



VEJLEDNING

Håndtering af hvidvask ved udbud og gennemførelse af kommunale kontrakter om bankydelser

1. INDLEDNING

De senere års sager om danske bankers involvering i sager om hvidvask har bragt kommunernes indkøb af bankydelser i fokus. Ikke mindst fra politisk side har der været bekymring for bankernes involvering i sager om hvidvask.

Men hvilken betydning kan en banks involvering i en sag om hvidvask egentlig tillægges ved udbud af en kommunal kontrakt om levering af bankydelser? Og hvordan kan en kommune indrette kontrakten med henblik på at kunne håndtere oplysninger om, at en bank har været involveret i en sag om hvidvask?

Formålet med denne vejledning er at besvare spørgsmål som disse. Vejledningen er målrettet kommunerne. Vejledningen er dynamisk og forventes løbende at blive justeret i takt med, at der opnås erfaringer.

Vejledningens fokus er på bankernes involvering i sager om hvidvask. Flere af elementerne i vejledningen vil dog kunne overføres til andre områder, der falder ind under samlebetegnelsen økonomisk kriminalitet, som f.eks. skatteunddragelse, bestikkelse og konkurrencelovsovertrædelser.

Vejledningen udgør ét af de initiativer, som Kommunernes Landsforening (KL) valgte at iværksætte i januar 2019 med henblik på at sikre kommunernes tillid til bankerne. Udover vejledningen besluttede KL ligeledes at nedsætte et råd (herefter "Rådet") med det formål at sikre, at kommunernes tillid til bankerne består. Rådets endelige rapport kan findes [her](#).

Udgangspunktet for vejledningen er Rådets arbejde samt en gennemgang af en række kommuners eksisterende bankaftaler, hvor det vurderes, at nedenstående forslag til kontraktvilkår fremadrettet vil være nyttige.

Vejledningen er udarbejdet af KL i samarbejde med Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith.

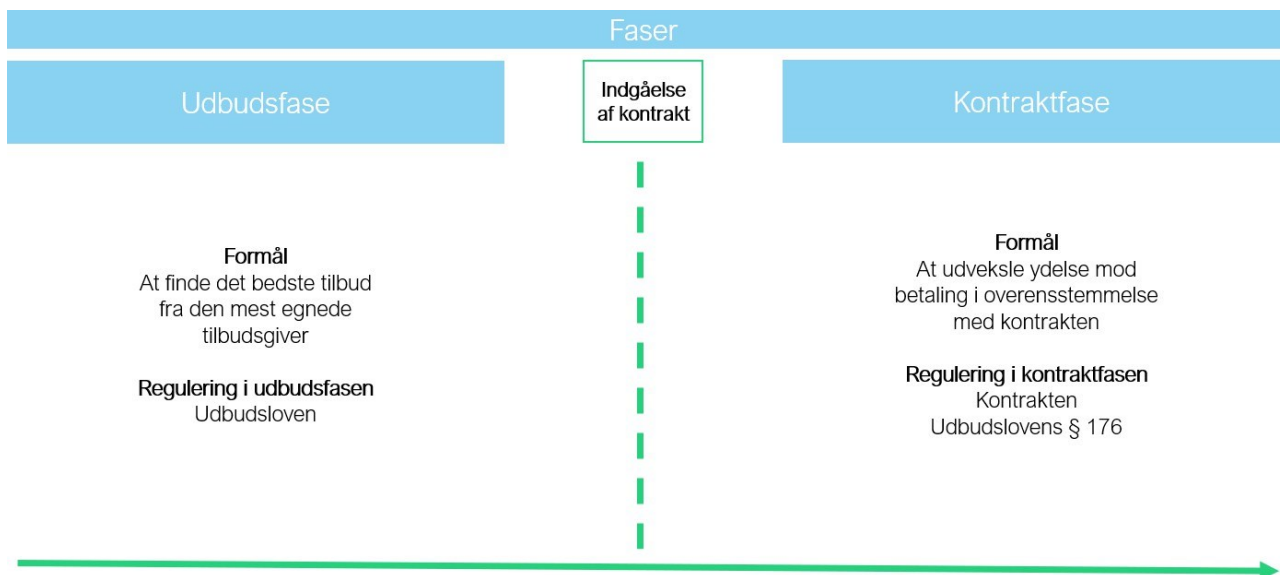
2. INTRODUKTION: BANKUDBUD OG KONTRAKTER OM LEVERING AF BANKYDELSER

En aftale om håndtering af kommunens almindelige bankforretninger, som f.eks. kunne omfatte håndtering af betalingstransaktioner, kassekreditter eller anvendelse af online banking-værktøjer, udgør en

udbudspålagt kontrakt.¹ Konkret betyder det, at kommunen skal gennemføre et udbud efter udbudsreglerne med henblik på at identificere det bedste tilbud.

Når udbuddet er gennemført, kan der indgås kontrakt mellem kommunen og banken. Tidspunktet for kontraktindgåelsen markerer samtidig det tidspunkt, hvor udbudslovens regler afløses af reguleringen i kontrakten. Hvor det under udbudsprocessen var udbudslovens regler, der regulerede forholdet mellem den tilbudsafgivende bank og kommunen, reguleres forholdet mellem kommune og bank fra dette tidspunkt af kontrakten.²

Forskellen mellem udbudsfasen og kontraktfasen – og fasernes forskellige formål og regulering – kan illustreres således:



Reguleringen i kontraktfasen afhænger af, hvilke bestemmelser en kommune vælger at indsætte i kontrakten. Selvom de fleste kommunale kontrakter har en række fællestræk, varierer de i indhold og omfang. Den retlige ramme, som kontrakten fastlægger, defineres således i vid udstrækning af kommunen selv.

¹ Under forudsætning af, at kontraktens værdi ligger over tærskelværdierne for tjenesteydelser, dvs. kr. 1.541.715, jf. § 6, stk. 1, nr. 3 i udbudsloven.

² Der er dog en række regler i udbudsloven, som også er relevante i forhold til udbudsprocessen, herunder ændringsinstitutet, jf. udbudslovens §§ 178 til 184.

Omvendt forholder det sig i udbudsfasen. Udbudslovens regler fastlægger en ufravigelig ramme, som kommunerne er forpligtede til at følge, når de gennemfører bankudbud. I loven fastlægges det *om og i hvilket omfang* en kommune kan tillægge en banks involvering i sager om hvidvask betydning, når kommunen ønsker at indgå/eller har indgået en kontrakt om levering af bankydelser. Dette uddybes i det følgende afsnit.

3. UDBUD AF OFFENTLIGE KONTRAKTER OM BANKYDELSER

Står kommunen overfor at skulle gennemføre et bankudbud, og er der tvivl om, hvilken betydning – hvis nogen overhovedet – en deltagende banks involvering i en sag om hvidvask skal tillægges?

I så fald anbefales det, at kommunen overvejer følgende tre forhold:

1. For det første skal det overvejes, om kommunen som ordregivende myndighed *skal* udelukke banken fra at deltage i udbuddet som følge af dennes involvering i en sag om hvidvask.
2. For det andet skal det overvejes, om banken *kan* udelukkes fra at deltage i udbuddet som følge af dennes involvering i en sag om hvidvask.
3. For det tredje skal det overvejes, om bankens eventuelle implementering af forebyggende tiltag betyder, at den – uanset et bekræftende svar på 1 og/eller 2 – alligevel har ret til at deltage i et udbud om levering af bankydelser.

