

NOTAT OM HVIDVASK

1. Sammenfatning

Københavns Kommune har den 5. oktober 2018 anmodet om DLA Pipers vurdering af en række spørgsmål om kommunens adgang til at bekæmpe hvidvask i anledning af Danske Banks estiske filials forsømmelse af sine hvidvaskforpligtelser.

26. oktober 2018

J.nr. 329921-LGR

René Offersen

Advokat

Sammenfattende er konklusionerne om kommunal bekæmpelse af hvidvask:

1. Københavns Kommune er efter kommunalretten berettiget til i sin udbuds- og indkøbspolitik at bekæmpe hvidvask. Medlemsstaterne er efter fællesskabsretten forpligtet til at bekæmpe hvidvask. Krav skal af kommunen fastsættes med respekt af almindelige offentligretlige principper. Krav kan udmøntes i udbudsbetingelsernes bestemmelser om udelukkelse og efter min vurdering i kontraktvilkårene regulerende det løbende retsforhold med det valgte pengeinstitut.
2. Københavns Kommune rådes til at udarbejde en udbuds- og indkøbspolitik, hvis kommunen vil bekæmpe hvidvask. Der bør fastsættes generelle regler af hensyn til respekten af de kommunal- og offentligretlige krav om saglighed og ligebehandling.
3. Efter Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, er Københavns Kommune forpligtet til at udelukke et pengeinstitut, der er endelig dømt for hvidvask. Danske Bank er ikke dømt for hvidvask og omfattes allerede derfor ikke af bestemmelsen. Et endeligt dømt pengeinstitut kan ved self-cleaning efter Udbudslovens § 138 bringe sig ud af den obligatoriske udelukkelse.
4. Københavns Kommune kan frivilligt bestemme, at kommunen vil udelukke et pengeinstitut, der beviseligt har overtrådt hvidvasklovgivningen i et omfang af nogen betydning, jf. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Retten til at bortse fra et sådant pengeinstitut gælder dog ikke, hvis pengeinstitutet efter sin fejl har gennemført self-cleaning efter Udbudslovens § 138.

5. Københavns Kommune er efter min vurdering berettiget til at udforme kontraktvilkår, der giver kommunen misligholdelsesbeføjelser, hvis kommunen kan bevise, at et pengeinstitut har overtrådt hvidvasklovgivningen efter kontraktindgåelse. Kontraktvilkårene kan ikke gives et videre indhold, end hvad der kan ske udelukkelse for efter Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Pengeinstituttet skal således gives adgang til self-cleaning. Konkurrencestyrelsen synes at være af den opfattelse, at der ikke for ordregiver består den af mig antagne adgang til at fastsætte kontraktvilkår om misligholdelse ved konstatering af frivillige udelukkelsesgrunde under kontraktforholdet.
6. Københavns Kommunes hvidvaskbekæmpelse kan kun rettes mod en juridisk person, der har overtrådt hvidvasklovgivningen, eller som har personer i sin ledelse, der har overtrådt hvidvasklovgivningen. Derimod kan Københavns Kommune efter forarbejderne til Udbudsloven ikke identificere eventuelle koncernforbundne virksomheder med den juridiske person, der har overtrådt hvidvasklovgivningen.

Sammenfattende er konklusionerne om Københavns Kommunes kontraktrelationer til Danske Bank:

7. Københavns Kommune har indgået aftale om OBS og Udvidet OBS med Moderniseringsstyrelsen, der opfylder sine forpligtelser over for kommunen gennem kontrakt indgået med Danske Bank. I forhold til lovpligtige OBS er kommunen forpligtet til at følge Moderniseringsstyrelsen, mens kommunen om Udvidet OBS kan initiere kontraktbeføjelser over for Danske Bank via Moderniseringsstyrelsen. Aftaleforholdet om Udvidet OBS ophører den 1. april 2019 og kan ikke bringes til ophør med kortere varsel, herunder er der ikke belæg for, at Moderniseringsstyrelsens aftalevilkår med Danske Bank skulle berettige til ophævelse af aftaleforholdet med Danske Bank alene under henvisning til den estiske filials forømmelse af sine hvidvaskforpligtelser.
8. Investeringsforeningen, afdeling KK, har indgået administrationsaftale med Danske Invest Management A/S, der ejes af Danske Bank. Eventuelle kontraktbeføjelser skal udøves af investeringsforeningens bestyrelse. Allerede fordi Danske Invest Management A/S ikke har overtrådt hvidvasklovgivningen, ses der ikke at være anledning for bestyrelsen til sådanne overvejelser.

9. Danske Invest Management A/S har som administrator for investeringsforeningen indgået kapitalforvaltningsaftale med blandt andet Danske Capital, der er en del af den juridiske person Danske Bank. Eventuel beslutning om at pålægge Danske Invest Management A/S at udøve kontraktbeføjelser over for Danske Capital skal træffes af investeringsforeningens bestyrelse. Ophævelse vil derimod ikke være berettiget, blandt andet fordi kapitalforvaltningsaftalens særlige ophævelsesbestemmelse ikke omfatter den foreliggende situation, hvor hvidvaskningen ophørte i 2015 og dermed før indgåelsen af kapitalforvaltningsaftalen i 2018. Investeringsforeningen kan med et varsel på seks måneder opsige kapitalforvaltningsaftalen, men dette bør kommunen ikke udvirke før bekæmpelse af hvidvask eventuelt følger af en generel udbuds- og indkøbspolitik af hensyn til de kommunal- og offentligretlige principper om saglighed og ligebehandling. Krav om bekæmpelse af hvidvask bør være ens i forhold til alle kapitalforvaltere.
10. Københavns Kommune har indgået aftaler om it-løsningen MobilePay med MobilePay Denmark A/S, der ejes af Danske Bank. Allerede fordi MobilePay Denmark A/S ikke har overtrådt hvidvasklovgivningen, ses Københavns Kommune ikke at have sagligt belæg for at udøve kontraktbeføjelser i anledning af Danske Banks estiske filials forsømmelse af sine hvidvaskforpligtelser.
11. Hvis Københavns Kommune ophæver aftaleforhold med Danske Bank uden varsel, må kommunen påregne at blive pålagt erstatningspligt for tabt fortjeneste i opsigelsesperioden og har risiko for yderligere at skulle svare andre afledte tab. Erstatningsbedømmelsen vil blive foretaget i lyset af, at Københavns Kommune efter det foreliggende heller ikke kommunalretligt har saglig grund til at forsøge sig med ophævelse.
12. Ved Københavns Kommunes eventuelle ophævelse uden varsel vil kommunen som følge af behovet for de kritiske finansielle tjenesteydelser fortsat være afhængig af at kunne samarbejde med Danske Bank, indtil eventuel nyt pengeinstitut måtte være fundet efter udbud og har overtaget opgaverne. Ved opsigelse kan Københavns Kommune derimod principielt fuldt ud kontrollere processen. De operative aspekter ved et eventuelt skifte af pengeinstitut bør analyseres grundigt og afspejles i en tidsplan.
13. Københavns Kommunes aftale med Moderniseringsstyrelsen om Udvidet OBS bortfalder den 1. april 2019. Hvis Københavns Kommune be-

