

Utkontraktering

Verdipapirfondenes forening, complianceseminar 4-5 november 2020

Adv. Kjersti T. Trøbråten

Wiersholm

Agenda

- 01 Rettslig grunnlag
- 02 Hva anses som utkontraktering?
- 03 Begrensninger i utkontrakteringsadgangen
- 04 Hva må man passe på?

01 **Rettslig grunnlag**

Hjemler

UCITS-forvaltere	AIF-forvaltere	Felles "regelverk"
<ul style="list-style-type: none">- Verdipapirfondloven § 2-9- Verdipapirfondforskriften §§ 2-3 til 2-5- Forskrift om risikostyring og internkontroll § 5	<ul style="list-style-type: none">- AIF-loven § 3-5- AIF-forskriften § 3-1- AIFM-forordningen (forordning 231/2013) artikkel 75-82	<ul style="list-style-type: none">- Hvitvaskingsregelverket:<ul style="list-style-type: none">- Hvitvaskingsloven § 23- Hvitvaskingsforskriften § 4-5- Rundskriv: Veileder til hvitvaskingsloven- Rundskriv 3/2020 – Veiledning om utkontraktering- Personopplysningsloven- IKT

Hvorfor regulerer vi utkontraktering?

- Ekstern leveranse kan, brukt riktig, øke kvaliteten og effektiviteten av foretakets tjenesteleveranser og øvrig virksomhet, MEN:
- Også potensiale til å øke risikoen betydelig:
 - Kompetanse og ressurser hos oppdragstaker
 - Underrapportering av utfordringer
 - Dårlige beredskapsløsninger hos oppdragstaker
 - Avstand (både faktisk og rettslig) reduserer løpende kontroller med utkontrakterte tjenester
 - Egen kompetanse kan forvitre
 - Egne beredskapsløsninger for det tilfelle at utkontraktingen må avvikles testes ikke, eller enda verre – etableres ikke
- Utkontraktering påvirker ikke *ansvaret* overfor myndigheter og andelseiere

02 Hva anses som utkontraktering?

Hva sier kildene?

- Vpfl § 2-9: *sette bort utførelsen av bestemte oppgaver til et annet foretak*
- AIF-loven § 3-6: *Forestå utførelsen av deler av virksomheten*
- FTs rundskriv: *la en annen juridisk enhet utføre oppgaver på vegne av foretaket*
- Kjernen: forvaltningsselskapet setter ut en aktivitet eller en oppgave de ellers måtte utført selv til en ekstern tilbyder.
- Avgrensning: AIF-loven er best formulert: det dreier seg om utførelse av egen virksomhet.
- Problem:
 - hva er del av egen virksomhet, hva som kjøp av produkter, og hva er komplementære tjenester?
 - endres over tid, jf. diskusjon om skylagring, arbeidsinnleie mv
- Viktigste praktiske kilde: Finanstilsynets praksis, nå (delvis) oppsummert i rundskriv 3/2020.

Porteføljeforvaltning og markedsføring

- Porteføljeforvaltning:
 - Bortsetting av forvaltningsmandater til en aktiv forvalter eller annen fondsforvalter: Utkontraktering
 - Kjøp av investeringsråd: Utkontraktering
 - Kjøp av analyser: Ikke utkontraktering
 - Sourcing (AIF): Utkontraktering
- Markedsføring:
 - AIFM: utkontraktering
 - Verdipapirfondloven: uklart om formelt utkontraktering, men reguleres på samme måte for så vidt gjelder meldeplikt
 - Hva med avtaler om tilgang til nettoklasser? Konkret vurdering

Administrasjon

- Føring av andelseierregister på vegne av fondsforvaltningsselskapet – utkontraktering?
- Regnskapsførsel for forvaltningsselskapene – utkontraktering – men meldepliktig?
- Regnskapsførsel for fondene – utkontraktering
- Callsenter for kundeføring – utkontraktering
- Kjøp av tjenester for utsendelse av informasjon – utkontraktering (neppe Posten da...)
- Fra forvaltningspraksis: Back office, f.eks. håndtering av oppgjør, vedlikehold av stamdata, avstemming av konti, NAV-beregninger, oppfølging av depot etc. : utkontraktering
- Oppdrag til andre om å motta kundemidler (rundskrivet pkt. 3b) – ikke relevant, gjelder bank i butikk