Disse tre spørgsmål besvares i de følgende tre afsnit.

3.1 Skal banken udelukkes fra at deltage i udbuddet som følge af sin involvering i en sag om hvidvask?

I udbudsloven sondres der mellem obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Mens kommunen som ordregiver er forpligtet til at håndhæve de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsfasen, gælder en sådan forpligtelse kun i forhold til de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis disse er indskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Uanset hvad *skal* en bank dermed udelukkes fra at deltage i udbuddet som følge af dens involvering i en sag om hvidvask, hvis banken er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsloven. Ansøger eller tilbudsgivers – dvs. banken – involvering i sager om hvidvask er specifikt reguleret i udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, som uddybes i oversigten nedenfor:

Hvornår skal der ske udelukkelse?

Det følger af udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, at f.eks. en bank skal udelukkes, såfremt denne ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for ”*hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme*”.

Bestemmelsen om, at en ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes, betyder i praksis, at en kommune af egen drift er forpligtet til at udelukke en bank, der ved endelig dom er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for overtrædelse af straffelovens §§ 290 og 290a om hvidvask.

Ved endelig dom forstås, at en dom ikke længere kan ankes.

Den obligatoriske udelukkelsesforpligtelse angår alene overtrædelser af straffelovens regler om hvidvask, men ikke overtrædelse af hvidvaskloven i tilfælde af mangelfuld gennemførelse af de forebyggende foranstaltninger, som loven pålægger en bank at gennemføre.

Hvem skal udelukkes?

Forpligtelsen til at udelukke gælder både, når det er selve banken, dvs. den juridiske person, der dømmes eller vedtager bødeforlæg, samt når en person, der er tillagt en vis kontrol over banken, dømmes eller vedtager bødeforlæg, f.eks. et medlem af bestyrelsen eller direktionen.

Forhold, der ville kunne begrunde udelukkelse, men som er begået af et andet selskab i samme koncern som banken, f.eks. et moder- eller søsterselskab, kan således ikke begrunde udelukkelse. Der skal dog være tale om forhold, som er begået af en anden og selvstændig juridisk enhed. Forhold, som er begået af en filial – selvom der er tale om en filial i udlandet – vil kunne tilregnes banken.

Hvor lang tid varer udelukkelsen?

En bank, som er omfattet af enten af udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, skal udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer i fire år regnet fra den dato, hvor dommen og/eller bødeforlægget er endeligt.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde udgør et centralt værn for kommunen som ordregiver. Som det fremgår af oversigten ovenfor, er forpligtelsen til at udelukke i medfør af udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, med til at forhindre, at kommunale kontrakter om bankydelser indgås med banker, der er dømt for overtrædelse af straffelovens regler om hvidvask. Det vil sige de tilfælde, hvor en bank selv aktivt har deltaget i hvidvask.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde gælder uanset, om de er særskilt anført af kommunen i udbudsbekendtgørelsen. Ved deltagelse i udbuddet skal banken i sit ESPD (Det fælles europæiske udbudsdokument) således anføre, om banken er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, herunder også i forhold til hvidvask i henhold til udbudslovens § 135, stk. 1 nr. 5. Før tildeling af kontrakten skal ordregiver indhente endelig dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD, jf. udbudslovens § 159, stk. 2 og udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1) og VI.3).

Følgende bestemmelse kan anføres herom i kommunens udbudsbetingelser:

”Før tildeling af kontrakten skal den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten, have fremlagt dokumentation for de oplysninger, der er anført i ESPD, jf. udbudslovens § 159, stk. 2, og udbudsbekendtgørelsens punkt III.1) og VI.3).”

Herudover kan følgende anføres i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3 ”Yderligere oplysninger”:

”[Ansøgeren/Tilbudsgiveren] vil blive udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren, hvis [ansøgeren/tilbudsgiveren] er omfattet af de i udbudslovens §§ 135 og 136 nævnte obligatoriske udelukkelsesgrunde, medmindre [ansøger/tilbudsgiver] har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at denne er pålidelig i overensstemmelse med udbudslovens § 138.

Inden tildelingsbeslutningen skal den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægge dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD i henhold til udbudslovens §§151-152, jf. § 153.”

3.2 Kan banken udelukkes fra at deltage i udbuddet som følge af sin involvering i en sag om hvidvask?

Kommunen er som ordregiver alene forpligtet til at udelukke en bank, hvis banken er blevet dømt for overtrædelse af straffelovens regler om hvidvask.

Men hvad skal kommunen foretage sig, hvis én af de banker, der ønsker at deltage i et kommende bankudbud, ikke selv har deltaget aktivt i selve gennemførelsen af hvidvask, men i stedet i forsømt at have de

forebyggende foranstaltninger, som banken i medfør af hvidvasklovgivningen er forpligtet til at implementere? Kan banken udelukkes, eller er kommunen forpligtet til at tillade banken at deltage i udbuddet?

Svaret på dette spørgsmål afhænger af, om kommunen har gjort brug af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Denne bestemmelse giver kommunen en videregående udelukkelsesadgang i forhold til den, som er omfattet af udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5. I tilfælde af, at en bank har været involveret i sager vedrørende hvidvask, kan de frivillige udelukkelsesgrunde således udgøre et effektivt redskab for de kommuner, som ønsker at stille endnu højere krav til deres fremtidige leverandør af bankydelser, og være med til at give kommunerne en ekstra sikkerhed for, at kommunens kontrakt ikke tildeles en bank, som ikke har formået at leve op kravene om forebyggelse af hvidvask.

Hvornår skal der ske udelukkelse?

Det følger af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, at f.eks. en bank skal udelukkes, hvis det kan påvises, at banken *"i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet"*.

Større svigt i en banks forebyggende foranstaltninger, og deraf følgende brud på bankens forpligtelser i henhold til hvidvasklovgivningen, vil formentlig også udgøre forsømmelser, som vedrører bankens udøvelse af sin virksomhed, og som indikerer en adfærd, der er egnet til at sår tvivl om bankens integritet. I sådanne tilfælde vil en kommune formentlig som udgangspunkt være berettiget til at udelukke banken fra at deltage i udbuddet, hvis den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er valgt til i udbudsbekendtgørelsen – i hvert fald, hvis der er tale om grove overtrædelser.

Hvem skal udelukkes?

Forpligtelsen til at udelukke gælder alene, når tvivlen vedrører banken, dvs. den juridiske person.

Forhold, der ville kunne begrunde udelukkelse, men som er begået af et andet selskab i samme koncern som banken, f.eks. et moder- eller søsterselskab, kan således ikke begrunde udelukkelse. Der skal dog være tale om forhold, som er begået af en anden og selvstændig juridisk enhed. Forhold, som er begået af en filial – selvom der er tale om en filial i udlandet – vil kunne tilregnes banken.

Hvor lang tid varer udelukkelsen?

En bank, som er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, skal udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer i to år regnet fra den dato, hvor den relevante hændelse eller handling, som begrunder udelukkelsen, blev foretaget, jf. udbudslovens § 138, stk. 6.

