

ERHVERVSANKENÆVNET

Nævnenes Hus * Toldboden 2 * 8800 Viborg * Tlf. 72 40 56 00 * ean@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

Kendelse af 3. februar 2022 – j.nr.: 19/05715

Finanstilsynets pålæg om at supplere selskabets solvenskapitalkrav ophævet, idet Erhvervsankenævnet ikke fandt, at Finanstilsynet havde det fornødne hjemmelsgrundlag for at fastsætte et kapitaltillæg i medfør af § 350 b, stk. 1, nr. 2 i lov om finansiel virksomhed, idet der ikke på dette tidspunkt var grundlag for at antage, at de iværksatte tilsynsforanstaltninger var ineffektive. Lov om finansiel virksomhed §§ 71, stk. 1, nr. 7, 126 c, stk. 1, 345, stk. 7, nr. 4, 350 b, stk. 1, nr. 2, og ledelsesbekendtgørelsens §§ 18, stk. 2 og 21, stk. 1, 3. pkt.

(Anders Ørgaard, Steen Jul Petersen, Lise Høgh, Steen Thomsen og Mikael Friis Rasmussen)

Kendelse K A/S mod Finanstilsynet

Ved skrivelse af 11. juli 2019 har K A/S (CVR-nr. ...) – nu K A/S ved kurator, advokat A – påklaget Finanstilsynets afgørelse af 10. juli 2019, hvorved Finanstilsynet i medfør af § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed har pålagt selskabet at supplere selskabets solvenskapitalkrav med et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr.

Klagen har under sagens behandling i Erhvervsankenævnet været tillagt opsættende virkning, jf. ankenævnets formands afgørelse af 23. september 2019.

Sagens omstændigheder:

Af Finanstilsynets afgørelse af 10. juli 2019 fremgår bl.a.:

”Finanstilsynet pålægger K A/S (herefter K A/S eller selskabet) pr. dags dato at supplere selskabets solvenskapitalkrav (herefter SCR) med et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr., jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Selskabets SCR udgøres herefter af summen af SCR, jf. § 126 c i lov om finansiel virksomhed, og det af Finanstilsynet fastsatte kapitaltillæg, jf. § 350 b, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har fastsat kapitaltillægget til at være lig med forskellen mellem det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko, jf. artikel 204, stk. 1, litra b, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/35 af 10. oktober 2014 om supplerende regler til

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (herefter solvens II-forordningen) og kapitalkravet for operationelle risici, jf. artikel 204, stk. 1, i solvens II-forordningen.

Kapitaltillægget gælder, indtil Finanstilsynet har vurderet, at selskabet har efterlevet påbuddene i Finanstilsynets afgørelse om governance af 5. juli 2019 (herefter governance-afgørelsen). Størrelsen af kapitaltillægget er endvidere fast, indtil Finanstilsynet har haft kapitaltillægget oppe til revision, jf. § 350 b, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Denne afgørelse er truffet af Finanstilsynet efter forelæggelse for Finanstilsynets bestyrelse, jf. § 345, stk. 7, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

2. Sagsfremstilling

Finanstilsynet sendte den 5. juli 2019 governance-afgørelsen til selskabet. I afgørelsen modtog selskabet følgende påbud:

Outsourcing til agenter og skadesbehandlere (onboarding)

- Selskabet blev påbudt at sikre, at der fremadrettet foretages en detaljeret undersøgelse af outsourcingleverandører, jf. artikel 274, stk. 3, litra a, i solvens II-forordningen.

Compliance

- Selskabet blev påbudt at sikre, at outsourcing ikke sker på en måde, der kan være til hinder for, at selskabet til stadighed kan tilbyde forsikringstagerne en tilfredsstillende service, jf. § 8 a, stk. 1, nr. 4, i outsourcingbekendtgørelsen.
- Selskabet modtog en påtale for ikke at have sikret, at B [udenlandsk selskab] havde tilstrækkelige evner og kapacitet til at udføre de outsourcede aktiviteter frem til udgangen af 2018, jf. artikel 274, stk. 3, litra a, i solvens II-forordningen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande ved at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning, jf. § 19, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at etablere en tilstrækkelig effektiv compliancefunktion, jf. § 19, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Kontrol af outsourcede aktiviteter

- Selskabet blev påbudt at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer, jf. § 71, stk. 1, nr. 7, i lov om finansiel virksomhed.

Intern auditfunktionen

- Selskabet blev påbudt at sikre, at nøglepersonen for den interne auditfunktion er objektiv og uafhængig af virksomhedens operationelle funktioner, jf. § 21, stk. 1, 3. pkt., i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at den interne auditfunktion giver ledelsen sin vurdering af, hvorvidt det interne kontrolsystem er tilstrækkeligt og effektivt, jf. bilag 9, nr. 6, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at etablere en tilstrækkelig effektiv intern auditfunktion, således at denne kan udføre det nødvendige arbejde på en effektiv måde, jf. § 21 og bilag 9 i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at der træffes passende foranstaltninger for at mindske risikoen for interessekonflikter for den interne auditfunktion, jf. bilag 9, nr. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Risikostyringsfunktionen

- Selskabet blev påbudt at sikre en effektiv risikostyringsfunktion, jf. § 18, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Solvenskapitalkrav

- Selskabet modtog en påtale for, at bestyrelsen og direktionen ikke har været i stand til at sikre, at selskabet til enhver tid har et kapitalgrundlag, som dækker det af selskabet opgjorte solvenskapitalkrav, jf. § 126 c, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Revisionsudvalget

- Selskabet blev påbudt fremadrettet at sikre, at revisionsudvalgets opgave med at overvåge den lovpligtige revision kan gennemføres effektivt og indenfor en hensigtsmæssig tidsramme, jf. § 31, stk. 3, nr. 4, i revisorloven.

Ledelsessystemet

- Selskabet blev påbudt at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

...

5. Vurdering

Finanstilsynet har i governance-afgørelsen vurderet, at selskabet ikke har effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet kan som følge heraf fastsætte et krav om kapitaltillæg til SCR, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed, hvis afvigelsen fra kravene i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig.

Det følger af bemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovforslag nr. L 114 af 21. januar 2015, at Finanstilsynet fastsætter et kapitaltillæg, hvis et selskabs afvigelse fra kravene i § 71 i lov

om finansiell virksomhed forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for, og andre foranstaltninger ikke har kunnet udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.

Finanstilsynets vurdering af, om selskabets afvigelse fra kravene i § 71 i lov om finansiell virksomhed er væsentlig, skal foretages i henhold til artikel 277 i solvens II-forordningen, jf. § 350 b, stk. 2, i lov om finansiell virksomhed.

Væsentlig afvigelse fra ledelsesstandarderne

Det følger af artikel 277 i solvens II-forordningen, at tilsynsmyndighederne skal tage højde for alle relevante faktorer, når de skal vurdere, om ledelsessystemet i et forsikringsselskab afviger væsentligt fra afsnit 1, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, herunder kravene i artikel 277, stk. 1, litra a-e, i solvens II-forordningen.

Kravene i afsnit 1, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, er bl.a. udmøntet i § 71 i lov om finansiell virksomhed og ledelsesbekendtgørelsen. Derfor skal Finanstilsynet vurdere, om selskabets ledelsessystem afviger væsentligt fra kravene i § 71 i lov om finansiell virksomhed, under hensyntagen til faktorerne nævnt i artikel 277, stk. 1, litra a-e, i solvens II-forordningen.

Artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen

Finanstilsynet skal i sin vurdering af, om ledelsessystemet i selskabet afviger væsentligt fra kravene i § 71 i lov om finansiell virksomhed, tage højde for følgerne af afvigelsen fra ledelsesstandarderne, jf. artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen.

Det følger af governance-afgørelsen, at Finanstilsynet vurderede, at selskabets skadesbehandlingsselskab i [land 1] ikke havde udført en tilstrækkelig god skadesbehandling for K A/Ss [udenlandske 1] forsikringstagere. Finanstilsynet vurderede desuden, at selskabet ikke havde foretaget en due diligence med henblik på at undersøge skadebehandlerens evner og kvalifikationer inden outsourcingaftalens indgåelse. Finanstilsynet vurderede endvidere, at selskabet ikke havde sikret en tilstrækkelig og effektiv kontrol af de outsourcede aktiviteter.

Finanstilsynet vurderer, at selskabets manglende kontrol med de outsourcede aktiviteter medfører, at forsikringstagerne og de begunstigedes interesser ikke varetages i tilstrækkelig grad, og at selskabet kan blive påført uventede tab som følge af genåbning af gamle skader. Den utilstrækkelige skadesbehandling har i høj grad skyldtes manglede ressourcer hos skadebehandleren. Finanstilsynet vurderer, at de manglende ressourcer hos

skadesbehandleren har medført en forhøjet risiko for, at selskabet bliver nødt til at genåbne gamle sager, hvilket kan påføre selskabet tab.

Selskabet anfører i høringssvaret, at det ikke fremgik af afgørelsen, hvilke specifikke interesser, som ikke blev varetaget, men at det fremgik af sammenhængen, at der blev sigtet til efterslæbet i [land 1], hvilket der var rettet op på.

Med forsikringstagernes og de begunstigedes interesser mener Finanstilsynet forsikringstagernes og de begunstigedes interesser i at få udbetalt de erstatninger, de har krav på indenfor rammerne af lovgivningen, herunder eksempelvis indenfor en given tidsfrist. Finanstilsynet har eksemplificeret manglerne i kontrollen med de outsourcede aktiviteter i skadesbehandlingen i [land 1]. Selskabet anfører i høringssvaret, at der er rettet op på manglerne i skadesbehandlingen i [land 1]. Finanstilsynet har ikke konkluderet og kan ikke konkludere, at der er rettet op på manglerne i skadesbehandlingen i [land 1], hvilket Finanstilsynet vil undersøge på en opfølgende funktionsinspektion i selskabet. Uanset at der for den konkrete skadesbehandling i [land 1] måtte være rettet op på manglerne, er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at selskabets kontrol med de outsourcede aktiviteter som helhed er mangelfuld. Finanstilsynet vurderer i forlængelse heraf fortsat, at selskabet ikke i tilstrækkelig grad sikrer, at forsikringstagernes og de begunstigedes interesser varetages.

Selskabet anfører desuden i høringssvaret, at det ikke fremgik på hvilken måde, som selskabet kunne blive påført tab som følge af genåbning af gamle skader.

Finanstilsynet vurderer, at i det omfang gamle sager måtte blive genåbnet, vil det sandsynligvis være fordi, at der er mistanke om, at selskabet har udbetalt for lidt i erstatning til forsikringstagerne eller de begunstigede. Dermed ville en genåbning potentielt kunne føre til tab for selskabet.

Selskabet anfører i høringssvaret, at 95 pct. af risikoen i den [udenlandske 1] portefølje for årene 2017 og 2018 er afgivet til genforsikringen, og at selskabet derfor ikke kan blive påført materielle tab i [land 1] som følge af genåbning af gamle sager.

Selskabet har først i høringssvaret gjort Finanstilsynet bekendt med, at forretningen i [land 1] for årene 2017 og 2018 er 95 pct. genforsikret. Finanstilsynet vurderer dog, at selskabet kan blive påført tab som følge af genåbning af skader fra årene 2017 og 2018 i [land 1]. Finanstilsynet vurderer fortsat, at selskabets kontrol med de outsourcede aktiviteter ikke sikrer, at forsikringstagernes og de begunstigedes interesser varetages på en måde, der sikrer, at de får den erstatning, der har krav på. Finanstilsynet vurderer derfor, at selskabet som helhed er i forhøjet risiko for, at genåbning af gamle skadessager kan påføre selskabet tab. Dette underbygges af, at Finanstilsynet på inspektionerne i selskabets [udenlandske 2] agent, C [udenlandsk selskab], og selskabets [udenlandske 3] agent, D [udenlandsk selskab], har konstateret,

at selskabet ikke sikrer, at der bliver fulgt op på audits, jf. governance-afgørelsen.

Det følger endvidere af governance-afgørelsen, at Finanstilsynet vurderede, at selskabet ikke havde indført en effektiv compliancefunktion. Finanstilsynet vurderer på baggrund heraf, at selskabet er udsat for forhøjede compliance-risici. Det er en skærpende omstændighed, at selskabet driver forretning i flere lande, idet hver jurisdiktion har sin egen lokale lovgivning i tillæg til den europæiske lovgivning. Således vurderer Finanstilsynet, at drift i flere jurisdiktioner, alt andet lige, stiller større krav til compliancefunktionen. Finanstilsynet vurderer derfor, at selskabet er i forhøjet risiko for at blive involveret i retssager, der kan påføre selskabet tab.

Selskabet anfører i høringssvaret, at det var uklart i udkastet til afgørelsen, hvad Finanstilsynet mente med compliancerisiko, og at det var uklart, hvordan denne risiko kunne medføre forhøjet risiko for at blive involveret i retssager.

Med compliancerisiko mener Finanstilsynet risikoen for, at selskabet ikke overholder lovgivningen eller egne interne politikker og retningslinjer. Finanstilsynet vurderer, at der er forhøjet risiko for, at der kan gøres krav gældende mod selskabet som følge af, at selskabet ikke lever op til lovgivningen. Dette er eksemplificeret ved skadesbehandlingen i [land 1], hvor selskabet i høringssvaret selv anfører, at der var anlagt retssager imod selskabet vedrørende manglende opfyldelse af lokale krav, manglende skadesbehandling m.v. Selvom vurderingen er eksemplificeret ved efterslæbet i [land 1], vurderer Finanstilsynet, at risikoen gør sig gældende for hele selskabets forretning, idet det er selskabets compliancefunktion, som Finanstilsynet har vurderet ikke er effektiv.

Finanstilsynet vurderede i governance-afgørelsen desuden, at selskabet ikke havde en effektiv risikostyringsfunktion, herunder at selskabet ikke havde sikret, at der sker en korrekt styring og overvågning af selskabets risici. Finanstilsynet vurderer på den baggrund, at selskabet potentielt kan undervurdere de risici, som selskabet er udsat for. Finanstilsynet vurderer derfor, at selskabet kan blive udsat for tab, som selskabet kunne have undgået, hvis selskabet havde styret og overvåget sine risici i tilstrækkelig grad.

Selskabet anfører i høringssvaret, at det var uklart, hvilke risici Finanstilsynet henviser til, ligesom det ikke konkretiseres, hvilket tab selskabet kan blive udsat for.

Det fremgår af governance-afgørelsen, at Finanstilsynet vurderede, at selskabet manglede at foretage due diligence i forbindelse med onboardingprocessen af skadesbehandlere, når disse ikke samtidig var ansvarlige for salg af forsikringer. Det fremgår endvidere, at Finanstilsynet vurderede, at selskabet i den forbindelse ikke havde sikret sig, at outsourcingleverandøren havde de tilstrækkelige kompetencer, viden og kapacitet til at udføre de outsourcede aktiviteter på betryggende vis. Finanstilsynet vurderede desuden, at manglende kendskab til og overvågning

af, om lovgivningen overholdes, kan medføre, at selskabet står overfor en højere operationel risiko og forsikringsmæssige risici, dels ved forringet omdømme i forbindelse med fejl i skadesbehandlingen dels risiko for ikke korrekt afsatte reserver til erstatninger.

Det fremgår endvidere af governance-afgørelsen, at Finanstilsynet vurderede, at der var risiko for, at selskabets interesser ikke blevet varetaget tilstrækkeligt i de udførte audits, idet de som udgangspunkt foretages af selskabets reassurandører. Finanstilsynet konstaterede endvidere, at der ikke havde været dokumenterede audits af selskabets [udenlandske 3] agent, D [udenlandsk selskab]. Finanstilsynet vurderede endvidere, at der havde været svigtende kontrol i forhold til at overvåge om anbefalingerne i audits blev implementeret hos D [udenlandsk selskab].

Det fremgår endvidere af governance-afgørelsen, at Finanstilsynet vurderede, at selskabets risikostyring i forbindelse med håndtering af bordereaux'erne er utilstrækkelig. Finanstilsynet vurderede, at selskabets evne til at overvåge risikoen og lønsomheden afhænger meget af korrekt indberetning af bordereaux'er.

Finanstilsynet vurderer på baggrund heraf, at de risici, som selskabet er udsat for bl.a. relaterer sig til øget omdømmerisiko, øget reserverisiko og øget risiko for utilstrækkelige præmier. Finanstilsynet vurderer, at det ikke er et krav, at dette skal konkretiseres yderligere.

Finanstilsynet vurderer samlet set, at manglerne i ledelsessystemet har medført, at selskabets operationelle risici er større end de ville have været med et effektivt ledelsessystem, da manglerne i ledelsessystemet potentielt kan medføre uventede tab for selskabet.

Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke havde påvist, hvad følgerne af den angivelige afvigelse fra § 71 i lov om finansiel virksomhed skulle være, og at Finanstilsynet ikke havde påvist, at der var problemer med selskabets outsourcing generelt.

Finanstilsynet vurderer i governance-afgørelsen, at selskabets ledelsessystem ikke lever op til kravene i § 71 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet vurderer endvidere, at ovenstående redegør for, hvilke potentielle følger det mangelfulde ledelsessystem kan have for selskabet. Finanstilsynet vurderede ligeledes i governance-afgørelsen, at selskabets kontrol med de outsourcete aktiviteter ikke er tilstrækkelig.

Finanstilsynet skal endvidere vurdere, om afvigelsen i ledelsessystemet skyldes utilstrækkelig opfyldelse af et krav relateret til ledelsessystemet eller manglende opfyldelse af et sådant krav, jf. artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen. Det er Finanstilsynets vurdering, at afvigelsen i ledelsessystemet skyldes, at selskabet ikke har indført et ledelsessystem, der i tilstrækkelig grad sikrer en effektiv virksomhedsstyring som påkrævet i § 71 i lov om finansiel virksomhed. Det skyldes bl.a., at selskabet havde oprettet funktioner for compliance, risikostyring og intern audit, men at disse

funktioner efter Finanstilsynets vurdering i governance-afgørelsen ikke var tilstrækkeligt effektive.

Artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen

Finanstilsynet skal i sin vurdering af, om afvigelsen fra ledelsesstandarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig, tage højde for, hvor sandsynlige og alvorlige eventuelle negative indvirkninger på forsikringstagerne og de begunstigede er, jf. artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet vurderer, at det er sandsynligt, at afvigelserne fra ledelsesstandarderne har haft og vil have negative indvirkninger på forsikringstagerne og de begunstigede. Det skyldes, at selskabets manglende kontrol med den outsourcede skadesbehandling har medført, at nogle af selskabets skadesbehandlere ikke har behandlet selskabets forsikringstagere og begunstigede i henhold til gældende lovgivning, jf. governance-afgørelsen.

Det [udenlandske 1] finanstilsyn har i sin rapport til selskabets [udenlandske 1] skadesbehandler B [udenlandsk selskab] konkluderet, at den [udenlandske 1] skadesbehandler ikke leverede materiale til forsikringstagerne eller de begunstigede, der gjorde disse i stand til at kontrollere, om de havde fået den korrekte erstatning. Det [udenlandske 1] finanstilsyn konkluderede tillige, at den [udenlandske 1] skadesbehandler ikke udbetalte erstatninger indenfor tidsrammerne i [udenlandsk 1] lovgivning. Det vil sige, at de [udenlandske 1] forsikringstagere og begunstigede fik deres erstatning udbetalt for sent.

Finanstilsynet vurderer, at manglerne i ledelsessystemet både kan medføre, at forsikringstagerne eller de begunstigede ikke får udbetalt den korrekte erstatning, men også, at forsikringstagerne eller de begunstigedes skadesbehandling ikke foretages hurtigt nok i forhold til tidsfristerne i den lokale [udenlandske 1] regulering. Finanstilsynet vurderer i forlængelse heraf, at der er risiko for, at forsikringstagere og begunstigede i andre jurisdiktioner end [land 1] ikke får den skadesbehandling, som de har krav på. Det skyldes, at det [udenlandske 4] finanstilsyn i slutningen af 2018 informerede Finanstilsynet om, at deres afdeling for forbrugerklager havde modtaget klager vedrørende K A/S' aktiviteter i [land 4], som knytter sig til skadesbehandlingen, herunder manglende tilgængelighed, lange sagsbehandlingstider og manglende svar fra K A/S på klager, jf. governance-afgørelsen. Finanstilsynet vurderer, at denne risiko vil være til stede, indtil selskabet opnår en tilstrækkelig kontrol med sine outsourcede aktiviteter.

Finanstilsynet vurderer endvidere, at den potentielle indvirkning på forsikringstagerne og de begunstigede kan være alvorlig. Det skyldes eksempelvis, at det kan have en alvorlig negativ indflydelse på forsikringstagerne eller de begunstigedes finansielle situation, hvis de får for lidt i erstatning eller ikke får erstatningen udbetalt rettidigt.

Selskabet anfører i høringsvaret, at Finanstilsynet ikke havde vurderet, hvor sandsynlige og alvorlige indvirkningerne af en eventuel afvigelse i

ledelsessystemet er på forsikringstagerne m.v. Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke havde kvantificeret sandsynligheden eller hvor alvorlige indvirkningerne er, og at der er krav herom.

Finanstilsynet deler ikke selskabets vurdering af, at der er krav om, at Finanstilsynet præcist skal kvantificere sandsynligheden eller alvoren af indvirkningerne. Finanstilsynet vurderer, at det er påvist, at afvigelserne i selskabets ledelsessystem har haft negative konsekvenser for selskabets forsikringstagere og begunstigede, og at de potentielt kunne være alvorlige for disse. Finanstilsynet vurderer, at bestemmelsen skal ses med udgangspunkt i forsikringstagernes og de begunstigedes forhold. Finanstilsynet vurderer, at hvad der kan anses som ubetydelige fra selskabets side, kan være meget betydelige for selskabets forsikringstagere og begunstigede.

Finanstilsynet vurderer derfor fortsat, at kravene i artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen er opfyldte.

Selskabet anfører desuden i høringssvaret, at det savner grundlag, når Finanstilsynet konkluderede, at efterslæbet i [land 1] skulle medføre en forøget risiko for, at noget lignende skulle ske i andre jurisdiktioner, når der her anvendes andre leverandører. Selskabet anfører endvidere i høringssvaret, at det forhold, at der er indgivet klager til [Finanstilsynet i land 4] ikke kan tages til indtægt for, at selskabets ledelsessystem afviger fra kravene.

Finanstilsynet vurderer fortsat, at det er selskabets ledelsessystem, der ikke har sikret, at selskabet varetager sine forsikringstagere og begunstigedes interesser tilstrækkeligt. Dette er eksemplificeret ved efterslæbet i [land 1]. Finanstilsynet vurderer fortsat, at selskabets ledelsessystem ikke sikrer, at samtlige af selskabets forsikringstagere og de begunstigedes interesser varetages tilstrækkeligt, og ikke kun for så vidt angår de [udenlandske 1] forsikringstagere og begunstigede.

Artikel 277, stk. 1, litra c, i solvens II-forordningen

Finanstilsynet skal i sin vurdering af, om afvigelsen fra ledelsesstandarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig, tage højde for de forskellige metoder til at opbygge et effektivt ledelsessystem, som står i et rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af de risici, der er forbundet med selskabets virksomhed, jf. artikel 277, stk. 1, litra c, i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet vurderer, at selskabet ikke har et ledelsessystem, der står i et rimeligt forhold til hverken arten, omfanget eller kompleksiteten af de risici, der er forbundet med selskabets virksomhed.

Selskabet anfører i høringssvaret, at selskabet har et omfattende system til overvågning af sin outsourcingvirksomhed. Selskabet anfører endvidere, at

det ikke var korrekt, når Finanstilsynet konkluderede i udkastet til afgørelsen, at selskabet ikke havde et tilstrækkeligt ledelsessystem.

Finanstilsynet vurderede i governance-afgørelsen, at selskabets ledelsessystem ikke var effektivt.

Finanstilsynet vurderer, at en stor del af selskabets risici stammer fra selskabets brug af outsourcing, da selskabet outsourcer al indtægning og skadesbehandling. Dermed er det væsentligt for selskabet og selskabets forsikringstagere og begunstigede, at de outsourcede aktiviteter kontrolleres. Dette har selskabets ledelsessystem ikke sikret, jf. governance-afgørelsen. Derudover har selskabet ikke foretaget en due dilligence af alle selskabets skadesbehandlere, jf. governance-afgørelsen. Det er dermed Finanstilsynets vurdering, at selskabets ledelsessystem ikke står i rimeligt forhold til arten af selskabets risici. Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at selskabets brug af outsourcing er så omfattende, at selskabets ledelsessystem heller ikke står i rimeligt forhold til omfanget af de risici, som outsourcingen medfører. I vurderingen af om selskabets ledelsessystem står i rimeligt forhold til omfanget af selskabets risici, har Finanstilsynet lagt vægt på, at selskabet anvender mange forskellige outsourcingleverandører.