Kontrollfunksjoner og eksterne funksjoner

- "Kjøp" av kontrollfunksjoner
 - Risikostyring, compliance – grense mot arbeidsinnleie og ad hoc-bistand (f.eks. bistand med kvalitetssikring av rutiner og instruksjer)
 - internrevisjon - utkontraktering
- Eksterne, men nødvendige funksjoner:
 - Utførelse av ordre (meglertjenester): ikke utkontraktering
 - Bruk av ekstern handelsplattform (selvbetjent): ikke utkontraktering
 - Depot: ikke utkontraktering
 - Forvalteroppgjør hos depotmottaker: antatt forlengelse av depotfunksjonen, hittil ikke behandlet som utkontraktering
 - Revisjon: ikke utkontraktering
 - Advokatbistand 😊: ikke utkontraktering

IKT

- Kjøp av programvare som installeres og driftes internt – ikke utkontraktering
- Kjøp av programvare som installeres internt, men driftes eksternt - ukontraktering
- Rett til bruk av programvare, plattform eller infrastruktur som driftes av oppdragstaker på oppdragstakers servere: normalt utkontraktering – rundskrivet nevner IaaS, PaaS og SaaS
- Innebærer at også oppbevaring av data anses utkontraktet – typisk skylagring
- I praksis vanskelig å skille mellom hva som er utkontraktering og hva som er kjøp av utstyr og systemer
 - Hva slags tjeneste/funksjon er det snakk om? Ligger det innenfor eller utenfor de tjenester forvaltningsselskapet leverer?
 - Hvem drifter?
 - Hvem eier serverne?
 - Hvem står for løpende vedlikehold?
- Enkelte utfordringer - hyllevareprodukter

Anti hvitvasking - tredjepartskontroll

- To bestemmelser som gjelder kontroller utført av andre: hvitvaskingsloven §§ 22 og 23
- § 22: Den rapporteringspliktige gis mulighet til å bygge på kundetiltak utført av andre for deres egen bruk. Dette er *ikke* utkontraktering
- Gjelder bare *enkelte* kundetiltak utført av *enkelte* tredjeparter:
 - Kundetiltak: informasjon og dokumentasjon om hvem kunden er, reelle rettighetshavere, samt formål og tilsiktet art. Ikke risikoklassifisering, ikke PEP, ikke løpende oppfølging, ikke lagring.
 - Informasjonen og dokumentasjonen skal straks oversendes forvaltningsselskapet
 - Tredjeparter: listet opp i § 22
 - Skriftlig avtale

Anti hvitvasking – utkontraktering, § 23

- Omfatter alle kundetiltak, dvs hele hvitvaskingsloven kapittel 4
 - Identifikasjon og dokumentasjon av hvem kunden er, reelle rettighetshavere, PEP, risikovurdering av kunden og anvendelse av riktig "nivå" av kundetiltakene
 - Rundskrivet: også tilhørende oppgaver, så som løpende oppfølging, transaksjonsovervåkning, lagring av dokumentasjon, compliance og internrevisjon
- Rollen som anti hvitvaskingsansvarlig kan ikke utkontrakteres, heller ikke oppgaver som tilligger rollen:
 - Ansvar for rutinene
 - innsendelse av MT-rapporter.
 - Unntak: mor og datter er begge rapporteringspliktige, mor kan ha en AML-ansvarlig som også omfatter datter
- Kan i utgangspunktet utkontrakteres til hvem som helst, også til de som ikke selv er rapporteringspliktige, men begrensning i forskriften
 - Distributører som ikke selv er rapporteringspliktige: kun identitetsbekreftelse

Arbeidsinnleie og øvrige tjenester

- Grense mot arbeidsinnleie
 - Alle er ansatt i f.eks. morselskapet, men er dedikert til å jobbe for fondsforvaltningsselskapet: ny uttalelse fra forsikring at dette anses som utkontraktering av tjenester
 - Midlertidig innleie av personer (vikartjenester): ikke utkontraktering
 - Innleie i forbindelse med spesifikke prosjekter: avhenger av organisering av oppdraget, varighet og omfang
- Øvrige tjenester:
 - generelle risikovurderinger, standard retningslinjer m.m. utarbeidet av bransjeforeninger eller andre aktører – ikke utkontraktering

03 Begrensninger i utkontrakteringsadgangen

Hvilke begrensninger foreligger?

