

Finančna uprava RS
Generalni finančni urad
Šmartinska ulica 55
1000 Ljubljana

gfu.fu@gov.si

ZADEVA: Odziv deležnikov na novo pojasnilo FURS glede davčne obravnave polic za zavarovanje odgovornosti organov vodenja in nadzora (D&O zavarovanja) v RS (maj 2023)

Spoštovani,

Spodaj podpisani predstavniki različnih deležnikov, zainteresiranih za ureditev davčne obravnave polic za zavarovanje odgovornosti organov vodenja in nadzora (D&O zavarovanja) v Republiki Sloveniji (v nadaljevanju: zadevni deležniki), smo bili obveščeni o novem pojasnilu FURS glede davčne obravnave teh polic v dokumentu Bonitete, poglavje 3.5. Zavarovalne premije (maj 2023), potem, ko se predmetno pojasnilo iz septembra 2022 z začetkom oktobra 2022 začasno več ni uporabljalo.

Zadevni deležniki smo zainteresirani za normalizacijo tega pomembnega instituta korporacijskega upravljanja pri nas. Takšna zavarovanja odgovornosti organov vodenja in nadzora primarno ščitijo interes družbe, ne posameznikov. Če podjetje takšno polico ima, se lahko zasleduje interes poplačila škode družbi. Zavarovalnica družbi kot oškodovanki izplača zavarovalnino v višini zavarovalne vsote, ta zavarovalnina pa po svoji višini običajno presega premoženje toženih članov organov. Če družba ne bi sklenila tega zavarovanja, bi škoda, ki jo je utrpela družba, v takšnih primerih ostala nepoplačana.

To pomeni, da bi v primeru odškodninskih tožb zoper člane organov vodenja in nadzora v primeru uspešne tožbe, lahko bila družbi v celoti povrnjena nastala škoda le v primeru, če bi obstajalo tovrstno zavarovanje. Organom vodenja in nadzora bi bila v postopku dokazovanja ustrezne skrbnosti nudena ustrezna pravna zaščita v skladu z 2. odstavkom 263. člena ZGD-1. Pri teh zavarovanjih nikakor ne gre za spodbujanje hazarda teh oseb za opustitve dolžnih ravnanj ali razbremenitev članov organov vodenja ali nadzora njihove odgovornosti. Sklenitelj takšnega zavarovanja in upravičenec je družba. Zaradi velike davčne negotovosti organov vodenja in nadzora, ki dajejo soglasja za sklenitev polic zavarovanja odgovornosti, se veliko družb ne odloči za sklenitev oz. podaljšanje tovrstnega zavarovanja, zato ostaja premoženjski interes teh družb nezavarovan. S tem niso zaščiteni interesi lastnikov družb, pri družbah, v katerih je lastniško udeležena država, pa tako tudi ne interes države.

Ugotavljamo, da FURS pri novem pojasnilu (maj 2023) sploh ni upošteval Stališča glede davčne obravnave premije za zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja in nadzora, ki ga je pripravilo in objavilo Slovensko zavarovalno združenje (<https://www.zav-zdruzenje.si/2023/01/25/stalisce-szz-glede-obracuna-bonitete-pri-zavarovanju-odgovornosti-clanov-organov-vodenja-nadzora/>) in iz katerega izhajajo številni argumenti, zakaj davčna obravnava teh zavarovanj ni ustrezna.

Mnenja smo, da gre v primeru takšne obdavčitve članov organov vodenja in nadzora kot je zapisano v novem pojasnilu FURS za diskriminacijo določene poklicne skupine in da je že sama zakonska ureditev diskriminatorna. Takšna davčna ureditev tovrstnih zavarovanj je bila tudi že sodno preizkušena – tako je na primer Poljsko vrhovno sodišče (sodba II FSK 2186/18 z dne 9. 12. 2020) ugotovilo, da plačila zavarovalne premije po polici za zavarovanje odgovornosti, niso prejemki oz. dohodki teh oseb, če premija ni osebna in zajema splošno opredeljeno skupino zavarovanih oseb, zato se ne more všteti v davčno osnovo in posledično obdavčiti. Gre za pomemben sodni preizkus v eni izmed članic EU.