Selskabet har outsourcede aktiviteter i [land 5], [land 2], [land 3], [land 1], [land 4], [land 6] og [land 7]. Alle jurisdiktioner har lokal lovgivning som selskabet skal overholde. Finanstilsynet vurderer, at det er en kompleks opgave at sikre, at alle outsourcede aktiviteter lever op til lokale lovgivningsmæssige krav. Derfor er det også Finanstilsynets vurdering, at selskabets ledelsessystem heller ikke står i rimeligt forhold til kompleksiteten af selskabets risici.

Selskabet anfører, at Finanstilsynet alene havde påvist, at skadesbehandlingen i [land 1] på et tidspunkt ikke levede op til den kontrakt, selskabet havde indgået med sin outsourcingleverandør, og at dette ikke betyder, at selskabets ledelsessystem ikke er tilstrækkeligt.

Finanstilsynet henviser til governance-afgørelsen, hvor Finanstilsynet har vurderet, at selskabets ledelsessystem ikke er effektivt.

Artikel 277, stk. 1, litra d, i solvens II-forordningen

Finanstilsynet skal i sin vurdering af, om afvigelsen fra ledelsesstandarden i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig, tage højde for det sandsynlige økonomiske tab, som selskabet ville lide som følge af afvigelsen fra ledelsesstandarden, jf. artikel 277, stk. 1, litra d, i solvens II-forordningen. Finanstilsynet vurderer, at selskabet kan lide betydelige økonomiske tab som følge af manglerne i ledelsessystemet. Finanstilsynet vurderer, at manglerne i compliancefunktionen, kontrollen med de outsourcede aktiviteter og risikostyringsfunktionen alle kan medføre tab for selskabet som ovenfor beskrevet.

Det er en underliggende antagelse i standardformlens kapitalkrav for operationelle risici, at et selskab har et risikostyringssystem på et standardiseret niveau, jf. ”The underlying assumptions in the standard formula for the Solvency Capital Requirement calculation” udgivet af EIOPA. Finanstilsynet vurderer på den baggrund, at standardformlens kapitalkrav for operationelle risici undervurderer selskabets reelle operationelle risiko.

Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke havde vurderet det sandsynlige tab, som selskabet vil kunne lide som følge af en eventuel afvigelse i ledelsessystemet. Selskabet anfører endvidere i høringssvaret, at dette tab skulle ses i sammenhæng med kravet om proportionalitet.

Finanstilsynet vurderer, at kravet om proportionalitet ikke er relevant for vurderingen af hvor stort det sandsynlige tab, som selskabet kan lide, er.

Selskabet anfører endvidere i høringssvaret, at formålet med bestemmelsen er at sikre, at en eventuel forøget operationel risiko vil kunne dækkes af solvenskapitalkravet, og at den i praksis forudsætter en kvantificering. Selskabet anfører desuden i høringssvaret, at Finanstilsynet i udkastet til afgørelsen alene havde anført, at selskabet kunne lide betydelige økonomiske tab, og at disse arbitrært var fastsat til 40 mio. kr., uagtet at den [udenlandske 1] forretning kun udgør 8,5 pct. af selskabets samlede portefølje.

Finanstilsynet deler selskabets vurdering af, at bestemmelsen skal sikre, at solvenskapitalkravet kan dække de forøgede operationelle risici. Finanstilsynet har kvantificeret tillægget, der skal sikre at solvenskapitalkravet kan dække de forøgede operationelle risici, til at være lig med forskellen mellem det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko og kapitalkravet for operationelle risici, svarende til 39,2 mio. kr. på nuværende tidspunkt.

Finanstilsynet vurderer, at denne risiko ikke alene relaterer sig til den [udenlandske 1] portefølje, men selskabets portefølje som en helhed. Det skyldes, at Finans-tilsynet vurderer, at det er K A/Ss ledelsessystem som helhed, der ikke er effektivt, og ikke kun ledelsessystemet omkring den [udenlandske 1] forretning.

Artikel 277, stk. 1, litra e, i solvens II-forordningen

Finanstilsynet skal i sin vurdering af, om afvigelsen fra ledelsesstandarden i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig, tage højde for afvigelsen fra ledelsesstandardenes forventede varighed, jf. artikel 277, stk. 1, litra e, i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet vurderer, at manglerne i ledelsessystemet er så omfattende, at det vil tage mindst et år for selskabet at sikre et ledelsessystem, som ikke afviger væsentligt fra ledelsesstandarden i § 71 i lov om finansiel virksomhed. Det skyldes, at selskabet skal sikre en tilstrækkelig kontrol med

de outsourcede aktiviteter, der er placeret i flere jurisdiktioner. Derudover skal selskabet sikre sig kendskab til den lokale lovgivning i de forskellige jurisdiktioner for at sikre sig, at outsourcingleverandørerne lever op til den lokale lovgivning.

Selskabet anfører i sit høringssvar, at Finanstilsynet i udkastet til afgørelsen ikke har underbygget sin vurdering af, at det mindst vil tage selskabet et år at rette op på manglerne i ledelsessystemet. Selskabet anfører endvidere i høringssvaret, at det står i kontrast til de påbud, som Finanstilsynet har udstedt i governance-afgørelsen. Selskabet anfører i høringssvaret, at det fremgik af udkastet til afgørelse, at selskabet blev påbudt at fremsende en plan for udbedring af de angivelige mangler i ledelsessystemet inden den 1. september 2019.

Finanstilsynet vurderer ikke, at vurderingen af tidshorisonten står i kontrast til påbuddene i governance-afgørelsen. Finanstilsynet vurderer, at manglerne i ledelsessystemet er så store, at det er nødvendigt at foretage en opfølgende funktionsinspektion for at afgøre, om selskabet har efterlevet påbuddene i governance-afgørelsen. Tidsfristen den 1. september 2019 skal derfor alene sikre, at selskabet udarbejder en plan for, hvorledes selskabet vil udbedre manglerne. Finanstilsynet vil dermed ikke anse påbuddene i governance-afgørelsen som efterlevet, blot fordi selskabet indsender førnævnte plan den 1. september 2019. Finanstilsynet vurderer, at der er behov for at sikre, at ledelsessystemet fungerer i praksis, og ikke blot, at nye tiltag er nedskrevet eller igangsat.

Selskabet anfører i høringssvaret, at det var uklart i udkast til afgørelse på hvilken baggrund Finanstilsynet kunne vurdere den tidsmæssige udstrækning af en eventuel implementering, når selskabet ikke havde indsendt de pågældende planer.

Selskabet anfører i høringssvaret, at en sådan vurdering forudsætter, at den underbygges, og at det oplyses, hvilke faktorer der indgår i vurderingen.

Finanstilsynets vurdering baserer sig på, at selskabet skal

- a) sikre en effektiv compliancefunktion, der har kendskab til den lokale lovgivning i de jurisdiktioner, som selskabet opererer i,
- b) sikre en effektiv kontrol med de outsourcede aktiviteter, hvilket er en omfattende opgave, under hensyntagen til selskabets brug af outsourcing,
- c) sikre en effektiv intern audit funktion, og at denne er uafhængig, samt at få ansat en nøgleperson for den interne audit funktion og
- d) sikre en effektiv risikostyringsfunktion, der kan overvåge og identificere risiciene i samtlige jurisdiktioner.

Finanstilsynet vurderer, at samtlige ovenstående forhold er tidskrævende at få implementeret. Finanstilsynet vurderer, at selskabet formentlig skal bruge flere ressourcer for at opfylde kravene, og at det efterfølgende kræver tid at sikre, at Finanstilsynets påbud efterleves. Finanstilsynet vurderer, at dette vil tage mindst et år.

Finanstilsynet vurderer derfor samlet set, at ledelsessystemet afviger væsentligt fra kravene i § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Om afvigelsen forhindrer selskabet i at identificere, måle, overvåge og styre risici m.v.

Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet i udkastet til afgørelse ikke havde konkluderet, at afvigelsen i ledelsessystemet medfører, at selskabet ikke er i stand til at identificere, måle overvåge og styre risici m.v., jf. artikel 37, stk. 1, litra c, i solvens II-direktivet.

Kravet om, at afvigelsen i ledelsessystem skal medføre, at selskabet ikke er i stand til at identificere, måle overvåge og styre risici m.v., fremgår også af lovbemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har i governance-afgørelsen vurderet, at selskabets kontrol med outsourcete aktiviteter er mangelfuld, at selskabets risikostyringsfunktion ikke er effektiv, og at selskabets compliancefunktion ikke er effektiv. Finanstilsynet vurderer, at alle disse områder i ledelsessystemet netop skal sikre, at selskabet er i stand til at identificere, måle, overvåge og styre sine risici, hvilket de ikke gør selskabet i stand til.

Derfor er det Finanstilsynets vurdering, at afvigelsen i ledelsessystemet medfører, at selskabet ikke er i stand til at identificere, måle overvåge og styre risici m.v.

Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke i sine besøg hos selskabets øvrige agenter havde kunnet påvise uregelmæssigheder, endsige at selskabets ledelsessystem ikke havde kunnet opfange eventuelle risici i forbindelse med outsourcing m.v. Selskabet anfører i høringssvaret, at såfremt selskabets ledelsessystem var ude af stand til at identificere, måle og overvåge relevante risici, måtte det formodes, at dette konkret havde givet anledning til yderligere forhold hos de lokale agenter, eksempelvis i [land 2] hvor størstedelen af selskabet forretning er. Selskabet anfører i høringssvaret, at dette ikke var tilfældet.

Finanstilsynet vurderede i governance-afgørelsen, at selskabets kontrol med den [udenlandske 3] agent D [udenlandsk selskab] ikke var tilstrækkelig uanset, at Finanstilsynet ikke havde indvendinger imod den måde, D [udenlandsk selskab] udførte indtegningen og skadesbehandlingen på. Det forhold, at risici ikke har materialiseret sig, er ikke ensbetydende med, at selskabet kan identificere, måle, overvåge og styre sine risici.

Finanstilsynet vurderer derfor samlet set, at afvigelserne i ledelsessystemet forhindrer selskabet i at identificere, måle, overvåge og styre sine risici, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Om manglerne kan udbedres ved andre foranstaltninger

Selskabet anfører endvidere i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke havde konkluderet, at andre foranstaltninger var utilstrækkelige til at afhjælpe manglerne i ledelsessystemet indenfor en passende tidshorisont.

Kravet om, at andre foranstaltninger skal være utilstrækkelige til at afhjælpe manglerne i ledelsessystemet indenfor en passende tidshorisont fremgår af lovbemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed og følger af det generelle forvaltningsretlige proportionalitetsprincip.

Finanstilsynet har vurderet, at det vil tage mindst et år for selskabet at leve op til påbuddene i governance-afgørelsen, jf. ovenfor. Finanstilsynet vurderer derfor, at Finanstilsynet ikke har andre sanktionsmuligheder end at give selskabet et kapitaltillæg som følge af manglerne i ledelsessystemet, indtil påbuddene i governance-afgørelsen er efterlevet.

Selskabet anfører i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke havde fastsat, hvad en passende tidshorisont var, og at selskabet lagde til grund, at denne måtte være den 1. september 2019. Selskabet anfører i forlængelse heraf, at Finanstilsynet alene kan fastsætte et kapitaltillæg, hvis selskabet ikke sender dokumentation for selskabets efterlevelse af påbuddene i governance-afgørelsen den 1. september 2019.

Det følger af artikel 4, stk. 3, litra d, i kapitaltillægsforordningen, at Finanstilsynet kun skal fastsætte en frist for, hvornår selskabet skal have afhjulpet manglerne, der førte til indførslen af kapitaltillægget, hvor det er relevant. Finanstilsynet vurderer som før beskrevet, at Finanstilsynet er nødt til at foretage en opfølgende funktionsinspektion for at kunne vurdere, om selskabet har efterlevet påbuddene i governance-afgørelsen. Finanstilsynet vil ud fra planen, som selskabet skal indsende den 1. september 2019, vurdere, hvornår Finanstilsynet vil foretage den opfølgende funktionsinspektion. Finanstilsynet vurderer derfor, at det ikke er relevant at fastsætte en frist i dette tilfælde.

Finanstilsynet vurderer, at det er urealistisk, at selskabet kan udbedre manglerne, som beskrevet i governance-afgørelsen, inden den 1. september 2019. Finanstilsynet vurderer, at det tager tid inden eventuelle igangsatte initiativer kan virke og i praksis sikre et effektivt ledelsessystem. Som eksempel kan det nævnes, at selskabet ikke har haft en nøgleperson for intern auditfunktionen siden 1. marts 2019. Udover at selskabet skal finde en nøgleperson for intern audit, skal nøglepersonen bruge tid på at få etableret en tilstrækkelig effektiv internal audit funktion.

Finanstilsynet vurderer derfor heller ikke, at Finanstilsynet kun kan fastsætte et kapitaltillæg, hvis selskabet ikke indsender førnævnte plan den 1. september 2019.

Finanstilsynet vurderer derfor samlet set, at andre foranstaltninger ikke vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad indenfor en passende tidshorisont, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2.

Finanstilsynets samlede vurdering

Det er samlet set Finanstilsynets vurdering, at K A/S' ledelsessystem afviger væsentligt fra kravene i § 71 i lov om finansiel virksomhed og de regler, der er fastsat i medfør heraf i ledelsesbekendtgørelsen. Det er dermed Finanstilsynets vurdering, at Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg til selskabets solvenskapitalkrav, jf. § 350 b, stk.1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Selskabet anfører i høringssvaret, at § 350 b i lov om finansiel virksomhed henholdsvis artikel 37 i solvens II-direktivet alene kan finde anvendelse i exceptionelle tilfælde, hvor andre sanktionsmuligheder er ineffektive eller uhensigtsmæssige. Selskabet anfører i høringssvaret, at denne betingelse ikke er opfyldt, allerede fordi Finanstilsynet i governance-afgørelsen udsteder en række påbud. Det må ifølge selskabet have formodningen imod sig, at Finanstilsynet udsteder påbud, hvis denne tilsynsforanstaltning er uhensigtsmæssig. Selskabet anfører desuden i høringssvaret, at Finanstilsynet ikke kan konkludere, at udstedelsen af påbud er en ineffektiv tilsynsforanstaltning, førend fristen for opfyldelsen af disse er udløbet.

Finanstilsynet vurderer, at dette tilfælde er et exceptionelt tilfælde, fordi der er så mange forhold i selskabets ledelsessystem, der er mangelfulde. Finanstilsynet vurderer ikke, at udstedelsen af påbuddene i governance-afgørelsen er uhensigtsmæssige, og ej heller, at der er krav om udstedelse af påbud, førend der kan fastsættes et kapitaltillæg.

Selskabet henviser til betragtning 27 i solvens II-direktivet for en nærmere afgrænsning af begrebet exceptionelle tilfælde. Solvens II-direktivets præambel, der alene kan anvendes som fortolkningsbidrag, foreskriver, at et kapitaltillæg er exceptionelt i den forstand, at det kun bør anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige. Finanstilsynet vurderer, at påbuddene i governanceafgørelsen på kort sigt er ineffektive i den forstand, at Finanstilsynet vurderer, at selskabet skal bruge mindst et år på at efterleve påbuddene. Finanstilsynet vurderer derfor, at det er nødvendigt at fastsætte et kapitaltillæg til selskabets SCR for at tage højde for de risici, der følger af manglerne i selskabets ledelsessystem, indtil påbuddene i governance-afgørelsen er efterlevet.

Beregning af kapitaltillæg

Finanstilsynet skal, hvis relevant, tage højde for de i artikel 277 i solvens II-forordningen omhandlede faktorer i beregning af kapitaltillægget, jf. artikel 286, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen. Derudover skal Finanstilsynet, hvis relevant, tage højde for tidligere fastsatte kapitaltillæg for sammenlignelige afvigelser i ledelsessystemet for andre forsikringsselskaber med lignende risikoprofiler, jf. artikel 286, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet vurderer, at der ikke tidligere er fastsat kapitaltillæg for andre forsikringsselskaber med lignende risikoprofiler.

Standardformlens kapitalkrav for operationelle risici er fastsat under antagelse af, at et forsikringsselskabs risikostyring er på et standardiseret niveau.

Den operationelle risiko stiger i takt med forsikringsselskabets aktiviteter, da den stammer fra utilstrækkelige eller fejlagtige interne processer, personale eller systemer, eller eksterne begivenheder, medmindre selskabet er veldiversificeret og godt ledet. Et veldiversificeret og godt ledet selskab antages at have en operationel risiko, der ikke kan overstige en lav værdi af det primære solvenskapitalkrav.

Det følger af artikel 204, stk. 1, i solvens II-forordningen, at kapitalkravet for operationelle risici for et selskab som K A/S er det mindste af 30 pct. af det primære solvenskapitalkrav og det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko. Det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko er stigende med omfanget af aktiviteter. For K A/S udgør kapitalkravet for operationelle risici 30 pct. af det primære solvenskapitalkrav.

Finanstilsynet vurderer, at antagelsen om, at selskabets operationelle risici ikke kan overstige en lav værdi af det primære solvenskapitalkrav, ikke er passende for K A/S. Det skyldes, at antagelsen er begrundet med, at selskabet skal have et godt ledelsessystem.

Finanstilsynet vurderer derfor, at K A/Ss kapitalkrav for de operationelle risici undervurderer selskabets faktiske operationelle risici.

Finanstilsynet vurderer, at et kapitaltillæg svarende til forskellen mellem selskabets primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko, jf. artikel 204, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen, og selskabets kapitalkrav for operationelle risici, jf. artikel 204, stk. 1, i solvens II-forordningen, vil være passende set i forhold til manglerne i selskabets ledelsessystem. Dette beløb svarer til forskellen mellem selskabets kapitalkrav for operationelle risici med og uden den øvre grænse på 30 pct. af det primære solvenskapitalkrav. Finanstilsynet vurderer dermed, at det er sandsynligt, at selskabet i en 200-års begivenhed vil tabe, hvad der svarer til størrelsen af kapitaltillægget som følge af manglerne i ledelsessystemet.

Selskabet anfører i høringssvaret, at kapitaltillægget ikke er proportionelt med de væsentlige risici, som i det konkrete tilfælde skyldes de angivelige mangler ved ledelsessystemet. Selskabet anfører i forlængelse heraf, at proportionalitetsprincippet forudsætter, at Finanstilsynet kvantificerer sandsynligheden for, at de identificerede risici materialiserer sig, og at Finanstilsynet kvantificerer det potentielle tab, for at Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg, der afdækker det forventede tab.

Finanstilsynet vurderer, at kapitaltillægget skal fastsættes således, at solvenskapitalkravet dækker den ekstra risiko, som manglerne i

ledelsessystemet medfører. Solvenskapitalkravet skal kalibreres, således at det svarer til, hvad et selskab måtte forvente at tabe i en 200-års begivenhed. Finanstilsynet vurderer, at ovenstående kapitaltillæg er proportionelt med de væsentlige risici, som skyldes de mangler, der medførte, at Finanstilsynet vurderede, at der skulle fastsættes et kapitaltillæg til selskabets solvenskapitalkrav, idet kapitaltillægget sammen med selskabets nuværende kapitalkrav for operationelle risici udgør et beløb svarende til det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko. ...”

Finanstilsynet har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 20. august 2019 over sagens faktiske omstændigheder oplyst blandt andet:

”Finanstilsynet pålagde den 10. juli 2019 K A/S (herefter K A/S eller selskabet) at supplere selskabets solvenskapitalkrav med et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr., jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Baggrunden for kapitaltillægget var, at Finanstilsynet efter en ordinær inspektion i selskabet i foråret 2019 vurderede, at selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra kravene i § 71 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet sendte derfor den 5. juli 2019 en afgørelse om governance (herefter governance-afgørelsen) til selskabet. I afgørelsen modtog selskabet følgende tilsynsreaktioner:

Outsourcing til agenter og skadesbehandlere (onboarding)

- Selskabet blev påbudt at sikre, at der fremadrettet foretages en detaljeret undersøgelse af outsourcingleverandører, jf. artikel 274, stk. 3, litra a, i solvens II-forordningen.

Compliance

- Selskabet blev påbudt at sikre, at outsourcing ikke sker på en måde, der kan være til hinder for, at selskabet til stadighed kan tilbyde forsikringstagerne en tilfredsstillende service, jf. § 8 a, stk. 1, nr. 4, i outsourcingbekendtgørelsen.
- Selskabet modtog en påtale for ikke at have sikret, at B [udenlandsk selskab] havde tilstrækkelige evner og kapacitet til at udføre de outsourcete aktiviteter frem til udgangen af 2018, jf. artikel 274, stk. 3, litra a, i solvens II-forordningen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande ved at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning, jf. § 19, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at etablere en tilstrækkelig effektiv compliancefunktion, jf. § 19, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Kontrol af outsourcede aktiviteter

- Selskabet blev påbudt at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer, jf. § 71, stk. 1, nr. 7, i lov om finansiel virksomhed.

Intern auditfunktionen

- Selskabet blev påbudt at sikre, at nøglepersonen for den interne auditfunktion er objektiv og uafhængig af virksomhedens operationelle funktioner, jf. § 21, stk. 1, 3. pkt., i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at den interne auditfunktion giver ledelsen sin vurdering af, hvorvidt det interne kontrolsystem er tilstrækkeligt og effektivt, jf. bilag 9, nr. 6, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at etablere en tilstrækkelig effektiv intern auditfunktion, således at denne kan udføre det nødvendige arbejde på en effektiv måde, jf. § 21 og bilag 9 i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet blev påbudt at sikre, at der træffes passende foranstaltninger for at mindske risikoen for interessekonflikter for den interne auditfunktion, jf. bilag 9, nr. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Risikostyringsfunktionen

- Selskabet blev påbudt at sikre en effektiv risikostyringsfunktion, jf. § 18, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Solvenskapitalkrav

- Selskabet modtog en påtale for, at bestyrelsen og direktionen ikke har været i stand til at sikre, at selskabet til enhver tid har et kapitalgrundlag, som dækker det af selskabet opgjorte solvenskapitalkrav, jf. § 126 c, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Revisionsudvalget

- Selskabet blev påbudt fremadrettet at sikre, at revisionsudvalgets opgave med at overvåge den lovpligtige revision kan gennemføres effektivt og indenfor en hensigtsmæssig tidsramme, jf. § 31, stk. 3, nr. 4, i revisorloven.

Ledelsessystemet

- Selskabet blev påbudt at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynets bestyrelse fik den 5. juli 2019 forelagt udkast til afgørelse om fastsættelse af kapitaltillæg, og bestyrelsen besluttede efter foretræde fra selskabet at følge Finanstilsynets indstilling om at pålægge K A/S et kapitaltillæg til selskabets solvenskapitalkrav. Finanstilsynets bestyrelse tilsluttede sig samtidig Finanstilsynets indstilling om, at selskabet skulle

påbydes ikke at udvide forretningsomfanget, jf. § 350, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed.

...”

I klageskrivelse af 11. juli 2019 har E på vegne af K A/S anført blandt andet:

”1. PÅSTANDE

1.1 Principalt

Finanstilsynet afgørelse af 10. juli 2019 vedrørende fastsættelse af et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr. ophæves, således at der ikke fastsættes et kapitaltillæg.

1.2 Subsidiært

Finanstilsynets afgørelse ændres, således at kapitaltillægget først træder i kraft, såfremt Selskabet ikke inden for en af Finanstilsynet fastsat rimelig frist har opfyldt de af Finanstilsynet udstedte påbud.

1.3 Mest subsidiært

Finanstilsynets afgørelse henvises til fornyet behandling hos Finanstilsynet.

2. INTRODUKTION

2.1 Generelt

Selskabet er et [type forsikringsselskab 1] med et primært fokus på [produkttype 1]. Selskabet driver forsikringsvirksomhed på grænseoverskridende basis og har således udover aktiviteter i [land 5], aktiviteter i [land 2], [land 3], [land 4], [land 6], [land 7] og [land 1]. Selskabet opnåede tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed den [dato 1] og er således under tilsyn af Finanstilsynet.