EU-Domstolen har i en nyere dom slået fast, at beregningen af udelukkelsesperioden skal beregnes fra den dato, hvor den kompetente myndighed inden for det pågældende ressortområde fastslår, at adfærden udgør en overtrædelse, jf. EU-Domstolens dom af 24. oktober 2018, sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH, præmis 38. Dommen vedrørte dog udelukkelse som følge af deltagelse i et kartel efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Hvis kommunen ønsker at anvende den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, i et kommende bankudbud, skal kommunen dog samtidig være opmærksom på, at kommunen bliver forpligtet til at håndhæve den, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Selvom kommunen selv vurderer, om betingelserne for udelukkelse er opfyldt, kan vurderingen blive udfordret ved Klagenævnet for Udbud af banken eller f.eks. konkurrenter.

Kommunen kan derfor ende med at være forpligtet til at skride til udelukkelse af en bank, som måtte blive omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde, uanset at kommunen måtte ønske at indgå kontrakt med denne.

Det er derfor vigtigt, at kommunen grundigt afvejer de hensyn, der taler for en anvendelse af en frivillig udelukkelsesgrund, overfor de hensyn, der taler i mod. Anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde således kan udgøre et tveægget sværd, hvor det er vigtigt at finde den rette balance.

Følgende bestemmelse kan anføres herom i kommunens udbudsbetingelser:

”Før tildeling af kontrakten skal den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten, have fremlagt dokumentation for de oplysninger, der er anført i ESPD, jf. udbudslovens § 159, stk. 2, og udbudsbekendtgørelsens punkt III.1) og VI.3).”

Herudover kan følgende anføres i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3 ”Yderligere oplysninger”:

”[Ansøgeren/Tilbudsgiveren] vil blive udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren, hvis [ansøgeren/tilbudsgiveren] er omfattet af de i udbudslovens §§ 135 og 136 nævnte obligatoriske udelukkelsesgrunde, samt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, medmindre [ansøger/tilbudsgiver] har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at denne er pålidelig i overensstemmelse med udbudslovens § 138.

Benyttelsen af den frivillige udelukkelsesgrund sker under overholdelse af proportionalitetsprincippet. Bagatelagte forhold kan således ikke føre til udelukkelse af [ansøgeren/tilbudsgiveren]. Flere tilfælde af forhold, der hver for sig er bagatelagte, kan dog give anledning til at udelukke [ansøgeren/tilbudsgiveren].

Inden tildelingsbeslutningen skal den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægge dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD i henhold til udbudslovens §§151-152, jf. § 153.”

3.3 Betyder bankens eventuelle implementering af forebyggende tiltag, at banken alligevel har ret til at deltage i udbuddet?

Selvom en bank, som følge af sin involvering i en sag om hvidvask, er omfattet af én af udelukkelsesgrundene – obligatoriske eller frivillige – som er nævnt ovenfor, kan en kommune ikke udelukke banken, hvis

banken kan dokumentere sin pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 1. En bank har således mulighed for at foretage en såkaldt "self-cleaning", som, hvis denne kan dokumenteres tilstrækkeligt, afskærer kommunen fra at skride til udelukkelse.

Ønsker en kommune at udelukke en bank med henvisning til, at banken er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, vil kommunen være forpligtet til først at give banken en "passende frist" til at dokumentere sin pålidelighed.

Efter udløbet af denne frist – hvis præcise længde ikke reguleres i udbudsloven – vil kommunen skulle vurdere, om den dokumentation for pålidelighed, som er modtaget fra banken, er "tilstrækkelig". Ifølge § 138, stk. 3, nr. 1 til 3, er det tilfældet, når banken:

- a) i fornødent omfang har dokumenteret, at den har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene,
- b) i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og
- c) har truffet passende konkrete personalemæssige, tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Betingelse a), b) og c) ovenfor skal som udgangspunkt alle være opfyldt. Samtidig finder hver enkelt betingelse kun anvendelse i det omfang, det er relevant. Det er eksempelvis kun relevant at se dokumentation for, at pålagt erstatning er blevet ydet, såfremt banken rent faktisk er blevet pålagt at yde erstatning.

Det vil formentlig altid være nødvendigt at vurdere, om betingelsen i c) er opfyldt. Bestemmelsen nævner blot, at de foranstaltninger, som er gennemført, skal være *passende*. Heri antages at ligge et krav om, at foranstaltningerne dels skal stå i et rimeligt forhold til den overtrædelse, de søger at forebygge, dels at foranstaltningerne skal være egnede til at forhindre yderligere overtrædelser. Jo grovere overtrædelse, der er tale om, desto mere gennemgribende foranstaltninger vil der kunne stilles krav om.

Forarbejderne til udbudsloven indeholder en ikke-udtømmende opremsning af de foranstaltninger, som kan iværksættes med henblik på at dokumentere pålidelighed:

"[...] personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i denne illoyale adfærd, relevant re-organisering af

medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.”

Vurderer kommunen, at banken ikke har dokumenteret sin pålidelighed, idet den fremlagte dokumentation er utilstrækkelig, vil kommunen skulle begrunde dette overfor banken, jf. udbudslovens § 138, stk. 4.

I forhold til de konkrete formuleringer om self-cleaning i udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser, henvises til det ovenfor under pkt. 3.1 og pkt. 3.2 anførte.

4. OFFENTLIGE KONTRAKTER OM BANKYDELSER

4.1 Regulering af hvidvask i kommunale kontrakter – 3 opmærksomhedspunkter

De senere års sager om danske bankers involvering i en række større sager om hvidvask gør det relevant at overveje, om reguleringen i de kommunale kontrakter med bankerne vedrørende hvidvask hidtil har været tilstrækkelig, eller om kommunerne fremadrettet bør stille skærpede krav til bankerne. Der er dog i hvert fald tre forskellige forhold, som man inden udarbejdelsen af kontrakten bør være opmærksom på:

1. Bankernes eksisterende forpligtelser i henhold til hvidvasklovgivningen

Når det gælder hvidvask, er bankerne allerede i dag underlagt en intensiv regulering – navnlig i hvidvaskloven – som opstiller en række forskellige krav til de forebyggende indsatser, bankerne skal implementere med henblik på at forebygge hvidvask. Hvidvaskloven stiller bl.a. krav om løbende gennemførelse af risikovurderinger, udarbejdelse af interne politikker, udpegning af medarbejder med ansvar for compliance på hvidvaskområdet, forankring af ansvaret for hvidvask hos direktionen og etablering af whistleblowerordning. Det er Finanstilsynet, der som ansvarlig myndighed løbende fører tilsyn med, at bankerne overholder disse regler.

Den intensive regulering på hvidvaskområdet indebærer, at krav i kommunale kontrakter om, at bankerne skal forebygge hvidvask ved gennemførelse af forskellige forebyggende initiativer (krav til compliance) i vid udstrækning vil være overflødig, idet bankerne allerede i medfør af hvidvasklovgivningen er underlagt sådanne krav. Kontrakten bør udarbejdes under hensyntagen til den retlige ramme på hvidvaskområdet, bankerne allerede i dag er underlagt.

2. Vilkår i kontrakten skal være forbundet til kontraktens genstand

Udbudslovens regler er som udgangspunkt procedureregler. Loven fastlægger således processen for, hvordan det offentlige skal foretage et offentligt indkøb, mens det overlades til den ordregivende myndighed (her kommunen) i kontrakten selv at fastlægge, hvad der skal indkøbes og på hvilke vilkår.

Kommunens adgang til at fastsætte sådanne vilkår i kontrakten begrænses dog i en vis grad af udbudslovens § 176.

