

Utkontraktering –ett år etter

Verdipapirfondenes Forening, Complianceseminar 4. november 2021

Adv. Kjersti T. Trøbråten

Wiersholm



Den neste timen

- 1 Rettslig grunnlag – litt repetisjon
- 2 Hva anses som utkontraktering?
- 3 Nødvendige steg ved utkontraktering
- 4 Meldeplikt
- 5 Oversikt over avtaler

1

Rettslig grunnlag, litt repetisjon

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 utkontrakteringen må avvikles testes ikke, eller enda verre – etableres ikke
- Utkontraktering påvirker ikke *ansvaret* overfor myndigheter, andelseiere eller andre kunder

Rettslig grunnlag

- UCITS-forvaltning
 - Verdipapirfondloven § 2-9
 - Verdipapirfondforskriften §§ 2-3 til 2-5
 - Forskrift om risikostyring og internkontroll § 5
- AIF-forvaltning
 - AIF-loven § 3-5
 - AIF-forskriften § 3-1
 - AIFM-forordningen (forordning 231/2013) artikkel 75-82
- Individuell porteføljeforvaltning
 - Verdipapirhandelloven § 9-16,
 - forordning 565/2017 artikkel 30-32
- Felles
 - Hvitvaskingsloven § 23
 - Hvitvaskingsforskr. § 4-5
 - IKT-forskriften § 12
 - Forskrift om meldeplikt /fra 1. jan. 2022)
 - Veileder til hvitvaskingslov
 - Rundskriv 3/2020 om utkontraktering
 - EBA Guidelines, utkontraktering
 - ESMA Guidelines, skytjenester

2

**Hvilke tjenestekjøp
anses som
utkontraktering?**

Hvorfor er det så viktig å vite hva som er hva?

- Interne retningslinjer:
 - Ingen heksekunst å etterleve, heller ikke med nye regler
- Meldeplikt: Ingen spesielle utfordringer
- Underrette andelseiere særskilt og i prospekt/§ 4-2-skjema
- Krav til avtalen
 - Norske avtaleparter og tilpasset avtaleverk
 - Utenlandske avtaleparter:
 - Annet syn på hva som er utkontraktering, uvilje mot tilpasning til norske krav
 - Nytt EU-regelverk på vei: DORA - EUs IKT-regulering, som også omfatter IKT-leverandørene

Kan vi få hjelp til avgrensningen?

- Vpfl § 2-9: *sette bort utførelsen av bestemte oppgaver til et annet foretak*
- AIF-loven § 3-5: *Forestå utførelsen av deler av virksomheten*
- FTs rundskriv: *la en annen juridisk enhet utføre oppgaver på vegne av foretaket*
- Forordning 565/2017:
*‘outsourcing’ means an arrangement of any form between an investment firm and a service provider by which that service provider performs a **process, a service or an activity** which **would otherwise be undertaken** by the investment firm itself;*
- Utfordring: hvor går grensen mot kjøp av produkter – spesielt ved utvikling, IKT
- Elastisk, endres over tid

Hvordan trekke grensen

- Yttergrensene er enkle:
 - Dersom foretaket kjøper en løpende tjenesteleveranse av noe foretaket ellers hadde håndtert selv er det normalt utkontraktering
 - Dersom det kjøpes et produkt, f.eks. en analyse, en programvare som installeres og driftes på egne maskiner, er det normalt ikke utkontraktering
- Den finere avgrensningen er mer krevende, og praktisk viktig om avtaleverket ikke lar seg tilpasse
 - Leveransen må analyseres konkret opp mot Finanstilsynets veiledning, internasjonale veiledninger, og diskuteres i bransjen
 - Gjenstand for vurdering ved konsesjonstildelinger og ved stedlig tilsyn

Eksempler, tommelfingerregler

- Porteføljeforvaltning
 - All bortsetting av porteføljeforvaltning og kjøp av investeringsråd er utkontraktering, men ikke alt er meldepliktig
 - Kjøp av analyser er ikke utkontraktering – kjøper informasjon"resultatet" – input til forvaltningen
 - Kjøp av markedsinformasjon for øvrig: ikke utkontraktering, men grense mot utkontraktering av IKT
- Administrasjon
 - Regnskapsførsel – fond og forvaltningsselskap
 - Callsenter, kundehenvendelser
 - Fra forvaltningspraksis: Back office, f.eks. håndtering av oppgjør, vedlikehold av stamdata, avstemming av konti, NAV-beregninger, oppfølging av depot etc.: utkontraktering
 - Føring av andelseierregister: utkontraktering?
- Distribusjon? Verdipapirfond: Meldepliktig, men ikke utkontraktering. AIF: utkontraktering, og meldepliktig