Selskabet havde i 2018 bruttopræmieindtægter på DKK 2,4 mia.

Finanstilsynet meddelte Selskabet i november 2018, at Finanstilsynet ville foretage en ordinær inspektion af Selskabet i første halvdel af 2019. I overensstemmelse hermed var Finanstilsynet på fysisk inspektion hos Selskabet den 6. og 7. februar og den 18.-20. februar, ligesom Finanstilsynet sammen med de respektive nationale tilsynsmyndigheder inspicerede to af Selskabets største agenter i henholdsvis [land 2] og [land 3] samt en af Selskabets skadesbehandlere i [land 1].

Inspektionen blev afsluttet ultimo juni og Finanstilsynet foretog en afrapportering til Selskabet den 4. juli 2019, hvor Finanstilsynet gennemgik resultatet af sin inspektion. Finanstilsynets redegørelse om inspektionen i Selskabet er offentliggjort den 11. juli 2019.

2.2 Selskabets aktiviteter i [land 1]

Den indklagede afgørelse samt Finanstilsynets tilsynsforanstaltninger relaterer sig i væsentligt omfang til Selskabets aktiviteter i [land 1].

Selskabet har siden slutningen af 2016 drevet forsikringsvirksomhed i [land 1] via sin [udenlandske 1] agent F [udenlandsk selskab], der på vegne af Selskabet tegner forsikringer med [udenlandske 1] forsikringstagere. Selve skadesbehandlingen i [land 1] varetages af B [udenlandsk selskab] på vegne af Selskabet. Skadesbehandlingen sker i henhold til [dokument 1], der er indgået mellem Selskabet og G [udenlandsk selskab]. G [udenlandsk selskab], der tillige varetager Selskabets skadesbehandling i en række andre jurisdiktioner, er en international anerkendt skadesbehandler.

I løbet af 4. kvartal 2017 viste det sig, at der på grund af problemer med ressourceallokeringen hos B [udenlandsk selskab] var opstået et efterslæb med skadesbehandlingen, hvilket bl.a. medførte, at ikke alle skadessager blev behandlet rettidigt.

Da Selskabet blev opmærksom på dette, foranledigede Selskabet, at G [udenlandsk selskab] tilførte yderligere ressourcer til B [udenlandsk selskab], ligesom Selskabets skadesbehandlingsdirektør fulgte situationen tæt med henblik på at afhjælpe efterslæbet. Derudover kontaktede Selskabet det [udenlandske 1] finanstilsyn, [FINANSTILSYNET I LAND 1], og den [udenlandske 1] [ansvarlige myndighed 1], med henblik på proaktivt at håndtere forholdene vedrørende skadesbehandlingsefterslæbet. Selskabet har løbende orienteret Finanstilsynet om forholdene i [land 1], ligesom Selskabet har udarbejdet en række redegørelser om forholdene i [land 1] til Finanstilsynet.

Desuagtet disse tiltag indløb der fortsat i foråret 2018 en række klager fra [udenlandske 1] forsikringstagere, der medførte, at Finanstilsynet involverede sig i sagen frem til august/september 2018, hvor efterslæbet i hovedsagen var afhjulpet.

Finanstilsynets påbud og fastsættelsen af kapitaltillæg er i al væsentlighed baseret på Selskabets [udenlandske 1] aktiviteter.

2.3 Tilsynets afgørelser af 5. juli og 10. juli 2019

Forud for afslutningen af inspektionen fremsendte Finanstilsynet den 21. juni 2019 udkast til bl.a. følgende afgørelser:

- Afgørelse vedrørende governance;
- Afgørelse vedrørende fastsættelse af et kapitallæg.

Udkastene blev sendt i partshøring hos Selskabet med høringsfrist den 1. juli 2019 ... Selskabet afgav høringssvar den 1. juli 2019, hvori Selskabet påpegede en række såvel retlige som formelle fejl og mangler ved afgørelserne

...

Efter udløb af høringsperioden og gennemgang af høringssvarene fremsendte Finanstilsynet den 2. juli 2019 bl.a. reviderede udkast til afgørelse vedrørende governance (**Governance Udkastet**) og til afgørelse vedrørende fastsættelse af kapitaltillæg (**Kapitaltillægsudkastet**) ...

Finanstilsynet udstedte herefter den 5. juli 2019 afgørelse vedrørende governance (**Governance Afgørelsen**) og - efter at Selskabet den 5. juli 2019 havde haft foretræde for Finanstilsynets bestyrelse og Finanstilsynet på en række punkter havde uddybet sin argumentation samt korrigeret det retlige grundlag for afgørelsen - den 10. juli 2019 afgørelse vedrørende fastsættelse af et kapitaltillæg (**Kapitaltillægsafgørelsen**) ...

Finanstilsynet har i Governance Afgørelsen udstedt en række påbud til Selskabet i relation til Selskabets virksomhedsstyring, herunder for så vidt angår effektiviteten af Selskabets compliance-, interne audit- og risikostyringsfunktioner. Påbuddene baserer sig i det væsentligste på det forhold, at Selskabets skadesbehandler i [land 1], B [udenlandsk selskab], i perioden fra 4. kvartal 2017 frem til august/september 2018 havde et efterslæb med skadesbehandlingen, hvilket førte til klager fra forsikringstagerne til de [udenlandske 1] myndigheder, jf. herved også afsnit 2.2 ovenfor.

Finanstilsynet vurderede på den baggrund, at Selskabet ikke i tilstrækkelig grad havde undersøgt om skadesbehandleren havde evnen, kapaciteten og kvalifikationer til at påtage sig opgaven, ligesom Selskabet vurderede, at Selskabet ikke havde tilstrækkelige effektive kontrolforanstaltninger til løbende at overvåge og kontrollere dets outsourcingleverandører.

Primært på baggrund af ovenstående påbød Finanstilsynet bl.a. Selskabet at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (**FIL**).

I forhold til Kapitaltillægsafgørelsen vurderede Finanstilsynet, at Selskabets virksomhedsstyring på grund af de i Governance Afgørelsen anførte forhold afveg væsentligt fra FIL § 71 og fastsatte som følge heraf et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr. svarende til næsten en fordobling af den kapital, der afdækker Selskabets operationelle risiko. Kapitaltillægget blev fastsat med henvisning til FIL § 350 b, stk. 1, nr. 2, hvorefter Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg hvis et selskabs virksomhedsstyring afviger væsentligt fra FIL § 71.

2.4 Klagens genstand

Nærværende klage vedrører alene Kapitaltillægsafgørelsen.

Selskabet er af den opfattelse, at Governance Afgørelsen er behæftet med væsentlige mangler og hviler på et faktuel forkert grundlag. Selskabet har imidlertid valgt ikke at indbringe denne for Erhvervsankenævnet, idet en stillingtagen til denne forudsætter en omfattende gennemgang af inspektionsmaterialet samt en vurdering af Finanstilsynets skønsudøvelse,

hvilket efter Selskabets opfattelse gør sagen mindre velegnet til behandling i Erhvervsankenævnet.

I forhold til klagen over Kapitaltillægsafgørelsen så består den hovedsageligt af 3 dele:

For det *første* er det Selskabets opfattelse, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til på det foreliggende grundlag at fastsætte et kapitaltillæg efter FIL § 350 b, idet dette forudsætter at andre sanktionsmuligheder er udtømte.

For det *andet* er det Selskabets opfattelse, at betingelserne for at fastsætte et kapitaltillæg ikke er opfyldt, idet der bl.a. ikke foreligger en væsentlig afvigelse fra standarderne i FIL § 71, subsidiært at Finanstilsynet ikke har foretaget en tilstrækkelig vurdering af bl.a. væsentlighedskriteriet.

Endelig er kapitaltillægget fastsat i strid med proportionalitetsprincippet.

De enkelte delelementer er behandlet nedenfor i afsnit 3-5, mens afsnit 6 indeholder en sammenfatning af Selskabets anbringender.

3. MANGLENDE HJEMMEL

3.1 FIL § 350 b samt art. 37 i Solvens II Direktivet

Finanstilsynet har truffet sin afgørelse om fastsættelse af et kapitaltillæg med henvisning til FIL § 350 b, stk. 1, nr. 2, idet Finanstilsynet vurderer, at Selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra FIL § 71. Det fremgår af FIL § 350 b at:

”Finanstilsynet kan fastsætte et krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for et [type forsikringsselskab 1], såfremt Finanstilsynet vurderer, at

1) selskabets risikoprofil afviger væsentligt fra forudsætningerne i standardform/en eller en anvendt godkendt intern model til opgørelse af solvenskapitalkravet, jf. § 126 c, stk. 2,

2) selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra § 71 eller

3) selskabets risikoprofil afviger væsentligt fra forudsætningerne for anvendelsen af en matchtilpasning, jf. § 126 e, stk. 2, eller en volatilitetsjustering, jf. § 126 e, stk. 3.

Stk. 2. Vurderingen af, om der foreligger en væsentlig afvigelse efter stk. 1, foretages i henhold til nærmere regler herom fastsat af Europa-Kommissionen i medfør af artikel 37, stk. 6, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II).

[Stk. 3-4 udeladt]

Stk. 5. Finanstilsynet tager kravet om et kapitaltillæg op til revision mindst en gang årligt, og kravet ophæves, når selskabet har rettet op på de forhold, der har foranlediget det.

Stk. 6. Fastsætter Finanstilsynet et kapitaltillæg efter stk. 1, udgør solvenskapitalkravet, jf. § 126 c, sammen med kapitaltillægget det nye solvenskapitalkrav.

Stk. 7. Opfylder [type forsikringsselskab 1]et ikke det nye solvenskapitalkrav efter stk. 6, finder § 248 a tilsvarende anvendelse.

FIL § 350 b implementerer art. 37 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (**Solvens II Direktivet**).

I henhold til princippet om direktivkonform fortolkning skal bestemmelsen forstås i overensstemmelse med art. 37 i Solvens II Direktivet. Det fremgår i den forbindelse af art. 37, stk. 1, litra c, at:

”Artikel 37

Kapitaltillæg

1. I forlængelse af tilsynsprocessen kan tilsynsmyndighederne i exceptionelle tilfælde og ved begrundet afgørelse stille krav om et kapitaltillæg for et forsikrings- eller genforsikringsselskab. Denne mulighed må kun benyttes i følgende tilfælde:

a) [Litra a udeladt]

b) [Litra b udeladt]

c) tilsynsmyndighederne finder, at ledelsessystemet i et forsikrings- eller genforsikringsselskab afviger væsentligt fra standarderne i kapitel IV, afdeling 2, at disse afvigelser forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som det er eller kunne blive udsat for, og at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.” [min fremhævnings].

Betragtning 27 i præamblen til Solvens II Direktivet præciserer i den forbindelse, hvorledes begrebet ”exceptionelle tilfælde” skal fortolkes. Det fremgår således af betragtning 27 at:

”Kravet om et kapitaltillæg er exceptionelt i den forstand, at det kun bør anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige.

Begrebet exceptionelt bør ses inden for rammerne af en særlig situation i det selskab i stedet for i forhold til antallet af kapitaltillæg, som indføres på et specifikt marked.” [min fremhævnings].

Som det fremgår, kan tilsynsmyndighederne, *in casu* Finanstilsynet, alene fastsætte et kapitaltillæg som en sidste udvej, dvs. hvor andre tilsynsforanstaltninger enten er ineffektive eller uhensigtsmæssige.

At bestemmelsen alene kan finde anvendelse i exceptionelle tilfælde skyldes, at Solvens II Direktivet som udgangspunkt udtømmende fastsætter kapitalkrav til forsikringsselskaber i form af henholdsvis et solvenskapitalkrav ("Solvency Capital Requirement") og et minimumskapitalkrav ("Minimum Capital Requirement"). Fastsættelsen af yderligere eller højere kapitalkrav kan derfor alene komme på tale, hvor selskabets risikoprofil afviger væsentligt fra de antagelser, der ligger til grund for beregningen af solvenskapitalkravet ved anvendelsen af standardmodellen (art. 37, stk. 1, litra a) eller en intern model (art. 37, stk. 1, litra b) eller hvor tilsynsmyndighederne, som her, netop vurderer, at der foreligger en væsentlig afvigelse fra standarderne i kapitel IV, afdeling 2, dvs. *in casu* FIL § 71.

At bestemmelsen alene kan anvendes som en sidste udvej blev tillige understreget af den fælleseuropæiske myndighed for tilsyn med forsikringsselskaber og pensionskasser (EIOPA, "European Insurance and Occupational Pensions Authority") forbindelse med konsultationsprocessen vedrørende implementering af tekniske standarder i relation til kapitaltillæg. Følgende fremgår således af side 8 i Final report an public consultation no. 14/053 an the implementing technical standards with regard to capital add-ons:

“2.7. Capital add-on as measure of last resort

a. Stakeholders argued that the ITS should make clear that a capital add-on is a last resort supervisory measure as set out in Recital 27 and Article 37 of Directive 2009/38/EC.

b. EIOPA acknowledges that the capital add-on should only be set in exceptional circumstances as a measure of last resort. However, as it is already clearly stated in the Directive EIOPA does not need to and, due to legal drafting limits, is not allowed to repeat this aspect in the ITS.”

...

Tilsvarende har EIOPA bekræftet sin opfattelse af kapitaltillæg som en sidste udvej i Report an the use af capital add-ons during 2017, hvor følgende fremgår på side 5:

“The imposition of a capital add-on is exceptional in the sense that it should be used only as a measure of last resort, when other

supervisory measures are ineffective or inappropriate and should follow the conclusions of the supervisory review process. Capital add-ons should be considered when other measures have failed, are unlikely to succeed or are not feasible. The term exceptional should be understood in the context of the specific situation of each undertaking rather than in relation to the number of capital add-ons imposed in a specific market”.

Lovforarbejderne til FIL § 350 b understreger tillige, at bestemmelsen alene kan finde anvendelse i exceptionelle tilfælde og således har karakter af at være en sidste udvej.

3.2 Finanstilsynet har ikke udtømt sine muligheder for at anvende andre tilsynsforanstaltninger etc.

Som det fremgår af ovenstående, er det en forudsætning for fastsættelsen af et kapitaltillæg, at andre tilsynsforanstaltninger enten er (a) udtømte, (b) uhensigtsmæssige eller (c) ineffektive.

(a) Andre tilsynsforanstaltninger er udtømte

Finanstilsynet har ikke udtømt sine øvrige tilsynsforanstaltninger, idet Finanstilsynet bl.a. kan adressere eventuelle mangler i virksomhedsstyringen via udstedelsen af påbud.

I det konkrete tilfælde har Finanstilsynet rent faktisk benyttet sig af sådanne andre tilsynsforanstaltninger, idet Finanstilsynet i Governance Afgørelsen netop har udstedt et antal påbud. Det gøres i den forbindelse gældende, at disse tilsynsforanstaltninger ikke kan anses for at være udtømte før end de har haft mulighed for at virke. Idet påbuddene i Governance Afgørelsen blev udstedt umiddelbart før Kapitaltillægsafgørelsen, har de endnu ikke haft mulighed for at virke.

Dermed er det tillige klart, at andre tilsynsforanstaltninger endnu ikke er udtømte. Dette vil alene være tilfældet, hvis påbuddene ikke opfyldes inden den af Finanstilsynet fastsatte frist.

Andre tilsynsforanstaltninger er uhensigtsmæssige

Udstedelsen af påbud er en af Finanstilsynets primære sanktioner i forhold til manglende efterlevelse af bestemmelserne i FIL. Det kan således ikke generelt antages, at udstedelsen af påbud er en uhensigtsmæssig tilsynsforanstaltning.

Heller ikke i det konkrete tilfælde kan udstedelsen af påbud anses for at være en uhensigtsmæssig tilsynsforanstaltning. Allerede fordi Finanstilsynet har udstedt påbud, må det have formodningen imod sig, at denne foranstaltning er uhensigtsmæssig.

Finanstilsynet kan således ikke på den baggrund fastsætte et kapitaltillæg med henvisning til, at andre tilsynsforanstaltninger er uhensigtsmæssige.

Andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive

Endelig kan der fastsættes kapitaltillæg i tilfælde, hvor andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive.

Hvorvidt en given tilsynsforanstaltning er effektiv henholdsvis ineffektiv, må vurderes generelt ud fra om tilsynsforanstaltningen er egnet til at sanktionere det relevante forhold, samt specifikt ud fra om tilsynsforanstaltningen i det konkrete tilfælde har virket.

Udstedelsen af påbud er Finanstilsynets generelle og primære tilsynsforanstaltning ved overtrædelser af FIL. I det konkrete tilfælde har Finanstilsynet da også udstedt et antal påbud i Governance Afgørelsen.

Det må i den forbindelse have formodningen imod sig, at Finanstilsynet udsteder påbud, hvis Finanstilsynet er af den opfattelse, at et påbud er en ineffektiv tilsynsforanstaltning, være sig på det generelle eller det specifikke plan. Alene i de tilfælde, hvor der er udstedt påbud, og hvis disse ikke er blevet opfyldt inden for den fastsatte tidsfrist, kan påbuddene anses som værende ineffektive som tilsynsforanstaltning.

Dette er imidlertid ikke forholdet i det konkrete tilfælde. Her har Finanstilsynet næsten samtidigt med Governance Afgørelsen truffet Kapitaltillægsafgørelsen og før fristen for at efterleve påbuddene var udløbet. Finanstilsynet kan således ikke på et sagligt grundlag konkludere, at påbuddene i Governance Afgørelsen er ineffektive.

I forbindelse med fremsendelsen af det første udkast til kapitaltillægsafgørelsen (Bilag 2) var Finanstilsynet tilsyneladende ikke opmærksomme på, at der alene kan fastsættes et kapitaltillæg, såfremt andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive. Først efter Selskabets høringssvar den 1. juli 2019 ... indgik dette element i Finanstilsynets overvejelser, idet det nu gøres gældende i Kapitaltillægsafgørelsen ... at:

”Finanstilsynet vurderer, at påbuddene i governanceafgørelsen på kort sigt er ineffektive i den forstand, at Finanstilsynet vurderer, at selskabet skal bruge mindst et år på at efterleve påbuddene”.

Ovenstående er udtryk for en eftertænkning og et forsøg på at tilvejebringe den fornødne hjemmel for afgørelsen. I hvilket omfang et påbud i det specifikke tilfælde er effektivt må afprøves konkret og alene i det tilfælde, hvor Selskabet ikke opfylder afgørelsen inden for den fastsatte tidsfrist, kan dette konstateres.

I stedet foretager Finanstilsynet en arbitrær - og som det yderligere vil fremgå nedenfor under afsnit 4.4 - en helt udokumenteret vurdering af, at påbuddene først vil kunne opfyldes inden for et år. Den ovenstående vurdering har således alene til formål de facto at omgå kravet om, at andre tilsynsforanstaltninger skal være ineffektive, førend der kan fastsættes et kapitaltillæg.

Såfremt Finanstilsynets fremgangsmåde opretholdes, medfører dette reelt, at Finanstilsynet ensidigt kan fastsætte, om man vil benytte sig af påbud eller kapitaltillæg som tilsynsforanstaltning, hvorved de reelt ligestilles. Som det fremgår af afsnit 3.1, har dette ikke været intentionen med art. 37 i Solvens II Direktivet, der således alene skulle finde anvendelse i exceptionelle tilfælde.

Supplerende skal det i øvrigt gøres gældende, at Finanstilsynet i givet fald ikke kan kombinere de to tilsynsforanstaltninger. Det er således udelukket, at der både kan udstedes påbud og fastsættes kapitaltillæg, jf. tillige art. 4, stk. 2, i Kommissionens gennemførelsesforordning 2015/2012 af 11. november 2015 om gennemførelsesmæssige tekniske standarder vedrørende procedurerne for afgørelser om at indføre, beregne og ophæve kapitaltillæg i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF (Gennemførelsesforordningen), der i praksis forudsætter, at de foranstaltninger der skal iværksættes, førend kapitaltillægget kan fjernes, fremgår af selve afgørelsen. Dette udelukker i praksis, at der kan træffes en separat afgørelse med disse foranstaltninger.

4. BETINGELSERNE FOR AT FASTSÆTTE ET KAPITALTILLÆG ER IKKE OPFYLDT

4.1 Generelt

Finanstilsynet har fastsat kapitaltillægget med henvisning til FIL § 350 b, stk. 1, nr. 2, dvs. reelt med udgangspunkt i art. 37, stk. 1, litra c, i Solvens II Direktivet, hvorefter et kapitaltillæg alene kan fastsættes i tilfælde af, at tilsynsmyndighederne finder:

a) at ledelsessystemet i et forsikrings- eller genforsikringsselskab afviger væsentligt fra standarderne i kapital IV, afdeling 2;

(b) at disse afvigelser forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som det er eller kunne blive udsat for; og

(c) at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.

I praksis skal samtlige betingelser være opfyldt, førend der kan fastsættes et kapitaltillæg. Det er i den forbindelse Selskabets opfattelse, at ingen af betingelserne er opfyldt, jf. nedenstående afsnit 4.2-4.4.

Det skal dog allerede nu bemærkes, at tærsklen for at opfylde betingelserne er særdeles høj.

Afvigelserne fra standarderne, dvs. i praksis FIL § 71, skal være væsentlige, ligesom det er en betingelse, at disse afvigelser forhindrer selskabet i korrekt at identificere, måle, overvåge, styre og rapportere de risici, som det er eller kan blive udsat for. Det er således ikke tilstrækkeligt, at selskabets systemer er mindre effektive eller efter omstændighederne kan forbedres. Forhold af denne karakter vil fortsat skulle adresseres via andre tilsynsforanstaltninger, f.eks. i form af påbud.

4.2 Væsentlig afvigelse fra standarderne

(a) Ingen væsentlig afvigelse

Det fremgår af betingelserne, at der skal foreligge en væsentlig afvigelse fra standarderne i FIL§ 71.

FIL § 71 fastsætter følgende standarder:

”§ 71. En finansiel virksomhed, en finansiel holdingvirksomhed og en forsikringsholdingvirksomhed skal have effektive former for virksomhedsstyring, herunder

- 1. en klar organisatorisk struktur med en veldefineret, gennemsikkelig og konsekvent ansvarsfordeling,*
- 2. en god administrativ og regnskabsmæssig praksis,*
- 3. skriftlige forretningsgange for alle de væsentlige aktivitetsområder,*
- 4. effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for,*
- 5. de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse,*
- 6. procedurer med henblik på adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter,*
- 7. fyldestgørende interne kontrolprocedurer,*
- 8. betryggende kontrol- og sikringsforanstaltninger på it-området og*
- 9. personalemæssige og økonomiske ressourcer, der er nødvendige for at sikre tilstrækkelige muligheder for introduktions- og*

efteruddannelseskurser til medlemmer af bestyrelsen og direktionen.

[Stk. 2 udeladt]

Stk. 3. Finanstilsynet kan fastsætte nærmere regler om de foranstaltninger, som en finansiel virksomhed, en finansiel holdingvirksomhed og en forsikringsholdingvirksomhed skal træffe for at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. stk. 1-3. [2. pkt. udeladt]”

Standarderne i FIL § 71 suppleres af bekendtgørelse nr. 1723 af 16. december 2015 om ledelse og styring i forsikringsselskaber med efterfølgende ændringer (**Ledelsesbekendtgørelsen**), der indeholder detaljerede retningslinjer for bestyrelsens og direktionens opgaver og ansvar, herunder hvilke politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser der skal vedtages i relation til de enkelte områder af en forsikringsvirksomhed.

Selskabet har organiseret virksomheden overensstemmelse med FIL § 71 og Ledelsesbekendtgørelsen og har følgelig vedtaget en række politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser. En oversigt over Selskabets vedtagne politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser er vedlagt ...

At afvigelsen skal være væsentlig, indebærer i praksis, at der enten skal være et fuldstændigt fravær af de politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser som reguleringen foreskriver eller alternativt, at sådanne regler og politikker systematisk ikke efterleves i praksis.

Det forhold, at et selskab på enkelte områder ikke har de krævede regler og politikker eller at disse i et enkelt eller i et mindre antal tilfælde ikke er blevet fuldt ud efterlevet, er således ikke tilstrækkeligt til at opfylde væsentlighedskriteriet.

Det skal i den sammenhæng fremhæves, at Finanstilsynet ikke har udstedt tilsynsreaktioner vedrørende manglende eller utilstrækkelige politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser. Selskabet forstår som følge heraf Finanstilsynets afgørelse således, at om end Selskabet utvivlsomt har vedtaget disse, er Finanstilsynet af den opfattelse, at politikkerne, retningslinjerne, forretningsgangene og funktionsbeskrivelserne ikke er blevet fulgt i tilstrækkeligt omfang, hvorved kravene i FIL § 71 ikke er opfyldt.