Det følger af § 176, at en ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt, så længe betingelserne er forbundet med kontraktens genstand. Det betyder, at der skal være en sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktgenstanden, så kontraktbetingelserne er knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under den udbudte kontrakt. Dermed afskærer udbudslovens § 176 kommunen fra, at der fastsættes kontraktbetingelser, som vedrører generelle forhold hos leverandøren, f.eks. krav til en generel virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.

Hvornår en betingelse i kontrakten kan siges at være ”forbundet med kontraktens genstand” er både omdiskuteret og uprøvet. Sidstnævnte skyldes ikke mindst, at hverken EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud endnu har haft lejlighed til udtale sig nærmere om, hvor grænsen præcist går mellem krav i kontrakten, som er tilstrækkelig forbundet med kontraktens genstand og krav, som ikke er det.

Der kan efter KL's bankråds opfattelse dog anføres gode argumenter for, at krav i kontrakten, som tager sigte på en banks manglende overholdelse af reglerne om hvidvask i straffeloven og hvidvaskloven, er så tæt forbundet med kontraktens genstand, at sådanne krav kan indgå i kontrakten.

Kommunerne bør dog være opmærksomme på denne manglende afklaring, og den risiko denne medfører, og afveje den grundigt overfor de øgede reaktionsmuligheder, som f.eks. en videregående ophævelsesadgang vil medføre, jf. omtalen i Rådets rapport.

Ved udarbejdelsen af kataloget over foreslåede kontraktbestemmelser anført nedenfor, er der – hvor det er relevant – givet mulighed for, at kommunerne kan vælge mellem versioner, der i deres formuleringer er snævert knyttet til kontraktens genstand, og versioner af bestemmelserne, som er bredere. Kommunerne kan således vælge den version af kontraktbestemmelserne, som bedst passer til deres behov og profil.

3. Opretholdelse af den sunde konkurrence

Ved udarbejdelsen af kontrakten bør det sikres, at balancen mellem kommunens interesser og bankens interesser bevares. Forrykkes balancen til kommunens fordel ved indsættelse af (for) vidtgående forpligtelser, kan det i sidste ende være til skade for den sunde konkurrence på markedet for bankydelse til det offentlige. Det er ikke mindst i kommunernes interesse, at kommunale kontrakter om levering af bankydelse er kommercielt attraktive, så flere banker deltager i de kommunale bankudbud således der skabes en effektiv konkurrence om de udbudte kontrakter.

I forlængelse af overvejelserne af ovenstående opmærksomhedspunkter anbefales det, at en eventuel regulering i kontrakten i relation til hvidvask falder inden for én af følgende tre kategorier af vilkår:



Nedenfor præsenteres konkrete bud på de kontraktbestemmelser, som vil kunne indsættes inden for de tre kategorier.

Der er tale om et katalog, hvor kommunen selv kan udvælge de bestemmelser, som vurderes at understøtte den kontraktuelle relation, kommunen ønsker med deres kommende bankforbindelse.

4.2 Vilkår, som stiller krav om overholdelse af governanceprincipper med fokus på ledelsesmæssig forankring

I kontrakten kan det stilles som vilkår, at banken skal efterleve de governanceprincipper, som er udviklet af KL's Bankråd og som specifikt tager sigte på bankernes indsats mod hvidvask. Efterlevelse af princip-

perne, som kan findes [her](#), kan kombineres med krav om, at banken lever op til Finans Danmarks kommende selvregulerende tiltag og til den skriftlige politik om sund virksomhedskultur, som de enkelte banker skal vedtage som konsekvens af lovændringen fra juli 2019. Derudover kan kravet kombineres med et krav om en underskrevet erklæring fra bankens ledelse om, at de stillede krav efterleves i praksis i bankens daglige drift.

Selv om manglende efterlevelse af governanceprincipperne i princippet har karakter af misligholdelse af kontrakten, skal principperne snarere ses som udtryk for en forventet adfærd fra bankerne.

Vilkåret i kontrakten kan eksempelvis formuleres på følgende vis, idet kommunen kan vælge, om bestemmelsen skal være knyttet til opfyldelse af kontrakten, jf. udbudslovens § 176, *eller* om kommunen ønsker en bredere kontraktbestemmelse:

”Leverandøren skal [i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten] efterleve de i bilag x anførte ”Governanceprincipper” samt Finans Danmarks selvregulerende tiltag, som anført i bilag x. Leverandøren skal herudover [i forbindelse med opfyldelse af kontrakten] efterleve sin egen skriftlige politik om sund virksomhedskultur, jf. § xx i lov om xx. [lovændring indsættes].

Bankens ledelse skal senest ved kontraktens underskrivelse [samt herefter én gang årligt i kontraktens løbetid] aflevere en underskrevet erklæring til kommunen om, at de stillede krav i bilag x ”Governanceprincipper” samt [xx] efterleves i praksis i bankens daglige drift.”

4.3 Vilkår, som gør det muligt for kommunen at bestemme omfanget og karakteren af forhold, som opstår i kontraktens løbetid (rapporteringsforpligtelse)

De seneste års sager har vist, at der f.eks. som følge af intensiv mediedækning eller i forbindelse med offentliggørelsen af kritik fra tilsynsmyndighederne kan opstå tvivl om omfanget af kommunens bankforbindelses involvering i en sag om hvidvask. I sådanne situationer kan det være hensigtsmæssigt, at kommunen har sikret sig mulighed for i kontrakten at modtage yderligere informationer fra banken, som gør det muligt at bestemme omfanget og karakteren af bankens rolle.

Nedenfor præsenteres tre forskellige bud på kontraktvilkår, som er tiltænkt forskellige situationer og behov.

1. Krav om rapportering

Det kan indskrives i kontrakten, at kommunen skal kunne anmode banken om at rapportere til kommunen om forhold, som giver anledning til utryghed i samarbejdet.

Det kan f.eks. angå forhold, som har været genstand for negativ presseomtale, hvor kommunen ønsker at blive betrygget i, at bankens ledelse har det fornødne fokus på sagen og dens håndtering. Sådanne redegørelser skal naturligvis afgives og behandles i overensstemmelse med de tavshedsbestemmelser, banken er underlagt efter finansiell regulering og børsretlige krav til offentliggørelse af oplysninger om banken.

Kontraktbestemmelse om løbende rapportering:

”Banken er til enhver tid forpligtet til løbende at rapportere til kommunen om alle relevante forhold vedrørende banken af betydning for samarbejdet, herunder såfremt banken eller dennes underleverandør [eller et koncernforbundet selskab] modtager dom for eller accepterer bødeforlæg for overtrædelser af hvidvasklovgivningen (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiell virksomhed). Banken er herudover forpligtet til løbende at rapportere til kommunen om andre forhold vedrørende banken, som det må antages, at kommunen som samarbejdspartner har en interesse i at blive oplyst om, herunder f.eks. begrundede formodninger om risiko for, at banken eller dennes underleverandør [eller et koncernforbundet selskab] er eller har været involveret i hvidvask, sigtelser/tiltaler mod banken i sager om hvidvask, væsentlige tilsynsmæssige reaktioner fra Finanstilsynet m.v.

