



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 12 mei 2016¹

Zaak C-503/14

**Europese Commissie
tegen**

Portugese Republiek

„Niet-nakoming — Artikelen 21, 45 en 49 VWEU — Artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst — Vrij verkeer van personen — Vrij verkeer van werknemers — Vrijheid van vestiging — Belasting over de meerwaarden die door natuurlijke personen worden gerealiseerd bij een aandelenruil — Belasting over de meerwaarden die door natuurlijke personen worden gerealiseerd bij de overdracht van het totale aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit verbonden vermogen — Exitheffing voor particulieren — Onmiddellijke invordering van de heffing — Verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen natuurlijke personen — Verschil in behandeling tussen natuurlijke personen die activa en passiva overdragen, al naargelang de overdracht plaatsvindt aan een in Portugal gevestigde vennootschap dan wel aan een vennootschap die gevestigd is op het grondgebied van een andere lidstaat — Evenredigheid”

1. Met het onderhavige beroep verzoekt de Europese Commissie het Hof vast te stellen dat de Portugese Republiek, door bepalingen aan te nemen en te handhaven op grond waarvan een belastingplichtige die 1) aandelen ruilt en zijn woonplaats naar het buitenland verlegt, of 2) aan een op individuele basis uitgeoefende activiteit verbonden activa en passiva overdraagt in ruil voor aandelen in een niet-ingezetenen vennootschap, in het eerste geval alle nog niet toegerekende inkomsten uit de betrokken transactie dient op te nemen in de belastinggrondslag van het laatste belastingjaar waarin hij nog als ingezetenen belastingplichtige wordt beschouwd, en in het tweede geval niet in aanmerking komt voor belastinguitstel met betrekking tot de betrokken transactie, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens de artikelen 21, 45 en 49 VWEU en krachtens de artikelen 28 en 31 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst”).

I – Toepasselijke bepalingen

2. Behalve de artikelen 21, 45 en 49 VWEU staan in deze zaak de EER-Overeenkomst en de Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Portugese wet inkomstenbelasting natuurlijke personen; hierna: „CIRS”) centraal.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

A – *EER-Overeenkomst*

3. Artikel 28 van de EER-Overeenkomst bepaalt:

„1. Tussen de lidstaten van de EG en de EVA-staten wordt vrij verkeer van werknemers tot stand gebracht.

2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten van de EG en de EVA-staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om:

- a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling;
- b) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied van de lidstaten van de EG en de EVA-staten;
- c) op het grondgebied van een lidstaat van de EG of een EVA-staat te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;
- d) op het grondgebied van een lidstaat van de EG of een EVA-staat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld.

4. De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst.

5. Bijlage V bevat specifieke bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers.”

4. Artikel 31 van de EER-Overeenkomst luidt:

„1. In het kader van de bepalingen van deze Overeenkomst zijn er geen beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat van de EG of een EVA-staat op het grondgebied van een andere staat bij de Overeenkomst. Dit geldt eveneens voor de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat van de EG of een EVA-staat die op het grondgebied van een van deze staten zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van hoofdstuk 4, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van artikel 34, tweede alinea, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

2. De bijlagen VIII tot en met XI bevatten specifieke bepalingen inzake het recht van vestiging.”

B – *Portugees recht*

5. Artikel 10 CIRS („Meerwaarden”) bepaalt:

„1. Meerwaarden worden gevormd door de winst, niet zijnde inkomsten uit bedrijf, beroep, kapitaal of onroerend goed, die resulteert uit:

[...]

- b) de overdracht onder bezwarende titel van aandelen – de terugbetaling van en de afschrijving op aandelen met vermindering van kapitaal daaronder begrepen – en van andere effecten, alsmede de waarde die aan de aandeelhouders wordt toegekend na verdeling, die wordt beschouwd als meerwaarde in de zin van artikel 81 van de [Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Colectivas (Portugees wetboek vennootschapsbelasting; hierna: „CIRC”)];

[...]

3. De winst wordt geacht te zijn behaald op het moment waarop de in het eerste lid bedoelde handelingen worden verricht, onverminderd hetgeen in de volgende punten is bepaald:

[...]

- b) in het geval van bestemming van goederen uit het privévermogen voor bedrijfs- en beroepsactiviteiten die op individuele basis door de eigenaar van deze goederen worden uitgeoefend, wordt de winst geacht pas te zijn behaald op het moment van de latere overdracht onder bezwarende titel van de betrokken goederen of op het moment waarop zich een ander feit voordoet dat, onder overeenkomstige voorwaarden, verrekening genereert.