Finanstilsynet har i Governance Afgørelsen reelt udstedt 11 påbud, idet det 12. påbud om at sikre en effektiv virksomhedsstyring i overensstemmelse med FIL § 71, reelt er en opsummering af de øvrige påbud.

Af disse 11 påbud vedrører de 2 bekendtgørelse nr. 1304 af 25. november 2010 om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder med efterfølgende

ændringer (**Outsourcingbekendtgørelsen**). Da Outsourcingbekendtgørelsen imidlertid ikke er en del af standarderne i FIL § 71 eller Ledelsesbekendtgørelsen kan disse udelades ved vurderingen af, om der foreligger en væsentlig afvigelse fra standarderne. Noget tilsvarende gør sig gældende i relation til Finanstilsynets påbud vedrørende revisionsudvalget.

De tilbageværende 8 påbud vedrører følgende:

- i. Selskabet blev påbudt at sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande ved at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning, jf. § 19, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.
- ii. Selskabet blev påbudt at etablere en tilstrækkelig effektiv compliancefunktion, jf. § 19, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.
- iii. [Selskabet] blev påbudt at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer, jf. § 71, stk. 1, nr. 7, i lov om finansiel virksomhed.
- iv. Finanstilsynet påbød selskabet at sikre, at nøglepersonen for den interne auditfunktion er objektiv og uafhængig af virksomhedens operationelle funktioner, jf. § 21, stk. 1, 3. pkt., i ledelsesbekendtgørelsen.
- v. Finanstilsynet påbød selskabet at sikre, at der træffes passende foranstaltninger for at mindske risikoen for interessekonflikter for den interne auditfunktion, jf. bilag 9, pkt. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.
- vi. Finanstilsynet påbød selskabet at sikre, at den interne auditfunktion giver ledelsen sin vurdering af, hvorvidt det interne kontrolsystem er tilstrækkeligt og effektivt, jf. bilag 9 nr. 6 i ledelsesbekendtgørelsen.
- vii. Finanstilsynet påbød selskabet at etablere en tilstrækkelig effektiv intern auditfunktion, således at denne kan udføre det nødvendige arbejde på en effektiv måde, jf. § 21 og bilag 9 i ledelsesbekendtgørelsen.
- viii. Selskabet blev påbudt at sikre en effektiv risikostyringsfunktion, jf. § 18, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen

Baggrunden for påbuddene er i betydeligt omfang skadesbehandlingen i [land 1], jf. tillige afsnit 2.2 ovenfor.

Finanstilsynet har således været af den opfattelse, at Selskabet ikke i tilstrækkelig grad har vurderet G [udenlandsk selskab]'s evne og kapacitet til at varetage skadesbehandlingen i [land 1] og har derfor udstedt påbud til Selskabet vedrørende Outsourcingsbekendtgørelsen, der dog ikke udgør en del af standarderne i FIL § 71 m.v.

Når Finanstilsynet efterfølgende udsteder påbud nr. (i), (ii) samt til dels (iii) på grund af efterslæbet med skadesbehandlingen i [land 1], er der reelt tale om, at den samme forseelse sanktioneres flere gange, hvilket bør indgå ved vurderingen af, om væsentlighedskriteriet er opfyldt. Når Finanstilsynet f.eks. udsteder påbud om, at Selskabet skal sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande, så sker dette på baggrund af, at G [udenlandsk selskab] på grund af ressourceallokeringen ikke i alle tilfælde har overholdt tidsfrister for skadesbehandlingen. Dermed sanktioneres det samme forhold to gange, uanset at det er Finanstilsynet bekendt, at Selskabet rent faktisk har metoder og procedurer til at sikre, at leverandørerne overholder lokal lovgivning samt at Selskabet kvartalsvis eksplicit vurderer om lokal lovgivning er overholdt. Finanstilsynet har da heller ikke kunne konstatere lignende forhold ved deres inspektion hos Selskabets største agenter i henholdsvis [land 2] og [land 3]. I forhold til disse agenter har Finanstilsynet alene konstateret, at Selskabet ikke i enkelte tilfælde har fulgt op på gennemførte audits.

Finanstilsynet har imidlertid hverken dokumenteret endsige sandsynliggjort, at der skulle være tilsvarende problemer med skadesbehandlingen i disse lande, eller at der i øvrigt skulle være forhold af væsentlig betydning. Det må have formodningen for sig, at Finanstilsynet ville have fremført sådanne forhold i Governance Afgørelsen, hvis dette havde været tilfældet.

I forhold til væsentlighedsvurderingen kan der således efter Selskabets opfattelse alene tages hensyn til påbuddene vedrørende den interne auditfunktion.

Dermed er det også klart, at der ikke foreligger en situation med et fuldstændigt fravær af de regler og politikker, der er foreskrevet i FIL § 71 m.v., eller en situation hvor disse regler systematisk ikke efterleves.

Tværtimod foreligger der alene et enkeltstående tilfælde, hvor Selskabet efter Finanstilsynets opfattelse ikke i tilstrækkeligt omfang har foretaget den nødvendige due diligence m.v. i forhold til B [udenlandsk selskab] samt mangler ved Selskabets interne auditfunktion.

Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt for at anse væsentlighedskriteriet som værende opfyldt.

(b) Manglende vurdering af kriterierne i art. 277 i Solvens II Forordningen

I tillæg til den generelle vurdering ovenfor, bestemmer art. 277 i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/35 af 10. oktober 2014 (**Solvens II Forordningen**), at der ved vurderingen af om betingelserne i art. 37, stk. 1, litra c, er opfyldt, skal tages hensyn til følgende kriterier:

- i. **Art. 277, stk. 1, litra a:** Følgerne af afvigelsen fra ledelsesstandarden i afsnit I, kapitel IV, afdeling 2, i direktiv

2009/138/EF om sund og forsigtig ledelse af selskabets virksomhed, og hvorvidt afvigelsen skyldes utilstrækkelig opfyldelse af et krav relateret til ledelsessystemet eller manglende opfyldelse af et sådant krav.

- ii. **Art. 277, stk. 1, litra b:** hvor sandsynlige og alvorlige eventuelle negative indvirkninger på forsikringstagere og begunstigede er.
- iii. **Art. 277, stk. 1, litra c:** de forskellige metoder til at opbygge et effektivt ledelsessystem, som står i et rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af de risici, der er forbundet med selskabets virksomhed.
- iv. **Art. 277, stk. 1, litra d:** det sandsynlige økonomiske tab, som selskabet ville lide som følge af afvigelsen.
- v. **Art. 277, stk. 1, litra e:** afvigelsens forventede varighed.

Det gøres i relation til ovenstående gældende, at Finanstilsynet ikke har foretaget en korrekt og fyldestgørende vurdering af faktorerne, samt at en korrekt vurdering af disse vil føre til, at såvel væsentlighedsbetingelsen som de andre betingelser ikke kan anses for at være opfyldte.

I relation til art. 277, stk. 1, litra a, b, d og e, bemærker Selskabet følgende:

Ad art. 277, stk. 1, litra a

Det er i forhold til art. 277, stk. 1, litra a, et krav, at der skal foretages en vurdering af følgerne af en eventuel afvigelse fra standarderne, ligesom det skal vurderes, om afvigelsen skyldes at der ikke findes det nødvendige regelsæt eller at kravene i disse ikke er blevet efterlevet.

Baggrunden for at der skal foretages en sådan vurdering er, at hvis der foreligger en afvigelse fra standarden i FIL § 71, men følgerne af afvigelsen er begrænsede, så vil dette alt andet lige tale for, at afvigelsen ikke er væsentlig i relation til FIL § 350 b og art. 37 i Solvens II Direktivet.

Finanstilsynet har imidlertid ikke foretaget en sådan vurdering.

Finanstilsynet anfører således i Kapitaltillægsafgørelsen ... : *"Finanstilsynet vurderer, at de manglende ressourcer hos skadesbehandleren har medført en forhøjet risiko for, at selskabet bliver nødt til at genåbne gamle sager, hvilket kan medføre selskabet tab"*.

Selskabet bemærker indledningsvist, at ovenstående i givet fald ikke er en følge af afvigelser fra standarderne i FIL § 71, men derimod - som Finanstilsynet selv anfører - en følge af manglende ressourcer hos

skadesbehandleren. Dette falder imidlertid udenfor vurderingstemaet i art. 277, stk. 1, litra a.

Derudover bemærkes det, at det er helt udokumenteret, at der skulle være en forhøjet risiko for genåbning af gamle sager. Alle sager fra perioden med efterslæbet med skadesbehandlingen er således Selskabet bekendt endeligt afgjorte. Hvis Finanstilsynet mener, at der består en sådan forhøjet risiko, forudsætter dette som minimum, at Finanstilsynet underbygger dette, samt tager stilling til om en sådan genåbning overhovedet er mulig under [udenlandsk 1] ret. Dette har Finanstilsynet imidlertid ikke gjort.

Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt, at Finanstilsynet [i kapitaltillægsafgørelsen] anfører at *"Finanstilsynet vurderer, at i det omfang gamle sager måtte blive genåbnet, vil det sandsynligvis være fordi, at der er mistanke om, at selskabet har udbetalt for lidt i erstatning til forsikringstagerne eller de begunstigede. Dermed ville en genåbning potentielt kunne føre til tab for selskabet."* ...

Endelig bemærkes det, at Finanstilsynet tilsyneladende ikke tillægger det vægt, at 95 % af risikoen på den [udenlandske 1] forsikringsportefølje er afdækket via reassurance. Derudover har Selskabet generelt afdækket sin risiko ved tegning af en høj grad af reassurance på alle programmer (i gennemsnit 85 % i 2018), hvilket tillige ikke indgår i Finanstilsynets vurdering. Idet Finanstilsynet tilsyneladende tillægger risikoen for tab ved genåbning af gamle sager afgørende vægt, må dette element naturligvis tillige indgå i vurderingen.

Derimod anfører Finanstilsynet, at selvom der måtte være rettet op på manglerne ved skadesbehandlingen, er der stadig mangler ved kontrollen med de outsourcete aktiviteter, samt at følgerne af dette skulle være at *"Finanstilsynet vurderer i forlængelse heraf fortsat, at selskabet ikke i tilstrækkelig grad sikrer, at forsikringstagerne og de begunstigedes interesser varetages"* (Kapitaltillægsafgørelsen ...) samt tilsvarende ... hvor det [af Kapitaltillægsafgørelsen] fremgår at *"Finanstilsynet vurderer fortsat, at selskabets kontrol med de outsourcete aktiviteter ikke sikrer, at forsikringstagerne og de begunstigedes interesser varetages på en måde, der sikrer, at de får den erstatning, der har krav på"*.

Selskabet bemærker i relation til sidstnævnte, at art. 277, stk. 1, litra a, alene vedrører følgerne for Selskabet og ikke følgerne for forsikringstagerne og de begunstigede. En sådan vurdering skal derimod foretages i henhold til art. 277, stk. 1, litra b.

Endeligt vurderer Finanstilsynet, at der er en forhøjet risiko for, at Selskabet kan blive involveret i retssager, der kan påføre Selskabet tab. Det fremgår dog ikke, på hvilken baggrund disse retssager skulle opstå, herunder om der har været indikationer på at sådanne retssager er nært forestående.

Som det fremgår af ovenstående, har Finanstilsynet baseret sin vurdering udelukkende på forhold konstateret i [land 1]. Dette uagtet at Finanstilsynet

har foretaget omfattende inspektioner hos 2 af Selskabets største agenter i [land 2] og [land 3]. Disse to lande udgør tilsammen ca. 70 % af Selskabets samlede forretninger, hvorimod den [udenlandske 1] forretning kun udgør ca. 8,5 % af Selskabets samlede forretninger.

Ad. art. 277, stk. 1, litra b

Det fremgår af art. 277, stk. 1, litra b, at Finanstilsynet skal vurdere, hvor sandsynlige og hvor alvorlige eventuelle negative indvirkninger af afvigelserne fra FIL § 71 er på forsikringstagerne og de begunstigede.

Baggrunden for bestemmelsen er, at hvis det er usandsynligt, at afvigelserne vil have en negativ indvirkning på forsikringstagerne m.v. eller indvirkningen ikke er alvorlig, så trækker dette alt andet lige i retning af, ikke at anse afvigelserne som værende væsentlige. Omvendt taler det for, at afvigelserne er væsentlige, hvis afvigelserne med stor sandsynlighed vil have en væsentlig negativ indvirkning på forsikringstagerne.

Finanstilsynet har ikke foretaget en sådan vurdering. Finanstilsynet anfører således blot, at det er sandsynligt, at afvigelserne har haft og vil have negative indvirkninger på forsikringstagerne og de begunstigede.

Bestemmelsen forudsætter imidlertid, at denne sandsynlighed skal kvantificeres, jf. herved indledningen til bestemmelsen, hvor det fremgår, at det skal vurderes hvor sandsynlige indvirkningerne er. Det er således ikke tilstrækkeligt, at Finanstilsynet blot forudsætter, at det er sandsynligt. Dermed foretages der reelt ikke nogen vurdering af forholdet.

Finanstilsynet lægger derudover til grund, at det er afvigelserne fra standarderne, der har forårsaget, at forsikringstagerne og de begunstigede ikke er blevet behandlet i overensstemmelse med gældende [udenlandsk 1] lovgivning. Som anført ovenfor har Finanstilsynet imidlertid selv vurderet, at dette skyldes manglende ressourcer hos skadesbehandleren og således ikke en afvigelse fra standarderne.

I forhold til vurderingen af indvirkningerne på forsikringstagerne m.v. anfører Finanstilsynet [i Kapitaltillægsafgørelsen]:

” ... at manglerne i ledelsessystemet både kan medføre, at forsikringstagerne eller de begunstigede ikke får udbetalt den korrekte erstatning, men også, at forsikringstagerne eller de begunstigedes skadesbehandling ikke foretages hurtigt nok i forhold til tidsfristerne ... ”.

Selskabet bemærker hertil, at det er helt udokumenteret, at manglerne i ledelsessystemet skulle kunne medføre, at forsikringstagerne eller de begunstigede ikke skulle få udbetalt den korrekte erstatning. Det er korrekt, at efterslæbet med skadesbehandlingen i [land 1] i en periode har medført længere sagsbehandlingstid. Der er derimod ikke dokumentation for, at de [udenlandske 1] forsikringstagere skulle have fået udbetalt for lidt i erstatning.

Tilsvarende er der ingen holdepunkter for at antage, at der er risiko for, at forsikringstagerne i andre jurisdiktioner ikke får den korrekte skadesbehandling. Finanstilsynet har således inspiceret 2 af Selskabets største agenter uden at kunne konstatere uregelmæssigheder i forhold til skadesbehandlingen eller tilsvarende forhold.

Det skal i denne forbindelse nævnes, at Finanstilsynet tillige har henvist til forhold vedrørende klager fra [udenlandske 4] forsikringstagere. Det forhold at et antal forsikringstagere måtte have klaget til [Finanstilsynet i land 4] kan ikke tages til indtægt for, at der skulle være problemer med skadesbehandlingen generelt. Som anført i Selskabets høringssvar, mener Selskabet at disse klager i et meget betydeligt omfang er grundløse. Såfremt Finanstilsynet imidlertid vil inddrage disse klager i sin vurdering, forudsætter dette efter Selskabets opfattelse at enten [Finanstilsynet i land 4] eller Finanstilsynet selv foretager en materiel prøvelse af klagerne. En sådan prøvelse foreligger imidlertid ikke, hvorfor Finanstilsynet allerede af denne grund bør være afskåret fra at inddrage disse i sin vurdering.

Under alle omstændigheder bemærkes det, at Selskabet med virkning fra 30. juni 2019 ikke længere aktivt tegner forsikringer i [land 4], da Selskabet har opsagt samarbejdet med sine [udenlandske 4] agenter fra denne dato. Dette er meddelt Finanstilsynet den 2. juli 2019. Finanstilsynet har den 9. juli 2019 bekræftet modtagelsen heraf samt at [Finanstilsynet i land 4] er underrettet herom.

Ad art. 277, stk. 1, litra d

Finanstilsynet har ikke vurderet det sandsynlige økonomiske tab i forbindelse med en eventuel afvigelse fra standarderne i FIL § 71, hvilket er et krav i henhold til bestemmelsen. Kravet om en vurdering og dermed en kvantificering af det potentielle tab skal dels ses i sammenhæng med kravet om, at det alene er væsentlige afvigelser fra standarderne i FIL § 71, der kan begrunde fastsættelsen af et kapitaltillæg, dels bestemmelsen i art. 37, stk. 2, 2. pkt., hvorefter der skal være proportionalitet mellem kapitaltillæggets størrelse og de væsentlige risici, som afvigelserne fra standarderne har medført.

Formålet er at sikre, at der alene fastsættes et kapitaltillæg, hvor der er risiko for betydelige økonomiske tab, dels at en eventuel forøget operationel risiko som følge af afvigelser fra standarderne i FIL § 71 afdækkes fuldt ud via et forøget solvenskapitalkrav. I praksis forudsætter dette en kvantificering af det sandsynlige økonomiske tab.

Selskabet påpegede allerede dette i sit høringssvar.

Uagtet dette foreligger der stadig ikke en sådan vurdering i Kapitaltillægsafgørelsen. Finanstilsynet vurderer alene, at ”... *selskabet kan lide betydelige økonomiske tab som følge af manglerne i ledelsessystemet*” ... Der sker således ingen kvantificering af dette tab, ligesom det fremstår

særdeles uklart, hvordan sådanne tab måtte opstå. Finanstilsynet har i den forbindelse ganske vidst andetsteds anført, at sådanne kan opstå som følge af tab i forbindelse med genåbning af gamle sager, tab som følge af en forhøjet risiko for at blive involveret i retssager samt såkaldt ”uventede tab”. Det er imidlertid kendetegnede, at ingen af disse tabsrisici konkretiseres eller underbygges.

Tilsvarende indgår det ikke i Finanstilsynets vurdering, at Selskabet i gennemsnit genforsikrer mere end 85 % (2018) af sin forsikringsportefølje og at størstedelen af de eventuelle tab, som Selskabet måtte lide, således afdækkes via reassurance. For den [udenlandske 1] forretning er der til eksempel 95 % reassurance.

Baggrunden for Finanstilsynets manglende kvantificering af det sandsynlige økonomiske tab er formentligt, at Finanstilsynet hverken kan påvise eller sandsynliggøre noget økonomisk tab. Forholdet er således det, at hverken forholdene i [land 1] eller i [land 4] har medført økonomiske tab for Selskabet eller forsikringstagerne, udover de tab der måtte opstå som følge af en forsikringsbegivenhed.

Dermed er det også klart, at de væsentligste faktorer i relation til fastsættelsen af et kapitaltillæg ikke er tilstede.

Ad art. 277, stk. 1, litra e

Finanstilsynet har ikke foretaget en vurdering af afvigelsens forventede varighed, idet Finanstilsynet blot har lagt til grund, at det vil tage mindst et år at rette op på forholdene.

4.3 Forhindrer Selskabet i at identificere, måle, overvåge, styre og rapportere risici

Det er en betingelse for fastsættelsen af et kapitaltillæg, at afvigelserne fra FIL § 71 m.v. forhindrer Selskabet i at identificere, måle, overvåge og rapportere de risici, som det er eller kan blive udsat for.

Finanstilsynet har ikke påvist, at Selskabet er ude af stand til at identificere, måle, overvåge og rapportere sådanne risici som følge af eventuelle væsentlige afvigelser fra standarden i FIL § 71. I Finanstilsynets første udkast til kapitaltillægsafgørelsen ... indgik denne betingelse slet ikke i Finanstilsynets vurdering. På baggrund af Selskabets høringssvar ændrede Finanstilsynet opfattelse, idet det nu [i Kapitaltillægsafgørelsen] anføres, at man vurderer at ” ... *selskabets kontrol med outsourcete aktiviteter er mangelfuld, at selskabets risikostyringsfunktion ikke er effektiv og at selskabets compliancefunktion ikke er effektiv. Finanstilsynet vurderer, at alle disse områder i ledelsessystemet netop skal sikre, at selskabet er i stand til at identificere, måle, overvåge og styre sine risici, hvilket de ikke gør selskabet i stand til*”

...

Som det fremgår af ovenstående, foretager Finanstilsynet ikke en vurdering af, om betingelsen er opfyldt, men lægger uden videre til grund, at en eventuel afvigelse automatisk medfører, at Selskabet ikke kan identificere, måle og overvåge etc. de relevante risici. Bestemmelsen stiller imidlertid krav om, at der foretages en egentlig vurdering.

Særlig i relation til skadesbehandlingen i [land 1] - der danner grundlag for størstedelen af Finanstilsynets påbud - bemærkes det, at det var Selskabet selv, der blev opmærksom på efterslæbet med skadesbehandlingen i efteråret 2017 og iværksatte de nødvendige foranstaltninger. Dette viser således, at ledelsessystemet er i stand til at identificere og håndtere sådanne risici.

Endelig bemærkes det, at Finanstilsynet ikke via sine besøg hos Selskabets øvrige agenter har kunne påvise uregelmæssigheder, endsiage at Selskabets ledelsessystem ikke har kunne opfange eventuelle risici i forbindelse med outsourcing m.v. Det forhold, at f.eks. [udenlandske 4] forsikringstagere har indgivet klager til [Finanstilsynet i land 4], kan ikke tages til indtægt for, at ledelsessystemet er utilstrækkeligt, idet dette bl.a. forudsætter en materiel vurdering af klagernes berettigelse.

Hvis Selskabets ledelsessystem var ude af stand til at identificere, måle og overvåge relevante risici, må det formodes, at dette konkret havde givet anledning til yderligere forhold hos de lokale agenter, f.eks. i [land 2] hvor størstedelen af Selskabets forretning er. Dette har imidlertid ikke være tilfældet.

4.4 Andre foranstaltninger er ikke tilstrækkelige inden for en passende tidshorisont

Det er en forudsætning for fastsættelsen af et kapitaltillæg, at andre foranstaltninger er utilstrækkelige til at afhjælpe manglerne inden for en passende tidshorisont.

I praksis forudsætter dette, at Finanstilsynet fastsætter, hvad der er en passende tidshorisont, og herefter foretager en konkret vurdering af, om eventuelle påbud kan opfyldes inden for denne tidshorisont. En sådan vurdering forelå ikke i det første udkast til kapitaltillægsafgørelsen ... og Selskabet påpegede derfor forholdet i sit høringssvar, herunder det betænkelige i at Finanstilsynet ikke havde fastsat en sådan tidsfrist.

Ved ikke at fastsætte en tidsfrist og ved herefter arbitrært at vurdere at opfyldelsen af påbuddene mindst vil tage et år omgår Finanstilsynet reelt kravet om, at kapitaltillæg alene kan fastsættes som en sidste udvej og alene hvor andre - mindre indgribende foranstaltninger - ikke er tilstrækkelige inden for en vis tidshorisont.

Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynets vurdering af, at påbuddene alene kan opfyldes indenfor en tidshorisont på mindst 1 år er helt udokumenteret. Blot til illustration kan det eksempelvis anføres, at påbuddet om at etablere metoder og procedurer til at sikre at outsourcingleverandørerne overholder lokal lovgivning, vil blive opfyldt ved, at lokale advokater initialt

gennemgår leverandørernes aftalegrundlag, forretningsgange samt standardprocedurer, ligesom de efterfølgende med jævne mellemrum verificerer at lokal lovgivning er overholdt. Denne procedure er allerede ved at blive implementeret.

Ligeledes har Selskabet allerede engageret firmaet H [udenlandsk selskab], der på vegne af Selskabet skal foretage audits af Selskabets agenter og skadesbehandlere. Denne foranstaltning vil sikre opfyldelse af påbuddet om at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer.

Tilsvarende vil de fire påbud vedrørende den interne auditfunktion blive opfyldt ved at engagere eksterne ressourcer der har specialistkompetencer inden for området. Selskabet er allerede i dialog med et revisionsfirma og forventer således at kunne bringe forholdene i orden inden for en kortere tidshorisont - og forud for den 1. september 2019. I forhold til udpegning af en ny nøgleperson for den interne auditfunktion vil denne person skulle godkendes af Finanstilsynet.

