



Datum van
inontvangstneming

:

13/07/2022

Zaak C-340/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

24 mei 2022

Verwijzende rechter:

Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

24 mei 2022

Verzoekende partij:

Cofidis

Verwerende partij:

Autoridade Tributária e Aduaneira (Portugal)

[*omissis*]

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA [CENTRUM VOOR
BESTUURSRECHTELIJKE ARBITRAGE, scheidsgerecht voor belastingzaken
(Portugal)]

CAAD: Fiscale arbitrage

[*omissis*]

Betreft: aanvullende solidariteitsheffing voor de bankensector; verzoek om een
prejudiciële beslissing

ARBITRALE UITSPRAAK

[*omissis*]

- 1 COFIDIS, gevestigd te Espaço Berna, Av. de Berna, nr. 52, 6.º, 1069-046, Lissabon, rechtspersoon [*omissis*] (hierna: „verzoekster”), vordert de instelling van een scheidsgerecht [*omissis*] om uitspraak te doen over de vernietiging van de beschikking tot verwerping van het door haar ingediende verzoek om heroverweging van haar aangifte van de aanvullende solidariteitsheffing voor de

bankensector (*adicional de solidariedade sobre o sector bancário*; hierna: „ASSB”) voor de in het eerste halfjaar van 2020 geboekte passiva.

2 Verzoekster baseert haar verzoek op de volgende argumenten:

De ASSB is een specifieke heffing die van toepassing is op de bankensector en verschilt van de bijdrage van de bankensector (*contribuição do sector bancário*; hierna: „CSB”).

De ASSB is een niet-uitzonderlijke heffing waarvan de inkomsten volledig worden toegewezen aan het Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social (fonds voor financiële stabilisatie van de sociale zekerheid; hierna: „FEFSS”), hetgeen in strijd is met het algemene beginsel van „onbestemdheid” van inkomsten, neergelegd in de Lei de Enquadramento Orçamental (algemene begrotingswet; hierna: „LEO”).

De ontvangsten uit de ASSB worden in de staatsbegroting en in de aanvullende begroting voor 2020 niet geconcretiseerd en gespecificeerd, zodat de aard, de soort en de classificatie van die ontvangsten niet met zekerheid en duidelijkheid kunnen worden bepaald, hetgeen in strijd is met het in de LEO en in de Constituição da República Portuguesa (grondwet van de republiek Portugal; hierna: „CRP”) verankerde beginsel van de begrotingsspecialiteit.

De ASSB is gebaseerd op een complex belastbaar feit dat wordt geheven over het halfjaarlijkse gemiddelde van de definitieve maandsaldi die in het eerste halfjaar van 2020 zijn geboekt. Elk van de saldi is onafhankelijk van de andere en wordt bepaald door een berekening waarbij een referentieperiode wordt gebruikt die elke maand begint en eindigt, hetgeen betekent dat de ASSB pas na het belastbare feit van kracht is geworden. Zelfs wanneer het belastbare feit zich pas voordoet op het moment dat het halfjaarlijkse gemiddelde kan worden berekend, d.w.z. aan het einde van de zesde maand, zou de ASSB ook pas na het belastbare feit in werking zijn getreden. In die omstandigheden is de ASSB ongrondwettig omdat zij aanleiding geeft tot terugwerkende kracht, hetgeen in strijd is met de CRP. Ook indien men ervan uitgaat dat het belastbare feit zich pas in 2021 heeft voorgedaan, blijft de ASSB ongrondwettig waar het gaat om de ongeoorloofde terugwerkende kracht ervan, aangezien de belastingplichtigen in de bankensector erop mochten vertrouwen dat geen nieuwe belasting zou worden geheven over een belastinggrondslag die reeds aan de CSB was onderworpen, zonder dat er een algemeen belang is dat zwaarder weegt dan die verwachting, aangezien de grondslag van die belasting niet was gelegen in het lenigen van de uit de pandemie voortvloeiende behoeften, maar in het verzachten van de fiscale kosten in verband met de btw-vrijstelling voor financiële transacties.

Indien de ASSB als een bijdrage moet worden aangemerkt, moet erop worden gewezen dat er geen enkele openbare voorziening is die rechtvaardigt dat verzoekster, ook niet op een diffuse wijze, aan die heffing wordt onderworpen, aangezien de opbrengst ervan uitsluitend gaat naar het FEFSS, dat als enig doel

heeft de door de sociale zekerheid gegarandeerde beschermingsmechanismen te financieren die bestemd zijn voor in Portugal woonachtige personen, hetgeen betekent dat verzoekster, als filiaal van een buitenlandse bank, nooit voordeel zal trekken uit socialezekerheidsuitkeringen.