Tudi po našem prepričanju plačane premije za D&O zavarovanje niso predmet obdavčitve po obstoječem ZDoh-2 iz razlogov, ker iz bistvenih vsebin D&O zavarovanja **niso dohodek po ZDoh-2**. V nadaljevanju izpostavljamo ključne davčno-pravne razloge za zavrnitev zaključka davčnega organa, da je plačana D&O premija boniteta za fizično osebo. Da bi plačano zavarovalno premijo po D&O zavarovanju lahko zakonsko-skladno analizirali glede obdavčitve po ZDoh-2, je namreč treba najprej odgovoriti, ali plačana premija sploh izpolnjuje pojem »obdavčljiv dohodek« po ZDoh-2.

1) Kaj je dohodek po ZDoh-2? Dohodek je na splošno kot predmet obdavčitve opredeljen v 15. členu ZDoh-2, po katerem so z dohodnino obdavčeni **dohodki fizične osebe**, ki so bili **pridobljeni** oziroma **doseženi** v davčnem letu, pri čemer so dohodki vsi dohodki in dobički, ne glede na vrsto, če ni s tem zakonom drugače določeno, za dohodek po tem zakonu pa se šteje **vsako izplačilo oziroma prejem dohodka**, ne glede na obliko, v kateri je izplačan oziroma prejet. Šteje se, da je dohodek prejet, ko je **izplačan fizični osebi ali je kako drugače dan na razpolago fizični osebi**.

Natančnejše opredelitve pojma »dohodek« ZDoh-2 nima (odločba Ustavnega sodišča U-I-497/18 z dne 20.01.2022, točka 21 obrazložitve). Ne glede na to, da ZDoh-2 nima pozitivne opredelitve dohodka, je Ustavno sodišče odločilo, da je ta pojem mogoče napolniti tako, da ima ta pravni pojem enak pomen, kot ga ima ista beseda v splošnem jeziku (točka 22 obrazložitve prej navedene odločbe Ustavnega sodišča). V tej odločbi je Ustavno sodišče opredelilo dohodek, ki je predmet obdavčitve po ZDoh-2 takole: *kot dohodek se lahko šteje le prejemek, ki je sad dela ali premoženja davkoplačevalca in ki je realiziran in torej predstavlja jasno določljivo novo premoženje v njegovi lasti in posesti (glejte točko 23 odločbe).*

V odločbi RS U-I-175/11 z dne 10.04.2014 je Ustavno sodišče dohodek po ZDoh-2 razložilo kot *ekonomska moč, ki se kaže kot v denarju izražena vsota potrošnje in spremembe vrednosti premoženja v določenem časovnem obdobju* (točka 11 odločbe). Nadalje Ustavno sodišče pojasnjuje, *da je s pojmom dohodka neločljivo povezano vprašanje njegove pridobitve* (točka 12 odločbe), ta pa je po 15. čl. ZDoh-2 prejet, ko je izplačan fizični osebi ali ji je kako drugače dan na razpolago. Za prejem (razpolaganje) z dohodkom pa se zahteva, da dohodek (premoženje) dejansko preide iz premoženjske sfere družbe (izplačevalca) v premoženjsko sfero fizične osebe (razlaga v 13. točki odločbe glede prehoda dobička iz premoženjske sfere družbe v premoženjsko sfero družbenika kot pogoj, da je dohodek fizična oseba prejela).

Če povzamemo: da bi bil določen dohodek lahko obdavčen po ZDoh-2 mora biti:

- izplačan fizični osebi, ali biti kako drugače dan na razpolago fizični osebi;
- sad dela ali premoženja davkoplačevalca;
- predstavlja jasno določljivo novo premoženje v njegovi lasti in posesti;
- vsota potrošnje in spremembe vrednosti premoženja v določenem časovnem obdobju;

Obstoječa sodna praksa Ustavnega sodišča, kaj je obdavčljiv dohodek po ZDoh-2, je zavezujoča za davčni organ in za davčne zavezance. Če torej določen izdatek družbe za fizično osebo nima elementov, ki izpolnjujejo kriterije za dohodek po ZDoh-2, tak izdatek ni obdavčen na nivoju fizične osebe.