Eksempler, tommelfingerregler

- Kontrollfunksjoner
 - Risikostyring, compliance – grense mot arbeidsinnleie og ad hoc-bistand (f.eks. bistand med kvalitetssikring av rutiner og instruksjer)
- Eksterne, men nødvendige funksjoner – normalt ikke utkontraktering
 - Meglertjenester
 - Depot
 - Forvalteroppgjør hos depot
 - Revisjon
 - Advokatbistand

Eksempler, tommelfingerregler

- IKT
 - Veiledning i Finanstilsynets rundskriv – følger de samme prinsippene: Kjøp av programvare som installeres og driftes internt er ikke utkontraktering
 - Installert internt, men drifting eksternt: utkontraktering
 - Rett til bruk av programvare, plattform eller infrastruktur som driftes av oppdragstaker på oppdragstakers servere: normalt utkontraktering – rundskrivet nevner IaaS, PaaS og SaaS
 - Problem: hyllevare – vil kunne avhjelpes med DORA
- Anti hvitvasking
 - Bruk av informasjon som tredjepart har innhentet for eget formål: ikke utkontraktering (§ 22)
 - Avtale med andre om at disse skal gjennomføre kontrollen på dine vegne: utkontraktering (§ 23) – husk: risikovurdering av kunden må foretas basert på *oppdragsgivers* risikovurdering

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 – heller ikke de oppgavene som ligger eksplisitt til rollen
 - 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 oppdragstaker 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.

3

Nødvendige steg ved utkontraktering

De ulike stegene

Før utkontraktering

- Rutiner må være styrebehandlet
- Beskrivelse av oppdraget – hva skal utkontrakteres?
- Risikovurdering - beredskapsplan
- Vurdering av oppdragstaker
- Innholdskrav til avtalen
 - Fornuftig med mal, rutine etc. med oversikt over minstekravene
- Styrebehandling (IKT og ellers når interne rutiner krever dette)
- Meldeplikt til Finanstilsynet

Under utkontrakteringen

- Løpende oppfølging og kontroll
 - Omfang av kontroller avhenger av type oppgave
 - Periodisk, ad hoc, dokumentbasert, besøk
- Gi nødvendige instruksjoner
- Meldeplikt til Finanstilsynet ved endringer
- Beholde nødvendig intern kompetanse
- Avvikling i gitte situasjoner

4

Meldeplikt

Meldeplikt etter fondsregelverket

- AIF: porteføljeforvaltning, risikostyring, administrasjon, verdivurdering og videreutkontraktering
- UCITS: kollektiv porteføljeforvaltning, administrasjon, distribusjon av fondsandeler – sistnevnte er neppe utkontraktering
- Selv om ulik ordlyd er realiteten den samme i begge regelverk
- Melding skal skje før avtalen *iverksettes*
- Endringer skal meldes – NB: husk endringer i videreutkontraktering

Meldeplikt for investeringstjenester

- Ny forskrift, i kraft fra 1. januar 2022, innebærer at verdipapirforetak ikke lenger unntas fra meldeplikten etter finanstillsynsloven
- Regelverksutvikling: Verdipapirforetakene var underlagt meldeplikt etter en egen forskrift fra 2003 til og med 2007, da den ble erstattet med samleforskrift til ny verdipapirhandellov (MiFID 1-implementering)
- Hvorfor ble meldeplikten opphevet?
 - Daværende gjennomføringsdirektiv til MiFID 1 var fullharmonisert – eventuelle tilleggskrav måtte underrettes kommisjonen
 - ikke meldepliktsregler, med enkelte begrensede unntak ved oppdragstaker i tredjeland, men regler om at informasjon skal være tilgjengelig for tilsynsmyndigheten
- Hvorfor blir den gjeninnført nå? MiFID 2 er også fullharmonisert, og meldeplikten er borte, erstattet med "on request"
 - EBAs outsourcing-guidelines pkt. 58 benyttes som "hjemmel"

Meldeplikt investeringstjenester

- Hvis oppgaven berører investeringstjenestene – meldeplikten etter finanstilsynsloven gjelder (og ikke verdipapirfondforskriften)
- Terskel: virksomhet som er "kritisk eller viktig" for foretaket
 - Sml. "av betydning" etter IKT-forskriften
 - Sml. "vesentlige endringer i forutsetningene som lå til grunn for tillatelsen" etter vphl. § 10-1 første ledd
 - I utgangspunktet foretakets vurdering
 - Føringer fra Finanstilsynet – og antakelig veiledning etter oppdatering av rundskriv 3/2020
- Momenter etter høringsnotatet
 - Sentrale funksjoner/oppgaver for styring og kontroll av virksomheten
 - Varighet og omfang

Hva er kritisk eller viktig?