4. De aan de inkomstenbelasting natuurlijke personen onderworpen winst wordt gevormd:

- a) door het verschil tussen de verkoop- en de aankoopwaarde, in de gevallen bedoeld onder a), b), en c), van lid 1, eventueel verminderd met het deel dat als inkomsten uit kapitaal wordt beschouwd;

[...]

8. Indien bij een aandelenruil onder de in de artikelen 73, lid 5, en 77, lid 2, [CIRC] bedoelde voorwaarden bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de verkrijgende vennootschap worden toegekend aan de aandeelhouders van de verkregen vennootschap, leidt dit niet tot belastingheffing voor zover die aandeelhouders aan de nieuw verworven aandelen dezelfde fiscale waarde blijven toerekenen als aan de oude aandelen. Die waarde wordt bepaald overeenkomstig de bepalingen van deze wet, onverminderd de belasting die wordt geheven over de eventueel aan de aandeelhouders uitgekeerde geldbedragen.

9. Met betrekking tot het in het voorgaande lid bedoelde geval geldt bovendien het volgende:

- a) Wanneer de aandeelhouder de hoedanigheid van Portugees ingezetene verliest, moet voor de belastingheffing over het jaar waarin hij het Portugese grondgebied heeft verlaten, als meerwaarde worden meegerekend het bedrag dat ingevolge lid 8 ten tijde van de aandelenruil niet is belast en dat gelijk is aan het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschafwaarde van de oude aandelen, zoals bepaald overeenkomstig de bepalingen van deze wet;
- b) de bepalingen van artikel 73, lid 10, [CIRC] zijn van overeenkomstige toepassing.

10. De bepalingen van de leden 8 en 9 zijn van overeenkomstige toepassing op de toekenning van aandelen in het geval van een fusie of splitsing als geregeld in artikel 74 [CIRC].

[...]”

6. Artikel 38 CIRS bepaalt:

„Inbreng van vermogen in ruil voor aandelen:

1. Er behoeft geen belastbaar resultaat te worden bepaald in het geval dat een natuurlijke persoon alle aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit verbonden activa en passiva overdraagt in ruil voor aandelen in een vennootschap, mits aan alle hierna genoemde voorwaarden is voldaan:

- a) de entiteit waaraan het vermogen wordt overgedragen, is een vennootschap die haar statutaire en werkelijke zetel op het Portugese grondgebied heeft;
- b) de natuurlijke persoon die de overdracht verricht, bezit ten minste 50 % van het kapitaal van de vennootschap, en de door de vennootschap uitgeoefende activiteit is in wezen identiek aan de activiteit die op individuele basis werd uitgeoefend;
- c) de overgedragen activa en passiva worden voor die overdracht in aanmerking genomen tegen de waarden die vermeld staan in de boekhouding of de administratie van de natuurlijke persoon, dat wil zeggen de waarden die voortvloeien uit de toepassing van de bepalingen van dit wetboek of uit de overeenkomstig fiscale bepalingen verrichte herberekeningen;
- d) de in ruil voor de overdracht ontvangen aandelen worden met het oog op de belasting van de bij hun latere vervreemding gerealiseerde winsten of verliezen gewaardeerd tegen de nettowaarde van de overgedragen activa en passiva, vastgesteld overeenkomstig het voorgaande punt;
- e) de onder a) bedoelde vennootschap legt een verklaring af waarbij zij zich ertoe verplicht de bepalingen van artikel 77 [CIRC] te eerbiedigen; deze verklaring moet worden gevoegd bij de periodieke inkomstenverklaring van de natuurlijke persoon betreffende de overdracht.

2. De in het vorige lid opgenomen bepalingen zijn niet van toepassing indien tot het overgedragen vermogen goederen behoren waarvoor de belastingheffing over de winst is uitgesteld in de zin van artikel 10, lid 3, onder b).

3. De winst die wordt behaald door de vervreemding onder bezwarende titel, uit welken hoofde ook, van de aandelen die in ruil voor de in lid 1 bedoelde overdracht zijn ontvangen, wordt gedurende een periode van vijf jaar na die overdracht gekwalificeerd als inkomsten uit bedrijf of beroep en beschouwd als netto-inkomen van categorie B. Gedurende die periode kan geen enkele transactie worden verricht met betrekking tot de aandelen waarvoor het neutraliteitsregime geldt, omdat anders de winst wordt geacht op het moment van die transactie te zijn gerealiseerd en moet worden verhoogd met 15 % voor elk jaar of gedeelte van een jaar dat is verstreken sinds de inbreng van vermogen in ruil voor aandelen is vastgesteld, waarbij deze winst moet worden opgeteld bij het inkomen over het jaar waarin die transacties zijn vastgesteld.”