slutter at inddrage bekæmpelse af hvidvask i sin udbuds- og indkøbspolitik kan kommunen enten søge en kortvarig forlængelse af den nugældende aftale med Danske Bank via Moderniseringsstyrelsen som kommunens fortsatte kontraktpart, hvilket kommunen formentlig udbudsretligt er berettiget til, når det sker med henblik på at skabe tid til eget udbud, jf. Udbudslovens § 183. Alternativt kan Københavns Kommune gå med over på de nye aftalevilkår mellem Moderniseringsstyrelsen og Danske Bank og straks opsigte Udvidet OBS til bortfald f.eks. 1. april 2020, forudsat de nye aftalevilkår fortsat tillader dette. Med min erfaring med komplekse kontrakter anser jeg ikke den 1. april 2020 for at ligge langt ude i fremtiden, når der forinden skal udformes revideret udbuds- og indkøbspolitik, udarbejdes udbudsmateriale, gennemføres udbudsproces og operationelt være afsat tid til eventuelt skifte af pengeinstitut. Det kan ikke udbudsretligt være en væsentlig ændring at søge et tidligere ophørstidspunkt.

14. Under fremtidige udbud vil Danske Bank mest sandsynligt over for Københavns Kommune kunne dokumentere, at banken som følge af effektive foranstaltninger truffet efter konstateringen af den alvorlige forsømmelse er blevet pålidelig (self-cleaning) og derefter ikke kan udelukkes, jf. Udbudslovens § 138.

2. Danske Bank og hvidvaskning

2.1 Pressemeddelelsen

Den 19. september 2019 præsenterede Danske Banks bestyrelse ved en pressemeddelelse konklusionerne på en i efteråret 2017 igangsat undersøgelse af omfanget af misbruget af Danske Banks estiske filial til hvidvask i perioden 2007-2015.

I pengeinstitutts pressemeddelelse udtalte formanden for bestyrelsen Ole Andersen:

"Banken har åbenlyst ikke levet op til sit ansvar i denne sag. Det er skuffende og uacceptabelt, og vi beklager over for alle vores interessenter – ikke mindst vores kunder, investorer, medarbejdere og samfundet generelt. Vi anerkender, at vi har en opgave i at genvinde deres tillid.

Det står klart, at problemerne relateret til filialen i Estland var betydeligt større, end vi oprindeligt forventede, da undersøgelserne blev igangsat.

Konklusionerne fra undersøgelserne viser nogle helt uacceptable og kedelige forhold omkring vores filial i Estland, og også at en række kontroller i koncernen ikke fungerede godt nok i forhold til Estland.

Det er vigtigt for os, at vi nu har fået afdækket, hvad der er foregået. Samtidig er vi optaget af at bruge rapporten som grundlag for videre læring og forbedring.

Det skal slås helt fast, at denne sag på ingen måder afspejler den bank, vi ønsker at være. Vi tager kampen mod økonomisk kriminalitet og hvidvask meget alvorligt, og vi gør og vil gøre alt det, der skal til for at sikre, at vi aldrig oplever noget lignende igen.”

Ifølge pressemeddelelsen har pengeinstituttet ikke været i stand til at fastlægge det præcise omfang af mistænkelige transaktioner, men det fremgår, at Danske Bank som led i undersøgelsen har analyseret 6.200 non-resident kunder i den estiske filial, og at næsten alle kunder er blevet indberettet til myndighederne. Pengeinstituttet estimerer i pressemeddelelsen bruttoindtægterne på kunderne fra 2007 til 2015 til kr. 1,5 mia.

Det fremgår af pressemeddelelsen, at Danske Bank i de seneste år har iværksat omfattende initiativer og foretaget store investeringer med henblik på at forbedre den generelle indsats på tværs af koncernen for at bekæmpe økonomisk kriminalitet, og at pengeinstituttet i forhold til Estland har taget en række angivne initiativer i forhold til de specifikke problemer.

2.2 Advokatrapporten

Danske Banks undersøgelse er gennemført under medvirken af advokatfirmaet Bruun & Højle, der har udarbejdet 'Rapport om non-resident porteføljen i Danske Banks estiske filial', der offentliggjordes samtidig med pengeinstituttets pressemeddelelse.

Det oplyses i Rapporten, side 5 og side 38, at Danske Bank i 2007 erhvervede finske Sampo Bank, der ejede det estiske datterselskab AS Sampo Bank. I 2008 omdannedes datterselskabet til en filial af Danske Bank. Selskabsretligt er den estiske filial således en del af den juridiske person Danske Bank.

Som såkaldt Key Takeaway sammenfattes følgende om det individuelle ansvar i Rapporten, side 11: "Med hensyn til non-resident porteføljen viser undersøgelsen, at et antal tidligere og nuværende medarbejdere, både i den estiske filial og på koncernniveau, i perioden fra 2007 til 2017 ikke levede op til de juridiske

forpligtelser, der fulgte af deres ansættelsesforhold i banken. De fleste af disse medarbejdere er ikke længere ansat i banken. For så vidt angår medarbejdere, som fortsat er ansat i banken, har banken oplyst os om, at passende tiltag er blevet eller vil blive taget. Vi kan ikke dele en vurdering af en person, medmindre den pågældende anmoder os om det. Vi er blevet anmodet af bestyrelsen, bestyrelsesformanden og den administrerende direktør om at dele vurderingerne af dem. Som det fremgår af vurderingerne, har bestyrelsen, bestyrelsesformanden og den administrerende direktør ikke brudt deres juridiske forpligtelser i forhold til banken.”