Samtlige af ovenstående foranstaltninger vil være gennemført inden for en meget kort tidshorisont, hvilket tillige vil fremgå af de implementeringsplaner, som Finanstilsynet har påbudt Selskabet at indlevere senest den 1. september 2019.

Når Finanstilsynet således allerede forud for modtagelsen af disse planer kan konkludere, at påbuddene alene kan implementeres inden for en tidshorisont på minimum 1 år og at en hurtigere implementering er "urealistisk", så omgår Finanstilsynet reelt kravet om, at der skal foreligge en selvstændig vurdering af dette forhold og dermed også kravet om, at der alene kan fastsættes kapitaltillæg i exceptionelle tilfælde.

5. TILSIDESÆTTELSE AF PROPORTIONALITETSPRINCIPPET

5.1 Generelt

I henhold til art. 37, stk. 2, i Solvens II Direktivet skal kapitaltillægget være proportionalt med de væsentlige risici, der opstår som følge af manglerne ved ledelsessystemet.

Opfyldelsen af proportionalitetsprincippet forudsætter således, at Finanstilsynet (i) kvantificerer sandsynligheden for, at de identificerede risici materialiserer sig, samt (ii) kvantificerer det potentielle tab, jf. herved også art. 277, stk. 1, litra d, i Solvens II Forordningen, som beskrevet i afsnit 4.2(b), for på den baggrund at fastsætte et kapitaltillæg der afdækker det forventede tab.

Ovenstående fremgår tillige af art. 286 i Solvens II Forordningen:

"Artikel 286

Beregning af kapitaltillæg med hensyn til afvigelser fra ledelsesstandarder

Ved beregning af kapitaltillæg som omhandlet i artikel 37, stk. 1, litra c), i direktiv 2009/138/EF skal tilsynsmyndighederne tage hensyn til alle relevante faktorer, herunder følgende:

- a) i givet fald de i artikel 277 omhandlede faktorer*
- b) i givet fald kapitaltillæg, som tidligere er blevet fastlagt for sammenlignelige afvigelser for andre forsikrings- eller genforsikringsselskaber med lignende risikoprofiler, forudsat at tilsynsmyndighederne sikrer, at de begrundet deres beslutning om at kræve et kapitaltillæg i overensstemmelse med artikel 37, stk. 1, i direktiv 2009/138/EF, og at denne begrundelse overholder tavshedspligten i direktivets artikel 64.”*

5.2 Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet har undladt at fastsætte kapitaltillægget overensstemmelse med proportionalitetsprincippet under anvendelse af fremgangsmåden i art. 286 i Solvens II Forordningen.

I forhold til art. 286, litra b, anfører Finanstilsynet, at der efter Finanstilsynets opfattelse ikke findes fortilfælde, hvor der er fastsat kapitaltillæg for forsikringsselskaber med en lignende risikoprofil.

Herefter vil kapitaltillægget skulle fastsættes på baggrund af de i litra a anførte faktorer, hvilket indbefatter en vurdering af det sandsynlige økonomiske tab som følge af afvigelserne i FIL § 71. Som anført ovenfor under afsnit 4.2(b), har Finanstilsynet ikke foretaget en sådan vurdering.

Finanstilsynet vælger i stedet at fastsætte kapitaltillægget under henvisning til art. 204 i Solvens II Forordningen og under antagelse af, at Selskabets risikoprofil afviger fra visse antagelser.

Der er imidlertid ikke umiddelbar hjemmel til dette.

Finanstilsynets fastsættelse af kapitaltillægget er således, dels i strid med art. 286 i Solvens II Forordningen, dels i strid med proportionalitetsprincippet i art. 37, stk. 2, i Solvens II Direktivet.

6. ANBRINGENDER

Til støtte for de nedlagte påstande gør Selskabet følgende anbringender gældende:

- a) I henhold til FIL § 350 b henholdsvis art. 37 i Solvens II Direktivet kan Finanstilsynet alene fastsætte kapitaltillæg i exceptionelle tilfælde, hvor andre tilsynsforanstaltninger er udtømte, er uhensigtsmæssige eller er ineffektive;
- b) Allerede fordi Finanstilsynet i Governance Afgørelsen har udstedt et antal påbud er sådanne øvrige tilsynsforanstaltninger ikke udtømte, hvorfor der ikke kan fastsættes et kapitaltillæg;
- c) Det må tilsvarende have formodningen imod sig, at Finanstilsynet udsteder påbud, hvis Finanstilsynet finder, at denne tilsynsforanstaltning er uhensigtsmæssig;
- d) Finanstilsynet kan ikke konkludere, at påbud er en ineffektiv tilsynsforanstaltning, før end fristen for opfyldelsen af sådanne påbud er udløbet;
- e) Finanstilsynet kan tilsvarende ikke omgå kravet om, at øvrige tilsynsforanstaltninger skal være udtømte, ved arbitrært at lægge til grund at påbuddene vil være ineffektive på kort sigt;
- f) Det er en betingelse for fastsættelsen af et kapitaltillæg, at der foreligger en væsentlig afvigelse fra standarderne i FIL § 71;
- g) Finanstilsynet har ikke påvist, at der foreligger en sådan væsentlig afvigelse fra standarderne i FIL § 71, idet der alene er påvist en mindre afvigelse i forhold til etablering af den interne auditfunktion;
- h) Afvigelsen har dermed ikke den væsentlige og vedvarende karakter, som er en forudsætning for fastsættelse af et kapitaltillæg;
- i) Finanstilsynet har ikke vurderet om betingelserne i art. 37, stk. 1, litra c, i Solvens II Direktivet har været opfyldt, idet Finanstilsynet ikke har foretaget en korrekt vurdering af de i art. 277 i Solvens II Forordningen angivne faktorer, idet Finanstilsynet bl.a.:
 - i. Ikke har vurderet, hvad følgerne af en afvigelse fra standarderne i givet fald vil være, idet det særlig bemærkes, at Finanstilsynet i sin vurdering af art. 277, stk. 1, litra a, tager udgangspunkt i følgerne for forsikringstagerne og ikke for Selskabet som bestemmelsen ellers foreskriver;
 - ii. Ikke har kvantificeret sandsynligheden for, at afvigelserne har en negativ indvirkning, herunder påvist at denne indvirkning i givet fald vil være alvorlig;
 - iii. Ikke har kvantificeret det sandsynlige økonomiske tab, uanset dette dels er et centralt tema ved vurderingen af, om væsentlighedsbetingelsen er opfyldt, dels er afgørende for, at

kapitaltillægget kan fastsættes overensstemmelse med proportionalitetsprincippet;

- iv. Ikke har foretaget en vurdering af afvigelseernes varighed, men blot forudsat at disse vil vare mindst et år;
- j) Finanstilsynets fastsættelse af kapitaltillægget under alle omstændigheder er sket i strid med proportionalitetsprincippet i art. 37, stk. 2, i Solvens II Direktivet samt i strid med fremgangsmåden i art. 286 i Solvens II Forordningen, idet det helt arbitrært er fastsat til 39,2 mio. kr. svarende til, at Finanstilsynet vurderer, at Selskabets operationelle risiko er fordoblet.
...”

I redegørelsen af 20. august 2019 har Finanstilsynet vedrørende ”Afgørelsens retlige grundlag” anført:

”Finanstilsynet kan i medfør af § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed fastsætte et krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for et [type forsikringsselskab 1], såfremt Finanstilsynet vurderer, at selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Det følger af bemærkningerne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. L 114 af 21. januar 2015:

”Det foreslås, at der indføres en ny bestemmelse, der giver Finanstilsynet mulighed for i særlige tilfælde at fastsætte et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for [type forsikringsselskab 1]. Bestemmelsen gennemfører artikel 37 i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet.

Der henvises til punkt 2.7 i lovforslagets almindelige bemærkninger for en nærmere beskrivelse af kapitaltillægget.

Solvenskapitalkravet er et krav til kapitalens størrelse, som sætter forsikringsselskaberne i stand til at dække betydelige tab og giver forsikringstagerne og de begunstigede en betryggende sikkerhed for, at selskabet kan leve op til sine forpligtelser. Som udgangspunkt anvendes standardformlen til at opgøre solvenskapitalkravet, jf. i øvrigt § 126 c, stk. 2, som affattet ved dette lovforslags § 1, nr. 33. Hensigten er, at standardformlen skal afspejle de fleste forsikringsselskabers risikoprofil, men i visse tilfælde vil dette ikke være tilfældet. I disse særlige tilfælde skal Finanstilsynet have beføjelse til at fastsætte et kapitaltillæg. Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg i de tilfælde, der er nævnt i den foreslåede bestemmelses stk. 1, nr. 1-3. Det er imidlertid kun de overordnede rammer for fastsættelsen af et kapitaltillæg, der fremgår af solvens II-direktivet, og dermed af lovforslaget, og de mere specifikke regler, eksempelvis i forhold til vurdering af, hvornår der er tale om en væsentlig afvigelse, der

medfører, at Finanstilsynet vil fastsætte et kapitaltillæg, vil blive fastlagt ved Kommissionens vedtagelse af delegerede retsakter, der præciserer under hvilke omstændigheder, der kan stilles krav om et kapitaltillæg, samt metoderne til opgørelse heraf, jf. artikel 37, stk. 6 og 7, i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet.

Kommissionen vedtager herudover gennemførelsesmæssige tekniske standarder udarbejdet af EIOPA vedrørende procedurerne i forbindelse med afgørelser om at indføre, beregne og ophæve kapitaltillæg, jf. artikel 37, stk. 8, i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet. Delegerede retsakter og gennemførelsesmæssige tekniske standarder bliver udstedt som forordninger.

Solvenskapitalkravet vil i de fleste tilfælde afspejle [type forsikringsselskab 1]s risici. Der kan dog forekomme situationer, hvor selskabet har påtaget sig risici, som ikke i passende grad afspejles i solvenskapitalkravet. I disse tilfælde vil Finanstilsynet fastsætte et kapitaltillæg, der anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige.

Med henblik på at sikre, at der er overensstemmelse mellem EU-landenes anvendelse af kapitaltillægget, skal tilsynet hvert år forelægge EIOPA en række oplysninger, herunder det gennemsnitlige kapitaltillæg pr. selskab og fordelingen af de kapitaltillæg, som Finanstilsynet har stillet krav om i det foregående år, målt som en procentdel af solvenskapitalkravet.

...

Nr. 2 omhandler de tilfælde, hvor virksomhedsstyringen afviger væsentligt fra § 71 i lov om finansiel virksomhed. Hvis afvigelsen forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for, og andre foranstaltninger ikke har kunnet udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont, vil Finanstilsynet fastsætte et kapitaltillæg.
[]”

Lovbemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed gengiver indholdet af artikel 37, stk. 1, litra c, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (herefter solvens II-direktivet), som har følgende ordlyd:

”I forlængelse af tilsynsprocessen kan tilsynsmyndighederne i exceptionelle tilfælde og ved begrundet afgørelse stille krav om et kapitaltillæg for et forsikrings- eller genforsikringsselskab. Denne mulighed må kun benyttes i følgende tilfælde:

a) og b) [udeladt]

c) tilsynsmyndighederne finder, at ledelsessystemet i et forsikrings- eller genforsikringsselskab afviger væsentligt fra standarderne i kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, at disse afvigelser forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som det er eller kunne blive udsat for, og at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.”

I forhold til hvad der nærmere skal forstås ved exceptionelle tilfælde i artikel 37, stk. 1, litra c, i solvens II-direktivet, og dermed ”i særlige tilfælde”, jf. lovbemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed, så følger det bl.a. af betragtning 27 i præamblen til Solvens II-direktivet:

”Kravet om et kapitaltillæg er exceptionelt i den forstand, at det kun bør anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige. Begrebet exceptionelt bør ses inden for rammerne af en særlig situation i det selskab i stedet for i forhold til antallet af kapitaltillæg, som indføres på et specifikt marked.”

Finanstilsynets vurdering af, om et forsikringsselskabs virksomhedsstyring afviger væsentligt fra § 71 i lov om finansiel virksomhed, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed, skal foretages i henhold til de nærmere regler, som Kommissionen har fastsat i medfør af artikel 37, stk. 6, i solvens II-direktivet, jf. § 350 b, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Kommissionen har, bl.a. i medfør af artikel 37, stk. 6, i solvens II-direktivet, vedtaget Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/35 af 10. oktober 2014 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (herefter solvens II-forordningen).

Solvens II-forordningens afsnit 1, kapitel X (artikel 276-287) angiver henholdsvis betingelserne for at stille krav om et kapitaltillæg og metoderne til beregning af kapitaltillægget.

Betingelser for at stille krav om et kapitaltillæg for så vidt angår væsentlig afvigelse i ledelsessystemet

I henhold til artikel 277 i solvens II-forordningen skal tilsynsmyndighederne i vurderingen af, om ledelsessystemet i et forsikringsselskab afviger væsentligt fra afsnit 1, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, tage højde for alle relevante faktorer, herunder følgende:

- a. følgerne af afvigelsen fra ledelsesstandarderne i afsnit I, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet om sund og forsigtig ledelse af selskabets virksomhed, og hvorvidt afvigelsen skyldes utilstrækkelig opfyldelse af et krav relateret

til ledelsessystemet eller manglende opfyldelse af et sådant krav

- b. hvor sandsynlige og alvorlige eventuelle negative indvirkninger på forsikringstagere og begunstigede er
- c. de forskellige metoder til at opbygge et effektivt ledelsessystem, som står i et rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af de risici, der er forbundet med selskabets virksomhed
- d. det sandsynlige økonomiske tab, som selskabet ville lide som følge af afvigelsen
- e. afvigelsens forventede varighed.

Afsnit 1, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet indeholder de overordnede krav til forsikringsselskabernes ledelsessystem. Kravene er implementeret i § 71 i lov om finansiel virksomhed og bekendtgørelse om ledelse og styring af forsikringsselskaber m.v. (herefter ledelsesbekendtgørelsen). Vurderingen af, om der foreligger en væsentlig afvigelse i ledelsessystemet, skal således foretages ud fra reglerne i § 71 i lov om finansiel virksomhed og ledelsesbekendtgørelsen.

Metoder til beregning af kapitaltillægget for så vidt angår væsentlig afvigelse i ledelsessystemet

I henhold til artikel 286 i solvens II-forordningen skal tilsynsmyndighederne ved beregning af kapitaltillægget som følge af, at et forsikringsselskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra afsnit 1, kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, tage hensyn til alle relevante faktorer, herunder følgende:

- a) de i artikel 277 omhandlede faktorer
- b) kapitaltillæg, som tidligere er blevet fastlagt for sammenlignelige afvigelser for andre forsikringsselskaber med lignende risikoprofiler, forudsat at tilsynsmyndighederne sikrer, at de begrunder deres beslutning om at kræve et kapitaltillæg i overensstemmelse med artikel 37, stk. 1, i solvens II-direktivet, og at denne begrundelse overholder tavshedspligten i direktivets artikel 64.

Finanstilsynet vurderer, at dokumentet "*The underlying assumptions in the standard formula for the Solvency Capital Requirement calculation*"¹ udgivet af Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger (herefter EIOPA) er relevant for vurderingen af, om Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg, og for beregningen af kapitaltillægget. Af dokumentet følger det bl.a., at standardformlens kapitalkrav for operationelle risici er fastsat under antagelse af, at selskabets risikostyring er på et standardiseret niveau. Det følger endvidere, at den operationelle risiko stiger i takt med selskabets aktiviteter, da den stammer fra utilstrækkelige eller fejlagtige interne processer, personale eller systemer, eller eksterne begivenheder, medmindre at et selskab er

¹ https://eiopa.europa.eu/publications/standards/eiopa-14-322_underlying_assumptions.pdf

veldiversificeret og godt ledet. I dokumentet skriver EIOPA, at et veldiversificeret og godt ledet selskab antages at have en operationel risiko, der ikke kan overstige en lav værdi af det primære solvenskapitalkrav.

Det følger af artikel 204, stk. 1, i solvens II-forordningen, at kapitalkravet for operationelle risici er lig summen af det mindste af 30 pct. af det primære solvenskapitalkrav og det primære kapitalkrav for opgørelsen af de risikovægtede poster for operationel risiko, og 25 pct. af de udgifter, der er påløbet inden for de seneste 12 måneder med hensyn til livsforsikringsaftaler, hvor investeringsrisikoen bæres af forsikringstagerne.

Artikel 37, stk. 2, i solvens II-direktivet angiver, at i de i artikel 37, stk. 1, litra c, i solvens II-direktivet, nævnte situationer (væsentlig afvigelse i ledelsessystemet), skal kapitaltillægget være proportionalt med de væsentligste risici, som skyldes de mangler, der medførte, at tilsynsmyndigheden besluttede at indføre tillægget.

Bestemmelsen er ikke selvstændigt implementeret i dansk ret, men følger af det generelle forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvorefter en offentlig myndigheds afgørelser skal stå i rimeligt forhold til formålet, og at en mere bebyrdende afgørelse ikke må benyttes, når et mindre bebyrdende indgreb er tilstrækkeligt.

Procedure for indførelse, beregning og ophævelse af kapitaltillæg

Med henblik på at sikre ensartede betingelser for anvendelse af kapitaltillæg i EU har Kommissionen udstedt Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2015/2012 af 11. november 2015 om gennemførelsesmæssige tekniske standarder vedrørende procedurerne for afgørelser om at indføre, beregne og ophæve kapitaltillæg i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF (herefter kapitaltillægsforordningen).

Det følger bl.a. af artikel 4, stk. 2, i kapitaltillægsforordningen, at en afgørelse om kapitaltillæg skal være tilstrækkeligt detaljeret til, at forsikringsselskabet kan forstå, hvilke foranstaltninger det skal indføre, eller hvilke mangler det skal afhjælpe, for at få fjernet kapitaltillægget.

Det følger endvidere af artikel 4, stk. 3, i kapitaltillægsforordningen, at en afgørelse om kapitaltillæg skal omfatte:

- a. begrundelsen for at indføre et kapitaltillæg
- b. metoden til beregning af kapitaltillægget og størrelsen af kapitaltillægget
- c. den dato, fra hvilken kapitaltillægget finder anvendelse
- d. hvor det er relevant, den frist, forsikringsselskabet har til at afhjælpe de mangler, der førte til indførelse af kapitaltillægget
- e. hvor det er relevant, indholdet og hyppigheden af eventuelle statusrapporter, der skal forelægges i henhold til artikel 5 i kapitaltillægsforordningen.

3. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet har pålagt selskabet et kapitaltillæg, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed, fordi Finanstilsynet vurderer, at:

- der er en række væsentlige mangler i selskabets virksomhedsstyring, der forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for,
- selskabet vil kunne lide betydelige økonomiske tab som følge af manglerne, og
- manglerne er så omfattende, at det vil tage selskabet mindst et år at sikre, at selskabets virksomhedsstyring ikke længere afviger væsentligt fra kravene om effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71 i lov om finansiel virksomhed og ledelsesbekendtgørelsen.

De mangler, som Finanstilsynet har konstateret i selskabets virksomhedsstyring, følger af Finanstilsynets governance-afgørelse. Finanstilsynet bemærker, at selskabet ikke har indbragt governance-afgørelsen for Erhvervsankenævnet. Finanstilsynet vurderer, at Finanstilsynets konklusioner i governance-afgørelsen derfor uden videre bør lægges til grund af Erhvervsankenævnet, når Erhvervsankenævnet vurderer Finanstilsynets afgørelse om fastsættelse af kapitaltillæg som følge af den indbragte klage.

3.1. Manglende hjemmel

Selskabet anfører i klagen, at Finanstilsynet alene kan fastsætte et kapitaltillæg som en sidste udvej, dvs. hvor andre tilsynsforanstaltninger enten er udtømte, uhensigtsmæssige eller ineffektive. Selskabet henviser i den forbindelse til begrebet 'exceptionelle tilfælde' i artikel 37, stk. 1, i solvens II-direktivet og betragtning 27 i præamblen til solvens II-direktivet.

Finanstilsynets hjemmel til at fastsætte et krav om et kapitaltillæg følger af § 350 b, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, som implementerer artikel 37 i solvens II-direktivet, jf. lovforslag nr. L 114 af 21. januar 2015.

Det følger af artikel 37, stk. 1, litra c, i solvens II-direktivet, at tilsynsmyndighederne i exceptionelle tilfælde kan fastsætte krav om et kapitaltillæg, hvis "tilsynsmyndighederne finder, at ledelsessystemet i et forsikrings- eller genforsikringsselskab afviger væsentligt fra standarderne i kapitel IV, afdeling 2, i solvens II-direktivet, at disse afvigelser forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som det er eller kunne blive udsat for, **og at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.**" (Finanstilsynets fremhævnning).

Finanstilsynet vurderer, at der er tale om et exceptionelt tilfælde, fordi der er så mange og væsentlige forhold i selskabets ledelsessystem, der er mangelfulde. Finanstilsynet henleder opmærksomheden på, at selskabet bl.a. har undladt at sikre en effektiv compliance-, risikostyrings- og intern auditfunktion, jf. governance-afgørelsen.

For at kunne sikre effektive former for virksomhedsstyring, herunder et effektivt risikostyringssystem og et effektivt internt kontrolsystem, skal et [type forsikringsselskab 1] sikre, at det som minimum har følgende fire nøglefunktioner: en risikostyringsfunktion, en compliancefunktion, en aktuarfunktion og en intern auditfunktion, jf. § 17, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet vurderer, at fraværet i selskabet af effektive nøglefunktioner forhindrer selskabet i at have effektive former for virksomhedsstyring, herunder at kunne sikre en korrekt identifikation, måling overvågning, styring og rapportering af de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for.

Den manglende virksomhedsstyring har materialiseret sig ved, at selskabet bl.a. ikke har sikret sig, at selskabets outsourcingleverandører har de nødvendige evner og kapacitet til at udføre de outsourcete aktiviteter på betryggende vis. Endvidere har selskabet ikke de nødvendige metoder og procedurer til at sikre en tilstrækkelig overvågning og kontrol med outsourcingleverandørerne, ligesom selskabet har undladt at gennemføre kontroller mv., der er egnet til at opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som forsikringsselskab i de lande, hvor selskabet udøver virksomhed. Endelig er der ikke sket en tilstrækkelig og betryggende håndtering af data, ligesom selskabets politikker, retningslinjer mv. ikke er blevet fulgt i tilstrækkeligt omfang.

De konstaterede mangler i selskabets virksomhedsstyring (antallet af og væsentligheden i overtrædelserne) kombineret med det forhold, at selskabet driver virksomhed i mange jurisdiktioner, og at outsourcing er en central del af forretningsmodellen, gør, at Finanstilsynet vurderer, at der er tale om et exceptionelt tilfælde.

Da påbuddene i governance-afgørelsen efter Finanstilsynets vurdering er tidskrævende at opfylde og implementere, anser Finanstilsynet påbuddene som ineffektive på kort sigt. Finanstilsynet vurderer derfor, at selskabet skal afhjælpe den forøgede risiko for tab som følge af manglerne i ledelsessystemet med kapital. Finanstilsynet vurderer endvidere, at et kapitaltillæg er passende, idet der efter Finanstilsynets vurdering ikke på kort sigt er andre muligheder for at sikre forsikringstagernes interesser på tilstrækkelig vis.

Finanstilsynet vurderer på baggrund af ovenstående, at Finanstilsynet har tilstrækkelig hjemmel til at fastsætte kapitaltillægget. Finanstilsynet henviser i den forbindelse til artikel 37, stk. 1, litra c, i solvens II-direktivet, som ovenfor citeret, hvoraf det fremgår, at andre tilsynsforanstaltninger ikke skal være udtømte for, at der kan fastsættes et krav om et kapitaltillæg, hvis der er en formodning for, at foranstaltningerne ikke vil kunne udbedre manglerne i

tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont. Finanstilsynet har vurderet, at det vil tage selskabet minimum et år at udbedre manglerne i ledelsessystemet i tilstrækkelig grad. Finanstilsynet vurderer i den forbindelse, at en periode på minimum et år ikke er en passende tidshorisont.

Selskabet har anført, at Finanstilsynet ikke kan fastsætte et krav om et kapitaltillæg med henvisning til, at andre tilsynsforanstaltninger er uhensigtsmæssige, da Finanstilsynet allerede har udstedt en række påbud til selskabet, jf. governance-afgørelsen.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet ikke har fastsat kapitaltillægget med henvisning til, at andre tilsynsforanstaltninger er uhensigtsmæssige. Det fremgår af betragtning 27 i præamblen til solvens II-direktivet, at [...], når andre tilsynsforanstaltning er ineffektive *eller* uhensigtsmæssige [...] (Finanstilsynets kursivering). Finanstilsynet har fastsat kapitaltillægget på baggrund af, at Finanstilsynet vurderer, at tilsynsforanstaltningerne i governance-afgørelsen er ineffektive på kort sigt. Det er efter Finanstilsynets vurdering ikke et krav for fastsættelse af et kapitaltillæg, at andre tilsynsforanstaltninger skal være uhensigtsmæssige.