II – Precontentieuze procedure

7. Op 17 oktober 2008 heeft de Commissie de Portugese Republiek een aanmaningsbrief gezonden, waarin zij zich op het standpunt stelde dat deze lidstaat de krachtens de artikelen 18, 39 en 43 EG en krachtens de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen door in twee situaties belasting te heffen over latente meerwaarden, namelijk in het geval van een aandelenruil wanneer de betrokken natuurlijke persoon zijn woonplaats verlegt naar een andere lidstaat, en in het geval van de overdracht aan een vennootschap van aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit door een natuurlijke persoon verbonden passiva en activa wanneer die vennootschap haar statutaire of werkelijke zetel in het buitenland heeft.

8. De Portugese Republiek heeft die aanmaningsbrief bij brief van 15 mei 2009 beantwoord en daarbij te kennen gegeven dat zij het niet met het standpunt van de Commissie eens was.

9. Van mening dat dit antwoord niet overtuigend was, heeft de Commissie op 3 november 2009 een met redenen omkleed advies doen uitgaan naar de Portugese Republiek, waarin zij het in de aanmaningsbrief vertolkte standpunt heeft herhaald en de Portugese Republiek heeft verzocht de nodige maatregelen te nemen om aan het met redenen omkleed advies te voldoen binnen een termijn van twee maanden na ontvangst ervan.

10. In haar antwoord op dat met redenen omkleed advies is de Portugese Republiek gebleven bij haar standpunt zoals zij dat in haar antwoord op de aanmaningsbrief had uiteengezet.

11. Daar zij met het antwoord van de Portugese Republiek geen genoegen nam, heeft de Commissie deze lidstaat op 8 oktober 2011 een aanvullende aanmaningsbrief gezonden, waarin zij verwees naar de actuele versie van artikel 10, lid 9, onder a), CIRS, en daarbij opmerkte dat het door haar in de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies tot uitdrukking gebrachte standpunt ongewijzigd bleef.

12. Naar aanleiding van het antwoord van de Portugese Republiek op die aanvullende aanmaningsbrief, waarin deze lidstaat de verweten niet-nakoming bleef betwisten, is de Commissie met een aanvullend met redenen omkleed advies gekomen. Daarin herhaalde zij haar grief dat de artikelen 10 en 38 CIRS in strijd waren met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU en met de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst, en verzocht zij de Portugese Republiek om binnen twee maanden aan dat aanvullende met redenen omkleed advies te voldoen.

13. Aangezien de Portugese Republiek in haar antwoord van 23 januari 2013 heeft volgehouden dat zij het standpunt van de Commissie onjuist achtte, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

III – Procedure bij het Hof

14. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Commissie en de Portugese regering. Behalve deze partijen heeft ook de Duitse regering ter terechtzitting van 16 maart 2016 pleidooi gehouden.

IV – Beoordeling

A – Argumenten van partijen

15. Volgens de *Commissie* zijn de rechten van verdediging van de Portugese Republiek volledig geëerbiedigd, ook al is haar verzoekschrift enigszins gewijzigd ten opzichte van de stukken van de administratieve procedure. Die geringe wijzigingen zijn namelijk het gevolg van de verduidelijkingen die de Portugese Republiek haar tijdens die administratieve procedure heeft verstrekt, met name in antwoord op het aanvullende met redenen omkleed advies.

16. Ten gronde doelt de *Commissie* op twee situaties, namelijk in de eerste plaats de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden, en in de tweede plaats de overdracht aan een onderneming van activa en passiva die verbonden zijn aan een door een natuurlijke persoon uitgeoefende activiteit.

17. In het eerste geval is de *Commissie* van mening dat de Portugese wettelijke regeling [artikel 10, lid 9, onder a), CIRS] personen straft die besluiten het Portugese grondgebied te verlaten, daar deze personen anders worden behandeld dan personen die in Portugal blijven. Als de aandeelhouder of vennoot niet meer in Portugal woonachtig is, worden de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden opgenomen in het belastbaar inkomen van het kalenderjaar waarin de verlegging van woonplaats heeft plaatsgevonden. Het meerwaardebedrag is gelijk aan het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschafwaarde van de oude aandelen.

18. Blijft de aandeelhouder of vennoot daarentegen in Portugal wonen, dan is de waarde van de ontvangen aandelen gelijk aan die van de ingebrachte aandelen. Er is dan dus geen sprake van meerwaarden, tenzij er nog een bijbetaling in contanten plaatsvindt. Zonder een dergelijke betaling zullen de meerwaarden pas worden belast indien en zodra de ontvangen aandelen definitief worden vervreemd.

19. De *Commissie*, die zich baseert op de arresten van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), en 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), stelt dat het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), in dit geval niet van toepassing is, daar het betrekking heeft op rechtspersonen.