I Rapportens afsnit 10 om individuelt ansvar er uddybende anført følgende på side 79: *”Generelt udgør ansættelseskontrakter og ansættelsesret den laveste retlige tærskel for individuelt ansvar, og vi har benyttet ansættelseskontrakter og ansættelsesret som udgangspunkt for vores vurderinger (med undtagelse af medlemmerne af bestyrelsen). Når vi i vores vurderinger finder, at en medarbejder, herunder et medlem af direktionen, ikke har overholdt sine retlige forpligtelser, skal dette, medmindre andet er anført, forstås som en henvisning til de forpligtelser og ansvarsområder, som var en del af den pågældendes ansættelsesforhold hos Danske Bank på det relevante tidspunkt.”*

Og senere på side 79-80: *”Vi har konstateret, at et antal tidligere og nuværende ledende medarbejdere ikke har overholdt deres retlige forpligtelser i henhold til deres ansættelsesvilkår og -kontrakter med Danske Bank. Det er klart, hvidvaskprocedurerne i den estiske filial var åbenbart mangelfulde og utilstrækkelige. Dette inkluderede bl.a. manglende identifikation af bestemmende indflydelse hos kunder, manglende screening af kunder og manglende funktionsadskillelse samt eventuel intern medvirken i den estiske filial. Ansvar for disse mangler ligger hos den første forsvarslinje i den estiske filial. I forlængelse heraf har vi konstateret talrige overtrædelser af retlige forpligtelser hos den estiske filial. Andre steder i Danske Bank-koncernen har vi konstateret overtrædelser af retlige forpligtelser inden for en række mere konkrete områder, som er oplyst nedenfor.”*

3. Hvidvask skal bekæmpes af det offentlige

3.1 Den fælleskabsretlige regulering og implementeringen heraf

Bekæmpelse af hvidvask prioriteres i EU og er genstand for fælleskabsretlig regulering.

Ved det fjerde Hvidvaskdirektiv (direktiv 2015/849) fastsattes de gældende regler om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til

hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme. Om baggrunden for reguleringen skal fremhæves følgende i de fem indledende betragtninger fra præambelen:

- ”(1) Strømme af sorte penge kan skade den finansielle sektors integritet, stabilitet og omdømme og true Unionens indre marked og den internationale udvikling. Hvidvask af penge, finansiering af terrorisme og organiseret kriminalitet er fortsat væsentlige problemer, som bør håndteres på EU-plan. Ud over en videreudvikling af strafferetlige foranstaltninger til bekæmpelse heraf på EU-plan er en målrettet og forholdsmæssig forebyggelse af anvendelse af det finansielle system til hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme nødvendig og kan give supplerende resultater.*
- (2) Kreditinstitutternes og finansieringsinstitutternes soliditet, integritet og stabilitet samt tilliden til det finansielle system som helhed kan lide alvorlig skade som følge af kriminelle og medvirkende persons bestræbelser på at tilsløre oprindelsen af udbytter fra kriminelle handlinger eller på at kanalisere lovlige eller ulovlige midler over i finansiering af terrorisme. Dem, der hvidvasker penge eller finansierer terrorisme, vil kunne forsøge at udnytte de frie kapitalbevægelser og den frie udveksling af finansielle tjenesteydelser, som Unionens finansielt integrerede område indebærer, til at fremme deres kriminelle aktiviteter. En vis koordinering på EU-plan er derfor nødvendig. Samtidig bør målene for beskyttelse af samfundet mod kriminalitet og beskyttelse af Unionens finansielle systems stabilitet og integritet afvejes mod behovet for at skabe lovgivningsmæssige rammer, der giver virksomheder mulighed for at styrke deres virksomheder uden uforholdsmæssige udgifter.*
- (3) Dette direktiv er det fjerde direktiv om håndtering af risikoen for hvidvask af penge. I Rådets direktiv 91/308/EØF blev hvidvask af penge defineret som kriminelle handlinger i forbindelse med narkotikahandel, og kun den finansielle sektor blev pålagt forpligtelser. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/97/EF blev anvendelsesområdet for direktiv 91/308/EØF udvidet, både i forhold til de kriminelle handlinger og i forhold til den række erhverv og aktiviteter, der var omfattet. I juni 2003 reviderede Den Finansielle Aktionsgruppe (the Financial Action Task Force, »FATF«) sine anbefalinger til at omfatte finansiering af terrorisme og indførte mere detaljerede bestemmelser om identifikation og kontrol af kunder, om situationer, hvor en større risiko for hvidvask af penge kan berettige*

til skærpede foranstaltninger, og også om situationer, hvor en lavere risiko kan berettige til mere lempelige kontroller. Disse ændringer blev afspejlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF og i Kommissionens direktiv 2006/70/EF.

- (4) *Hvidvask af penge og finansiering af terrorisme foregår ofte i international kontekst. Foranstaltninger, som udelukkende træffes på nationalt plan eller endog på EU-plan uden hensyntagen til koordinering og samarbejde på internationalt plan, vil kun få meget begrænsede virkninger. De foranstaltninger, som Unionen træffer på dette område, bør derfor være forenelige med og mindst lige så strenge som andre forholdsregler, der træffes i de internationale fora. Unionen bør ved sin indsats fortsat tage særligt hensyn til FATF-anbefalingerne og instrumenter fra andre internationale organer, som er aktive inden for bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme. For at gøre bekæmpelsen af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme mere effektiv bør de relevante EU-retsakter, hvis det er relevant, afstemmes med de internationale standarder om forebyggelse af hvidvask af penge samt finansiering af terrorisme og masseødelæggelsesvåben, der blev vedtaget af FATF i februar 2012 (»de reviderede anbefalinger fra FATF«).*
- (5) *Desuden indebærer misbrug af det finansielle system til kanalisering af illegale eller endog lovlige midler til terrorformål en klar risiko for det finansielle systems integritet, funktion, omdømme og stabilitet. De forebyggende foranstaltninger, der er fastsat i dette direktiv, bør være rettet mod manipulering af midler, der stammer fra grov kriminalitet, og indsamling af midler eller formuegoder til terrorformål.*”

Efter Hvidvaskdirektivets artikel 1, stk. 1, skal direktivet forebygge anvendelse af EU's finansielle system til hvidvask af penge, og efter artikel 1, stk. 2, skal medlemsstaterne sikre, at hvidvask af penge forbydes.