Indien de ASSB als een belasting wordt aangemerkt, moet erop worden gewezen dat de structuur ervan in strijd is met het draagkrachtbeginsel. De objectieve belastinggrondslag ervan omvat immers de belangrijkste balansvermeerderingen en wordt op onbillijke wijze toegepast op een bepaalde categorie belastingplichtigen die uiteindelijk op sectoraal niveau een last moeten dragen die aan alle belastingplichtigen zou moeten worden opgelegd, aangezien alleen de bankensector wordt belast, ondanks het feit dat er andere sectoren zijn die eveneens vrijgesteld zijn van btw en eveneens aan deze belastingdruk bijdragen.

Krachtens de artikelen 18 VWEU en 49 VWEU zijn alle beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat van de Unie op het grondgebied van een andere lidstaat verboden, en artikel 54 VWEU stelt vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die daar hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging hebben, gelijk met nationale natuurlijke personen. De vrijheid van vestiging verbiedt alle nationale maatregelen die de oprichting en werking van vennootschappen, alsmede de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen in een lidstaat door vennootschappen die hun statutaire zetel in een andere lidstaat hebben of daar gevestigd (ingezet) zijn, kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

De ASSB belast de passiva na aftrek, in voorkomend geval, van de passiefposten die bestaan uit eigen vermogen en deposito's die gedekt zijn door de garantie van het Fundo de Garantia de Depósitos (depositogarantiefonds) en het Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (garantiefonds voor landbouwkredieten) (of equivalent). Bijkantoren hebben geen rechtspersoonlijkheid en verrichten rechtstreeks, geheel of gedeeltelijk, transacties die eigen zijn aan de werkzaamheden van de niet-ingezeten kredietinstelling waarvan zij deel uitmaken, hetgeen betekent dat zij niet beschikken over kapitaal of eigen vermogen zoals deze worden beschouwd en geboekt voor de doeleinden van in Portugal ingezeten kredietinstellingen.

Krachtens de ASSB-regeling omvatten de voor deze belasting relevante passiva in het geval van bijkantoren alle schulden bij de moedermaatschappij en haar andere bijkantoren, zodat al deze schulden zonder onderscheid als schulden aan derden worden behandeld en het *free capital* elke betekenis verliest. Zelfs indien zou worden aanvaard dat een bijkantoor het aan dat bijkantoor toegewezen kapitaal als eigen vermogen zou kunnen boeken, blijft het een feit dat dergelijke bijkantoren nog steeds zouden worden gediscrimineerd ten opzichte van ingezeten kredietinstellingen, aangezien er een groot aantal bestanddelen is dat „overeenkomstig de toepasselijke boekhoudkundige regels” als „eigen vermogen zou kunnen worden erkend”. Het gaat om bestanddelen die aanwezig zijn in

ingezeten kredietinstellingen, maar niet in bijkantoren, en waarover bijkantoren niet kunnen beschikken omdat zij alleen door rechtspersonen kunnen worden uitgegeven, onder meer converteerbare obligaties, winstdelende obligaties, aflosbare preferente aandelen of *contingent convertible bonds*.

In wezen belet de wettelijke regeling van de ASSB bijkantoren van niet-ingezeten kredietinstellingen eigen vermogen in mindering te brengen op hun passiva, waardoor zij worden benadeeld ten opzichte van ingezeten bijkantoren, die worden belast op hun „netto” en niet op hun „bruto” passiva. Aangezien bijkantoren en ingezeten kredietinstellingen zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden en er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die een dergelijke discriminatie rechtvaardigen, moet worden geconcludeerd dat de ASSB onverenigbaar is met de vrijheid van vestiging.