Bistvo opredelitvenih kriterijev, ki jih je razvilo Ustavno sodišče je, **da mora biti dohodek dejansko prejet, oziroma v »lasti in posesti« posamezne fizične osebe, ki se obdavčuje, konkretno, dohodek mora biti neposredno alociran in povezan s tisto fizično osebo, ki se obdavči, oziroma individualiziran.** »Kolektivnega« dohodka, ali kolektivne obdavčitve slovenski davčni sistem ne pozna, zato je za obdavčitev posamezne fizične osebe nujno, da ima izdatek družbe neposredno korist za fizično osebo in da se izdatek lahko pripiše konkretno posamezni fizični osebi.

Na splošno gre pri plačanih zavarovalnih premijah za to, da se fizični osebi premoženje ne zniža – ker (če) zavarovalno premijo (ki je sicer po 39. členu ZDoh-2 dohodek iz zaposlitve) ne plača zavarovanec, temveč družba za vse zavarovance hkrati. Plačane zavarovalne premije so boniteta za zaposlene, če so plačane za zaposlenega, oziroma za njegov račun in v njegovo korist, ali drugače, namesto, da jih plača zaposleni sam (za svoj račun), jih plača delodajalec za njegov račun in za njegovo (izključno) korist. Tako ni sporno, da primeroma plačana premija življenjskega zavarovanja za zaposlenega, ki se mu po izteku obdobja zavarovanja tudi izplača, pomeni dodatno ugodnost (plačilo) oz. boniteto za zaposlenega.

2) Zakaj plačana D&O zavarovalna premija ni dohodek po ZDoh-2? Pri zavarovalni premiji D&O je ključno, da gre za kombinirano kolektivno zavarovanje tako članov organov vodenja in nadzora, kot tudi družbe, ki je zavarovalec (sklenitelj zavarovanja) in tudi prejemnik odškodnine. Zato plačane premije ni mogoče pripisati eni ali več fizičnim osebam na način, da bi lahko določili, koliko je plačana zavarovalna premija povečala premoženje posamezne fizične osebe, kar je za ugotovitev dohodka po uveljavljeni sodni praksi Ustavnega sodišča nujen pogoj za obdavčitev dohodka. Če ni mogoče določiti za koliko se je premoženje določene fizične osebe povečalo, pa po veljavni zakonodaji obdavčitve ni dopustno izvesti. Menimo, da bi bila linearna razporeditev zavarovane premije na vse zavarovance, kot razlaga davčni organ, dopustna po veljavnem ZDoh-2 le takrat, kadar bi bil krog zavarovancev zaprt in individualiziran, prav tako pa bi zavarovanci morali imeti tudi plačani zavarovalni premiji sorazmerno korist iz zavarovanja. Le v tem primeru bi bilo namreč mogoče razložiti alokacijo zavarovalne premije in s tem davčne osnove na posameznega zavarovanca. Vsebina korporativnega D&O zavarovanja tega ne omogoča, ker:

- so zavarovanci kolektivno (in nepoimensko) določeni; torej gre za zavarovanje vsakokratnih članov organov vodenja in nadzora. Ker je temu tako, bi npr. direktor A plačal dohodnino zaradi ravnanja direktorja B pred 3 leti, ko zavarovanje sploh še ni bilo sklenjeno. Prav tako bi bil po isti zavarovalni pogodbi zavarovan direktor C, ki bi nasledil direktorja B in ki bi v takem primeru tudi za direktorja C plačal boniteto. Navedeno izhaja iz splošnih pogojev korporativnega D&O zavarovanja.
- ima zaradi kombiniranega zavarovanja korist iz plačane premije zlasti (ali pa izključno) družba. Slednje zato, ker je določen član organa vodenja ali nadzora lahko brez premoženja, v breme katerega bi si družba lahko izplačala odškodnino, pa tudi zato, ker do zneska odbitne franšize po drugem odstavku 263. člena ZGD-1 člani organov vodenja in nadzora sploh niso zavarovani.