Det fjerde Hvidvaskdirektiv er implementeret ved Hvidvaskloven (lov nr. 651/2017). Den fællesskabsretlige indsats mod hvidvask omfatter anden regulering end Hvidvaskdirektivet. I en note til Hvidvaskloven opremses følgende fællesskabsregler af betydning for loven:

”Loven indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/849/EU af 20. maj 2015 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvask af

penge eller finansiering af terrorisme, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2012/648/EU og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF samt Kommissionens direktiv 2006/70/EF, EU-Tidende 2015, nr. L 141, side 73. I loven er der medtaget visse bestemmelser fra Rådets forordning 2001/1338/EF af 28. juni 2001 om fastlæggelse af de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte euroen mod falskmøntneri, EF-tidende 2001, nr. L 181, side 6, Rådets forordning 2001/1339/EF af 28. juni 2001 om udvidelse af virkningerne af forordning 2001/1338/EF om fastlæggelse af de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte euroen mod falskmøntneri, til også at omfatte de medlemsstater, der ikke har indført euroen som fælles valuta, EF-tidende 2001, nr. L 181, side 11, Europa-Kommissionens forordning 2010/1031/EU af 12. november 2010 om det tidsmæssige og administrative forløb af auktioner over kvoter for drivhusgasemissioner og andre aspekter i forbindelse med sådanne auktioner i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet, EU-Tidende 2010, nr. L 302, side 1, og Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2015/847/EU af 20. maj 2015 om oplysninger, der skal medsendes om betalere ved pengeoverførsler, og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1781/2006, EU-Tidende 2015, nr. L 141, side 2. Ifølge artikel 288 i EUF-Traktaten gælder en forordning umiddelbart i hver medlemsstat. Gengivelsen af disse bestemmelser i loven er således udelukkende begrundet i praktiske hensyn og berører ikke forordningernes umiddelbare gyldighed i Danmark.”

Hvidvaskloven pålægger pengeinstitutter forpligtelser til blandt andet

- at identificere og vurdere risikoen for, at pengeinstituttet, kan blive misbrugt til hvidvask;
- at have tilstrækkelige skriftlige politikker, procedurer og kontroller, som skal omfatte risikostyring, kundekendskabsprocedurer, undersøgelses-, noterings- og underretningspligt, opbevaring af oplysninger, screening af medarbejdere og intern kontrol til effektiv forebyggelse, begrænsning og styring af risici for hvidvask;
- at gennemføre kundekendskabsprocedurer. Der skal gennemføres skærpede kundekendskabsprocedurer, hvor der vurderes at være øget risiko for hvidvask;
- at undersøge baggrunden for og formålet med alle komplekse og usædvanligt store transaktioner samt alle usædvanlige transaktionsmønstre og aktiviteter, der ikke har et klart økonomisk eller påviseligt lovligt formål, med henblik på at fastslå, om der er mistanke om eller rimelig grund til at formode, at disse har eller har haft tilknytning til hvidvask;

- at underrette Statsadvokaten for SØIK omgående, hvis pengeinstituttet er vidende om, har mistanke om eller rimelig grund til at formode, at en transaktion, midler eller en aktivitet har eller har haft tilknytning til hvidvask; og
- at sikre, at pengeinstitut etableret i et andet EU-land eller EØS-land overholder de nationale bestemmelser i det pågældende land om hvidvask.

Hvidvasklovens kapitel 10 indeholder regulering af Finanstilsynets tilsynsforpligtelser over for pengeinstitutter. Lovens kapitel 13 indeholder straffebestemmelser.

3.2 Hvidvask og kommunalretten

Al offentlig virksomhed kræver hjemmel. Københavns Kommune har efter kommunalfuldmagten hjemmel til at indgå kontrakter som led i kommunens opgavevaretagelse på grundlag af Borgerrepræsentationens bevillinger.

Efter min vurdering er Københavns Kommune inden for kommunalfuldmagten berettiget til som sagligt krav at lægge vægt på bekæmpelse af hvidvask i sin udbuds- og indkøbspolitik, herunder ved tilrettelæggelsen af udbuds- og kontraktindgåelsesprocedurer og ved fastlæggelsen af vilkår i kontrakter, når dette som for kontrakter med pengeinstitutter er relevant og kan ske med respekt af andre offentligretlige principper, så som proportionalitetsprincippet og princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Det må tillægges betydning, at medlemsstaterne ifølge EU-retten er pålagt vidtgående forpligtelser til at bekæmpe hvidvask. At bekæmpelse af hvidvask tillægges fællesskabsretlig prioritet bekræftes af, at det netop implementerede fjerde Hvidvaskdirektiv allerede er efterfulgt af det femte Hvidvaskdirektiv (5AMLD), der i 2020 skal være implementeret i medlemsstaterne. Efter fællesskabsretten omfatter medlemsstater samtlige myndigheder, der udøver offentlig myndighed, jf. Karsten Engsig Sørensen: 'EU-Retten' (2014), side 287.

Særligt i forhold til udbudspligtige aftaler er der i Udbudsdirektiv 2014/24, artikel 57, stk. 1, litra e, pålagt medlemsstaterne pligt til at udelukke et pengeinstitut fra udbud, hvis pengeinstituttet er endeligt dømt for hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme som defineret i Hvidvaskdirektivets artikel 1, medmindre pengeinstituttet har gennemført self-cleaning. Det er således tydeligt, at bekæmpelse af hvidvask er en saglig interesse ved det offentliges udbudspligtige anskaffelser.

Københavns Kommune har fastsat kontraktvilkår om overholdelse af lovgivningen om etnisk ligestilling, ligebehandling og ikke-diskrimination. Det er således ikke fremmed for kommunen at stille særlige betingelser for at fremme relevante politikker, der også prioriteres af EU.

4. Udbudsloven

4.1 Obligatorisk udelukkelse fra udbud som følge af hvidvask

Efter Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, er ordregiver forpligtet til at udelukke et pengeinstitut, der er endeligt dømt for hvidvask. Det fremgår ikke eksplicit af bestemmelsen, at der skal være tale om straf for hvidvask, men formuleringen dømt hører til den strafferetlige terminologi, og straf forudsættes i Udbudslovsforslaget, side 147, og synes forudsat af Konkurrencestyrelsen i 'Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne' (2016), side 179. Forpligtelsen efter § 135, stk. 1, nr. 5, gælder efter sin ordlyd kun, hvor der foreligger endelig dom for hvidvask, men et pengeinstituts eventuelle udenretlige accept af bødeforlæg for hvidvask må sidestilles med endelig dom og er omfattet af bestemmelsen, jf. Udbudslovsforslaget, side 147. Forpligtelsen gælder også for pengeinstitutter, hvor domfældelsen er over et medlem af bestyrelsen, direktionen eller tilsynsråd, jf. § 135, stk. 2.

Allerede fordi Danske Bank ikke er idømt straf ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for hvidvask, er Københavns Kommune (og andre ordregivere) ikke forpligtet til at udelukke pengeinstituttet under udbud som følge af den obligatoriske udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5.

Pligten til at udelukke Danske Bank ville tilmed bortfalde, hvis pengeinstituttet under en udbudsforretning dokumenterer self-cleaning efter Udbudslovens § 138.

4.2 Frivillig udelukkelse fra udbud som følge af hvidvask

Københavns Kommune er berettiget til at bestemme, at en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde anført i Udbudslovens § 137 skal være gældende.