20. In het tweede geval, te weten de overdracht aan een onderneming van activa en passiva die verbonden zijn aan een door een natuurlijke persoon uitgeoefende activiteit, is de *Commissie* van mening dat de Portugese Republiek altijd dezelfde regel zou moeten toepassen, ongeacht of de verkrijgende rechtspersoon haar statutaire of werkelijke zetel al dan niet in Portugal heeft.

21. Artikel 38, lid 1, onder a), CIRS bepaalt echter dat wanneer activa en passiva die verbonden zijn aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepswerkzaamheid door een natuurlijke persoon, worden overgedragen aan een vennootschap in ruil voor aandelen, op het moment van die overdracht geen belastingheffing plaatsvindt indien onder meer is voldaan aan de voorwaarde dat de verkrijgende rechtspersoon haar statutaire of werkelijke zetel in Portugal heeft. In dat geval zal pas belasting worden geheven indien en zodra die activa en passiva worden vervreemd door de verkrijgende rechtspersoon.

22. Een dergelijke fiscale behandeling geldt echter niet wanneer die rechtspersoon haar statutaire of werkelijke zetel buiten Portugal heeft. In dat geval worden de meerwaarden belast zodra de overdracht van de activa en passiva heeft plaatsgevonden.

23. De *Commissie* is van mening dat dit tweeledige verschil in fiscale behandeling in strijd is met artikel 49 VWEU en artikel 31 van de EER-Overeenkomst en verder gaat dan nodig is om de doeltreffendheid van het belastingstelsel te waarborgen.

24. Zonder formeel de niet-ontvankelijkheid van het beroep aan te voeren, stelt de Portugese Republiek dat de Commissie met haar in het verzoekschrift aangebrachte wijzigingen niet gewoonweg haar grief heeft verduidelijkt, maar het oorspronkelijke voorwerp van het geschil, zoals dit uit het met redenen omkleed advies en uit de aanvulling daarop naar voren komt, substantieel heeft gewijzigd. Wegens deze discrepanties moet het beroep volgens de Portugese Republiek al meteen worden afgewezen.

25. Ten gronde stelt de Portugese Republiek dat haar wetgeving in geen enkel opzicht in strijd is met het vrije personenverkeer of de vrijheid van vestiging.

26. In de eerste plaats kan in haar ogen de regeling volgens welke de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden worden belast in geval van verlegging van de woonplaats van de natuurlijke persoon (artikel 10 CIRS), niet onverenigbaar worden geacht met de in de artikelen 21, 45 en 49 VWEU en in de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst verankerde fundamentele vrijheden, aangezien deze regeling haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang die verband houden met de samenhang en de bescherming van de integriteit van het nationale belastingstelsel.

27. In de tweede plaats wordt volgens de Portugese Republiek dankzij het uitstel van de belastingheffing met betrekking tot de overgedragen vermogensbestanddelen tot het moment van realisatie van de meerwaarden (artikel 38 CIRS) de eerbiediging van het beginsel van economische continuïteit zodanig gewaarborgd dat de belasting van de corresponderende inkomsten daadwerkelijk kan worden gewaarborgd, wat de reden is waarom dat belastinguitstel ervan afhankelijk is of de entiteit waaraan het vermogen wordt overgedragen, al dan niet haar statutaire en werkelijke zetel op het Portugese grondgebied heeft.

28. In het geval van andere entiteiten is het volgens de Portugese Republiek namelijk bij gebreke van harmonisatiemaatregelen niet mogelijk om te verzekeren dat het beginsel van economische continuïteit wordt geëerbiedigd en dat de door de overdracht van de activa en passiva gerealiseerde winst later worden belast, aangezien ten aanzien van die entiteiten de staat van vestiging bevoegd is en niet de Portugese Staat. De betrokken regeling is volgens de Portugese Republiek dan ook in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel.

29. Tijdens de terechtzitting heeft de *Bondsrepubliek Duitsland* zich geschaard aan de zijde van de Portugese Republiek. Zij heeft, kort gezegd, betoogd dat de twee litigieuze bepalingen gerechtvaardigd zijn in zoverre zij beogen te verzekeren dat op het Portugese grondgebied gegenereerde winsten worden belast voordat de Portugese Republiek haar fiscale bevoegdheid verliest. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen ongefundeerd, temeer daar dit het risico meebrengt dat de in het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), geformuleerde beginselen worden omzeild. Behalve op dit arrest² baseert de Bondsrepubliek Duitsland zich ook op de arresten van 7 september 2006, *N* (C-470/04, EU:C:2006:525), en 12 juli 2005, *Schempp* (C-403/03, EU:C:2005:446)³.