Da D&O zavarovanje ni le (če sploh) zavarovanje članov organov vodenja in nadzora, temveč tudi družbe, je jasno odločilo tudi Vrhovno sodišče Republike Slovenije (glejte Sklep II Ips 236/2017 z dne 10.9.2018), in sicer, da se: **»zavarovanje odgovornosti članov organov vodenja ali nadzora oziroma zavarovanje D & O („directors and officers liability insurance“) razlikuje od klasičnega zavarovanja odgovornosti.** Njegov predmet ni nujno odgovornost zavarovanca do tretje osebe, temveč so najpogostejše t. i. notranje tožbe, pri katerih **sta tožeča in tožena stranka zavarovani po isti zavarovalni polici.** Največkrat gre za škodo, ki jo zavarovanci povzročijo z napačnimi odločitvami oziroma opustitvami potrebnega ravnanja pri vodenju poslov oziroma nadzora nad vodenjem poslov. Namen D&O zavarovanja pa ni zgolj premoženjsko varstvo članov organov, temveč ob tem nudi tudi druge varstvene mehanizme za zavarovanje interesa družbe in tudi gospodarstva kot celote: zaščito delničarjem in družbi

*kot celoti, ko ta utрпи škodo zaradi nedopustnega ravnanja članov organov oziroma organov; zaščito delničarjem in družbi kot celoti, ko bi morala ta plačati škodo iz lastnih sredstev; zaščito vodilnih zaposlenih, da lahko ravnajo bolj samostojno in s pravo mero drznosti; zaščito fizičnih in pravnih subjektov, ki so utrpeli škodo zaradi določenega ravnanja managementa in slednji niso finančno zmožni povrniti celotne škode; hkrati pa nudi določeno prednost pri iskanju kvalitetnega vodstvenega kadra«. Nadalje Vrhovno sodišče v obrazložitvi sodbe povzema, da »zavarovanje krije škodo, ki je bolj ali manj objektivno pogojena z različnimi okoliščinami poslovanja članov uprave oziroma članov nadzornega sveta in se njihova odgovornost opredeljuje kot majhna malomarnost. **Ni pa seveda namen tega tipa zavarovanja, da bi bila krita tudi škoda, ki je povzročena naklepno ali iz hude malomarnosti.**«*

Poleg Vrhovnega sodišča, se je do vsebine korporativnega D&O zavarovanja, vsebinsko enako kot Vrhovno sodišče, opredelil tudi zakonodajalec. Predlagatelj novele ZGD-1-I (drugega odstavka 263. člena, s katero je bila uvedena odbitna franšiza) je v obrazložitvi predloga pojasnil (Poročevalec državnega zbora: Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo, EVA: 2014-2130-0012 z dne 22.4.2015), da je »zavarovanje D&O za družbo ekonomsko smotno, saj je pri nekaj milijonskih škodi tako rekoč nemogoče, da bi jo družba dobila povrnjeno od povzročitelja. Z njim torej družba ne zavaruje le interes članov organov vodenja ali nadzora in drugih oseb, vključenih v zavarovanje, ampak tudi svoje lastne interese.«