Ifølge Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, kan ordregiver bestemme, at et pengeinstitut skal udelukkes fra et udbud, hvis ordregiver kan påvise, at pengeinstituttet ved "*udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser*", der sår tvivl om pengeinstituttets integritet.

Fra bestemmelsens forarbejder skal fremhæves følgende om bestemmelsens anvendelsesområde, jf. Udbudslovforslaget, side 154:

”Bestemmelsen er formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser.

I henhold til denne bestemmelse kan ordregiveren udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis ordregiveren kan påvise, at forsømmelsen vedrører udøvelsen af ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, og at der er tale om en alvorlig forsømmelse, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

Forsømmelsen skal angå ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, hvilket vil sige, at en alvorlig forsømmelse skal være begået i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed. Ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv skal forstås bredt, således bestemmelsen ikke alene omfatter alvorlige forsømmelser, der er direkte knyttet til kvaliteten af opgaveudførelsen. Andre alvorlige forsømmelser i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed kan endvidere være omfattet af denne bestemmelse. Nedenfor fremgår der eksempler.

Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan alene udelukkes, såfremt de forsømmelser denne tidligere har begået har været alvorlige forsømmelser, der skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet og dermed ansøgerens eller tilbudsgiverens troværdighed i forhold til udøvelsen af virksomhed.

Ansøgerens eller tilbudsgiverens alvorlige forsømmelser skal sætte berettiget spørgsmålstegn ved ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, hvilket betyder, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse.

Alvorlige forsømmelser, der kan skabe tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, kan eksempelvis være: Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.”

Det udtales senere i forarbejderne, at det kan være en alvorlig forsømmelse, hvis ordregiver kan påvise forhold omfattet af Udbudslovens § 135 om obligatorisk udelukkelse, hvor der endnu ikke er faldet endelig dom.

Der foreligger ikke relevant retspraksis om bestemmelsen eller den bagvedliggende bestemmelse i Udbudsdirektiv 2014/24, artikel 54, stk. 4, litra c.

I forgængerer i Udbudsdirektiv 2004/18, artikel 45, stk. 2, litra d, anvendtes det sprogligt lidt snævre udtryk *"alvorlig fejl"*, og der var i bestemmelsens litra c en særbestemmelse om dom for strafbare handlinger, der nu må anses for dækket af Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Henset til det nære slægtskab mellem formuleringerne *"alvorlig forsømmelse"* og *"alvorlig fejl"* er retspraksis om artikel 45, stk. 2, litra d, fortsat relevant.

I U 2013.2551 H havde ordregiver under henvisning til artikel 45, stk. 2, litra d, udelukket et pengeinstitut, der ifølge en voldgiftsavgørelse med urette havde op hævet en kontrakt mellem den pågældende ordregiver og pengeinstituttet. Højesteret fandt, at udelukkelsen var uberettiget og udtalte i præmisserne følgende af generel karakter om bestemmelsen: *"EU-Domstolen har i dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, fastslået, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og at en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser i princippet kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelse af erhverv. Begrebet »alvorlig fejl« henviser i almindelighed til en adfærd hos virksomheden, som må karakteriseres som misligholdelses-hensigt eller uagtsomhed af en vis alvor. Afgørelsen af, om der foreligger en alvorlig fejl, beror på en konkret og individuel vurdering."*

Hvis et pengeinstitut har overtrådt hvidvasklovgivningen i et omfang af nogen betydning, vil der for mig at se være tale om en alvorlig fejl, der kan begrunde udelukkelse efter Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3. Overtrædelse af normerne fastlagt i hvidvasklovgivningen må som udgangspunkt være udtryk for culpa i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3,'s forstand. Hvidvask må tilmed kvalificeres som hjemmehørende i den grove ende af begrebet *"alvorlig forsømmelse"*, der også omfatter f.eks. misligholdelse af en kontrakt. Der er efter min vurdering grund til at tro, at der ved konstatering af hvidvask af nogen betydning vil kunne foreligge en *"alvorlig forsømmelse"* i Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 3,'s forstand, selv om der ikke er tale om strafbar hvidvaskning. Hvis ordregiver ligefrem kan bevise strafbar hvidvaskning, må der med sikkerhed kunne ske udelukkelse efter Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, jf. § 135, stk. 1, nr. 5.

I Rapporten frikendes pengeinstituttets ledelse for personligt ansvar for hvidvaskningen, mens Rapporten ikke ses at forholde sig til Danske Banks mulige ansvar som selvstændig juridisk person, omend det af citaterne ovenfor i pkt. 2.2 fremgår, at der er medarbejdere, der ikke har overholdt deres retlige forpligtelser i henhold til deres ansættelsesvilkår og -kontrakter med Danske Bank, og at det er

”klart”, at hvidvaskprocedurerne i den estiske filial var ”åbenbart mangelfulde og utilstrækkelige.” I forhold til hvidvasklovgivningen skal vurderingen af Danske Banks eventuelle overtrædelser i tidsrummet mellem 2007 og 2015 ske efter den på tidspunktet gældende hvidvasklovgivning.

Hvis Danske Bank overvejes udelukket efter Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 3, kan banken forhindre udelukkelse ved at dokumentere self-cleaning efter Udbudslovens § 138. Ved self-cleaning skal Danske Bank over for Københavns Kommune dokumentere, at banken som følge af effektive foranstaltninger truffet efter konstateringen af den alvorlige forsømmelse er blevet pålidelig.

Henset til den alvorlige karakter af hvidvask, herunder Finanstilsynets involvering i anledning af forholdene med rod i den estiske filial, fremstår det for mig som mest sandsynligt, at Danske Bank efter de iværksatte tiltag er pålidelig efter Udbudslovens § 138. Der skal næppe mere til at dokumentere pålidelighed efter Udbudsloven end til at tilfredsstille Finanstilsynet som tilsynsmyndighed efter Hvidvaskloven. Det hører til undtagelsen, at der som for hvidvask er en sektor-specifik tilsynsmyndighed i forhold til den eller de af de udbudsretlige udelukkelsesgrunde, der er genstand for dokumentation af genvundet pålidelighed.