2 — De Bondsrepubliek Duitsland beroept zich met name op punt 52 van genoemd arrest („de vaststelling van het bedrag van de heffing op het moment van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel van een vennootschap [is] in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, gelet op de doelstelling van de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, om de meerwaarden die in het kader van de fiscale bevoegdheid van de lidstaat van oorsprong zijn ontstaan, in deze lidstaat te belasten”).

3 — De Bondsrepubliek Duitsland citeert punt 45 van dit arrest, waarin het Hof eraan herinnert dat „het Verdrag een burger van de Unie niet de garantie biedt dat de overbrenging van zijn werkzaamheden naar een andere lidstaat dan die waarin hij tot dan verbleef, fiscaal neutraal is. Gelet op de verschillen tussen de regelingen van de lidstaten ter zake, kan een dergelijke overbrenging naargelang van het geval voor de burger op het vlak van de indirecte belastingen meer of minder voordelig of nadelig uitvallen.”

B – Analyse

1. Ontvankelijkheid van het beroep

30. De precontentieuze procedure heeft tot doel, de betrokken lidstaat in de gelegenheid te stellen de krachtens het Unierecht op hem rustende verplichtingen na te komen en naar behoren verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde grieven.

31. In het arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, EU:C:1993:257, punt 13), heeft het Hof geoordeeld dat „het voorwerp van een beroep [wegens niet-nakoming] wordt afgebakend door de [...] precontentieuze procedure en later niet meer kan worden uitgebreid. De mogelijkheid voor de betrokken staat om opmerkingen te maken, vormt immers een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg en is een vormvoorschrift dat van wezenlijk belang is voor de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van een niet-nakoming door een lidstaat.”⁴

32. Zoals het Hof in het arrest van 9 april 2013, Commissie/Ierland (C-85/11, EU:C:2013:217, punt 17), heeft vastgesteld, betekent dat vereiste niet dat de formulering van de grieven in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in het petitum van het verzoekschrift steeds volkomen gelijklopend moet zijn, mits het voorwerp van het geschil zoals dat in het met redenen omkleed advies is omschreven, niet is verruimd of gewijzigd.⁵

33. Naar mijn mening heeft de Commissie in casu de verweten inbreuk en de redenen waarom haars inziens de Portugese Republiek de op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, voldoende nauwkeurig omschreven.

34. Het is duidelijk dat het voorwerp van het geschil, zoals dat in het met redenen omkleed advies en in de aanvulling daarop is omschreven, in zoverre het betrekking heeft op de verenigbaarheid van de artikelen 10 en 38 CIRS met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU en met de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst, niet is gewijzigd.

35. De in het verzoekschrift aangebrachte wijzigingen preciseren slechts de inhoud van de door de Commissie reeds in de precontentieuze procedure genoemde artikelen van de CIRS en verduidelijken de door de Commissie met het Unierecht in strijd geachte gevolgen van deze bepalingen.

36. Het feit dat de Commissie in haar verzoekschrift de formulering van enkele onderdelen van haar verzoek enigszins heeft gewijzigd, wettigt dus geenszins de conclusie dat de inhoud van het oorspronkelijk geformuleerde verzoek is verruimd of in enig opzicht is gewijzigd. Het voorwerp van het geschil is vanaf het begin van de administratieve procedure tot aan de huidige contentieuze fase duidelijk afgebakend en gedefinieerd gebleven, niet alleen in de door de Commissie gegeven motivering, maar ook in de duidelijke vermelding van de litigieuze artikelen van de CIRS. Bovendien heeft de Portugese Republiek de haar in de niet-nakomingsprocedure toekomende rechten ten volle kunnen uitoefenen.

37. Uit een en ander volgt dat de Commissie het voorwerp van het beroep niet heeft verruimd of gewijzigd en dus artikel 258 VWEU (voorheen artikel 226 EG) niet heeft geschonden. Ik acht het beroep dan ook zonder meer ontvankelijk.

4 — Zie ook arresten van 28 april 1993, Commissie/Italië (C-306/91, EU:C:1993:161); 13 december 2001, Commissie/Frankrijk (C-1/00, EU:C:2001:687); 20 juni 2002, Commissie/Duitsland (C-287/00, EU:C:2002:388); 18 juli 2007, Commissie/Duitsland (C-490/04, EU:C:2007:430); 6 september 2012, Commissie/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), en 14 juni 2007, Commissie/België (C-422/05, EU:C:2007:342).

5 — Zie arresten van 11 juli 2002, Commissie/Spanje (C-139/00, EU:C:2002:438, punten 18 en 19), en 18 november 2010, Commissie/Portugal (C-458/08, EU:C:2010:692, punten 43 en 44).