Selskabet anfører desuden, at det må have formodningen imod sig, at Finanstilsynet udsteder påbud, hvis Finanstilsynet er af den opfattelse, at et påbud er en ineffektiv tilsynsforanstaltning. Selskabet anfører endvidere, at det kun er i det tilfælde, hvor et påbud ikke er blevet opfyldt indenfor den fastsatte tidsfrist, at påbuddet ikke kan anses for at være effektivt.

Finanstilsynet er ikke enig heri. Finanstilsynet vurderer, at et påbud kan være effektivt på lang sigt, men ikke på kort sigt. Dette gør sig gældende i det pågældende tilfælde, idet Finanstilsynet vurderer, at opfyldelse af påbuddene i governance-afgørelsen vil tage mindst et år.

Som anført i governance-afgørelsen vurderer Finanstilsynet, at manglerne i ledelsessystemet er så væsentlige, at det er nødvendigt at foretage en opfølgende funktionsinspektion i selskabet for at afgøre, om selskabet har efterlevet og i praksis implementeret påbuddene i governance-afgørelsen. Det fremgår af governance-afgørelsen, at selskabet har fået frist frem til den 1. september 2019 til at udarbejde en plan for, hvorledes selskabet vil udbedre manglerne. Finanstilsynet vil ikke anse påbuddene i governance-afgørelsen som efterlevet, blot fordi selskabet indsender førnævnte plan senest den 1. september 2019. Finanstilsynet vurderer, at der er behov for at sikre, at ledelsessystemet fungerer i praksis, og ikke blot, at nye tiltag er nedskrevet eller igangsat.

Selskabet anfører, at Finanstilsynet i sit første udkast til afgørelse om fastsættelse af kapitaltillægget tilsyneladende ikke var opmærksom på, at der alene kan fastsættes et kapitaltillæg, såfremt andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive. Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet hele tiden har vurderet, at det vil tage mindst et år for selskabet at sikre et ledelsessystem, som ikke afviger væsentligt fra ledelsesstandarderne i § 71 i lov om finansiel

virksomhed, jf. ... første udkast til afgørelse om fastsættelse af kapitaltillæg. Der er derfor ikke tale om efterrationalisering fra Finanstilsynets side.

Selskabet har desuden anført, at Finanstilsynet ikke kan kombinere de to tilsynsforanstaltninger (påbud og kapitaltillæg), jf. artikel 4, stk. 2, i kapitaltillægsforordningen, idet der her forudsættes, at de foranstaltninger, der skal iværksættes for at få et kapitaltillæg fjernet, skal fremgå af afgørelsen om fastsættelse af kapitaltillæg.

Det fremgår af artikel 4, stk. 2, i kapitaltillægsforordningen, at afgørelsen om fastsættelse af kapitaltillæg skal være tilstrækkelig detaljeret til, at et forsikringsselskab kan forstå, hvilke foranstaltninger det skal træffe, *eller* hvilke mangler det skal afhjælpe, for at få fjernet kapitaltillægget. (Finanstilsynets kursivering)

Finanstilsynet bemærker, at det fremgår af Finanstilsynets afgørelse om fastsættelse af kapitaltillæg, at kapitaltillægget gælder, indtil Finanstilsynet har vurderet, at selskabet har efterlevet påbuddene i governance-afgørelsen. Påbuddene fra governance-afgørelsen er eksplicit nævnt i sagsfremstillingen i afgørelsen om kapitaltillægget. Finanstilsynet vurderer derfor, at afgørelsen om fastsættelse af kapitaltillægget er tilstrækkelig detaljeret til, at selskabet kan forstå, hvilke mangler det skal afhjælpe for at få fjernet kapitaltillægget, jf. artikel 4, stk. 2, i kapitaltillægsforordningen.

På baggrund af ovenstående, finder Finanstilsynet fortsat, at der er hjemmel til at pålægge selskabet et kapitaltillæg, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed. K A/S har i sin klage ikke anført forhold eller tilvejebragt nye oplysninger i sagen, der har givet Finanstilsynet anledning til en ændret vurdering.

3.2. Betingelserne for at fastsætte et kapitaltillæg er ikke opfyldt

3.2.1. Væsentlig afvigelse fra standarderne

a) Ingen væsentlig afvigelse

I henhold til § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed forudsætter fastsættelse af et kapitaltillæg, at selskabets virksomhedsstyrings afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Det er selskabets opfattelse, at der ikke foreligger en sådan væsentlig afvigelse fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed. Selskabet anfører, at en væsentlig afvigelse indebærer, at der enten skal være et fuldstændigt fravær af de politikker, retningslinjer, forretningsgange og funktionsbeskrivelser, som lovgivningen foreskriver, eller alternativt, at sådanne politikker, retningslinjer mv. systematisk ikke efterleves i praksis. Selskabet anfører, at selskabet kun i enkelte tilfælde ikke fuldt ud har efterlevet dets egne politikker, retningslinjer mv.

Finanstilsynet anerkender, at selskabet har politikker, retningslinjer mv. på de væsentligste områder. Dette bestrides heller ikke i Finanstilsynets governance-afgørelse. Finanstilsynet vurderer dog, at selskabets politikker, retningslinjer mv. ikke er blevet fulgt i tilstrækkeligt omfang. Finanstilsynet vurderer i den forbindelse, at den manglende overholdelse af egne politikker, retningslinjer mv. afviger væsentligt fra, hvad der kan forventes. Eksempelvis fremgår det af governance-afgørelsen, at selskabet ikke har overholdt sin egen outsourcingpolitik, idet Finanstilsynet har vurderet, at selskabets due diligence i forbindelse med outsourcing af skadesbehandlingen til B [udenlandsk selskab] har været utilstrækkelig.

Selskabet angiver endvidere i klagen, at der alene skal tages hensyn til påbuddene vedrørende den interne auditfunktion, når det skal vurderes om afvigelsen fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlige.

Selskabet har anført, at påbuddene vedrørende outsourcing ikke er relevante i vurderingen af, om der er sket en væsentlig afvigelse fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, idet outsourcingbekendtgørelsen ikke er en del af standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet bemærker, at outsourcing udgør en væsentlig del af selskabets forretningsmodel, hvorfor risici forbundet hermed skal identificeres, forvaltes, overvåges og rapporteres. Finanstilsynet vurderer derfor, at påbuddene i relation til outsourcing skal indgå i vurderingen af, hvorvidt selskabet har effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for, jf. § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet vurderer derfor, at påbuddene vedrørende outsourcing skal indgå i vurderingen af, om afvigelserne fra standarderne er væsentlige.

Selskabet har endvidere anført, at efterslæbet med skadesbehandlingen i [land 1] sanktioneres flere gange.

Finanstilsynet vurderer, at der ikke er sket en sanktionering af samme forseelse flere gange. Finanstilsynet har påbudt selskabet at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning, at etablere en tilstrækkelig effektiv compliancefunktion samt at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer. Disse påbud er udstedt på baggrund af Finanstilsynets inspektioner i selskabets [udenlandske 1] skadesbehandler, B [udenlandsk selskab], selskabets [udenlandske 3] agent, D [udenlandsk selskab], og selskabets [udenlandske 2] agent, C [udenlandsk selskab]. Påbuddene er derfor givet ud fra en samlet vurdering af de konkrete observationer, som Finanstilsynet har gjort sig i forbindelse med de tre on-site inspektionsbesøg. Påbuddene kan derfor ikke tages som udtryk for, at samme forseelse sanktioneres flere gange.

Selskabet anfører desuden, at Finanstilsynet ikke har kunne konstatere, at selskabets agenter i [land 2] og [land 3] ikke har udført deres opgaver.

Finanstilsynet bestrider ikke dette. Det betyder dog ikke, at selskabets ledelsessystem i tilstrækkelig grad har ført kontrol med agenterne. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har haft de nødvendige metoder og procedurer til at sikre tilstrækkelig overvågning og kontrol med agenterne, idet selskabet blandt andet ikke har fulgt op på de foretagne audits eller dokumenteret disse.

På baggrund af ovenstående er det derfor fortsat Finanstilsynets vurdering, at samtlige påbud i governance-afgørelsen skal tages i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt afvigelsen fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlig.

b) Manglende vurdering af kriterierne i artikel 277 i solvens II-forordningen

Selskabet anfører generelt, at Finanstilsynet ikke har foretaget en korrekt og fyldestgørende vurdering af de kriterier, der fremgår af artikel 277, stk. 1, i solvens II-forordningen, og som er afgørende for, at Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg.

Ad artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen

I henhold til artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen skal Finanstilsynet i vurderingen af, om et selskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, tage højde for følgerne af afvigelsen og hvorvidt afgivelsen skyldes utilstrækkelig opfyldelse af et krav relateret til ledelsessystemet eller manglende opfyldelse af et sådant krav.

Finanstilsynet har i afgørelsen vurderet, at de manglende ressourcer hos B [udenlandsk selskab] har medført en forhøjet risiko for, at selskabet bliver nødt til at genåbne gamle sager, hvilket kan påføre selskabet tab. Selskabet bemærker hertil, at dette ikke kan tilskrives en afvigelse fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, men derimod manglende ressourcer hos skadesbehandleren. Selskabet anfører, at dette falder udenfor vurderingstemaet i artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet vurderer, at situationen med de manglende ressourcer kunne have været undgået, hvis selskabet havde foretaget en tilstrækkelig detaljeret due diligence, hvorfor forholdet vurderes at falde indenfor vurderingstemaet i artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens II-forordningen.

Selskabet bemærker endvidere, at det er udokumenteret fra Finanstilsynets side, at der skulle være en forhøjet risiko for genåbning af gamle sager.

Finanstilsynet bemærker, at det følger af governance-afgørelsen, at det [udenlandske 1] tilsyn i forbindelse med inspektionen i [land 1] har påpeget en række forhold, der kan føre til en stigning i den operationelle risiko, herunder manglende overholdelse af kvalitetsstandarder i forbindelse med skadesbehandlingen, manglende overholdelse af krav til at opbevare optagelse af telefonopkald i forbindelse med anmeldelse af skader, manglende

overholdelse af væsentlige principper i [udenlandsk 1] lovgivning for opgørelse af skader samt manglende information til skadelidte i forbindelse med skadesbehandlingen.

Finanstilsynet har blandt andet på baggrund heraf vurderet, at selskabets kontrol med skadesbehandlere er utilstrækkelig. Finanstilsynet vurderer generelt, at der er forhøjet risiko for genåbning af sager som følge af manglende kontrol af agenter og skadesbehandlere. Eksempelvis fremgår det af governance-afgørelsen, at selskabet ikke følger op på de foretagne audits hos de agenter og skadesbehandlere, hvor Finanstilsynet har været på inspektionsbesøg.

Ydermere anfører selskabet, at Finanstilsynet ikke lægger vægt på, at selskabet generelt har afdækket sin risiko med i gennemsnit 85 pct. via reassurance.

Finanstilsynet bemærker, at det er Finanstilsynets vurdering, at en høj grad af genforsikring ikke medfører, at selskabet ikke er sårbar overfor tab som følge af genåbning af gamle sager, omend risikoen kan begrænses.

Selskabet anfører endvidere, at Finanstilsynet ikke har fremført, på hvilken baggrund den forhøjede risiko for retssager skulle opstå.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet i governance-afgørelsen påbød selskabet at sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande ved at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning. På den baggrund vurderer Finanstilsynet, at risikoen for retssager er højere end, hvis selskabet allerede havde de tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning.

Selskabet bemærker, at artikel 277, stk. 1, litra a, alene vedrører følgerne for selskabet, og ikke følgerne for forsikringstagerne og de begunstigede.

Finanstilsynet bemærker hertil, at det ikke fremgår klart af bestemmelsen, at den kun vedrører følgerne for selskabet. Finanstilsynet har vurderet følgerne for både selskabet og dets forsikringstagere og begunstigede. Finanstilsynet vurderer fortsat, at det er relevant at vurdere følgerne for disse under dette punkt.

Endelig anfører selskabet, at Finanstilsynet udelukkende baserer sin vurdering på forhold konstateret i [land 1].

Finanstilsynet bemærker, at det ikke er korrekt, at Finanstilsynet udelukkende har baseret sin vurdering på forhold konstateret i [land 1]. Finanstilsynet har således også inddraget observationerne fra inspektionsbesøgene i [land 2] og [land 3]. Vurderingen er dermed foretaget på baggrund af selskabets generelle ledelsessystem, men eksemplificeret ved forhold, der har materialiseret sig i

blandt andet [land 1]. Det er normal tilsynspraksis, at Finanstilsynets vurderinger foretages på baggrund af stikprøvevise observationer.

Finanstilsynet vurderer derfor samlet set, at følgerne af afvigelsen fra ledelsesstandarderne er væsentlige og skyldes, at selskabet ikke har tilstrækkelige effektive former for virksomhedsstyring.

Ad artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen

I henhold til artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens II-forordningen skal Finanstilsynet i vurderingen af, om et selskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, tage højde for, hvor sandsynlige og alvorlige eventuelle negative indvirkninger på forsikringstagere og begunstigede er.

Selskabet anfører, at Finanstilsynet ikke har foretaget den nødvendige vurdering i henhold til bestemmelsen. Selskabet anfører i forlængelse heraf, at Finanstilsynet skal kvantificere, hvor sandsynlige de negative indvirkninger på forsikringstagerne og de begunstigede er.

Finanstilsynet vurderer, at artikel 277, stk. 1, litra b, i solvens IIforordningen ikke indeholder et krav om, at sandsynligheden skal kvantificeres. Finanstilsynet har vurderet, at det er sandsynligt, at manglerne i ledelsessystemet har haft og potentielt kan have negative indvirkninger for selskabets forsikringstagere og begunstigede. Dette er blandt andet underbygget af Finanstilsynets inspektionsbesøg hos selskabets agenter og skadesbehandlere i [land 2], [land 3] og [land 1], og er specielt eksemplificeret ved problemerne med skadesbehandlingen i [land 1], hvor der er forsikringstagere og begunstigede, der ikke er behandlet i henhold til [udenlandsk 1] lovgivning, jf. ovenfor under afsnittet om artikel 277, stk. 1, litra a, i solvens IIforordningen.

Selskabet anfører endvidere, at det ikke er afvigelserne fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, der har forårsaget, at forsikringstagerne og de begunstigede ikke er blevet behandlet i overensstemmelse med gældende [udenlandsk 1] lovgivning, men at det skyldes manglende ressourcer hos skadesbehandleren.

Finanstilsynet vurderer, som ovenfor anført, at situationen med de manglende ressourcer kunne have været undgået, hvis selskabet havde foretaget en tilstrækkelig detaljeret due diligence af skadesbehandlerne. Det er således Finanstilsynets vurdering, at det er afvigelserne fra ledelsestandarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, der medfører de eventuelle negative indvirkninger for forsikringstagerne og de begunstigede.

Selskabet anfører desuden, at det ikke er dokumenteret fra Finanstilsynets side, at manglerne i ledelsessystemet skulle kunne medføre, at forsikringstagerne eller de begunstigede ikke skulle få udbetalt den korrekte erstatning.

Finanstilsynet bemærker, at det fremgår af governance-afgørelsen, at B

[udenlandsk selskab] på baggrund af en stikprøve på 30 sager har overtrådt 19 bestemmelser i [udenlandsk 1] lovgivning. Det [udenlandske 1] finanstilsyns inspektionsrapport vedlægges ... Finanstilsynet vurderer på baggrund heraf, at der er forhøjet risiko for, at forsikringstagerne og de begunstigede ikke får udbetalt korrekt erstatning. Finanstilsynet vurderer, at denne risiko ikke kun er tilstede i [land 1], men alle steder, hvor selskabet driver virksomhed på grund af manglerne i selskabets ledelsessystem.

Finanstilsynet vurderer derfor, at det er sandsynligt, at selskabets mangler i ledelsessystemet kan have alvorlige negative indvirkninger på forsikringstagerne og de begunstigede.

Ad artikel 277, stk. 1, litra c, i solvens II-forordningen

I henhold til artikel 277, stk. 1, litra c, i solvens II-forordningen skal Finanstilsynet i vurderingen af, om et selskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, tage højde for arten, omfanget og kompleksiteten af de risici, der er forbundet med selskabets virksomhed.

Selskabet har ikke fremført særlige anbringender vedrørende dette punkt, hvorfor det ikke vil blive behandlet yderligere.

Ad artikel 277, stk. 1, litra d, i solvens II-forordningen

I henhold til artikel 277, stk. 1, litra d, i solvens II-forordningen skal Finanstilsynet i vurderingen af, om et selskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, tage højde for det sandsynlige økonomiske tab, som selskabet ville lide som følge af afvigelsen.

Selskabet anfører i klagen, at Finanstilsynet ikke har vurderet eller kvantificeret det sandsynlige økonomiske tab i forbindelse med en eventuel afvigelse fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet vurderer, at det ikke er et eksplicit krav, at det potentielle økonomiske tab skal kvantificeres eksakt ud fra selskabets data. Ydermere er det Finanstilsynets opfattelse, at et krav om kvantificering af det økonomiske tab ud fra selskabets data vil umuliggøre anvendelsen af et kapitaltillæg som følge af mangler i ledelsessystemet. Finanstilsynet har vurderet, at selskabet kan lide tab som følge af manglerne i ledelsessystemet. Finanstilsynet har som nævnt ovenfor vurderet, at disse kunne opstå som følge af genåbning af gamle sager, retssager eller bøder.

Finanstilsynet vurderer, at det er det sandsynlige tab i en 200-års begivenhed, som skal indgå i overvejelserne om, hvorvidt afvigelserne fra standarderne er væsentlige.

Finanstilsynet har med udgangspunkt i standardformlen estimeret det potentielle økonomiske tab, som selskabet vil lide i en 200-års begivenhed. Til grund for standardformlen ligger en række antagelser. En af disse antagelser er, at selskabet er godt ledet, hvilket er implementeret ved, at den

operationelle risiko maksimalt kan andrage 30 pct. af det primære solvenskapitalkrav (BSCR). Finanstilsynet vurderer, at selskabet ikke er godt ledet, jf. governance-afgørelsen. Finanstilsynet har bedt selskabet om at opgøre selskabets solvenskapitalkrav efter standardformlen, hvor denne antagelse ikke anvendes. Kapitaltillægget udregnes som forskellen mellem selskabets solvenskapitalkrav under antagelse af, at selskabet ikke er veldrevet (dvs. hvor loftet på 30 pct. af BSCR ophæves), og selskabets solvenskapitalkrav under antagelse af, at selskabet er veldrevet (dvs. hvor der er et loft på 30 pct. af BSCR). Selskabet har udregnet kapitaltillægget til 39,2 mio. kr. Finanstilsynet har på den baggrund kvantificeret, hvad selskabet forventeligt må tabe i en 200-års begivenhed som følge af manglerne i ledelsessystemet til 39,2 mio. kr.

Finanstilsynet vurderer således, at Finanstilsynet har påvist og sandsynliggjort, at selskabet kan lide betydelige økonomiske tab som følge af manglerne i ledelsessystemet.

Ad artikel 277, stk. 1, litra e, i solvens II-forordningen

I henhold til artikel 277, stk. 1, litra e, i solvens II-forordningen skal Finanstilsynet i vurderingen af, om et selskabs ledelsessystem afviger væsentligt fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed, tage højde for afvigelsens forventede varighed.

Selskabet anfører, at Finanstilsynet ikke har foretaget en vurdering af afvigelsens forventede varighed.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet i afgørelsen om fastsættelse af kapitaltillæg har vurderet, at det vil tage selskabet mindst et år at efterleve påbuddene i governance-afgørelsen.

Finanstilsynets vurdering baserer sig på, at selskabet skal

- a) sikre en effektiv compliancefunktion, der har kendskab til den lokale lovgivning i de jurisdiktioner, som selskabet opererer i,
- b) sikre en effektiv kontrol med de outsourcede aktiviteter, hvilket er en omfattende opgave under hensyntagen til selskabets brug af outsourcing,
- c) sikre en effektiv intern auditfunktion, og at denne er uafhængig, samt at få ansat en nøgleperson for den interne auditfunktion, og
- d) sikre en effektiv risikostyringsfunktion, der kan overvåge og identificere risiciene i samtlige de jurisdiktioner, som selskabet opererer i.

Finanstilsynet vurderer, at samtlige ovenstående forhold er tidskrævende at få implementeret. Finanstilsynet vurderer, at selskabet formentlig skal bruge flere ressourcer for at opfylde kravene, og at det efterfølgende kræver tid at sikre, at Finanstilsynets påbud efterleves. Finanstilsynet vurderer, at det er væsentligt, at ledelsessystemet fungerer i praksis, og ikke blot, at nye tiltag er nedskrevet eller igangsat, hvorfor det vurderes, at efterlevelse af påbuddene vil tage mindst et år.

Finanstilsynet vurderer samlet set, at afvigelserne fra standarderne i § 71 i lov om finansiel virksomhed er væsentlige, hvorfor kravene i artikel 277, stk. 1, i solvens II-forordningen anses for opfyldte.

3.3. Forhindrer selskabet i at identificere, måle, overvåge, styre og rapportere risici

Selskabet anfører, at Finanstilsynet ikke har påvist, at selskabet er ude af stand til at identificere, måle, overvåge og rapportere om de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet i governance-afgørelsen har vurderet, at selskabets kontrol med de outsourcede aktiviteter er mangelfuld, og at selskabets risikostyringsfunktion, compliancefunktion og intern auditfunktion ikke er effektive. Finanstilsynet vurderer, at disse mangler gør, at selskabet ikke er i stand til at identificere, måle, overvåge og styre sine risici.

Det forhold, at selskabets indtegning og skadesbehandling foretages af eksterne outsourcingleverandører, nødvendiggør en høj grad af kontrol med de outsourcede aktiviteter. Finanstilsynet har i governance-afgørelsen vurderet, at denne kontrol ikke er tilstrækkelig, hvorfor Finanstilsynet vurderer, at selskabet ikke kan identificere, måle, overvåge og styre sine risici i tilstrækkelig grad.

Compliancefunktionen skal sikre, at selskabet overholder lovgivningen i de jurisdiktioner, hvor selskabet er tilstede. Finanstilsynet har i governance-afgørelsen vurderet, at compliancefunktionen ikke sikrede dette, hvorfor selskabet efter Finanstilsynets vurdering ikke anses for at være i stand til at identificere, måle, overvåge og styre sine risici i tilstrækkelig grad.

Risikostyringsfunktionen skal sikre selskabets overvågning af risici, og beror i høj grad på håndteringen af bordereaux'er fra agenter og skadesbehandlere. Finanstilsynet vurderer i governance-afgørelsen, at selskabets risikostyringsfunktion ikke sikrer en tilstrækkelig og betryggende håndtering af disse data. Finanstilsynet vurderer derfor, at selskabet ikke er i stand til at identificere, måle, overvåge og styre sine risici i tilstrækkelig grad.

Afslutningsvis anfører selskabet, at såfremt selskabets ledelsessystem var ude af stand til at identificere, måle og overvåge relevante risici, må det formodes, at dette konkret havde givet anledning til yderligere forhold hos de lokale agenter.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet har været på inspektionsbesøg hos en af selskabets skadesbehandlere i [land 1], en agent i [land 2] og en agent/skadesbehandler i [land 3]. Finanstilsynet vurderer i governance-afgørelsen, at selskabets kontrol med alle tre outsourcingleverandører var mangelfuld. Finanstilsynet har ikke foretaget inspektionsbesøg hos samtlige selskabets agenter og skadesbehandlere. Finanstilsynet vurderer, at det forhold, at et problem ikke har materialiseret sig, ikke er ensbetydende med, at selskabets overvågning er tilstrækkelig. Finanstilsynet har således i

governance-afgørelsen vurderet, at selskabets overvågning af outsourcede aktiviteter ikke er tilstrækkelig.