4.3 Udelukkelse af koncernforbundne selskaber

Udelukkelsesreglerne omfatter efter deres ordlyd ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvilket sprogligt refererer til den juridiske person, der står bag ansøgningen eller tilbuddet. Efter ordlyden omfattes eventuelle koncernforbundne selskaber ikke af den obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrund. At det forholder sig sådan bekræftes også af forarbejderne til Udbudslovens § 135, stk. 1, jf. Udbudslovsforslaget, side 146:

”Det er alene ansøgeren eller tilbudsgiveren, der skal udelukkes, hvis denne er omfattet af udelukkelsesgrunde i Udbudslovens § 135, stk. 1. Hvis en ansøgers eller tilbudsgivers moderselskab er omfattet af udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1, vil det ikke kunne medføre udelukkelse af ansøgeren eller tilbudsgiveren, med mindre ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på moderselskabet, jf. § 144, stk. 1.”

Den udtrykkelige regel om smitte fra personer i ledelsen omfattet af Udbudslovens § 135, stk. 2, bekræfter ligeledes, at koncernforbundne selskaber ikke gribes af udelukkelsesgrundene. Henset til udelukkelsens indgribende karakter skulle det med andre ord være fremgået af Udbudslovens § 135, hvis koncernforbundne selskaber skulle smittes, ligesom det gør for personer i ledelsen omfattet af Udbudslovens § 135, stk. 2.

Jeg vil også nævne, at hver virksomhed i en koncern bedømmes hver for sig i forhold til egnethedsbedømmelsen, og at der blandt andet derfor ikke er fri adgang til at udskifte en prækvalificeret virksomhed med en anden koncernforbundet virksomhed.

4.4 Kontraktvilkår til bekæmpelse af hvidvask

Udbudsloven giver kun få udtrykkelige bestemmelser af betydning for kontraktforholdet mellem ordregiver og pengeinstituttet efter afslutningen af udbudsproceduren.

Københavns Kommune kan efter min vurdering fastsætte kontraktvilkår, hvorved kommunen fastsætter krav om, at et pengeinstitut under kontrakten skal holde sig fri af hvidvask og om fornødent gennemføre self-cleaning, når forholdet under udbudsproceduren ville begrunde obligatorisk udelukkelse efter Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, eller frivillig udelukkelse efter Udbudslovens 137, stk. 1, nr. 3.

Efter min vurdering vil domstolene anse sådanne kontraktvilkår for at være i overensstemmelse med Udbudsloven, da kontraktvilkårene fremmer de interesser, som ordregiver obligatorisk eller frivilligt tilgodeser under udbudsproceduren. Det giver for mig at se ikke mening, at ordregiver før kontraktindgåelse efter Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, er forpligtet til at udelukke et pengeinstitut endeligt dømt for hvidvask, mens ordregiver efter Udbudsloven skulle være afskåret fra at formulere kontraktvilkår om, at ordregiver skal kunne udøve misligholdelsesbeføjelser over for pengeinstituttet, hvis dette efter kontraktindgåelsen endeligt dømmes for hvidvask.

Konkurrencestyrelsen synes imidlertid i sin udgivelse 'Skattemæssige forhold i offentlige udbud' (2017), side 28, at være af den opfattelse, at ordregiver ikke kan fastsætte sådanne krav, fordi kravene ifølge styrelsen omfattes af Udbudslovens § 176 og ikke har tilknytning til kontraktens genstand. Efter min vurdering omfattes krav til pengeinstituttets egnethed ikke af Udbudslovens § 176:

Det fremgår således nærmere af Udbudslovens § 176, at ordregiver kan fastsætte "*særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt.*" Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand. Betingelserne kan efter § 176, 3. punktum, omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at særlige betingelser skal være forenelige med EU-retten, være knyttet til kontraktens genstand og være proportionale, jf. Udbudslovforslaget, side 197.

Opremsningen i § 176, 3. punktum, af hensyn stammer fra Udbudsdirektiv 2014/24, artikel 70. Opremsningen er ikke omtalt i præamblen, jf. betragtning 104: *”Vilkårene for gennemførelse af en kontrakt bør være forenelige med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende og er forbundet med kontraktens genstand, hvilket omfatter alle faktorer i den specifikke proces med produktion, levering eller markedsføring. Dette omfatter betingelserne vedrørende processen for gennemførelse af kontrakten, men udelukker krav, der vedrører en virksomheds generelle politik.”*

I artikel 70's forgænger i Udbudsdirektiv 2004/18, artikel 26, er det anført, at betingelserne navnlig kunne handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.

Anerkendelsen af ordregivers ret til at opstille særlige betingelser har rod i EU-Domstolens dom i C 31/87, *Beenjes*, hvorefter der uanset fravær af en bestemmelse om særlige betingelser i det tidligere Bygge- og Anlægsdirektiv 1971/305 af ordregiver kunne stilles en særlig betingelse, da denne i øvrigt var forenelig med fællesskabsretten. I præmis 28 lagde EU-Domstolen vægt på, at der ikke var tale om et egnethedskrav eller et kriterie for tildelingen, men altså en særlig betingelse. Udelukkelse er nært beslægtet med egnethedskrav, blandt andet fordi udelukkelse angår virksomhedens forhold.

Udbudslovens § 176 om særlige betingelser omfatter efter ordlyd, formål og historik ikke kontraktvilkår om fortsættelse af de for udbudsproceduren gældende udelukkelsesgrunde efter kontraktindgåelse. Retmæssigheden af sådanne betingelser skal derimod fastlægges på grundlag af Udbudslovens almindelige bestemmelser, herunder f.eks. § 135 og § 137.

Konkurrencestyrelsens ovenfor refererede synspunkt om skattemæssige forhold flugter med styrelsens opfattelser i 'Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne' (2016), side 179.

Hvis Konkurrencestyrelsens forståelse er korrekt, kan ordregiver ikke stille krav om kontraktvilkår, hvorefter det får misligholdelsesvirkning, hvis et pengeinstitut under samarbejdet med ordregiver træder ind i organiseret kriminalitet eller udøver terrorisme, selv om det netop er EU-politik at bekæmpe sådanne aktiviteter. Eller anvende velkendte kontraktvilkår om misligholdelsesbeføjelser ved konkurs.

4.5 Anskaffelsesaftaler uden for udbudspligten efter Udbudslovens afsnit II

Tildeling af offentlige kontrakter under tærskelsværdien med klar grænseoverskridende interesse skal ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om

ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, jf. Udbudslovens §§ 191-192.

Tilsvarende kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse skal indgås i overensstemmelse med Udbudslovens § 193. Det følger heraf, at ordregiver alene er omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.

Selv om Udbudslovens §§ 135-138 om udelukkelse således ikke finder anvendelse for offentlige kontrakter uden for udbudspligten efter lovens afsnit II, vil det være sagligt at anvende samme principper for bekæmpelse af hvidvask uden for nævnte udbudspligt, når de involverede pengeinstitutter gør det relevant. Se om den beslægtede problematik om udelukkelse for skatteunddragelse i Konkurrencestyrelsens 'Skattemæssige forhold i offentlige udbud' (2017), side 18.