2. Ten gronde

38. De onderhavige zaak heeft betrekking op de verenigbaarheid met de in het VWEU en de EER-Overeenkomst verankerde fundamentele vrijheden van een exitheffing op door natuurlijke personen gerealiseerde meerwaarden.⁶ Twee kwesties moeten worden onderzocht:

- de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden, en
- de overdracht aan een vennootschap van activa en passiva die verbonden zijn aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepswerkzaamheid door een natuurlijke persoon.

a) Uit een aandelenruil resulterende meerwaarden [artikel 10, lid 9, onder a), CIRS]

39. Volgens genoemde bepaling moeten in een situatie waarin de belastingplichtige zijn woonplaats naar het buitenland verlegt, de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden onmiddellijk worden belast. Het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschafwaarde van de oude aandelen moet worden opgenomen in het belastbaar inkomen van het kalenderjaar waarin de verlegging van woonplaats heeft plaatsgevonden.

40. Dit ligt anders bij belastingplichtigen die *hun woonplaats in Portugal behouden*, omdat dan de waarde van de ontvangen aandelen gelijk is aan die van de ingebrachte aandelen, tenzij er sprake is van een bijbetaling in contanten, waarover onmiddellijk belasting wordt geheven. Zonder een dergelijke bijbetaling zullen de meerwaarden pas worden belast indien en zodra de ontvangen aandelen definitief worden vervreemd.

41. De vraag is derhalve of dit verschil in fiscale behandeling een beperking oplevert van de in de artikelen 21, 45 en 49 VWEU en in de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst verankerde vrijheden van verkeer, en zo ja, of deze beperking eventueel gerechtvaardigd is.

i) Houdt het verschil in behandeling een beperking in die in beginsel onverenigbaar is met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU?

42. Met betrekking tot de grieven inzake schending van de artikelen van het VWEU breng ik in herinnering dat artikel 21 VWEU, dat het recht van iedere burger van de Unie om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven op algemene wijze formuleert, in artikel 45 VWEU een bijzondere uitdrukking vindt voor het vrije verkeer van werknemers, en in artikel 49 VWEU voor de vrijheid van vestiging.⁷

6 — Zie met betrekking tot exitheffingen bij natuurlijke personen met name arresten van 21 november 2002, X en Y (C-436/00, EU:C:2002:704); 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138); 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525); 18 januari 2007, Commissie/Zweden (C-104/06, EU:C:2007:40), en 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439). Zie met betrekking tot exitheffingen bij vennootschappen met name arresten van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785); 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20); 18 juli 2013, Commissie/Denemarken (C-261/11, EU:C:2013:480); 25 april 2013, Commissie/Spanje (C-64/11, EU:C:2013:264); 31 januari 2013, Commissie/Nederland (C-301/11, EU:C:2013:47), en 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331).

7 — Arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 49), alsmede arresten van 17 januari 2008, Commissie/Duitsland (C-152/05, EU:C:2008:17, punt 18); 20 januari 2011, Commissie/Griekenland (C-155/09, EU:C:2011:22, punt 41), en 1 december 2011, Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 44).

43. Al deze bepalingen beogen het de burgers van de Unie gemakkelijker te maken, om het even welk beroep uit te oefenen op het gehele grondgebied van de Unie, en staan in de weg aan regelingen die deze burgers zouden kunnen benadelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen uitoefenen.⁸

44. Volgens vaste rechtspraak moeten als beperkingen van het vrije personenverkeer⁹ worden beschouwd alle maatregelen die de uitoefening van die vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.¹⁰

45. In het onderhavige geval beperkt artikel 10, lid 9, onder a), CIRS de uitoefening van die vrijheid, in zoverre het op zijn minst een afschrikkend effect heeft jegens in Portugal woonachtige belastingplichtigen die zich in een andere lidstaat wensen te vestigen.

46. Op grond van de betrokken nationale wettelijke regeling heeft het feit dat de belastingplichtige zijn woonplaats naar het buitenland verlegt, immers tot gevolg dat de uit een aandelenruil resulterende meerwaarden onmiddellijk worden belast, dat wil zeggen dat het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschafwaarde van de oude aandelen wordt opgenomen in het belastbaar inkomen van het kalenderjaar waarin de verlegging van woonplaats heeft plaatsgevonden, wat niet het geval is voor belastingplichtigen die in Portugal blijven wonen. In dat geval is de waarde van de ingebrachte aandelen namelijk gelijk aan die van de ontvangen aandelen, en wordt enkel over een bijbetaling in contanten belasting geheven.