Orienteringerne skal afgives under iagttagelse af de tavshedsbestemmelser, banken er underlagt efter finansiell regulering og i overensstemmelse med børsretlige krav til offentliggørelse af oplysninger om banken.” [Sanktionsbestemmelsen om bod fremgår nedenfor]

Kontraktbestemmelse om kommunens anmodning om uddybende og supplerende redegørelser:

”Banken er forpligtet til – på kommunens anmodning – hurtigst muligt at afgive uddybende og/eller supplerende redegørelser for forhold, som giver anledning til utryghed i samarbejdet mellem parterne, herunder de i pkt. x anførte forhold. Den supplerende og/eller uddybende redegørelse skal indeholde en beskrivelse af, hvordan bankens ledelse har håndteret det eller de pågældende forhold, herunder hvilke tiltag, der konkret er iværksat. Redegørelserne skal afgives under iagttagelse af de tavshedsbestemmelser, banken er underlagt efter finansiell regulering og i overensstemmelse med børsretlige krav til offentliggørelse af oplysninger om banken.” [Sanktionsbestemmelsen om bod fremgår nedenfor]

Kontraktbestemmelse om bod i tilknytning til rapporteringsforpligtelsen:

”Ved manglende overholdelse af pkt. xx om løbende rapportering eller ved for sen rapportering, betaler banken en bod på kr. xx pr. dag pr. hændelse, dog maksimalt kr. xx [kan fastsættes, så det svarer til 3-6 måneders betaling af bod]. Herefter anses forholdet for væsentlig misligholdelse, som berettiger kommunen til at ophæve kontrakten.

Ved for sen rapportering forstås første arbejdsdag efter fastsat frists udløb. Fristen skal dog ligge mindst 14 arbejdsdage efter kommunens anmodning.

Ved hændelse forstås en manglende rapportering om enhver offentlig tilgængelig negativ omtale af forhold, som knytter sig til bankens overholdelse af hvidvaskreglerne eller konstatering af et forhold, som, ud fra en forsigtighedsvurdering, ville kunne give anledning til omtale i medierne.”

”Ved manglende overholdelse af pkt. [xx] om supplerende og/eller uddybende redegørelser på kommunens anmodning eller ved forsinket afgivelse af en uddybende og/eller supplerende redegørelse, betaler banken en bod på kr. [xx] pr. dag, indtil den pågældende uddybende og/eller supplerende redegørelse afgives, dog maksimalt kr. [xx] [kan fastsættes, så det svarer til 3-6 måneders betaling af bod]. Herefter anses forholdet for væsentlig misligholdelse, som berettiger kommunen til at ophæve kontrakten.”

Ved udformningen af bestemmelsen og fastsættelsen af bodens størrelse skal det sikres, at boden er proportional, herunder at den står mål med omfanget af den manglende overholdelse af forpligtelserne.

4.4 Kontraktuelle sanktioner

Kommunen kan vælge at lade én eller flere af de sanktioner, som nedenfor er opremset, indgå i kommunernes kontrakter med bankerne.

- **Opsigelse:** Adgang til opsigelse med et på forhånd defineret varsel ved endelig dom eller et accepteret bødeforløb for overtrædelse af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed). Tilfældene bør omfatte både banken som juridisk person og ledende medarbejdere (identitet mellem persongruppen og virksomheden). Dommen (bødeforlægget) skal enten have udmøntet sig i fængselsstraf og/eller en bøde på 10 mio. kr. I forhold til bødestørrelsen anbefales det dog at differentiere denne, således at en mindre bøde vil være tilstrækkeligt overfor mindre banker, jf. systematikken i hvidvasklovens ændrede sanktionsbestemmelse, hvorefter det er bankens størrelse og omsætningsniveau, der afgør bødestørrelsen. På denne måde sikres det, at alle banker behandles lige for den samme forseelse. I forhold til bankens udenlandske aktivitet bør der gælde samme systematik. Opsigelse giver ikke mulighed for erstatning eller betaling af et fastsat beløb fra banken i modsætning til ved ophævelse. En sådan specifik

opsigelsesadgang kan kombineres med en ordinær opsigelsesadgang med et længere varsel.

- **Ophævelse:** Specifik adgang til at hæve kontrakten i tilfælde af overtrædelse af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed). Adgangen til at hæve kontrakten bør begrænses til de grovere tilfælde, hvor der foreligger en endelig dom eller et accepteret bødeforlæg. Tilfældene bør omfatte både banken som juridisk person og ledende medarbejdere (identitet mellem persongruppen og virksomheden). Dommen (bødeforlægget) skal enten have udmøntet sig i fængselsstraf og/eller en bøde på 10 mio. kr. I forhold til bødestørrelsen anbefales det dog at differentiere denne, således at en mindre bøde vil være tilstrækkeligt overfor mindre banker, jf. systematikken i hvidvasklovens ændrede sanktionsbestemmelse, hvorefter det er bankens størrelse og omsætningsniveau, der afgør bødestørrelsen. På denne måde sikres det, at alle banker behandles lige for den samme forseelse. I forhold til bankens udenlandske aktivitet bør der gælde samme systematik, således at endelig dom mv. efter det pågældende lands regler vil føre til samme hæveadgang.

Bestemmelsen kan kombineres med et krav om, at banken i tilfælde af ophævelse samtidig er forpligtet til at betale et på forhånd fastsat beløb til kommunen svarende til det tab, kommunen måtte lide som følge af ophævelsen. Fastsættes et sådant beløb, vil betaling heraf samtidig afskære kommunen fra at gøre andre krav gældende mod banken som følge af ophævelsen. Beløbets størrelse skal være proportionalt med kontraktens samlede størrelse og bør gradueres i forhold til, hvor lang tid der er tilbage af kontraktens løbetid. Beløbet skal være fastsat på forhånd. Fordelen ved på forhånd at fastsætte det beløb, banken skal betale i tilfælde af ophævelse, er, at dette giver banken klarhed over de økonomiske konsekvenser, ophævelse vil have. Banken vil dermed allerede i forbindelse med udbuddet have mulighed for at prissætte risikoen ved bestemmelsen i bankens tilbud til kommunen. Samtidig vil et på forhånd fastsat beløb betyde, at diskussioner – og eventuelle tvister – om tabsopgørelse og dokumentation for tabet undgås. På samme måde skal alle andre vilkår for ophævelse være klart specificeret og defineret inden kontraktindgåelsen.

* * * * *

Som kommune er det væsentligt at være opmærksom på, at det endnu er uprøvet, om det vil være i overensstemmelse med udbudslovens § 176 at indsætte f.eks. en generel adgang til ophævelse i tilfælde af (enhver) dom for overtrædelse af hvidvasklovgivningen. Det vil sige også i de tilfælde, hvor overtrædelsen ikke angår opfyldelsen af den pågældende kontrakt mellem kommunen og banken.

Som følge heraf kan det derfor være relevant at overveje en model, hvor det præciseres, at overtrædelsen skal knytte direkte an til opfyldelsen af kontrakten. Derudover kan det indskrives i kontrakten, at banken er forpligtet til at redegøre for eventuelle overtrædelser, som ikke er knyttet direkte til kontraktens opfyldelse, men som banken er blevet dømt for i anden sammenhæng. Det kan f.eks. angå opfyldelse af en anden kontrakt i samme virksomhed eller opfyldelse af en kontrakt i en anden virksomhed i samme koncern (f.eks. et søsterselskab). Som en del af redegørelsen skal banken sandsynliggøre, at det ikke har haft/kan tænkes at få en afsmittende konsekvens i forhold til bankens opfyldelse af den specifikke kontrakt med kommunen. Er banken ikke i stand hertil, kan kommunen vælge selvstændigt at sanktionere dette i form af opsigelse eller ophævelse. En sådan model er mindre vidtgående, da fokus, i det omfang overtrædelsen ikke direkte angår opfyldelsen af den pågældende kontrakt, er på, om overtrædelsen *har haft eller vil kunne* få betydning for leverandørens opfyldelse af den konkrete kontrakt.