- Utgangspunkt: alle *typer* oppgaver kan utkontrakteres
- Begrensninger i omfang
 - Den konsesjonspliktige enheten skal utføre konsesjonspliktig virksomhet
 - Forbud mot "letter box entity", blant annet:
 - Mangler kompetanse og ressurser til å håndtere risikoen ved utkontrakterte tjenester eller
 - Ikke myndighet til å fatte beslutninger som gjelder investeringspolicy og investeringsstrategi eller
 - Mangler avtalerettslig adgang, evt praktisk mulighet til å føre kontroll med utkontrakterte tjenester eller
 - Omfanget av utkontrakterte tjenester innenfor risk/forvaltning overgår vesentlig de oppgavene foretaket utfører selv

Hvilke begrensninger foreligger?

- Begrensninger i *art*
 - Anti hvitvaskingsansvarlig kan ikke utkontrakteres
 - AIFM kan ikke utkontraktere *både* forvaltning og risikostyring
 - Kontrolloppgaver: kan utkontrakteres, men en person i foretaket må ha ansvaret for kontrollfunksjonene. Dette kan være daglig leder, men i såfall må utkontraktert funksjon rapportere direkte til styret
- Begrensninger ift *oppdragstaker*
 - Oppgaver kan ikke settes bort til foretak hvor utkontraktingen resulterer i interessekonflikter mellom oppdragsstaker og henholdsvis forvaltningsselskapet eller andelseierne
 - Oppgaver knyttet til kollektiv porteføljeforvaltning/risikostyring kan ikke settes bort til depotmottaker
 - Internrevisjon kan ikke settes bort til valgt revisor

Hvilke begrensninger foreligger?

- Begrensninger ift *taushetsplikt*
 - Taushetsplikt forhindrer ikke utkontraktering. Oppdragstaker anses som rette vedkommende for informasjonen. Oppdragstaker må pålegges tilsvarende taushetsplikt
- Begrensninger ift *videreutkontraktering*
 - Oppgaver kan videreutkontrakteres, men på bestemte vilkår, blant annet:
 - Rett til videreutkontraktering skal være avtalefestet
 - Videreutkontrakteringen må sikre både foretaket og Finanstilsynet samme rettigheter som overfor oppdragstaker
 - AIF: verdivurderingsfunksjon kan ikke videreutkontrakteres
- Øvrige begrensninger
 - Må ikke vanskeliggjøre foretakets kontroll med og utførelse av virksomheten, eller Finanstilsynets tilsyn
 - Må ikke hindre forvalter i å handle i samsvar med investorenes interesser.

04 Hva må man passe på?

Oversikt

- Før utkontraktering:
 - Risikovurdering - beredskapsplan
 - Vurdering av oppdragstaker
 - Innholdskrav til avtalen
 - Meldeplikt til Finanstilsynet
- Under utkontraktering:
 - Løpende oppfølging og kontroll
 - Gi nødvendige instruksjoner
 - Meldeplikt til Finanstilsynet ved endringer
- Avvikling i gitte situasjoner

Risikovurdering (egen risiko)

- Hvilken risiko innebærer utkontraktingen?
 - Konkretisering av risiko
 - Sannsynlighet for risiko
 - Eventuelle konsekvenser
- Beredskap i tilfelle behov for terminering
 - Flytte utkontrakterte funksjoner
 - Ta oppgaven tilbake i foretaket
 - Andre tiltak
- Samme oppdragstaker for flere oppgaver? Sårbarhetsanalyse
- Risikoreduserende tiltak nødvendig?