47. Er is bovendien geen enkele aanwijzing (en de Portugese Republiek heeft trouwens in dit verband ook geen enkel gegeven aangevoerd) op grond waarvan kan worden gesteld dat die twee soorten belastingbetalers niet in een vergelijkbare situatie zouden verkeren.¹¹

48. In zoverre bij de ene belastingbetaler meerwaarden worden belast, terwijl bij de andere belastingbetaler aanvankelijk wordt aangenomen dat er geen sprake is van meerwaarden, benadeelt dit verschil in behandeling personen die hun woonplaats naar het buitenland verleggen.¹²

49. De verleiding is groot (aangezien er sprake is van een exitheffing) om te verwijzen naar het arrest van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), waarin het Hof voor recht heeft verklaard dat „[h]et beginsel van vrijheid van vestiging van artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) [...] aldus [moet] worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een stelsel zoals dit van artikel 167 bis van de Franse Code général des impôts invoert waarbij nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen worden belast wanneer de belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die lidstaat naar het buitenland verplaatst”.

8 — Arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 51), alsmede arresten van 17 januari 2008, Commissie/Duitsland (C-152/05, EU:C:2008:17, punt 21); 20 januari 2011, Commissie/Griekenland (C-155/09, EU:C:2011:22, punt 43), en 1 december 2011, Commissie/Hongarije (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 46).

9 — Aldus opgevat dat daaronder zowel het vrij verkeer van burgers in het algemeen, als dat van werknemers, zelfstandigen en vennootschappen (vrijheid van vestiging) wordt verstaan.

10 — Arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 54). Zie met betrekking tot de vrijheid van vestiging arresten van 5 oktober 2004, *CaixaBank France* (C-442/02, EU:C:2004:586, punt 11), en 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 36).

11 — Zie naar analogie arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 38).

12 — Het Hof heeft bij herhaling geoordeeld dat uitsluiting van een cashflowvoordeel in een grensoverschrijdende situatie terwijl het beschikbaar is in een vergelijkbare binnenlandse situatie, een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert [arrest van 12 juli 2012, Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 59)]. Zie in die zin ook arresten van 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C-397/98 en C-410/98, EU:C:2001:134, punten 44, 54 en 76); 21 november 2002, *X en Y* (C-436/00, EU:C:2002:704, punten 36-38); 13 december 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 32), en 29 maart 2007, *Rewe Zentralfinanz* (C-347/04, EU:C:2007:194, punt 29).

50. De Portugese Republiek stelt evenwel dat de door de litigieuze bepaling geregelde situatie verschilt van die welke het Hof heeft onderzocht in het arrest van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), daar het in casu gaat om een belasting op gerealiseerde meerwaarden, en niet, zoals in dat arrest, om een belasting op latente meerwaarden.

51. Dit onderscheid is in mijn ogen niet relevant, aangezien het in het arrest van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), niet draaide om de vraag of de meerwaarden latent dan wel reeds gerealiseerd waren, maar om het verschil in fiscale behandeling van de meerwaarden al naargelang de betrokken belastingplichtige al dan niet het nationale grondgebied verliet.

52. Bovendien mag het Hof in het arrest van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), dan hebben geoordeeld dat de Franse wettelijke regeling volgens welke nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen werden belast wanneer de belastingplichtige zijn fiscale woonplaats naar een andere lidstaat overbracht, een beperking van de vrijheid van vestiging opleverde, het heeft daarmee geenszins uitgesloten dat de fundamentele vrijheden ook in andere omstandigheden kunnen worden beperkt. Overigens heeft het Hof reeds vastgesteld dat de vrijheid van vestiging werd beperkt in gevallen waarin de door belastingplichtigen daadwerkelijk gerealiseerde meerwaarden aan een exitheffing werden onderworpen.¹³

53. Het door artikel 10 CIRS gemaakte onderscheid levert in mijn ogen een beperking op die in beginsel onverenigbaar is met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU.

ii) Kan de beperking worden gerechtvaardigd?

54. Volgens vaste rechtspraak kunnen nationale maatregelen die de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, niettemin toegestaan zijn mits zij een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking van dit doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken.¹⁴

55. Van de dwingende redenen van algemeen belang die door het Hof zijn aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor nationale fiscale bepalingen die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid opleveren, beroept de Portugese Republiek zich op de samenhang van het belastingstelsel en op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel.¹⁵

56. Ik wijs erop dat de bewijslast in dit verband op de Portugese Republiek rust.¹⁶

– Fiscale samenhang

57. Met betrekking tot de rechtvaardiging van haar wettelijke regeling op grond van de noodzaak om de samenhang van haar nationale belastingstelsel te behouden, voert de Portugese Republiek met name aan dat die regeling onontbeerlijk is om die samenhang te waarborgen, daar aan het toegekende voordeel in de vorm van belastinguitstel een einde komt wanneer latere belastingheffing onmogelijk

13 — Zie arresten van 21 november 2002, *X en Y* (C-436/00, EU:C:2002:704), en 16 april 2015, *Duitsland/Commissie* (C-591/13, EU:C:2015:230).