5. Københavns Kommunes aftaler med Danske Bank

5.1 Betalingsformidlingsaftalen

Efter forudgående udbud har Moderniseringsstyrelsen indgået aftale med Danske Bank om varetægelse af den lovpligtige del af betalingsformidlingen OBS og Udvidet OBS.

Københavns Kommune er efter Lov om Offentlige Betalinger §§ 8-11 kontohaver i OBS, fordi kommunerne er forpligtet til at anvende OBS til afregning med Staten og til udbetaling af visse sociale ydelser til borgerne.

Københavns Kommune har derudover ved Aftalevilkårene af 1. november 2013 indgået med Moderniseringsstyrelsen fastlagt kommunens overgang til Udvidet OBS og adgang til kreditkort under Moderniseringsstyrelsens kontrakt med Danske Bank. Moderniseringsstyrelsens tilvejebringelse af kontraktfaciliteten er sket med hjemmel i Bekendtgørelsen om OBS for kommuner og regioners § 10.

Der er ikke ved Aftalevilkårene tilvejebragt aftaleforhold direkte mellem Københavns Kommune og Danske Bank. Bortset fra at dette følger af partsangivelsen i Aftalevilkårene, er det fastslået i aftalens pkt. 2, fjerde afsnit.

Ifølge Aftalevilkårenes pkt. 8 gælder Københavns Kommunes Udvidede OBS frem til den 1. april 2018, hvorefter Aftalevilkårene ville være bortfaldet uden varsel, hvis ikke aftalen efter Moderniseringsstyrelsens bestemmelse var blevet forlænget til den 1. april 2019, hvor den ophører uden varsel.

Aftalevilkårenes pkt. 9 indeholder bestemmelser om Københavns Kommunes udtræden tidligere end udløb efter pkt. 8. Efter pkt. 9.1 kan Udvidet OBS og/eller kreditkortløsningen opsiges med et års varsel til udgangen af en måned, men denne mulighed er på nuværende tidspunkt irrelevant, henset til at Aftalevilkårene ophører 1. april 2019 og dermed tidligere.

Det fremgår af Aftalevilkårenes pkt. 6.2.3, at Moderniseringsstyrelsen efter påkrav fra Københavns Kommune delvis skal ophæve Moderniseringsstyrelsens kontraktforhold til Danske Bank, hvis Danske Bank misligholder denne del i form af forsinkelse eller mangler, jf. kontrakten med Danske Bank, pkt. 10, pkt. 20.5 og pkt. 33. Undlader Moderniseringsstyrelsen at ophæve kontrakten med Danske Bank i forhold til den del, der vedrører Københavns Kommune, kan Moderniseringsstyrelsen bringe sig i misligholdelse over for kommunen efter Aftalevilkårenes pkt. 9.2.

Blandt de anførte bestemmelser i Moderniseringsstyrelsens kontrakt med Danske Bank har kun bestemmelsens pkt. 20.5 betydning for den foreliggende problematik. Ifølge pkt. 20.5 kan styrelsen hæve kontrakten helt eller delvist, hvis der konstateres "*væsentlige mangler, herunder ved SKB/OBS' funktionalitet, kapacitet, drift, vedligeholdelse, herunder support, eller ved betalingsformidlingsydelserne, eller andre ydelser efter kontrakten*", og Danske Bank skal forudgående være indrømmet 60 dage til afhjælpning.

Ud over de bestemmelser i kontrakten mellem Moderniseringsstyrelsen og Danske Bank, som der henvises til i Aftalevilkårene, skal kontraktens pkt. 22 nævnes. Heri er styrelsen givet ret til ophævelse, hvis Danske Bank fortaber ret til at drive pengeinstitutvirksomhed etc. Bestemmelsen giver derimod ikke styrelsen særlige rettigheder ved konstatering af overtrædelse af hvidvasklovgivningen. For mig at se ville kontraktens pkt. 22 have været det naturlige sted at regulere eventuel hæveret ved hvidvask.

Københavns Kommune er efter min vurdering uberettiget til at udvirke en delvis ophævelse af Moderniseringsstyrelsens kontrakt med Danske Bank, alene med henvisning til at der fra 2007 til 2015 er sket hvidvask i bankens estiske filial. Ophævelse af et komplekst aftaleforhold som det foreliggende forudsætter væsentlig misligholdelse, hvilket kræver krænkelser af betydende entydige og specifikke bestemmelser, eller mere generelle krænkelser af betydelig grovhed. Ordlyden af pkt. 20.5 i Moderniseringsstyrelsens kontrakt med Danske Bank taler i sig selv tydeligt i mod en sådan ret (manglerne skal angå ydelserne), og resultatet bestyrkes yderligere, når der henses til bestemmelsen i kontraktens pkt. 22.

Danske Bank vil tilmed kunne gøre gældende, at afhjælpningsfristen på 60 dage betyder, at der ikke kan ske ophævelse, hvis banken dokumenterer self-cleaning. Danske Bank må forventes at mene, at banken har gennemført self-cleaning hen-set til indholdet af pressemeddelelsen, hvorefter Danske Bank *"gør og vil gøre alt det, der skal til for at sikre, at vi aldrig oplever noget lignende igen."*

Ved ophævelse må Københavns Kommune påregne at skulle svare erstatning for tab for i hvert fald den tabte fortjeneste i opsigelsesperioden, og kommunen har risiko for at skulle svare erstatning til banken for andre tab forårsaget af den uberettigede ophævelse. Erstatningsudmåling vil ske i lyset af fraværet af kommunalretlig saglig grund til ophævelsen.

Danske Bank er over for Moderniseringsstyrelsen forpligtet til mod vederlag at yde fortsat bistand uanset ophævelse, jf. kontraktens pkt. 20.6. Moderniseringsstyrelsen har en tilsvarende forpligtelse over for Københavns Kommune i Aftalevilkårenes pkt. 10.

Københavns Kommune er som anført ude af aftalen med Moderniseringsstyrelsen den 1. april 2019. Indgåelse af aftale om ydelserne omfattet af Udvidet OBS kan ske ved indgåelse af ny aftale med Moderniseringsstyrelsen eller ved indgåelse af aftale efter forudgående udbud med et pengeinstitut.

I forhold til eventuel forlængelse af Udvidet OBS er Københavns Kommunes aftalepart ikke Danske Bank, men Moderniseringsstyrelsen. Hvis Moderniseringsstyrelsen skønner at kunne indgå forlængelsesaftale i medfør af Udbudslovens § 183 med Danske Bank generelt eller i forhold til den del, der vedrører Københavns Kommune, må kommunen også uden videre kunne indgå en tilsvarende aftale om forlængelse med Moderniseringsstyrelsen, idet jeg lægger til grund, at Aftalevilkårene er vedtaget med respekt for udbudsretten.