Daarnaast zijn in richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een Europees kader voor de herstructurering en afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen de algemene criteria op Europees niveau vastgelegd voor de vaststelling en berekening van de bijdrage van kredietinstellingen aan de nationale regelingen voor afwikkelingsfinanciering en aan de financiering van het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. De ASSB is een belasting sui generis, waarin de richtlijn niet voorziet en die inbreuk maakt op het geharmoniseerde Europese stelsel waar het gaat om de belastingregeling voor de bankensector, de afwikkelingsmaatregelen en de financiering daarvan door middel van belasting op de passiva van deze sector. Dit staat nog los van het feit dat de toepassing van de ASSB op verzoekster leidt tot een onherstelbare belastingoverlapping die in strijd is met het VWEU en met deze richtlijn, met name omdat zij door schending van de fundamentele vrijheden leidt tot een beperking van de toegang tot de markt. In de eerste plaats omdat de Europese wetgever heeft uitgesloten dat de lidstaten belasting heffen op bijkantoren van banken die in andere lidstaten zijn gevestigd, door het beginsel vast te stellen dat deze instellingen moeten worden belast overeenkomstig hun statutaire zetel en niet overeenkomstig de bron van hun inkomsten. In de tweede plaats worden verzoeksters passiva dubbel belast: twee keer in Portugal, door de toepassing van de CSB en de ASSB, en nog eens in Frankrijk, door de in de richtlijn voorziene bijdragen.

Ten slotte schendt de ASSB het beginsel van vrije, gelijke en onvervalste mededinging dat aan het Unierecht ten grondslag ligt, aangezien in andere lidstaten gevestigde kredietinstellingen die een bijkantoor in Portugal hebben, een extra heffing moeten betalen die hun positie op de Europese markt ongunstig beïnvloedt en de harmonisatiedoelstellingen van richtlijn 2014/59/EU op losse schroeven zet.

- 3 Verweerder (belasting- en douanediens, Portugal) [*omissis*] heeft een verweerschrift [*omissis*] ingediend waarin wordt verzocht het arbitrageverzoek ongegrond te verklaren op grond van de hierna samengevatte argumenten:

De ASSB is een indirecte belasting die tot doel heeft de vrijstelling van btw op de algemene financiële transacties te compenseren en die onlosmakelijk verbonden is met de historische context van de COVID-19-pandemie, teneinde de kosten te compenseren van de reactie op de crisis die is veroorzaakt door de pandemie. De toewijzing van ASSB-inkomsten aan het FEFSS vindt haar rechtsgrondslag in de Lei de Bases da Segurança Social (wet op de grondslagen van de sociale zekerheid) en in de LOE, die, als uitzondering op het beginsel van onbestemdheid, bepaalt dat belastinginkomsten bestemd zijn voor de financiering van de sociale zekerheid en de verschillende stelsels en subsystemen daarvan.

De ASSB is goedgekeurd in het kader van de aanvullende begrotingen voor 2020, waarbij de bijbehorende raming van de ontvangsten in staat X – opbrengsten van de sociale zekerheid naar economische classificatie, post 06 – lopende overdrachten – staat zo wordt opgenomen dat het soort belasting naar behoren wordt geïdentificeerd en het jaarperiodiciteitsbeginsel in acht wordt genomen.

Het belastbare feit dat de belastingplicht van de ASSB doet ontstaan, is het tijdstip van de goedkeuring van de rekeningen en niet dat van het einde van het boekjaar. Wat het verbod op belasting met terugwerkende kracht betreft, is niet relevant het tijdstip waarop de belasting wordt betaald, maar het tijdstip waarop de handeling plaatsvindt die bepalend is voor de heffing ervan, omdat dit de handeling is die de belastingplicht doet ontstaan. Volgens de rechtspraak van de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal) die ziet op de CSB gaat het niet om een belastbaar feit dat van continue aard is, maar om een belastbaar feit dat zich in het rechtsstelsel voordoet bij de goedkeuring van de financiële verplichtingen en in het jaar waarin die goedkeuring plaatsvindt (zelfs indien de passiva overeenkomen met het boekjaar dat voorafgaat aan het jaar van de goedkeuring). Toen de ASSB-regeling in werking trad, had het feit dat bepalend is voor de betaling van de belasting, zich dus nog niet voorgedaan, zodat er geen sprake is van toepassing met terugwerkende kracht.

Dat de ASSB een discriminerende belasting is op grond dat zij niet van toepassing is op andere sectoren die vrijgesteld zijn van btw, is niet juist. In tegenstelling tot de meeste btw-vrijstellingen, die gebaseerd zijn op economische, sociale of milieubeleidsoverwegingen, is de btw-vrijstelling in het geval van financiële diensten te wijten aan de moeilijkheid om de belastinggrondslag van een aanzienlijk deel van de transacties te bepalen. Deze vrijstelling wordt gedeeltelijk gecompenseerd door het feit dat financiële diensten onderworpen zijn aan zegelrecht (*imposto do selo*), hoewel de tarieven van het zegelrecht aanzienlijk lager zijn dan het gemiddelde btw-tarief en andere transacties waarbij kredietinstellingen betrokken zijn, met name financiële transacties en leasing, van de werkingsfeer van het zegelrecht zijn uitgesloten. Btw-vrijstellingen zijn juist uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel die leiden tot derving van belastinginkomsten, distorsies en ongelijkheid tussen ondernemers, maar ook tot ongelijkheid bij de verdeling van de belastingdruk. De ASSB is dus ingesteld ter bevordering van de fiscale rechtvaardigheid en niet om de bankensector te straffen.