3.4. Andre foranstaltninger er ikke tilstrækkelige indenfor en passende tidshorisont

Selskabet anfører i klagen, at Finanstilsynet, ved ikke at fastsætte en tidsfrist og ved at vurdere, at opfyldelsen af påbuddene mindst vil tage et år, omgår kravet om, at kapitaltillæg alene kan fastsættes som en sidste udvej og alene hvor andre – mindre indgribende foranstaltninger – ikke er tilstrækkelige indenfor en vis tidshorisont.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet har vurderet, at det vil tage mindst et år at efterleve påbuddene i governance-afgørelsen, hvorfor påbuddene i governance-afgørelsen er ineffektive på kort sigt. Finanstilsynet vurderer derfor, at der ikke er andre muligheder end at pålægge selskabet et kapitaltillæg med henblik på at varetage forsikringstagernes og de begunstigedes interesser.

Selskabet anfører, at selskabet kan efterleve påbuddene indenfor kort tid, idet selskabet er ved at implementere procedurer til overvågning af outsourcing-leverandørerne. Herudover vil selskabet sikre en effektiv intern auditfunktion ved at engagere eksterne ressourcer.

Finanstilsynet vurderer, at der er behov for at sikre, at ledelsessystemet fungerer i praksis, og ikke blot, at nye tiltag er nedskrevet eller igangsat, hvorfor Finanstilsynet vurderer, at efterlevelse af påbuddene vil tage mindst et år. Det forhold, at der foreligger nye opdaterede procedurer betyder ikke, at disse fungerer i praksis eller bliver fulgt. Det forhold, at selskabet har engageret et firma til at foretage audits af selskabets agenter og skadesbehandlere betyder dermed ikke, at selskabets interne kontrolprocedurer er sikret og fungerer effektivt. Det forhold, at selskabet har engageret eksterne ressourcer til den interne auditfunktion betyder tilsvarende ikke, at selskabets auditfunktion er effektiv på kort sigt.

På baggrund af ovenstående vurderer Finanstilsynet, at andre foranstaltninger ikke er tilstrækkelige indenfor en passende tidshorisont. Kapitaltillægget skal derfor sikre, at de yderligere risici, som selskabets ineffektive ledelsessystem medfører, imødegås med kapital, indtil Finanstilsynet har vurderet, at påbuddene i governance-afgørelsen er efterlevet.

3.5. Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

Selskabet anfører i klagen, at Finanstilsynet har undladt at fastsætte kapitaltillægget i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet under anvendelse af fremgangsmåden i artikel 286 i solvens II-forordningen. Selskabet anfører i den forbindelse, at Finanstilsynet ikke har foretaget en vurdering af det sandsynlige økonomiske tab som følge af afvigelserne i § 71 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet henviser til Finanstilsynets bemærkninger i afsnit 3.2. til artikel 277, stk. 1, litra d, i solvens II-forordningen.

Selskabet anfører endvidere, at der ikke er hjemmel til at fastsætte kapitaltillægget under henvisning til artikel 204 i solvens II-forordningen.

Finanstilsynet bemærker, at Finanstilsynet ikke har fastsat kapitaltillægget under henvisning til artikel 204 i solvens II-forordningen. Finanstilsynet har alene foretaget vurderingen af størrelsen af kapitaltillægget med udgangspunkt i artikel 204 i solvens II-forordningen.

K A/S anvender standardformlen i solvens II-forordningen til at opgøre sit solvenskapitalkrav. Til grund for standardformlen ligger en række antagelser. En af disse antagelser er, at selskabet er godt ledet. Finanstilsynet vurderer, at selskabet ikke er godt ledet, jf. governance-afgørelsen. Finanstilsynet har bedt selskabet om at opgøre selskabets solvenskapitalkrav efter standardformlen, hvor denne antagelse ikke anvendes. Kapitaltillægget udregnes som forskellen mellem selskabets solvenskapitalkrav under antagelse af, at selskabet ikke er veldrevet, og selskabets solvenskapitalkrav under antagelse af, at selskabet er veldrevet. Finanstilsynet har på den baggrund kvantificeret, hvad selskabet forventeligt må tabe i en 200-års begivenhed som følge af manglerne i ledelsessystemet. Finanstilsynet vurderer, at dette er proportionelt med de væsentlige risici, der opstår som følge af manglerne i ledelsessystemet.

Da selskabets ledelsessystem efter Finanstilsynets opfattelse er ineffektivt, er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet på 39,2 mio. kr. er en proportional reaktion.

4. Konklusion

Finanstilsynet har ved afgørelse af 10. juli 2019 pålagt K A/S et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet på 39,2 mio. kr. Finanstilsynet vurderer således, at betingelserne for, at Finanstilsynet kan fastsætte et krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet til K A/S er opfyldte, jf. § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Med henvisning til bemærkningerne i afsnit 3 fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 10. juli 2019 om fastsættelse af kapitaltillæg og gør derfor gældende, at klagen over Finanstilsynets afgørelse ikke tages til følge. Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at K A/S i sin klage ikke har anført forhold eller tilvejebragt nye oplysninger i sagen, der har givet Finanstilsynet anledning til en ændret vurdering i sagen.
..."

K A/S har herefter i indlæg af 5. september 2019 anført følgende:

"1. SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

1.1 Ad. Manglende hjemmel og proportionalitet

Det fastholdes, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til på det foreliggende grundlag at fastsætte et kapitaltillæg. Som anført i Klageskriftet kan der alene fastsættes et kapitaltillæg i exceptionelle tilfælde, hvor andre tilsynsforanstaltninger enten er ineffektive eller uhensigtsmæssige. Kapitaltillæggets exceptionelle karakter understøttes af, at der i 2017 kun er pålagt et kapitaltillæg i 23 tilfælde i hele Den Europæiske Union, jf. Klageskriftets bilag 10, s. 11. Heraf er langt de fleste (19) pålagt som følge af, at selskabets risikoprofil afviger væsentligt fra de antagelser, der ligger til grund for solvenskapitalkravet, jf. Solvens II Direktivets artikel 37, stk. 1, litra a, mens kun 2 kapitaltillæg er pålagt som følge af, at ledelsessystemet vurderes at afvige væsentligt fra standarderne, jf. Solvens II Direktivets art. 37, stk. 1, litra c.

Det fastholdes i den forbindelse tilsvarende, at der ved vurderingen af om en tilsynsforanstaltning er ineffektiv må tages udgangspunkt i om tilsynsforanstaltningen generelt er egnet til at sanktionere det pågældende forhold samt om den i det konkrete tilfælde har virket. En sådan vurdering har Finanstilsynet imidlertid ikke foretaget og allerede derfor mangler Finanstilsynet hjemmel til at fastsætte et kapitaltillæg.

Det bestrides tilsvarende fortsat, at Finanstilsynet uden videre og uden nærmere dokumentation kan fastsætte et kapitaltillæg med henvisning til, at påbuddene først vil kunne opfyldes inden for et år.

Finanstilsynet gør således gældende at (i) påbuddene er ineffektive på kort sigt ... samt (ii) at foranstaltningerne (dvs. påbuddene) ikke vil kunne udbedre manglerne inden for en passende tidshorisont ...

I den forbindelse gøres det gældende, at Selskabet allerede har gennemført adskillige tiltag til opfyldelse af Governance Afgørelsen. Det er således Selskabets vurdering, at en stor del af påbuddene vedrørende (i) Onboarding, (ii) Compliance, (iii) Kontrol af outsourcete aktiviteter og (iv) Intern auditfunktionen enten er opfyldt eller vil blive opfyldt inden for en nærmere bestemt tidsperiode. Kun enkelte dele af påbuddene vil kræve en længere tidsperiode for at blive fuldt implementeret. Det er dog ikke Selskabets vurdering, at denne tidsperiode vil være på et helt år ... Selskabets skrivelse af 2. september 2019 til Finanstilsynet med tilhørende Appendix 1-23 ... dokumenterer de gennemførte tiltag til opfyldelse af ovenstående påbud.

Uagtet at dette forhold ikke er en del af Finanstilsynets påbud eller nærværende klage, skal det supplerende bemærkes, at Selskabet allerede har adresseret de forhold som det [udenlandske 1] finanstilsyn anfører i deres inspektionsrapport ..., jf. herved Selskabets skrivelse af 7. august 2019...

Idet Selskabet allerede på nuværende tidspunkt har opfyldt påbuddene eller vil opfylde disse inden for en nærmere bestemt tidsperiode, har Finanstilsynet således ikke den fornødne hjemmel til at fastsætte et kapitaltillæg.

Selv i det tilfælde, hvor Erhvervsankenævnet uprøvet måtte lægge Finanstilsynets vurdering til grund, mangler Finanstilsynet imidlertid stadig hjemmel til at fastsætte et kapitaltillæg.

I de tilfælde, hvor der efter FIL § 350 b/art. 37 i Solvens II Direktivet er hjemmel til at fastsætte et kapitaltillæg, skal kapitaltillægget fastsættes ved en afgørelse, der skal opfylde betingelserne i art. 4, stk. 2, i Gennemførelsesforordningen. Følges denne procedure, udstedes der i givet fald ingen påbud, idet betingelsen for anvendelsen af kapitaltillægssanktionen netop er, at andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive.

Dette er imidlertid ikke tilfældet her. Tværtimod valgte Finanstilsynet - i strid med sin egen argumentation - den 5. juli 2019 netop at udstede et antal påbud ... dvs. 5 dage forud for at Finanstilsynet ved afgørelse af 10. juli 2019 fastsatte et kapitaltillæg med henvisning til, at andre tilsynsforanstaltninger var ineffektive.

Det gøres i den forbindelse gældende, at det utvivlsomt følger af art. 37 i Solvens II Direktivet, at der alene kan fastsættes et kapitaltillæg, hvor andre foranstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige, hvilket pr. definition udelukker, at der på samme tid kan være udstedt påbud og fastsat kapitaltillæg vedrørende de samme forhold.

Idet påbuddene er udstedt forud for kapitaltillægget, gøres det herefter gældende, at disse har forrang, ligesom de forhindrer fastsættelsen af et kapitaltillæg.

Endelig gøres det gældende, at den almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsgrundsætning sammenholdt med det eksplicitte proportionalitetsprincip i Solvens II Direktivets art. 37, stk. 2, tilsiger, at den mindst indgribende foranstaltning opretholdes. Dermed er det tilsvarende klart, at der ikke i dette tilfælde kan fastsættes et kapitaltillæg.

Selskabet har noteret sig, at Finanstilsynet tilsyneladende nu gør gældende, at påbuddene i realiteten var udtryk for de foranstaltninger, som Selskabet skulle træffe med henblik på, at fjerne kapitaltillægget, henholdsvis de mangler som skulle afhjælpes ... Det gøres gældende, at dette ikke kan være tilfældet af følgende grunde:

For det *første* blev påbuddene udstedt den 5. juli 2019, dvs. forud for afgørelsen om kapitaltillægget. Det må have formodningen imod sig, at Finanstilsynet allerede på dette tidspunkt kunne fastsætte, hvilke foranstaltninger Selskabet skulle træffe for at fjerne et kapitaltillæg, der end ikke var fastsat endnu. I givet fald ville dette være i strid med grundlæggende forvaltningsretlige regler.

For det *andet* fremgår det intetsteds af Governance Afgørelsen, at denne i givet fald er truffet med hjemmel i FIL 350 b og at påbuddene reelt er udtryk for de foranstaltninger, der skal træffes for at fjerne kapitaltillægget, jf. art. 4, stk. 2, i Gennemførelsesforordningen. Såfremt dette var tilfældet, burde dette

som minimum have været anført i det retlige grundlag for afgørelsen, hvilket det ikke er.

Endelig bemærkes det, at Governance Afgørelsen og de heri indeholdte påbud i det hele fremstår som værende egentlig tilsynsretlige påbud, ligesom Governance Afgørelsen konsekvent anvender terminologien "påbud" og "påbyder". Intet sted fremgår det derimod, at der alene er tale om afhjælpningsforanstaltninger fastsat i medfør af art. 4, stk. 2, i Gennemførelsesforordningen.

Derudover bemærkes det, at der er en væsentlig retlig forskel imellem udstedelsen af påbud samt fastsættelsen af afhjælpningsforanstaltninger.

Tilsidesættelsen af påbud er direkte sanktioneret i FIL, jf. således FIL§ 250, stk. 2, hvorefter manglende opfyldelse af påbud inden for en af Finanstilsynet fastsat frist i sidste ende kan føre til, at et forsikringsselskab skal træde i likvidation. Omvendt er afhjælpningsforanstaltninger ikke strafsanktionerede, idet disse alene er afgørende for, hvornår et fastsat kapitaltillæg bortfalder.

Det må i den forbindelse lægges til grund, at i det omfang Selskabet ikke har efterkommet Finanstilsynets påbud inden den 1. september 2019, henholdsvis undlader at efterkomme disse fremadrettet, så ville dette på sigt kunne medføre yderligere sanktioner fra Finanstilsynet. Dermed er det klart, at påbuddene er udtryk for egentlige tilsynsretlige påbud og dermed ikke er afhjælpningsforanstaltninger i Gennemførelsesforordningens forstand.

Dermed er det tillige klart, at idet Finanstilsynet netop har anvendt en mindre indgribende tilsynsforanstaltning, kan der ikke samtidigt - for de selvsamme forhold - fastsættes et kapitaltillæg.

Sammenfattende er det således Selskabets opfattelse, at der ikke er hjemmel til at fastsætte et kapitaltillæg, idet (i) Finanstilsynet ikke kan konkludere, at andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive, allerede fordi Finanstilsynet ikke har foretaget en sådan vurdering, (ii) det forhold, at påbuddene allerede i høj grad er opfyldt, dokumenterer, at påbuddene har været effektive samt (iii) det forhold at Finanstilsynet har udstedt et antal påbud og dermed har taget en mindre indgribende tilsynsforanstaltning i brug i sig selv udelukker fastsættelsen af et kapitaltillæg.

1.2 Ad. Væsentlig afvigelse der forhindrer Selskabet i at identificere, måle, overvåge, styre og rapportere risici

Selskabets fastholder, at væsentlighedsbetingelsen i art. 37, stk. 1, litra c, i Solvens II Direktivet alene kan anses for at være opfyldt, hvor afvigelsen fra ledelsesstanderne, dvs. *in casu* FIL § 71 og Ledelsesbekendtgørelsen, er så massiv, at dette reelt *forhindrer* Selskabet i at identificere, måle, overvåge, styre og rapportere de risici, som det er eller måtte blive udsat for.

Dette er ingenlunde tilfældet.

Finanstilsynet har alene identificeret et tilfælde hos Selskabets [udenlandske 1] skadesbehandler, hvor Finanstilsynet er af den opfattelse, at Selskabet ikke har gennemført en tilstrækkelig due diligence af skadesbehandleren og at Selskabet i givet fald ville have kunnet konstatere, at skadesbehandleren ikke havde tilstrækkelige ressourcer til at håndtere opgaven.

Det fastholdes i den forbindelse, at Outsourcingsbekendtgørelsen ikke er en del af ledelsesstandarderne i FIL § 71. Det forhold, at FIL § 350 b hjemler en særdeles vidtgående ret til - i exceptionelle tilfælde - at pålægge et forsikringsselskab et kapitaltillæg i tilfælde af en væsentlig afvigelse fra standarderne i FIL § 71, udelukker enhver udvidende fortolkning af FIL § 71 eller Ledelsesbekendtgørelsen.

Forholdet kan heller ikke anses for at være omfattet af FIL § 71, stk. 1, nr. 4, hvorefter Selskabet skal have effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, virksomheden er eller kan blive udsat for. Selskabet bemærker således, at Finanstilsynet ikke har udstedt påbuddene vedrørende outsourcing med henvisning til denne bestemmelse, men derimod med henvisning til Outsourcingsbekendtgørelsen, der netop ikke er en del af FIL § 71.

Endelig bemærkes det, at FIL § 71, stk. 1, nr. 4, i øvrigt alene indeholder et krav om, at Selskabet har de fornødne procedurer, dvs. politikker og retningslinjer, til at identificere og forvalte etc. de relevante risici. Det må i den forbindelse lægges til grund som værende uomtvistet, jf. herved også Finanstilsynets svarskrift ... at Selskabet har haft disse procedurer. Finanstilsynets anbringende er således alene, at Selskabet i et enkelt konkret tilfælde ikke har fulgt disse procedurer, idet Finanstilsynet er af den opfattelse, at den gennemførte due diligence har været utilstrækkelig.

Samlet set fastholdes det, at der ved vurdering af, om der foreligger en væsentlig afvigelse, alene kan tages hensyn til påbuddet vedrørende den interne auditfunktion, idet påbuddene om at etablere en tilstrækkelig effektiv compliance- og risikostyringsfunktion samt sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer primært er baseret på forhold omkring Selskabets outsourcing, særligt forhold observeret hos Selskabets [udenlandske 1] skadesbehandler. Dermed er det tillige klart, at væsentlighedskriteriet ikke er opfyldt.

1.3 Utilstrækkelig vurdering af kriterierne i art. 277 i Solvens II Forordningen

(a) Generelt

I forhold til art. 277 i Solvens II Forordningen bemærkes det indledningsvist, at fastsættelsen af et kapitaltillæg er en særdeles indgribende foranstaltning og udgør en undtagelse til hovedreglen om, at forsikringsselskaber alene skal holde den kapital, der følger af bestemmelserne i Solvens II Direktivet og som er standardiseret i hele Den Europæiske Union.

Formålet med bestemmelsen er således dels at sikre, at der alene fastsættes et kapitaltillæg i situationer, hvor afvigelsen fra ledelsesstandarderne med stor sandsynlighed medfører betydelige tab for såvel forsikringsselskabet samt forsikringstagerne og de begunstigede, dels at anviser en metode for beregningen af størrelsen af et eventuelt kapitaltillæg.

Det bemærkes således, at ved fastsættelse af kapitaltillæg i medfør af Solvens II Direktivets art. 37, stk. 1, litra a, (dvs. som følge af, at forsikringsselskabets risikoprofil afviger fra antagelserne i standardformlen) eller art. 37, stk. 1, litra b, (dvs. som følge af, at forsikringsselskabet risikoprofil afviger fra antagelserne i en intern model eller i en partiel intern model) fastsættes kapitaltillægget i overensstemmelse med art. 282-285 i Solvens II Forordningen, der detaljeret regulerer, hvorledes kapitaltillægget skal fastsættes.

Anderledes forholder det sig, såfremt kapitaltillægget fastsættes i henhold til Solvens II Direktivets art. 37, stk. 1, litra c - hvilket er den relevante bestemmelse for nærværende sag - idet fastsættelsen af kapitaltillægget her, jf. art. 286 i Solvens II Forordningen, alene skal ske på baggrund af faktorerne i Solvens II Forordningens art. 277 samt på baggrund af tidligere afgørelser i sammenlignelige tilfælde.

Ovenstående medfører i praksis, at der alene kan ske en korrekt fastsættelse af kapitaltillægget, såfremt der foretages en grundig vurdering af kriterierne i art. 277 i Solvens II Forordningen, herunder især kriteriet i bestemmelsens stk. 1, litra d, vedrørende det forventede økonomiske tab, idet dette i praksis vil være udslagsgivende for størrelsen af et eventuelt kapitaltillæg.

Som yderligere anført under afsnit 1.3(d) nedenfor bevirker Finanstilsynet manglende vurdering, at Finanstilsynet er ude af stand til at fastsætte et kapitaltillæg i overensstemmelse med art. 286 i Solvens II Forordningen.

Endelig skal det bemærkes, at det intetsteds fremgår eller i øvrigt kan lægges til grund, at beregningen af kapitaltillæg kan baseres på eller tage udgangspunkt i art. 204 i Solvens II Forordningen. Denne bestemmelse vedrører alene, hvorledes kapitalkravet for operationelle risici generelt beregnes, og på ingen måde hvorledes kapitaltillæg skal opgøres eller fastsættes i et tilfælde som det foreliggende. Det er derfor udelukket, at Finanstilsynet kan tage udgangspunkt i art. 204 i Solvens II Forordningen ved fastsættelsen af kapitaltillægget.

(b) Art. 277, stk. 1, litra a: Følgerne for Selskabet

Indledningsvist skal det fastholdes, at vurderingstemaet for litra a er følgerne af afvigelserne for Selskabet og ikke for forsikringstagerne og de begunstigede. Indvirkningerne på sidstnævnte skal derimod vurderes efter litra b. Såfremt Finanstilsynets fortolkning af bestemmelsen havde været korrekt, ville litra b være overflødig, idet vurderingen af indvirkningen på forsikringstagerne i givet fald allerede havde været foretaget under litra a.

I forhold til selve vurderingen fastholdes det, at der skal foretages en kvantificering af følgerne med henblik på at konstatere, om væsentlighedskriteriet er opfyldt. Såfremt følgerne er meget begrænsede, taler dette alt andet lige for, at afvigelserne ikke har været væsentlige i henhold til art. 37 i Solvens II Direktivet.

Finanstilsynet gør i den forbindelse gældende, at følgerne primært består i *"en forhøjet risiko for, at selskabet bliver nødt til at genåbne gamle sager, hvilket kan påføre selskabet tab"*.

Som anført i såvel Selskabets høringssvar og Klageskriftet foreligger der ingen dokumentation for, at der skulle være en sådan forhøjet risiko. Samtlige sager fra perioden med sagsbehandlingsefterslæbet er således blevet behandlet og afgjort og Selskabet er ikke bekendt med, at der skulle være rejst nogen krav om genåbning af sådanne sager. Såfremt Finanstilsynet måtte ligge inde med andre oplysninger desangående, opfordres Finanstilsynet til at fremlægge disse.

I forhold til eventuelt tab i forbindelse med en sådan genåbning forudsætter bestemmelsen tillige, at foretages en kvantificering af disse - enten direkte i forbindelse med vurderingen i litra a eller i forbindelse med den generelle opgørelse af tab under litra d. Ved denne opgørelse må andelen af genforsikring på det [udenlandske 1] marked (95%) indgå. En sådan vurdering er imidlertid på ingen måde foretaget, ligesom der end ikke foreligger et skøn over de forventede tab.

Endelig skal det fastholdes, at Finanstilsynet ved vurdering af følgerne alene kan tage udgangspunkt i forholdene i [land 1].

Finanstilsynet baserer således i al væsentlighed [sit] påbud på, at Selskabet efter Finanstilsynets opfattelse ikke har gennemført en tilstrækkelig due diligence af sin skadesbehandler i [land 1], samt at dette ikke skyldes manglende procedurer eller retningslinjer på området, men derimod en manglende efterlevelse af disse.

Finanstilsynet har imidlertid ikke kunne konstatere, at dette tillige skulle gøre sig gældende i forbindelse med sine inspektioner hos Selskabets agenter i [land 2] og [land 3], hvoraf [land 2] udgør ca. 60 % af Selskabets forretning og dermed den største bestanddel af Selskabets forsikringsportefølje. Dermed er det også klart, at det forhold at Finanstilsynet har konstateret et enkeltstående tilfælde af en utilstrækkelig due diligence ikke kan danne baggrund for en konklusion om, at Selskabet generelt ikke efterlever sine egne regler og procedurer ved onboarding af skadesbehandlere.

Når Finanstilsynet således anfører ... at *"Finanstilsynet har således også inddraget observationerne fra inspektionsbesøgene i [land 2] og [land 3]. Vurderingen er dermed foretaget på baggrund af selskabets generelle ledelsessystem, men eksemplificeret ved forhold, der har materialiseret sig i blandt andet [land 1]. Det er normal tilsynspraksis, at Finanstilsynets*

vurderinger foretages på baggrund af stikprøvevise observationer", så er dette ikke korrekt.

Finanstilsynet har således ikke konstateret mangler ved onboardingen af agenterne i [land 2] eller [land 3], ligesom påbuddene vedrørende outsourcing alene baserer sig på forholdene i [land 1].

Det er i den sammenhæng bemærkelsesværdigt, at Finanstilsynets kritik - efter at have gennemført to on-site inspektioner af Selskabets største agenter i henholdsvis [land 2] og [land 3] - begrænser sig til en konstatering af, at Selskabet ikke har dokumentation for, at der var blevet fulgt tilstrækkeligt op på anbefalinger fra allerede gennemførte audits eller den løbende kontakt, som Selskabet i øvrigt har haft med de pågældende agenter ... Der er således intet i Governance Afgørelsen, som giver grundlag for at antage, at de nævnte forhold i [land 1] på nogen måde skulle gøre sig gældende for andre agenter eller skadesbehandlere i andre lande.