Kommunen vil derfor i princippet kunne gøre brug af tre forskellige modeller:

- *Alternativ 1:* Bred adgang til opsigelse/ophævelse i tilfælde af at banken dømmes/accepterer bødeforlæg for visse overtrædelser af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed)
- *Alternativ 2:* Begrænset adgang til opsigelse/ophævelse i tilfælde af at banken dømmes/accepterer bødeforlæg for visse overtrædelser af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed), idet adgangen skal være knyttet direkte til *opfyldelsen* af kontrakten.
- *Alternativ 3:* Begrænset adgang, jf. alternativ 2 ovenfor, kombineret med et krav om, at banken skal orientere kommunen om bankens eventuelle lignende overtrædelser, som ikke specifikt relaterer sig direkte til opfyldelsen af kontrakten, men som sker inden for samme virksomhed eller inden for et koncernforbundet selskab. Manglende efterlevelse af rapporteringsforpligtelsen, herunder manglende evne til at sandsynliggøre, at overtrædelsen enten ikke har eller vil kunne påvirke opfyldelsen af den specifikke kontrakt, indebærer, at kommunen kan bringe kontrakten til ophør (opsigelse eller ophævelse).

* * * * *

Kontraktbestemmelse om opsigelse:

Alternativ 1:

"Såfremt banken modtager en endelig dom og/eller accepterer et bødeforlæg for overtrædelse af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed), kan kommunen opsiges kontrakten med et varsel på [3/6] måneder, uanset eventuelle vilkår om generel uopsigelighed.

Dette gælder også, hvis der er tale om endelig dom og/eller vedtagelse af bødeforlæg for samme forhold, for så vidt angår den personkreds, som er nævnt i udbudslovens § 135, stk. 2, herunder medlemmer af bankens direktion, bestyrelse, tilsynsråd eller lignende.”

Alternativ 2:

”Såfremt banken – i forbindelse med kontraktens opfyldelse – modtager en endelig dom og/eller vedtager bødeforlæg herom for overtrædelser af hvidvaskreglerne (straffeloven hvidvaskloven eller lov om finansiel virksomhed), kan kommunen opsige kontrakten med et varsel på [3/6] måneder, uanset eventuelle vilkår om generel uopsigelighed.

Dette gælder også, hvis der er tale om endelig dom og/eller vedtagelse af bødeforlæg for samme forhold og i forbindelse med kontraktens opfyldelse, for så vidt angår den personkreds, som er nævnt i udbudslovens § 135, stk. 2, herunder medlemmer af bankens direktion, bestyrelse, tilsynsråd eller lignende.”

Alternativ 3 (supplement til alternativ 2):

”Banken skal orientere kommunen om lignende overtrædelser, som ikke specifikt relaterer sig direkte til opfyldelsen af kontrakten, men som sker inden for banken eller inden for et med banken koncernforbundet selskab. Banken skal i den sammenhæng redegøre for, at overtrædelserne enten ikke har eller ikke vil kunne påvirke opfyldelsen af bankens kontrakt med kommunen. Manglende efterlevelse af orienteringsforpligtelsen, herunder manglende evne til at sandsynliggøre, at den pågældende overtrædelse enten ikke har eller vil kunne påvirke opfyldelsen af bankens kontrakt med kommunen, indebærer, at kommunen kan opsige kontrakten.”

* * * * *

Ovenstående bestemmelser tager alle afsæt i den situation, hvor banken først modtager endelig dom/accepterer bødeforlæg i kontraktens løbetid. Det kan tænkes, at virksomheden allerede på tidspunktet for kontraktens tildeling befandt sig i en udelukkelsesgrund, men at dette først konstateres, efter at kontrakten er indgået. Denne situation er reguleret i udbudslovens § 185, stk. 1, der giver ordregiver mulighed for at bringe kontrakten til ophør. Kommunen bør skrive denne adgang direkte ind i kontrakten, så der fra start er klarhed om det fra alle parter side.

Kontraktbestemmelse om opsigelse, jf. udbudslovens § 185, stk. 2

”Kommunen er endvidere berettiget til [erstatningsfrit] at opsige kontrakten med et rimeligt varsel, såfremt banken var omfattet af en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 135-137 på tidspunktet for tildelingen af kontrakten, hvorefter banken skulle have været udelukket fra udbudsproceduren, jf. udbudslovens § 185, stk. 1 nr. 2.”

Kommunen skal dog være opmærksom på, at henvisningen til § 137 forudsætter, at kommunen har aktiveret de frivillige udelukkelsesgrunde.

Kontraktbestemmelse om ophævelse:**Alternativ 1:**

”Såfremt banken modtager en endelig dom og/eller vedtager bødeforlæg for overtrædelse af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven og lov om finansiel virksomhed), er kommunen berettiget til at ophæve kontrakten helt eller delvist.

Dette gælder også, hvis der er tale om endelig dom eller vedtagelse af bødeforlæg for samme forhold, for så vidt angår den personkreds, som er nævnt i udbudslovens § 135, stk. 2, herunder medlemmer af bankens direktion, bestyrelse, tilsynsråd eller lignende.

Dommen (bødeforlægget) skal enten have udmøntet sig i fængselsstraf og/eller en bøde på [10 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mere end 10 mia. kr./ 5 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mellem 1 mia. kr. og 10 mia. kr./ 2,5 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mellem 100 mio. kr. og 1 mia. kr./1,875 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mellem 50 mio. kr. og 100 mio. kr./1,250 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på under 50 mio. kr.]

Kommunen kan vælge ikke at ophæve kontrakten, men at lade banken gennemføre en self-cleaning, jf. pkt. [xx] i kontrakten. Såfremt banken ikke ønsker at gennemføre en self-cleaning, eller såfremt banken ikke kan påvise sin pålidelighed i tilstrækkelig grad, er kommunen berettiget til at hæve kontrakten. Kommunen skal i den forbindelse foretage en saglig vurdering af den fremlagte dokumentation, herunder sikre at der er proportionalitet mellem karakteren af forseelsen og kravet til dokumentationen. Kommunen skal begrunde sin beslutning, såfremt bankens dokumentation ikke vurderes at være tilstrækkelig.”

Alternativ 2:

”Såfremt banken – i forbindelse med opfyldelse af kontrakten – modtager en endelig dom og/eller vedtager bødeforlæg for overtrædelse af hvidvaskreglerne (straffeloven, hvidvaskloven og lov om finansiel virksomhed), er kommunen berettiget til at ophæve kontrakten helt eller delvist.

Dette gælder også, hvis der er tale om endelig dom eller vedtagelse af bødeforlæg for samme forhold og i forbindelse med kontraktens opfyldelse for så vidt angår den personkreds, som er nævnt i udbudslovens § 135, stk. 2, herunder medlemmer af bankens direktion, bestyrelse, tilsynsråd eller lignende.

