijzigingen moet de leverancier meewerken
-

Controle stimuleert nakomen

- SMART service levels/KPIs/CPIs
 - Wel/geen resultaatsverbintenis?
 - SLA moet businessvereisten weerspiegelen
 - Service credits => let op 6:92 BW
 - Service credit regime incl. earnback etc. vergt veel governance
 - Rapportages en meetings (*governance*)
 - Bij niet rapporteren is aanname: niet voldaan
 - Step-in
 - ISAE/SOC rapportages
 - Ad hoc audits op verzoek klant
 - Ad hoc audits door toezichthouder
 - Customer satisfaction surveys
 - Als KPI?
-

Governance en communicatie

- Over service levels/KPIs/CPI's
 - Over projecten (transitie, transformatie, exit, etc.)
 - Over aanstaande veranderingen, behoeften
 - Communicatie onderbouwt relatie en vertrouwen
 - Escalatieprocedure
 - Contract change control procedure

 - Governance is key!
-

Niet-nakoming

- Is er sprake van niet-nakoming?
 - Resultaat of inspanning?
 - Inspanning, tenzij anders bepaald in contract
 - Basisrechten NL recht bij niet-nakoming
 - nakoming
 - ontbinding
 - opschorting
 - schadevergoeding
 - Afwijkingen in sourcing contracten
 - Uitsluiten ontbinding
 - Uitsluiten opschortingsrechten leverancier
 - Beperken opzegmogelijkheden leverancier (hoge drempel)
 - Service credits (= boete) in mindering brengen op schadevergoeding
-

Geoorloofde niet-nakoming

- Excused performance
 - Schuldeisersverzuim in geval van afhankelijkheden van klant of derden die niet worden nagekomen
 - Als klant: extra drempels opnemen om pro-activiteit van leverancier te triggeren => alleen beroep mogelijk op niet-presteren klant als aan bepaalde voorwaarden is voldaan (o.a. afhankelijkheid moet in contract staan, tijdig melden, impact beperken, etc.)
 - Cruciale regeling die door het hele contract heen speelt
 - Overmacht
 - Uitgangspunt 6:75 BW
 - Eventueel verder inkleuren wat er wel/niet onder valt
-

Looptijd en beëindiging

- Mogelijkheden tot verlenging
 - Uitsluiten ontbinding
 - Opzegging (“termination”) door klant
 - “For convenience”
 - Wegens niet-nakoming
 - Andere gronden
 - Opzegging (“termination”) door leverancier
 - Alleen in geval van niet-betaling van onbetwiste facturen door klant en pas na herhaalde expliciete reminders.
 - Tip: tabel met termination events opnemen met wel/geen termination assistance charges en wel/geen termination compensation
-

Aansprakelijkheid (I)

- Vaak veel focus op liability bepaling
 - Onderhandelen ervan kost i.h.a. veel tijd
 - Let op: liability bepaling is pas relevant als sprake is van wanprestatie
 - Alternatieve manieren van beperking van aansprakelijkheid:
 - Beperken verplichtingen
 - Uitbreiden excused performance
 - Uitbreiden overmacht
 - In die gevallen kom je aan de liability bepaling niet toe (want: geen wanprestatie)
-

Aansprakelijkheid (II)

- Uitsluiten aansprakelijkheid indirecte en gevolgschade
 - “*Indirect or consequential damage*” is Engels en US begrip, geen NL recht
 - Daarom: lijst met voorbeelden van (in)directe schade opnemen
 - Liability caps
 - Cap klant: één vast bedrag voor looptijd contract
 - Cap leverancier: veelal een aggregate cap of cap per jaar
 - Vaak slecht gedraft (combi tussen cap per event en per jaar)
 - Soms separate ‘supercaps’ voor bepaalde situaties (regulatory fines, data protection breaches)
 - Uitzonderingen op uitsluitingen en beperkingen
 - Opzet/grove nalatigheid
 - Bepaalde indemnities (HR, IPR)
 - Schending van bepaalde verplichtingen (confidentiality, security, data protection, compliance, garanties)
-

Agenda

1. Doelstellingen van deze sessie
 2. Juridische voorwaarden en beperkingen
 3. Proces voorafgaand aan ondertekening
 4. De overeenkomst
 5. **Enkele tips & tricks**
 6. Vragen
-

Engelse taal issues

- Vermijd vertaalrisico's: neem NL vertaling tussen haakjes op
 - Bijvoorbeeld:
 - Default => verzuim
 - Material breach => geef voorbeelden
 - Termination => wat bedoel je, opzegging, ontbinding of vernietiging?
 - Notice of default => ingebrekestelling
 - Gross negligence => grove nalatigheid of bewuste roekeloosheid
 - Force majeure => overmacht
 - Verwijs naar BW-bepalingen waar nodig, en leg relatie met contractuele afspraken uit
-

Algemene BW aspecten

- Ontbinding/opschorting/verrekening → uitsluiten ja/nee
 - Boetebedingen → denk aan art. 6:92 BW
 - Derdenbedingen → let op art. 6:254 BW
 - “Termination” → ontbinding, opzegging of vernietiging?
 - Schuldeisersverzuim → inkleuren ja/nee
 - Overmacht → inkleuren ja/nee
 - Gevolgen van overtreden garanties: specificeren
 - Verschil liability / indemnity
 - Rente → wettelijke/handelsrente of andere rente
 - Opzegging door klant ex art 7:408 BW → uitsluiten ja/nee
 - Algemene voorwaarden regeling
-



Dank voor uw aandacht en aanwezigheid.

Vergeet u niet het evaluatieformulier in te vullen?