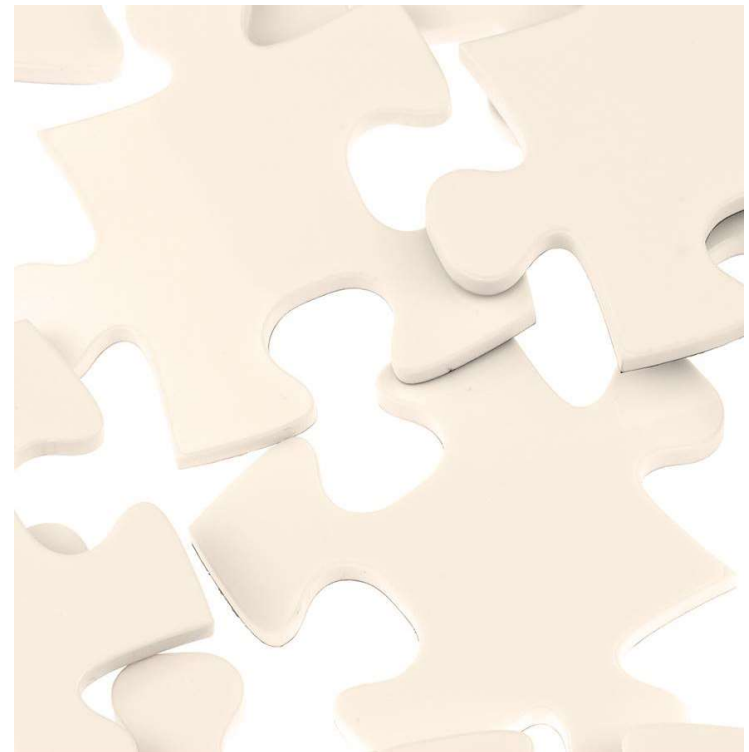
- Utkontraktering av uavhengige kontrollfunksjoner
 - Compliance
 - Risikostyring
 - Internrevisjon
- Hele eller deler av investeringstjenester og investeringsvirksomhet
 - Eksempelvis splitt av aktive mandat eller avgrensning av egen rådgivning (innhenting av ekstern kompetanse om enkelte markeder) – men neppe hvis det bare gjelder en svært liten del av forvaltningskapitalen
- Ikke "kritisk eller viktig" (kommisjonsforordning 2017/565)
 - Varigheten av tjenesteleveransen – kort leveranseperiode, ikke meldepliktig
 - Arten av tjenesteleveransen (renhold, kantine, fakturatjenester, sikring av bygg og personell, men også avtaler som bare omfatter en liten del av forvaltningskapitalen)
 - Kjøp av rådgivningstjenester, opplæring, Kjøp av standardisert markeds- og prisinformasjon

Konsekvenser av meldeplikt

- Når skal det meldes?
 - Nye avtaler (kan være inngått, må meldes før iverksettelse)
 - Eksisterende avtaler: opphør, bytte av oppdragstaker, bytte av underleverandør, første gangs bruk av underleverandør
 - Rullering av eksisterende avtaler med samme tjeneste og oppdragstaker: meldes ikke
- Gjennomføringsforbud – 60 dager med mindre Finanstilsynet har gitt tilbakemelding
 - Gjelder ikke meldinger som bare går etter etter verdipapirfondregelverket
 - Konesjonssøknader og nye foretak: utkontraktering opplyses i søknadsprosessen. Ved tillatelse anses meldingen som godtatt
- Særskilt om IKT-avtaler
 - Spørsmål om krav til styrebehandling av samtlige avtaler

Meldingens innhold

- Minimumskrav tilsvarer krav til oversikt
 - Navn og org. nr. på oppdragstaker
 - Beskrivelse av virksomheten/oppgavene som utkontrakteres
 - Informasjon om hvor oppdragstaker er hjemmehørende, eventuelt om oppdragstaker yter virksomhet via filial
 - Informasjon om underleverandører
 - Avtalens start og eventuelle opphør
 - Hvordan foretak vil følge opp sitt ansvar for den utkontrakterte virksomheten
 - Risikovurdering
- Særskilt for IKT-virksomhet: Styreprotokoll og utkontrakteringsavtalen



5

Oversikt over avtaler

Oversikt over avtaler

- Gjelder alle utkontrakteringsavtaler - ikke kun de som er meldepliktige
- Gjelder alle foretak under tilsyn – ikke kun de som er omfattet av meldeplikt
 - Datterselskaper med annen konsesjon, eksempelvis internforvaltede AIF-er
- Gjelder også allerede inngåtte avtaler om utkontraktering



Takk for meg

wiersholm.no

Wiersholm