De ASSB-regeling houdt geen discriminerende behandeling in op grond van de nationaliteit van kredietinstellingen en schendt derhalve niet de vrijheid van vestiging als bedoeld in de artikelen 18 VWEU, 26 VWEU en 49 VWEU.

Het is bijkantoren van kredietinstellingen die in andere lidstaten zijn gevestigd, niet verboden hun eigen vermogen af te trekken, aangezien deze bijkantoren de door hun moederinstelling aan hen overgedragen gelden als passiva of als eigen vermogen mogen aanmerken, onder meer naargelang deze rentedragend dan wel permanent van aard zijn.

De bijkantoren en andere belastingplichtigen van de ASSB zijn, ongeacht hun nationaliteit, onderworpen aan dezelfde regels inzake boekhouding en vaststelling van de belastinggrondslag, zodat het niet in mindering brengen van het eigen vermogen, indien het bijkantoor niet over eigen vermogen beschikt, niet tot een verschillende behandeling leidt.

De ASSB is geen middel om afwikkelingsmaatregelen of het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds te financieren, aangezien zij niet onder het toepassingsgebied van richtlijn 2014/59/EU valt, wat verklaart waarom de wetgever het Europese regelgevingskader dat uit die richtlijn en de omzetting ervan in nationaal recht voortvloeit, heeft genegeerd. Aangezien de ASSB geen verband houdt met de nationale mechanismen voor de financiering van afwikkelingsmaatregelen, is er geen sprake van dubbele belastingheffing.

- 4 Hieronder volgt een uiteenzetting van de feiten die voor de beoordeling van deze zaak van belang zijn:
- (a) Verzoekster is het Portugese filiaal van Cofidis S.A., een Franse kredietinstelling, met statutaire zetel en hoofdbestuur in Frankrijk.
 - (b) Cofidis S.A. is sinds 1996 in Portugal aanwezig via verzoekster.
 - (c) Op 11 december 2020 heeft verzoekster de ASSB met betrekking tot het jaarlijkse gemiddelde van de eindsaldi van de passiva voor elke maand, overeenstemmend met de rekeningen voor het eerste halfjaar van 2020, zelf berekend en ingediend met gebruikmaking van formulier 57.
 - (d) Na de indiening van de aangifte is een ASSB-bijdrage van 364 229,67 EUR vastgesteld, welk bedrag door verzoekster volledig is betaald.
 - (e) Op 5 januari 2021 heeft verzoekster verzocht om heroverweging van haar aangifte van de ASSB.
 - (f) Op 21 mei 2021 heeft het afdelingshoofd van de centrale dienst van de afdeling belastingrechtspraak van de eenheid grote belastingplichtigen op grond van zijn gedelegeerde bevoegdheden het verzoek afgewezen.

(g) Op 23 augustus 2021 heeft verzoekster onderhavig arbitrageverzoek ingediend.

- 5 Een deel van de bezwaren die verzoekster tegen haar eigen aangifte van de ASSB heeft aangevoerd, is gebaseerd op de beoordeling van de verenigbaarheid van die belasting met het Unierecht, in het bijzonder met de fundamentele vrijheid van vestiging, zoals neergelegd in artikel 49 VWEU, en met richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014.
- 6 De ASSB is ingesteld bij artikel 18 en bijlage VI van Lei n.º 27-A/2020, de 24 de Julho, que aprovou o Orçamento Suplementar para 2020 (wet 27-A/2020 van 24 juli 2020, waarbij de aanvullende begroting voor 2020 is goedgekeurd).

Deze belasting is ingevoerd ter versterking van de financieringsmechanismen van het socialezekerheidsstelsel door de opbrengst van de inning ervan te bestemmen voor het FEFSS, zoals blijkt uit artikel 1, lid 2, en artikel 9 van bijlage VI.

Volgens artikel 1, lid 2, van bijlage VI was de oprichting van het FEFSS en de exclusieve toepassing ervan op de bankensector gerechtvaardigd als een vorm van compensatie voor de vrijstelling van btw op alle financiële diensten en transacties, waardoor de belastingdruk op de financiële sector in overeenstemming zou worden gebracht met die op andere sectoren.