- imajo zavarovanci zaradi odbitne franšize zasebno korist izključeno, ali pa izrazito omejeno. ZGD-1 v prvem odstavku 263. člena nesporno določa standard skrbnosti, ki se zahteva pri izvrševanju nalog članov uprave in nadzora. Če člani organov vodenja in nadzora kršijo zahtevan standard skrbnosti, so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti. Z novelo ZGD-1-I je bil v 263. členu tega zakona dodan drugi odstavek, ki je določil obvezno odbitno franšizo v primeru korporativnega D&O zavarovanja, ki določa, da če družba sklene zavarovalno pogodbo za zavarovanje članov organov vodenja ali nadzora pred riziki iz opravljanja njihove funkcije v družbi, mora biti določena odbitna franšiza vsaj v višini 10 % škode, vendar ne več, kot znaša 1,5-kratnik njihovih fiksnih letnih prejemkov. Predlagatelj zakonskega besedila je v obrazložitvi predloga (Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo, EVA: 2014-2130-0012 z dne 22.4.2015) pojasnil, da je »S korporacijsko pravnega vidika mogoče pomisleke zoper dopustnost zavarovanj D&O nevtralizirati tako, da se predpiše obvezna odbitna franšiza v ustrezni višini od zneska nastale škode. Odbitna franšiza je po nemškem zgledu določena glede na dve merili: odstotno v višini 10% škode, vendar ne več kot fikсни letni prejemki, pomnoženi z 1,5.« Zakonodajalec je torej po lastni obrazložitvi določil odbitno franšizo v »**ustrezni višini**«, kar je razumeti v višini, ki bi jo družba še lahko izterjala iz premoženja člana organa vodenja ali nadzora.

Ker je do zneska odbitne franšize zavarovanje zasebnega premoženja neučinkovito, saj bodo v primeru zavarovalnega primera člani organov vodenja in nadzora do zneska odbitne franšize krili škodo sami iz zasebnega premoženja, je že ZGD-1 posredno določil, da s korporativnim D&O zavarovanjem zasebno premoženje članov organov vodenja in nadzora ni krito. Zato je utemeljen zaključek, da se s sklenitvijo korporativnega D&O zavarovanja v bistvenem delu krije le še interes družbe, ki sklene zavarovanje.

Sklepno: Ker plačane zavarovane premije ni mogoče individualizirati in zato, ker ima plačana premija korist zlasti (ali pa zaradi odbitne franšize izključno) za družbo, ki je zavarovalec (sklenitelj zavarovanja) in hkrati tudi prejemnik odškodnine, plačana premija ne izpolnjuje kriterijev za dohodek po ZDoh-2.

3) Nedoločnost davčnega predpisa ZDoh-2. Skladno z uveljavljeno ustavnosodno prakso velja, da iz 2. člena Ustave izhaja zahteva, da mora biti že iz zakona razvidno in predvidljivo, kaj država zahteva od davkoplačevalca in, da 147. člen Ustave zahteva, da zakon opredeli najmanj davčnega zavezanca, davčni predmet, **davčno osnovo** in davčno stopnjo (sodbe Ustavnega sodišča U-I-497/18 z dne 20.01.2022, U-I-49/17, U-I-98/17 z dne 28. 3. 2019, U-I-181/01 z dne 6. 11. 2003). Z ZDoh-2 davčna osnova za D&O zavarovanje ni določena. Kot razloženo pod prejšnjo točko 2), zaradi vsebine korporativnega D&O zavarovanja plačane zavarovalne premije ni dopustno linearno razdeliti na tiste člane vodenja in nadzora, ki zasedajo funkcije v trenutku plačane zavarovalne premije.

Ker je temu tako, pa ni dopustno, da davčni organ z razlagami davčnega predpisa zapolnjuje vrzel, ki jo ZDoh-2 ne ureja. Ker ZDoh-2 ne določa kaj naj bi bila davčna osnova v primeru korporativnih D&O zavarovanj, oziroma kako naj bi se določala, ZDoh-2 zaradi nedoločene davčne osnove, nima zakonskih podlag za obdavčitev korporativne D&O zavarovalne premije. Kot navedeno, mora skladno z ustaljeno sodno prakso zakon o obdavčenju na temelju 147. člena Ustave med ostalimi elementi urediti tudi davčno osnovo. V kolikor davčne osnove zakon ne določi, je zapolnitev le te z interpretacijami davčnega organa nedopustna.