(c) Art. 277, stk. 1, litra b: Indvirkningen på forsikringstagerne og de begunstigede

Det er ikke korrekt, når Finanstilsynet lægger til grund, at litra b ikke indeholder et krav om kvantificering af sandsynligheden for, at der som følge af afvigelserne indtræder forhold, som vil have en alvorlig og negativ indvirkning på forsikringstagerne m.v.

Det fremgår således direkte af litra b, at det skal vurderes *"hvor sandsynlige og alvorlige eventuelle negative indvirkninger på forsikringstagere og begunstigede er"*.

Der foreligger imidlertid ingen vurdering af sandsynligheden, ligesom Finanstilsynet end ikke har vurderet forholdet i relation til de angivelige mangler. Eksempelvis forekommer det ikke åbenbart, hvorledes en for sen aflevering af Selskabets årsregnskab har en alvorlig negativ indvirkning på forsikringstagerne.

Finanstilsynet nøjes alene med at konstatere, at der tilsyneladende er en sådan indvirkning og at dette bl.a. skulle underbygges af Finanstilsynets inspektionsbesøg hos Selskabets agenter og skadesbehandlere i [land 2], [land 3] og [land 1]. Finanstilsynet fremlægger imidlertid ingen dokumentation for denne indvirkning på forsikringstagere i [land 2] og [land 3]. I overensstemmelse med Finanstilsynets øvrige gennemgang baserer denne sig igen alene på forholdene i [land 1]. Dette er i sig selv bemærkelsesværdigt, såfremt Finanstilsynet er af den opfattelse, at manglerne i ledelsessystemet er så omfattende, at de berettiger til fastsættelse af et kapitaltillæg.

I forhold til de negative indvirkninger på forsikringstagerne i [land 1] fremlægger Finanstilsynet et uddrag af en inspektionsrapport fra det [udenlandske 1] finanstilsyn. Det fremgår imidlertid ingen steder, at manglerne ved ledelsessystemet - in casu den ufuldstændige due diligence af

skadesbehandleren i [land 1] - har medført en forøget risiko for, at forsikringstagerne ikke har fået udbetalt korrekt erstatning.

Det fremgår alene af rapporten, at den [udenlandske 1] skadesbehandler tilsyneladende ikke har overholdt visse oplysnings- og informationskrav i forbindelse med skadesbehandlingen. Forholdene er i øvrigt allerede blevet berigtiget ...

Endelig bemærkes det, at ovenstående i givet fald alene gør sig gældende for Selskabets forretning i [land 1]. Der er således ikke holdepunkter for - som Finanstilsynet gør - at antage, at denne risiko også er tilstede i andre lande, hvor Selskabet driver virksomhed. For det *første* fordi Finanstilsynet ikke har kunnet konstatere, at der ikke skulle være gennemført en tilstrækkelig due diligence i forhold til Selskabets øvrige agenter eller skadesbehandlere (herunder Selskabets agenter i [land 2] og [land 3]). For det *andet* fordi der ikke har været indikationer på eller i øvrigt holdepunkter for at antage, at Selskabets agenter og skadesbehandlere i sådanne jurisdiktioner ikke overholder lokal lovgivning. Det fremstår således som værende særdeles uklart, på hvilken baggrund en rapport fra det [udenlandske 1] finanstilsyn om, at Selskabets [udenlandske 1] skadesbehandler ikke måtte have overholdt [udenlandsk 1] lov, kan underbygge et synspunkt om, at eksempelvis Selskabets agenter i [land 2] og [land 3] ikke overholder [udenlandske 2] eller [udenlandsk 3] ret.

(d) Art. 277, stk. 1, litra d: Sandsynligt økonomisk tab

Det er faktisk forkert, når Finanstilsynet anfører, at der ikke er et eksplicit krav i litra d om, at det økonomiske tab skal kvantificeres.

Det fremgår af litra d, at der skal tages højde for "det sandsynlige økonomiske tab, som selskabet vil lide som følger af afvigelsen". Dette er i sagens natur et eksplicit krav om, at tabet skal kvantificeres. Ideelt set indebærer dette, at sandsynligheden for tab multipliceres med tabets størrelse i tilfælde af, at dette materialiserer sig. I tilfælde af, at det ikke er muligt mere eksakt at fastslå sandsynligheden for tab, må der foretages et begrundet skøn, herunder på baggrund af de vurderinger der er foretaget under litra a og litra b.

Når Finanstilsynet vurderer, at et sådant krav vil umuliggøre anvendelsen af kapitaltillæg som følger af mangler i ledelsessystemet, så er dette ikke korrekt. Det skyldes derimod alene, at Finanstilsynet dels ikke har foretaget den påkrævede vurdering af kriterierne i art. 277 i Solvens II Forordningen, dels at der ikke foreligger en væsentlig afvigelse fra FIL § 71, herunder at Selskabet ikke har og ikke vil lide nogle tab som følge af de eventuelle afvigelser fra FIL § 71.

Supplerende gøres det i øvrigt gældende, at Finanstilsynets vurdering af, at dette angiveligt vil umuliggøre anvendelsen af kapitaltillæg som tilsynsforanstaltning, er irrelevant, når det udtrykkeligt fremgår af art. 286, stk. 1, litra d, i Solvens II Forordningen, at der skal foretages en sådan kvantificering.

Endelig fastholdes det, at der ikke er hjemmel til at fastsætte kapitaltillægget med henvisning til eller i øvrigt med udgangspunkt i art. 204 i Solvens II Forordningen, jf. herved Solvens II Forordningens art. 286. Når Finanstilsynet således helt uhjemlet henviser til art. 204 i Solvens II Forordningen og i den forbindelse uden videre konkluderer, at et kapitaltillæg svarende til en fordobling af den operationelle risiko vil være "passende", så er dette reelt udtryk for, at Finanstilsynet ikke har været i stand til påvise eller blot sandsynliggøre, at manglerne i ledelsessystemet vil føre til tab eller forventede tab.

e) Art. 277, stk. 1, litra e: Afvigelseernes forventede varighed

Det fastholdes, at Finanstilsynet ikke har foretaget en vurdering af afvigelsens varighed, hvilket er i strid med litra e. I stedet har Finanstilsynet helt arbitrært - og formentlig for at søge at tilvejebringe det fornødne hjemmelsgrundlag - vurderet, at afvigelserne mindst vil tage et år at udbedre. Der er intet grundlag for denne vurdering og det forhold, at Selskabet allerede nu har opfyldt en stor del af påbuddene, viser, at Finanstilsynets vurdering har været fejlagtig.

Selskabet har noteret sig, at Finanstilsynet i Svarskriftet gør gældende, at - uagtet at Finanstilsynet på tidspunktet for Svarskriftets afgivelse end ikke var bekendt med Selskabets tiltag i relation til påbuddene - tilsyneladende konkluderer, at det forhold, at Selskabet har iværksat en række foranstaltninger, ikke er ensbetydende med, at disse virker.

Eksempelvis anføres det, at det forhold, at Selskabet har opdateret sine procedurer, ikke er ensbetydende med, at disse bliver fulgt.

Selskabet anerkender, at Finanstilsynet efter omstændighederne kan have behov for at verificere påbuddenes opfyldelse. Selskabet gør imidlertid gældende, at det må anses for at være usagligt, når Finanstilsynet i forbindelse med fastsættelsen af kapitaltillægget dels uden videre forudsætter, at Selskabet ikke på kort sigt kan opfylde påbuddene, dels antager, at såfremt disse påbud rent faktisk opfyldes inden for kort tid, så vil disse tilsyneladende ikke blive fulgt i praksis."

Supplerende vedrørende sagens omstændigheder:

Finanstilsynets "Afgørelse vedrørende governance" af 5. juli 2019 indeholder i afsnit 1 sålydende afgørelse:

"1. Afgørelse

K A/S (herefter K A/S eller selskabet) modtager følgende tilsynsreaktioner fra Finanstilsynet:

Outsourcing til agenter og skadesbehandlere (onboarding)

- Selskabet påbydes at sikre, at der fremadrettet foretages en detaljeret undersøgelse af outsourcingleverandører, jf. art. 274, stk. 3 (a) i Solvens II-forordningen.

Dokumentation herfor fremsendes til Finanstilsynet senest den 1. september 2019.

Compliance

- Finanstilsynet påbyder selskabet at sikre, at outsourcing ikke sker på en måde, der kan være til hinder for, at selskabet til stadighed kan tilbyde forsikringstagerne en tilfredsstillende service, jf. § 8 a, stk. 1, nr. 4, i outsourcingbekendtgørelsen.
- K A/S modtager en påtale for ikke at have sikret, at B [udenlandsk selskab] havde tilstrækkelige evner og kapacitet til at udføre de outsourcede aktiviteter frem til udgangen af 2018, jf. art. 274, stk. 3 (a), i Solvens II-forordningen.
- Selskabet påbydes at sikre, at outsourcingleverandørerne overholder lovgivningen i de respektive lande ved at have tilstrækkelige metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for manglende overholdelse af gældende lovgivning, jf. § 19, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet påbydes at etablere en tilstrækkelig effektiv compliancefunktion, jf. § 19, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Som del af opfyldelsen af ovenstående påbud bedes selskabet indsende planer for, hvordan selskabet forventer at opfylde påbuddene, senest den 1. september 2019 til Finanstilsynet.

Kontrol af outsourcede aktiviteter

- K A/S påbydes at sikre fyldestgørende interne kontrolprocedurer, jf. § 71, stk. 1, nr. 7, i lov om finansiel virksomhed.

Som del af opfyldelsen af ovenstående påbud bedes selskabet indsende en plan for, hvordan selskabet forventer at opfylde påbuddet, senest den 1. september 2019.

Intern auditfunktionen

- Finanstilsynet påbyder selskabet at sikre, at nøglepersonen for den interne auditfunktion er objektiv og uafhængig af virksomhedens operationelle funktioner, jf. § 21, stk. 1, 3. pkt., i ledelsesbekendtgørelsen.
- Finanstilsynet påbyder selskabet at sikre, at der træffes passende foranstaltninger for at mindske risikoen for interessekonflikter for den interne auditfunktion, jf. bilag 9, pkt. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at sikre, at den interne auditfunktion giver ledelsen sin vurdering af, hvorvidt det interne kontrolsystem er tilstrækkeligt og effektivt, jf. bilag 9 nr. 6 i ledelsesbekendtgørelsen.
- Finanstilsynet påbyder selskabet at etablere en tilstrækkelig effektiv intern auditfunktion, således at denne kan udføre det nødvendige arbejde på en effektiv måde, jf. § 21 og bilag 9 i ledelsesbekendtgørelsen.

Som del af opfyldelsen af ovenstående påbud bedes selskabet indsende planer for, hvordan selskabet forventer at opfylde påbuddene, senest den 1. september 2019.

Risikostyringsfunktionen

- Selskabet påbydes at sikre en effektiv risikostyringsfunktion, jf. § 18, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Som del af opfyldelsen af ovenstående påbud bedes selskabet indsende en plan for, hvordan selskabet forventer at opfylde påbuddet, senest den 1. september 2019.

Solvenskapitalkrav

- Selskabet modtager en påtale for, at bestyrelsen og direktionen ikke har været i stand til at sikre, at selskabet til enhver tid har et kapitalgrundlag, som dækker det af selskabet opgjorte solvenskapitalkrav, jf. § 126 c, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Revisionsudvalget

- Selskabet påbydes fremadrettet at sikre, at revisionsudvalgets opgave med at overvåge den lovpligtige revision kan gennemføres effektivt og inden for en hensigtsmæssig tidsramme, jf. § 31, stk. 3, nr. 4, i revisorloven.

Dokumentation for opfyldelse af påbuddet sker ved rettidig fremsendelse af årsrapporten for 2019.

Ledelsessystemet

- Selskabet påbydes at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. § 71, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Som del af opfyldelsen af ovenstående påbud bedes selskabet indsende en plan for, hvordan selskabet forventer at opfylde påbuddene, senest den 1. september 2019.

Den endelige vurdering af, hvorvidt selskabet har opfyldt ovenstående påbud, hvor Finanstilsynet har anmodet om en plan og andet ikke eksplicit er nævnt, afventer en af Finanstilsynet foretaget funktionsinspektion, der skal afklare om implementeringen af planerne er gennemført tilfredsstillende.”

Retsgrundlag:

Efter artikel 37, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (herefter Solvens II-direktivet), kan tilsynsmyndighederne i forlængelse af tilsynsprocessen i exceptionelle tilfælde og ved begrundet afgørelse stille krav om et kapitaltillæg for et forsikrings- eller genforsikringsselskab. Dette skridt kan efter bestemmelsens litra c tages, hvis tilsynsmyndighederne finder, at ledelsessystemet i et forsikrings- eller genforsikringsselskab afviger væsentligt fra standarderne i kapitel IV, afdeling 2, at disse afvigelser forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som det er eller kunne blive udsat for, og at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.

Af Solvens II-direktivets artikel 37, stk. 2, fremgår, at kapitaltillægget skal være proportionalt med de væsentlige risici, som skyldes de mangler, der medførte, at tilsynsmyndigheden besluttede at indføre tillægget.

I Solvens II-direktivets præambels pkt. 26 og 27 hedder det blandt andet:

”26) Solvenskapitalkravet danner udgangspunkt for, hvorvidt de kvantitative krav i forsikringsbranchen er tilstrækkelige. Tilsynsmyndighederne bør derfor alene under exceptionelle omstændigheder, i de tilfælde, der er nævnt i dette direktiv, have beføjelse til at stille krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet i forlængelse af tilsynsprocessen. Hensigten med standardformlen for solvenskapitalkravet er at afspejle de fleste forsikringsselskabers og genforsikringsselskabers risikoprofil. Denne standardmetode vil i nogle tilfælde ikke i tilstrækkelig grad afspejle et selskabs meget specifikke risikoprofil.

...

27) Kravet om et kapitaltillæg er exceptionelt i den forstand, at det kun bør anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige. Begrebet exceptionelt bør ses inden for rammerne af en særlig situation i det selskab i stedet for i forhold til antallet af kapitaltillæg, som indføres på et specifikt marked.

...”

Direktivets artikel 37, stk. 1, litra c, er gennemført i lov om finansiel virksomhed § 350 b, stk. 1, nr. 2, hvorefter Finanstilsynet kan fastsætte et krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for et [type forsikringsselskab 1], såfremt Finanstilsynet vurderer, at selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra lovens § 71.

§ 350 b blev indsat i lov om finansiel virksomhed med lov nr. 308 af 28. marts 2015, og i forarbejderne hertil, lovforslag nr. L 114 af 21. januar 2015, anføres i de specielle bemærkninger blandt andet:

”Det foreslås, at der indføres en ny bestemmelse, der giver Finanstilsynet mulighed for i særlige tilfælde at fastsætte et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for [type forsikringsselskab 1]er. Bestemmelsen gennemfører artikel 37 i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet.

Der henvises til punkt 2.7 i lovforslagets almindelige bemærkninger for en nærmere beskrivelse af kapitaltillægget.

Solvenskapitalkravet er et krav til kapitalens størrelse, som sætter forsikringsselskaberne i stand til at dække betydelige tab og giver forsikringstagerne og de begunstigede en betryggende sikkerhed for, at selskabet kan leve op til sine forpligtelser. Som udgangspunkt anvendes standardformlen til at opgøre solvenskapitalkravet, jf. i øvrigt § 126 c, stk. 2, som affattet ved dette lovforslags § 1, nr. 33. Hensigten er, at standardformlen skal afspejle de fleste forsikringsselskabers risikoprofil, men i visse tilfælde vil dette ikke være tilfældet. I disse særlige tilfælde skal Finanstilsynet have beføjelse til at fastsætte et kapitaltillæg.

Finanstilsynet kan fastsætte et kapitaltillæg i de tilfælde, der er nævnt i den foreslåede bestemmelses stk. 1, nr. 1-3. Det er imidlertid kun de overordnede rammer for fastsættelsen af et kapitaltillæg, der fremgår af solvens II-direktivet, og dermed af lovforslaget, og de mere specifikke regler, eksempelvis i forhold til vurdering af, hvornår der er tale om en væsentlig afvigelse, der medfører, at Finanstilsynet vil fastsætte et kapitaltillæg, vil blive fastlagt ved Kommissionens vedtagelse af delegerede retsakter, der præciserer under hvilke omstændigheder, der kan stilles krav om et kapitaltillæg, samt metoderne til opgørelse heraf, jf. artikel 37, stk. 6 og 7, i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet.

Kommissionen vedtager herudover gennemførelsesmæssige tekniske standarder udarbejdet af EIOPA vedrørende procedurerne i forbindelse med afgørelser om at indføre, beregne og ophæve kapitaltillæg, jf. artikel 37, stk. 8, i solvens II-direktivet, som ændret ved omnibus II-direktivet. Delegerede retsakter og gennemførelsesmæssige tekniske standarder bliver udstedt som forordninger.

Solvenskapitalkravet vil i de fleste tilfælde afspejle [type forsikringsselskab 1]'s risici. Der kan dog forekomme situationer, hvor selskabet har påtaget sig risici, som ikke i passende grad afspejles i solvenskapitalkravet. I disse tilfælde vil Finanstilsynet fastsætte et kapitaltillæg, der anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige.

Med henblik på at sikre, at der er overensstemmelse mellem EU landenes anvendelse af kapitaltillægget, skal tilsynet hvert år forelægge EIOPA en række oplysninger, herunder det gennemsnitlige kapitaltillæg pr. selskab og fordelingen af de kapitaltillæg, som Finanstilsynet har stillet krav om i det foregående år, målt som en procentdel af solvenskapitalkravet.

...

Nr. 2 omhandler de tilfælde, hvor virksomhedsstyringen afviger væsentligt fra § 71 i lov om finansiel virksomhed. Hvis afvigelsen forhindrer selskabet i at sikre en korrekt identifikation, måling, overvågning, styring og rapportering af de risici, som selskabet er eller vil kunne blive udsat for, og andre foranstaltninger ikke har kunnet udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont, vil Finanstilsynet fastsætte et kapitaltillæg.

...

Det fremgår af det foreslåede stk. 2, at Finanstilsynet skal foretage vurderingen af, om der foreligger en væsentlig afvigelse efter stk. 1, i henhold til regler fastsat af Kommissionen i medfør af artikel 37, stk. 6, i solvens II-direktivet. Det medfører, at det er Kommissionen, der fastsætter kriterierne for vurderingen, som foretages af Finanstilsynet.

...

Efter det foreslåede stk. 4 skal Finanstilsynet tage kravet om et kapitaltillæg op til revision mindst én gang årligt.

Kapitaltillægget skal opretholdes, så længe der ikke er rettet op på de forhold, der var gældende, da kravet blev indført. Det kan eksempelvis være, at selskabet har udviklet en partiel intern model for risici, der ikke i tilstrækkelig grad blev afspejlet i opgørelsen af solvenskapitalkravet ved anvendelse af standardformlen. Når den fulde eller partielle interne model rummer væsentlige mangler, eller der forekommer væsentlige ledelsesmæssige svigt, skal tilsynsmyndighederne sikre, at det pågældende selskab gør sit yderste for at rette op på de mangler, der førte til kravet om et kapitaltillæg.

..."

Det følger af artikel 4, stk. 2 og 3, i Kommissionens Gennemførelsesforordning 2015/2012 af 11. november 2015 om gennemførelsesmæssige tekniske standarder vedrørende procedurerne for afgørelser om at indføre, beregne og ophæve kapitaltillæg i overensstemmelse med Solvens II-direktivet (herefter Gennemførelsesforordningen), at tilsynsmyndighedens afgørelse om kapitaltillæg skal være tilstrækkeligt detaljeret til, at forsikrings- eller genforsikringsselskabet kan

forstå, hvilke foranstaltninger det skal træffe, eller hvilke mangler det skal afhjælpe, for at få fjernet kapitaltillægget, og at afgørelsen skal omfatte følgende:

- a) begrundelsen for at indføre kapitaltillægget,
- b) metoden til beregning af kapitaltillægget og størrelsen af kapitaltillægget,
- c) den dato, fra hvilken kapitaltillægget finder anvendelse,
- d) hvor det er relevant, den frist, forsikrings- eller genforsikringsselskabet har til at afhjælpe de mangler, der førte til indførelsen af kapitaltillægget, og
- e) hvor det er relevant, indholdet og hyppigheden af eventuelle statusrapporter, der skal forelægges i henhold til artikel 5, hvoraf det fremgår, at såfremt tilsynsmyndigheden kræver det, underretter forsikrings- eller genforsikringsselskabet tilsynsmyndigheden om de fremskridt, der er gjort med at afhjælpe de mangler, der førte til indførelsen af kapitaltillægget, og hvilke relevante tiltag det har truffet.

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet bemærker, at Finanstilsynet til ankenævnet har fremsendt tilsynets inspektionsmateriale til fortrolig gennemgang. Dette materiale har ikke været forelagt K A/S (K A/S ved kurator, advokat A), og materialet er ikke indgået i grundlaget for ankenævnets vurdering.

Den påklagede afgørelse af 10. juli 2019 om fastsættelse af kapitaltillæg er truffet af Finanstilsynet i medfør af § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed. Efter bestemmelsen kan Finanstilsynet fastsætte et krav om et kapitaltillæg til solvenskapitalkravet for et [type forsikringsselskab 1], såfremt Finanstilsynet vurderer, at selskabets virksomhedsstyring afviger væsentligt fra lovens § 71.

Det er i lovbemærkningerne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, anført, at Finanstilsynet kun i ”særlige tilfælde” kan træffe beslutning om fastsættelse af kapitaltillæg. Det er endvidere anført, at når ”andre foranstaltninger ikke har kunnet udbedre manglerne i

tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont, vil Finanstilsynet fastsætte et kapitaltillæg.” Det er således i forarbejderne forudsat, at Finanstilsynet i første række skal søge at rette selskabets utilstrækkelige virksomhedsstyring op med pålæg om andre foranstaltninger end kapitaltillæg, jf. herved også et proportionalitetsprincip.

De anførte forudsætninger i forarbejderne til § 350 b, stk. 1, nr. 2, ses at være i fuld overensstemmelse med artikel 37 i Solvens II-direktivet, som bestemmelsen gennemfører, og som fastsætter, at tilsynsmyndighederne i forlængelse af tilsynsprocessen kan stille krav om et kapitaltillæg i ”exceptionelle tilfælde”. Det er herved anført som en betingelse, ”at gennemførelsen af andre foranstaltninger i sig selv næppe vil kunne udbedre manglerne i tilstrækkelig grad inden for en passende tidshorisont.” I betragtning 27 i direktivpræamblen er det præciseret, at ”kravet om et kapitaltillæg er exceptionelt i den forstand, at det kun bør anvendes som en sidste mulighed, når andre tilsynsforanstaltninger er ineffektive eller uhensigtsmæssige.”

I afgørelsen af 5. juli 2019 havde Finanstilsynet – som tilsynsreaktioner i forlængelse af udførte inspektioner – udstedt en lang række påbud til K A/S vedrørende selskabets virksomhedsstyring med hensyn til blandt andet selskabets compliance-, interne audit- og risikostyringsfunktioner, revisionsudvalg og selskabets brug af outsourcingleverandører. For hvert af de meddelte påbud fastsatte Finanstilsynet frist til den 1. september 2019 for K A/S’ fremsendelse af dokumentation henholdsvis plan for, hvordan selskabet forventede at opfylde påbuddene. Som en del af afgørelsen modtog K A/S ”en påtale for, at bestyrelsen og direktionen ikke har været i stand til at sikre, at selskabet til enhver tid har et kapitalgrundlag, som dækker det af selskabet opgjorte solvenskapitalkrav, jf. § 126 c, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed.”

I hvert fald under disse omstændigheder, hvor Finanstilsynet den 5. juli 2019 havde valgt som fremgangsmåde at meddele en række påbud vedrørende K A/S’ virksomhedsstyring og fastsætte frister for selskabets planer for opfyldelse heraf, finder ankenævnet, at der ikke var et fornødent hjemmelsgrundlag for Finanstilsynet til den 10. juli 2019 at fastsætte et kapitaltillæg i medfør af § 350 b, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiell virksomhed, idet der ikke på dette tidspunkt var grundlag for at antage, at de iværksatte tilsynsforanstaltninger var ineffektive.

Ankenævnet tager på denne baggrund K A/S' (nu K A/S ved kurator, advokat A) principale påstand til følge, således at Finanstilsynets afgørelse af 10. juli 2019 om pålæg om at supplere selskabets solvenskapitalkrav med et kapitaltillæg på 39,2 mio. kr. ophæves.