Vurdering av oppdragstaker

- Kvalitative krav til oppdragstaker
 - Tilstrekkelig kapasitet og ressurser?
 - Tilstrekkelig kompetanse, erfaring, renommé?
 - Har oppdragstaker nødvendige tillatelser?
 - Interessekonflikter – evt. tiltak som kan avhjelpe?
- Oppdragstaker utenfor EØS
- Øvrige relevante forhold for vurdering
 - System for risikostyring og internkontroll
 - Er oppdragstaker sertifisert?
 - Hvilken finansiell styrke har oppdragstaker – kan de rette feil?
 - Hvor holder oppdragstaker til?



Utkontrakteringsavtalen

- Utkontrakteringsavtalen skal minst inneholde:
 - identifikasjon av kontraktspartene, beskrivelse av oppdrag, avtaleperiode og oppsigelsestid
 - Særlig rett til å bringe avtalen til opphør dersom:
 - Andelseiernes/investorenes interesse
 - Pålegg fra FT
 - Rett til å kontrollere og instruere utførelsen av oppgaven(e)
 - Rett til å kreve informasjon eller rapportering
 - Løpende kontroll med at oppdragstaker overholder taushetsplikten og forpliktelser etter personopplysningsloven
 - FTs tilgang på opplysninger og tilsynsmuligheter med oppdragstaker
 - Regulering av evt. videreutkontraktering – innta forbud hvis det ikke skal være adgang til dette
 - Krav til at oppdragstaker overholder relevant regelverk
- Ved behov
 - Oppdragstakers organisering, soliditet, eierskap, forsikringsdekning
 - Oppdragstakers bistand i avviklingsfasen
 - Bestemmelser om videreutkontraktering fra oppdragstaker

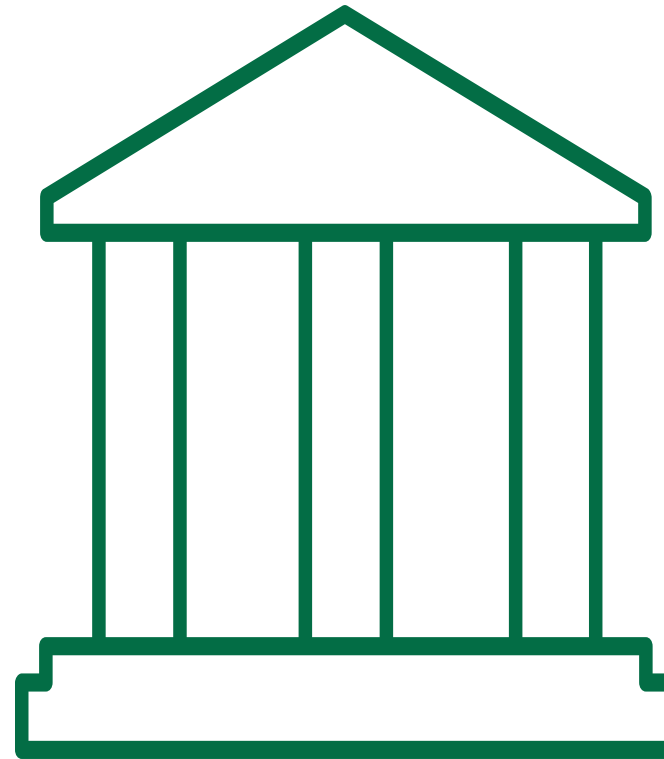


Forvaltningsselskapets øvrig ansvar og plikter

- Meldeplikt til Finanstilsynet
 - AIF: porteføljevaltning, risikostyring, administrasjon, verdivurdering og videreutkontraktering
 - UCITS: kollektiv porteføljevaltning, administrasjon, distribusjon av fondsandeler
 - Selv om ulik ordlyd er realiteten den samme i begge regelverk
 - Endringer skal meldes – NB: husk endringer i videreutkontraktering
- Retningslinjer og rutiner for risikostyring og internkontroll ved utkontraktering
- Krav til foretakets egen kapasitet og kompetanse
 - Herunder sikre kontinuitet ved avvikling
- Krav til foretakets beredskapsplaner
- Underrette andelseiere særskilt og i prospekt/§ 4-2-skjema

10 Finanstilsynets myndighet ved utkontraktering

- Vilkår for utkontrakteringen
- Pålegg om å ikke iverksette avtalen
- Løpende tilsyn
- Pålegg om å endre eller avvikle avtalen



wiersholm.no

Wiersholm