Dommen (bødeforlægget) skal enten have udmøntet sig i fængselsstraf og/eller en bøde på [10 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mere end 10 mia. kr./ 5 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på

mellem 1 mia. kr. og 10 mia. kr. / 2,5 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mellem 100 mio. kr. og 1 mia. kr. / 1,875 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på mellem 50 mio. kr. og 100 mio. kr. / 1,250 mio. kr. for banker med en nettoomsætning på under 50 mio. kr.]

Kommunen kan vælge ikke at ophæve kontrakten, men at lade banken gennemføre en self-cleaning, jf. pkt. [xx] i kontrakten. Kommunen meddeler i givet fald banken en af kommunen fastsat frist til at dokumentere sin pålidelighed. Såfremt banken ikke ønsker at gennemføre en self-cleaning, eller såfremt banken ikke kan påvise sin pålidelighed i tilstrækkelig grad, er kommunen berettiget til at hæve kontrakten. Kommunen skal i den forbindelse foretage en saglig vurdering af den fremlagte dokumentation, herunder sikre at der er proportionalitet mellem karakteren af forseelsen og kravet til dokumentationen. Kommunen skal begrunde sin beslutning, såfremt bankens dokumentation ikke vurderes at være tilstrækkelig.”

Alternativ 3 (supplement til alternativ 2):

”Banken skal orientere kommunen om lignende overtrædelser, som ikke specifikt relaterer sig direkte til opfyldelsen af kontrakten, men som sker inden for banken eller inden for et med banken koncernforbundet selskab. Banken skal i den sammenhæng redegøre for, at overtrædelserne enten ikke har eller ikke vil kunne påvirke opfyldelsen af bankens kontrakt med kommunen. Manglende efterlevelse af orienteringsforpligtelsen, herunder manglende evne til at sandsynliggøre, at den pågældende overtrædelse enten ikke har eller vil kunne påvirke opfyldelsen af bankens kontrakt med kommunen, indebærer, at kommunen kan hæve kontrakten.”

Tilføjelse til alternativ 1, 2 eller 3 angående erstatning:

”I tilfælde af ophævelse skal banken betale et beløb på kr. xx til fuld og endelig afgørelse af forholdet mellem parterne relateret til ophævelsen. [Dette gælder også i den situation, hvor banken enten ikke ønsker at gennemføre en self-cleaning, eller såfremt banken ikke kan påvise sin pålidelighed i tilstrækkelig grad.]”

Ved udformningen af denne bestemmelse og fastsættelsen af erstatningens størrelse skal det sikres, at erstatningsbeløbet er rimeligt og proportionalt set i forhold til kontraktens værdi. Herudover bør det svare til det tab, kommunen må forventes at lide ved ophævelse af kontrakten og gennemførelsen af et nyt udbud. Beløbet skal være fastsat på forhånd, idet et på forhånd fastsat beløb vil betyde, at diskussioner – og eventuelle tvister – om tabsopgørelse og dokumentation for tabet undgås.

5. SELF-CLEANING

En kommune kan vælge, at det fremadrettet indgår som et krav i kommunale kontrakter med bankerne, at kommunen kan afkræve dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning. Det er lagt til grund, at

dette forudsætter, at kommunen befinder sig i en situation, hvor denne er berettiget til at hæve kontrakten.

Kommunen anbefales at afsøge muligheden for en self-cleaning, før kommunen ophæver kontrakten. Ophævelse af en kontrakt er således altid indgribende for begge parter. Gennemførelse af en self-cleaning vil efterlade den kontraktuelle relation mellem kommune og bank intakt og dermed spare begge parter for de omkostninger, som en afbrydelse af samarbejdet ellers ville have. Self-cleaning kan derudover benyttes som led i at finde løsninger, som peger fremad, og som kan være med til at løfte niveauet for den fremadrettede bekæmpelse af hvidvask, ligesom self-cleaning vil kunne benyttes med henblik på at genoprette tilliden til banken som leverandør til kommunen. Et krav herom kan derfor udgøre et hensigtsmæssigt alternativ til ophævelse i en situation, hvor kommunen ellers ville være berettiget til at hæve kontrakten.

Gennemførelse af en self-cleaning kendes allerede i dag fra udbudslovens § 138. Der er tale om en proces, hvor banken gennem fremlæggelse af dokumentation navnlig vil skulle bevise, at den har indført tilstrækkelige forebyggende foranstaltninger, der forhindrer yderligere overtrædelser. Som i udbudslovens § 138 er det ikke tanken, at en bestemmelse om self-cleaning i kontrakten specifikt skal angive, hvilke foranstaltninger, banken skal implementere med henblik på at kunne anses for self-cleaned. Afgørende vil i stedet være, at banken kan dokumentere, at den er self-cleaned. Kravene til indholdet af bankens dokumentation samt formen for denne bør derfor fremgå af kontrakten.

Vælger kommunen at lade et krav om dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning indgå som et alternativ til ophævelse i kontrakten, bør følgende elementer reguleres i kontrakten:

- 1. Forhold, som begrundet krav om dokumentation for gennemførelse af self-cleaning**

Adgangen til at kræve dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning bør alene komme på tale i den situation, hvor kommunen i øvrigt er berettiget til at hæve kontrakten.

Derudover bør det fremgå af kontrakten, at adgangen til at kræve dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning er afhængig af, at dét forhold, som begrundet kravet, f.eks. en dom for overtrædelse af hvidvaskloven, ikke er forældet efter den lovgivning, forholdet reguleres af. I tilfælde af overtrædelser af hvidvaskloven, vil kommunen således kun kunne kræve dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning, såfremt forholdet ikke er forældet i henhold til hvidvasklovens forældelsesfrister, som konkret er fem år, jf. lovens § 78, stk. 5.

Kontraktbestemmelse om self-cleaning:

”Kommunen kan – som alternativ til ophævelse af kontrakten i henhold til pkt. [xx] i kontrakten – vælge at anmode banken om at foretage self-cleaning. Såfremt banken ikke er indstillet herpå, kan kommunen ophæve kontrakten i overensstemmelse med bestemmelsen i pkt. [xx] i kontrakten.

Muligheden for self-cleaning forudsætter, at forholdet, som begrundet self-cleaning, ikke er forældet, jf. hvidvasklovens § 78, stk. 6.

Såfremt kommunen [eller på dennes vegne den centrale aktør] ikke vurderer, at den fremlagte dokumentation i tilstrækkelig grad dokumenterer bankens pålidelighed, kan banken ophæve kontrakten i henhold til bestemmelsen i pkt. [xx] i kontrakten og under overholdelse af de i denne bestemmelse nævnte vilkår.”

2. Kravene til bankens dokumentation

Kravet om dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning i kontrakten bør afspejle udbudslovens § 138. Konkret vil det sige, at banken vil skulle fremlægge dokumentation for, at:

- a) den har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger,
- b) den har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og
- c) den har truffet passende konkrete personalemæssige, tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller hvidvaskloven.

Bankens dokumentation til kommunen kan udformes i form af en samlet redegørelse vedlagt dokumentation for bankens opfyldelse inden for ovenstående tre kategorier. Efter modtagelse af denne redegørelse vil der endvidere skulle være mulighed for i kontrakten, at kommunen kan anmode om yderligere supplerede oplysninger, såfremt dette efter gennemgang af redegørelsen vurderes at være nødvendigt.