En forlængelsesaftale direkte mellem Københavns Kommune og Danske Bank synes at forudsætte, at Udbudslovens §§ 80-83 om udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse kan anvendes, hvilket ikke fremstår som nærliggende. Alternativt skal der søges en mere kompliceret model med en kombination af kontraktoverdragelse og aftaleændringer inden for Udbudslovens §§ 178-184, men heller ikke denne mulighed fremstår som nærliggende. Der synes at være betydelig risiko for ulovlig direkte tildeling og de hermed forbundne sanktioner.

5.2 Administration af investeringsforening

På grundlag af Udbudsmateriale af februar 2018 har Københavns Kommune indgået aftale med Danske Invest Management A/S, der ejes af Danske Bank, om administration af Københavns Kommunes investeringsforening.

Det fremgår af prospektet for Københavns Kommunes investeringsforenings pkt. 9.3, at administrationsaftalen af foreningen kan opsiges med øjeblikkeligt varsel, dog således at foreningen ved kortere opsigelsesvarsel end seks måneder skal betale forskellen mellem seks måneders ordinær betaling og betaling i den faktiske opsigelsesperiode.

Hverken prospektet eller udbudsmaterialet indeholder særlige regler om misligholdelse, hvorfor reguleringen heraf beror på dansk rets almindelige regler, hvorefter ophævelse uden varsel fordrer væsentlig misligholdelse.

Beslutning om opsigelse eller ophævelse skal træffes af investeringsforeningens bestyrelse.

Jeg mener ikke, at investeringsforeningens bestyrelse med rette kan ophæve den i 2018 med Danske Invest Management A/S indgåede administrationsaftale alene med henvisning til, at der fra 2007 til 2015 er sket forsømmelse af hvidvaskforpligtelserne i Danske Banks estiske filial. Forsømmelserne har ingen betydning for administrationselskabets ydelser. Administrationsaftalen er indgået i 2018, hvor det var offentligt kendt, at Danske Banks estiske filial i et da endnu ikke fastlagt omfang havde forsømt sine hvidvaskforpligtelser. Danske Bank har ifølge sin pressemeddelelse afhjulpet forholdet afsluttet i 2015, og administrationselskabet er en fra Dansk Bank selvstændig juridisk person.

Ved ophævelse må investeringsforeningen påregne at skulle svare erstatning for tab, jf. pkt. 5.1.

5.3 Kapitalforvaltning

På grundlag af Københavns Kommunes Udbudsmateriale af februar 2018 har Danske Invest Management A/S som administrator valgt af Københavns Kommunes investeringsforening, jf. pkt. 5.2, indgået kapitalforvaltningsaftale med Danske Capital, der er en division af Danske Bank, jf. prospektet, pkt. 9.5. Sådan præsenteres Danske Capital også på sin hjemmeside under Company profile.

Aftalen kan ifølge prospektet opsiges med seks måneder til udgangen af et kvartal. Derudover kan aftalen ifølge e-mail fra Danske Invest Management A/S til

Københavns Kommune ophæves ved væsentlig misligholdelse, hvilket omfatter: *“(b) the Investment Manager is involved or alleged to be involved (in each case either directly or indirectly) in any unlawful activities including violation of taxation laws and rules related to the activities of the Investment Manager.”*

Hvidvask har på den ene side karakter af *“unlawful activities”*, men den særlige hævegrund omfatter efter sin ordlyd situationer, hvor Danske Capital *“is”* involveret eller påstås at være involveret i *“unlawful activities”*. Den estiske filials forsømmelse af sine hvidvaskforpligtelser ophørte i 2015 og dermed før indgåelsen af kapitalforvaltningsaftalen, hvorfor den foreliggende situation ikke omfattes af bestemmelsens objektive indhold. Når hertil kommer, at Danske Bank ifølge sin pressemeddelelse har afhjulpet forholdet, og at kapitalforvaltningsaftalen er indgået i 2018, hvor det var offentligt kendt, at Danske Banks estiske filial i et da endnu ikke fastlagt omfang havde forsømt sine hvidvaskforpligtelser, mener jeg ikke, at bestyrelsen kan ophæve kapitalforvaltningsaftalen.

Ved ophævelse må investeringsforeningen påregne at skulle svare erstatning for tab, jf. pkt. 5.1.

Selv om det er en kommunal- og offentligretlig saglig interesse at virke for bekæmpelse af hvidvask, kan det for mig at se give anledning til begrundede retlige indsigelser, hvis Københavns Kommune på nuværende tidspunkt udvirker opsigelse af kapitalforvaltningsaftalen med Danske Capital. Kommunen har ikke en generel udbuds- og indkøbspolitik, der bekæmper hvidvask, hvor en opsigelse let kommer til at fremstå som en sanktion uden kommunalretlig relevans. Dette navnlig når der henses til de grunde, der gør ophævelse ubeføjet. Hvis Københavns Kommune vælger at gennemføre en udbuds- og indkøbspolitik, der bekæmper hvidvask, vil det være nærliggende at søge ændring af aftalerne med alle kapitalforvaltere. Lighedsbetragtninger gør det nødvendigt at behandle alle ensartede ens.

5.4 MobilePay

Københavns Kommune har i notat af 5. oktober 2018 beskrevet kommunens brug af MobilePay, der omfatter tre løsninger. MobilePay er reelt en it-løsning, efter som den ikke kræver et bestemt pengeinstitut og kan benyttes af alle styresystemer.

Det fremgår af notatet, at MobilePay den 1. oktober 2017 blev udskilt fra Danske Bank til en selvstændig juridisk person. Jeg har verificeret oplysningen, og det er korrekt, at MobilePay nu er en selvstændig virksomhed, der drives under navnet MobilePay Denmark A/S.

Forsømmelserne af hvidvaskforpligtelserne har ingen betydning for MobilePay Denmark A/S' ydelser. Danske Bank har ifølge sin pressemeddelelse afhjulpet forholdet, og MobilePay Denmark A/S er en fra Danske Bank selvstændig juridisk person.

Det fremgår af betingelserne på MobilePay Denmark A/S' hjemmeside, at kunden kan opsige aftaleforhold uden varsel, når der er tale om erhvervsløsninger. Der gælder således ikke noget opsigelsesvarsel.

København, den 26. oktober 2018

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'René Offersen', written over the typed name.

René Offersen