4) Davčno-skladni postopki razlage zavarovalne pogodbe. 5. člen ZDavP-2 (*»načelo materialne resnice v davčnih zadevah«*), ki ga davčni organ pogosto uporabi pri odločanju v korist davčnim prihodkom države, je treba uporabiti pri presoji vsake pogodbe, tudi kadar taka presoja vodi v zaključek, ki je v korist davčnih zavezancev. 5. člen ZDavP-2 namreč določa, da se *»predmet obdavčitve in okoliščine ter dejstva, ki so bistveni za obdavčenje, vrednotijo po svoji gospodarski (ekonomski) vsebini«* ter nadalje, da *»davčni organ pri izvrševanju svojih pooblastil in izrekanju ukrepov v razmerju do zavezanca za davek in drugih udeležencev postopka ne sme preseči tistega, kar je nujno potrebno za izpolnitev ciljev tega zakona in drugih aktov, na podlagi katerih davčni organ odloča o pobiranju davkov, pri izbiri več možnih pooblastil in ukrepov pa davčni organ izbere tiste, ki so za zavezanca za davek ugodnejši, če se s tem doseže namen zakona. V dvomu odloči v korist zavezanca za davek«* (6. člen ZdavP-2 *»načelo sorazmernosti«*).

Davčni organ bi moral pri presoji materialne resnice in dejanske vsebine korporativnega D&O zavarovanja toliko bolj skrbeti za spoštovanje načela materialne resnice in sorazmernosti, ker ZDoh-2 (kot izpostavljeno) niti nima določb, ki bi za D&O zavarovalno premijo obdavčitev izrecno določal, niti nima določb, na podlagi katerih bi lahko določil davčno osnovo za obdavčitev.

Aktualni način obdavčitve korporativnih D&O zavarovalnih premij namreč v celoti temelji na izvedenih razlagah davčnega organa, ki pomembno presegajo z zakonom določeno obdavčenje. Zato je obstoječa interpretacija davčnega organa, kljub popolni zakonski praznini, da se davčna osnova za boniteto za korporativna D&O zavarovanja, določi tako, da se plačana premija porazdeli na vse zavarovance iz zavarovalne police, neskladna z zahtevo po uporabi načela materialne resnice v davčnih zadevah, pa tudi neskladna z načelom sorazmernosti, ker ne sledi vsebini korporativnega D&O zavarovanja.

Korporativno D&O zavarovanje se kot že pojasnjeno, kljub formalni opisni določitvi zavarovancev, sklepa za vse zavarovance kot za kolektivni organ, premija pa ne more biti individualizirana, zaradi česar davčna osnova ne more biti določena, hkrati pa se sklepa zaradi kritja potencialne škode, ki jo utрпи družba, zaradi česar je škoda povrnjena družbi. Davčni organ je zato po našem mnenju z razlago ZDoh-2 v korist javno finančnih prihodkov pomembno presegel praznino v ZDoh-2 glede korporativnega D&O zavarovanja in pri razlagi ni upošteval vsebine korporativnega D&O zavarovanja, s čimer je kršil tako načelo materialne resnice, kot tudi načelo sorazmernosti (5. in 6. člen ZdavP-2).

Predlagamo ponovni razmislek glede ukinitve bonitete v povezavi s korporativnimi D&O zavarovanji. Izražamo tudi pripravljenost za sodelovanje pri izobraževanju o korporacijskem upravljanju, ki bi lahko med vsemi zadevnimi deležniki in FURS dodatno pripomoglo k razumevanju upravljanja družb, ureditve razmerij med upravljalskimi organi, razmejitev njihovih odgovornosti in pristojnosti ter v tem kontekstu tudi razumevanje pomena instituta zavarovanja odgovornosti.

S spoštovanjem,

mag. Irena Prijović, l.r.
izvršna direktorica,
Združenje nadzornikov Slovenije

Mateja Božič, l.r.
predsednica,
Slovensko združenje za tveganja in zavarovanja, SI.RISK

mag. Žiga Debeljak, l.r.
predsednik uprave,
Slovenski državni holding d.d.

Ljubljana, 24. julij 2023