Kontraktbestemmelse om dokumentation i forbindelse med self-cleaning:

”I forbindelse med gennemførelse af self-cleaning skal banken i overensstemmelse med udbudslovens § 138 fremlægge dokumentation for,

- a) *at banken har ydet erstatning, som denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger,*
- b) *at banken har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og*
- c) *at banken har truffet passende konkrete personalemæssige, tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller hvidvaskeloven.*

Kommunen kan herudover anmode banken om uddybende og/eller supplerende oplysninger, såfremt dette efter gennemgangen af redegørelsen vurderes at være nødvendigt. Krav til indhold og omfang af dokumentation skal dog være proportionalt i forhold til den begåede overtrædelse.

Redegørelsen for self-cleaning skal foreligge senest [3 måneder] efter kommunens anmodning herom. Sker dette ikke, er kommunen berettiget til at hæve, med mindre parterne har aftalt en anden frist for redegørelsens udarbejdelse eller har anmodet om yderligere supplerende oplysninger. I det omfang der anmodes om supplerende oplysninger efter udgangen af måned 2, forlænges perioden på de tre måneder med det fastsatte varsel for fremsendelse af supplerende oplysninger”

3. Proportionalitet

Gennemførelse af en self-cleaning og efterfølgende dokumentering heraf kan være en omfattende og resourcekrævende proces for banken. Det bør derfor fremgå af kontrakten, at en kommune alene kan stille krav herom i tilfælde, hvor et sådant krav fremstår proportionalt, dvs. står mål med det forhold, som begrundet kommunens krav om dokumentation for self-cleaning. Tilsvarende vil det skulle sikres, at kravene til indholdet og omfanget af den dokumentation, banken afkræves, er proportionale. Dette er baggrunden for, at self-cleaning alene kan igangsættes, når der foreligger et hævegrundlag.

Et tilsvarende krav om proportionalitet følger af udbudslovens § 138. Ligesom efter § 138 bør det derfor efter kontrakten være således, at jo grovere overtrædelse, der er tale om, desto mere gennemgribende foranstaltninger vil der kunne stilles krav om. Endelig indebærer kravet om proportionalitet, at et krav om dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning skal være nødvendigt. Det vil navnlig ikke være nødvendigt for kommunen at kræve dokumentation for gennemførelse af self-cleaning, hvis Finanstilsynet allerede har igangsat en lignende proces med samme formål for øje, eller såfremt en central aktør på vegne en række øvrige offentlige myndigheder allerede har gennemført en lignende proces.

Den konkrete formulering af kontraktvilkåret fremgår af pkt. 2 ovenfor.

4. Sanktioner i tilfælde af manglende dokumentation for gennemførelse af self-cleaning

Kommunen bør sikre, at muligheden for at stille krav om dokumentation for self-cleaning kombineres med følgende sanktion:

- Ophævelse af kontrakten i tilfælde af, at kommunen ikke vurderer, at den fremlagte dokumentation fra banken i tilstrækkelighed grad dokumenterer, at banken er self-cleaned. Hvis der i tilfælde af umiddelbar ophævelse er blevet fastsat et beløb, som banken skal betale til kommunen i tilfælde af ophævelse, jf. ovenfor, bør et lignende krav gælde ved ophævelse i denne situation.

Det vil alene være op til kommunen at foretage vurderingen af, om banken har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for gennemførelse af en self-cleaning. For at skabe mest mulig åbenhed om det grundlag, kommunens beslutning træffes på, anbefales det, at kommunen skal begrunde sin beslutning, såfremt bankens dokumentation ikke vurderes at være tilstrækkelig. Det bør derfor fremgå af kontrakten, at kommunens beslutning skal være saglig samt proportional, dvs. stå i et rimeligt forhold til den forseelse, som begrunder kravet om dokumentation for self-cleaning.

Den konkrete formulering af kontraktvilkåret fremgår af underpunkt 2 (forslag til hævebestemmelse) i pkt. 4.2 ovenfor.

5. Udgifterne til kommunens vurdering af bankens dokumentation for gennemført self-cleaning afholdes af banken selv inden for et på forhånd fastsat loft

Omkostningerne forbundet med vurderingen af, om en bank har gennemført en tilstrækkelig self-cleaning kan efter omstændighederne være betydelige – ikke mindst, hvis der er tale om en af de større danske banker. Det bør derfor fremgå af kontrakten, at kommunens omkostninger til at foretage vurderingen af self-cleaning-redegørelsen finansieres af banken selv. Dog kun op til et vist maksimum.

Kontraktbestemmelse om bankens afholdelse af udgiften til self-cleaning:

"Kommunens omkostninger til at foretage de relevante vurderinger af bankens dokumentation for pålidelighed, herunder vurderingen af, om banken kan anses for at have opfyldt kravene til self-cleaning, afholdes af banken. Beløbet kan dog maksimalt udgøre kr. 2 millioner pr. forseelse"

6. Udgifterne til kommunens vurdering af bankens dokumentation for gennemført self-cleaning afholdes af banken selv

Endelig kan kommunen have fordel af, at alle kommuner i fællesskab forankrer opgaven med at vurdere grundlaget for self-cleaning hos én central aktør.

Ud over at opgaven vil være forbundet med betydelige ressourcer, er fordelen herved, at en central aktør vil have bedre mulighed for at opbygge kompetencer på området end de enkelte kommuner, samt at der bliver fastlagt en ensartet linje på tværs af alle kommuner og på tværs af alle banker. En sådan aktør kunne f.eks. være Statens og Kommunernes indkøbsservice (SKI), som allerede har erfaring med gennemførelsen af denne type opgaver. Denne enhed skal ligesom kommunen været berettiget til at overvælge udgiften til den bank, der skal self-cleane/vurderes.

En yderligere fordel for både kommunerne og den pågældende bank ved at vælge en central aktør er, at én vurdering af dokumentationen for gennemført self-cleaning vil få betydning for alle de kommuner, som den pågældende bank har indgået aftale med (og hvor muligheden for at kræve dokumentation for gennemført self-cleaning er tilvalgt som kontraktvilkår). Dermed vil den centrale aktørs vurdering kunne anvendes af samtlige berørte kommuner, hvilket indebærer en væsentlig reduktion af omkostningerne og ressourceforbruget i forhold til, hvis hver kommune selv skulle gennemføre en vurdering.

Overdragelse af opgaven til en central aktør skal ske under iagttagelse af de til enhver tid gældende udbudsregler. Overdragelsen skal derfor ske ved KL, der ligeledes fastsætter en proces for den praktiske gennemførelse af et centralt koordineret self-cleaning forløb, som dels sikrer en koordination på tværs af kommunerne, dels sikrer en koordination i forhold til, om andre enheder allerede måtte have været eller er i gang med at foretage lignende vurderinger, ligesom der skal fastlægges en proces for, hvornår og hvordan den centrale enhed involveres. I den sammenhæng fastsættes der også en proces, som sikrer koordination i forhold til kommunernes egne self-cleaning-vurderinger i regi af udbudsprocessen.

Kontraktbestemmelse om muligheden for forankring af opgaven om vurdering af self-cleaning hos central aktør:

”Kommunen er under respekt af de til enhver tid gældende udbudsregler berettiget til at overdrage opgaven med at vurdere grundlaget for self-cleaning til en central aktør. Den centrale aktør indtræder i givet fald i kommunens forpligtelser angående vurderingen, som anført i denne kontrakt.”