- 7 Krachtens artikel 2, lid 1, van bijlage VI zijn de belastingplichtigen voor de ASSB a) in Portugal gevestigde kredietinstellingen, b) in Portugal gevestigde dochterondernemingen van in andere staten gevestigde kredietinstellingen en c) in Portugal gevestigde bijkantoren van in andere staten gevestigde kredietinstellingen.

Voor de toepassing van de ASSB worden kredietinstellingen, dochterondernemingen en bijkantoren gedefinieerd in artikel 2A, onder u), w) en ll), van de Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (algemene regeling voor kredietinstellingen en financieringsmaatschappijen), die is goedgekeurd als bijlage bij Decreto-ley n.º 298/92 (besluit met kracht van wet 298/92) van 31 december 1992.

- 8 Wat het objectieve toepassingsgebied betreft, wordt in artikel 3 van bovengenoemde bijlage VI bepaald dat de ASSB wordt geheven over de aangepaste passiva en de nominale waarde van de buiten de balans vallende afgeleide financiële instrumenten, die beide worden bepaald op het niveau van de jaarultimo van de boekhouding. In dit artikel staat met name het volgende:

Artikel 3

Objectief toepassingsgebied

Onderworpen aan de aanvullende solidariteitsheffing voor de bankensector zijn:

(a) *de door de belastingplichtigen bepaalde en goedgekeurde verplichtingen na aftrek, in voorkomend geval, van de passiva die bestaan uit eigen vermogen, deposito's die worden gedekt door het depositogarantiefonds, het gemeenschappelijk landbouwkredietgarantiefonds of een depositogarantiestelsel dat officieel is erkend overeenkomstig artikel 4 van richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels of dat daarmee gelijkgesteld is krachtens artikel 156, lid 1, onder b), van de algemene regeling voor kredietinstellingen en financieringsmaatschappijen, binnen de grenzen van de toepasselijke wetgeving, en deposito's die in het centrale fonds zijn gestort door de landbouwkredietcoöperaties die deel uitmaken van het geïntegreerde landbouwkredietstelsel, overeenkomstig artikel 72 van de Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola [(wettelijke regeling voor landbouwkrediet en landbouwkredietcoöperaties)], goedgekeurd als bijlage bij besluit met kracht van wet 24/91 van 11 april 1991;*

(b) *de notionele waarde van buiten de balans vallende afgeleide financiële instrumenten, bepaald door de belastingplichtigen.*

Artikel 4 van bijlage VI bevat de volgende definitie van passiva:

Artikel 4

Vaststelling van de belastinggrondslag

I – Voor de toepassing van punt a) van het voorgaande artikel wordt onder passiva verstaan alle posten van de balans die, ongeacht hun vorm en hun wijze, een schuld aan derden vertegenwoordigen, met uitzondering van de volgende:

(a) *bestanddelen die overeenkomstig de toepasselijke boekhoudregels als eigen vermogen worden beschouwd;*

(b) *passiva in verband met de opname van verplichtingen uit hoofde van toegezegd-pensioenregelingen;*

(c) *deposito's die gedekt zijn door het depositogarantiefonds en door het gemeenschappelijk landbouwkredietgarantiefonds, maar alleen voor zover zij door deze fondsen worden gedekt;*

(d) *passiva die voortvloeien uit de waardering van afgeleide financiële instrumenten;*

e) *uitgestelde inkomsten, zonder rekening te houden met die welke overeenstemmen met passieve activiteiten, en*

(f) *passiva voor activa die niet van de balans zijn verwijderd bij securitisatietransacties.*

2 – Voor de toepassing van punt a) van het voorgaande artikel gelden de volgende regels:

(a) de waarde van het eigen vermogen, met inbegrip van het tier 1-kapitaal en het tier 2-kapitaal, omvat de positieve bestanddelen die overeenkomstig deel twee van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012, daarbij rekening houdend met de in deel 10 van die verordening vastgestelde overgangsbepalingen, in aanmerking worden genomen voor de berekening van het eigen vermogen en die tegelijkertijd overeenstemmen met het begrip passiva zoals gedefinieerd in het vorige lid;

(b) deposito's die worden gedekt door het depositogarantiefonds, het gemeenschappelijk garantiefonds voor landbouwkredieten of een depositogarantiestelsel dat officieel is erkend in overeenstemming met artikel 4 van richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 of gelijkwaardig wordt geacht overeenkomstig artikel 156, lid 1, onder b), van de algemene regels voor kredietinstellingen en financiële ondernemingen, worden binnen de grenzen van de toepasselijke wetgeving slechts in aanmerking genomen tot het bedrag dat daadwerkelijk door die fondsen wordt gedekt.

- 9 De vraag of de ASSB in overeenstemming is met de in artikel 49 VWEU verankerde fundamentele vrijheid van vestiging, spitst zich derhalve toe op de mogelijkheid voor belastingplichtigen om overeenkomstig deel 2 van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 de waarde van het eigen vermogen en van bepaalde passiefposten die meetellen bij de berekening van het tier 1-kapitaal en het tier 2-kapitaal, af te trekken van hun vastgestelde en goedgekeurde financiële verplichtingen, welke mogelijkheid beschikbaar is voor ingezeten kredietinstellingen, maar niet voor bijkantoren van niet-ingezeten instellingen, voor zover het gaat om instrumenten die alleen door rechtspersonen kunnen worden uitgegeven.
- 10 Wat de naleving van richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014 betreft, is de fundamentele vraag of het is toegestaan dat bijkantoren van financiële instellingen die in andere EU-lidstaten zijn gevestigd, in Portugal worden belast op grond van een nationale regeling zoals de ASSB, die wordt geheven over de aangepaste passiva en de notionele waarde van buiten de balans vallende afgeleide financiële instrumenten en waarvan de inkomsten niet bestemd zijn voor de nationale mechanismen voor ontwikkelingsfinanciering of worden gebruikt om het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds te financieren.

VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

- 11 Bijgevolg rijst in deze procedure twijfel over de uitlegging van voorschriften van Unierecht waarover het Hof van Justitie van de Europese Unie zich niet reeds concreet heeft uitgesproken.

De meningsverschillen tussen de partijen over de juiste uitlegging van het Unierecht zijn evident en verzoekster heeft zelfs subsidiair verzocht om het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

Het Hof van Justitie heeft consequent en op eenvormige wijze aanvaard dat arbitrage-tribunalen prejudiciële vragen kunnen stellen over de uitlegging van het Unierecht. Wanneer er geen sprake is van een *acte clair* en het noodzakelijk is voor de goede afdoening van het geding, moeten prejudiciële vragen worden gesteld aangezien er tegen de beslissingen van scheidsrechterlijke instanties geen rechtsmiddel ten gronde openstaat.

Uit de rechtspraak van het Hof volgt tevens dat ook in de bij de nationale rechter aanhangig gemaakte gevallen waarin de verenigbaarheid van nationale rechtsregels met voorschriften van Unierecht ter discussie wordt gesteld, het Hof bevoegd blijft om de nationale rechter de elementen van uitlegging van het Unierecht te verstrekken die hij nodig heeft om deze verenigbaarheid correct uit te leggen en te beoordelen.

12 Gelet op het voorgaande besluit het Scheidsgerecht de behandeling van de zaak te schorsen en overeenkomstig artikel 267 VWEU en artikel 272, lid 1, Código de Processo Civil (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

- „1) Verzet richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014 zich ertegen dat in een lidstaat van de Europese Unie bijkantoren van in andere lidstaten gevestigde financiële instellingen worden belast op grond van een wettelijke regeling zoals de Portugese regeling inzake de aanvullende solidariteitsheffing voor de bankensector, wanneer die heffing wordt geheven over de aangepaste passiva en de notionele waarde van buiten de balans vallende afgeleide financiële instrumenten en de opbrengsten niet worden toegewezen aan de nationale mechanismen voor de financiering van afwikkelingsmaatregelen of worden gebruikt om het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds te financieren?
- 2) Verzet de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging zich tegen een nationale regeling zoals de Portugese regeling inzake de aanvullende solidariteitsheffing voor de bankensector, op grond waarvan bepaalde passiva die overeenkomstig de bepalingen van deel 2 van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012, daarbij rekening houdend met de overgangsbepalingen in deel [10] van die verordening, meetellen bij de berekening van het tier 1-kapitaal en het tier 2-kapitaal en die alleen kunnen worden uitgegeven door entiteiten met rechtspersoonlijkheid, en dus niet door bijkantoren van niet-ingezeten kredietinstellingen, in mindering mogen worden gebracht op de financiële verplichtingen, zoals die zijn vastgesteld en goedgekeurd?”

[omissis]

Lissabon, 24 mei 2022