14 — Arrest van 12 juli 2012, *Commissie/Spanje* (C-269/09, EU:C:2012:439, punt 62), alsmede arresten van 17 januari 2008, *Commissie/Duitsland* (C-152/05, EU:C:2008:17, punt 26); 20 januari 2011, *Commissie/Griekenland* (C-155/09, EU:C:2011:22, punt 51); 1 december 2011, *Commissie/Hongarije* (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 69), en 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 42).

15 — Hoewel de Portugese regering in haar conclusie in punt 99 van haar verweerschrift ook de doeltreffendheid van de fiscale controles en de strijd tegen belastingontduiking en -ontwijking noemt, gaat zij daar in haar verweerschrift helemaal niet verder op in. Ik zal daar echter nog wel enkele woorden aan wijden (zie de punten 84 e.v. van deze conclusie).

16 — Zie met name arresten van 20 januari 2011, *Commissie/Griekenland* (C-155/09, EU:C:2011:22, punt 55), en 21 december 2011, *Commissie/Polen* (C-271/09, EU:C:2011:855, punt 61).

wordt, zoals het geval is wanneer de belastingplichtige die het voordeel geniet, zijn hoedanigheid van ingezetene verliest. Volgens de Portugese Republiek is voldaan aan de drie voorwaarden waaronder het Hof de fiscale samenhang reeds als rechtvaardigingsgrond heeft aanvaard: i) het bestaan van een rechtstreeks verband tussen de toekenning van een belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing, die ii) beide in het kader van dezelfde belasting plaatsvinden en iii) dezelfde belastingplichtige betreffen.

58. In dit verband heeft het Hof immers reeds erkend dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te behouden, een beperking van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer kan rechtvaardigen.¹⁷ Daartoe heeft het geëist dat voor dezelfde belastingplichtige en dezelfde belasting het betrokken belastingstelsel een rechtstreeks verband tot stand brengt tussen het betrokken belastingvoordeel en een bepaalde fiscale heffing.¹⁸

59. Vastgesteld moet worden dat de Portugese Republiek zich slechts beroept op de noodzaak om de samenhang van haar belastingstelsel te behouden, maar niet aantoont dat er in de betrokken nationale wettelijke regeling een rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde fiscale last. Het is niet eens zeker dat er in de toekomst belasting zal worden geheven van degenen die het voordeel genieten.

60. Uit artikel 10, lid 8, CIRS blijkt volgens mij namelijk dat een belastingplichtige die op het Portugese grondgebied blijft wonen, zich op de vrijstelling van deze bepaling kan blijven beroepen zolang hij aan de aandelen die hij in ruil voor andere aandelen heeft ontvangen, dezelfde fiscale waarde blijft toerekenen als aan de oude aandelen. Het is dus onzeker of er in de toekomst ooit belasting van hem zal worden geïnd.¹⁹

61. En als er belastingheffing plaatsvindt, kan een verband tussen de heffing en het voordeel ontbreken. Bovendien geeft de betrokken bepaling van de CIRS niet duidelijk aan vanaf welk tijdstip de belasting eventueel wordt geïnd.

62. Met betrekking tot de moeilijkheid om belasting te innen van een niet-ingezeten belastingplichtige (een argument dat eerder verband houdt met de doeltreffendheid van de fiscale controles dan met de samenhang van het belastingstelsel), wijs ik erop dat de Portugese Republiek in haar opmerkingen niet op overtuigende wijze het argument van de Commissie heeft weerlegd dat er ook maatregelen denkbaar zijn die de fundamentele vrijheden minder beperken, gelet op de richtlijnen betreffende administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen, en betreffende wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen.²⁰

17 — Arresten van 28 januari 1992, *Bachmann* (C-204/90, EU:C:1992:35, punt 21); 23 oktober 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588, punt 43); 1 december 2011, *Commissie/België* (C-250/08, EU:C:2011:793, punt 77); 1 december 2011, *Commissie/Hongarije* (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 78), en 7 november 2013, *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 71). Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak *Feilen* (C-123/15, EU:C:2016:193, punten 56 e.v.).

18 — Arresten van 27 november 2008, *Papillon* (C-418/07, EU:C:2008:659, punt 44); 18 juni 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377, punt 72); 1 december 2011, *Commissie/België* (C-250/08, EU:C:2011:793, punt 71); 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, punt 57), en 7 november 2013, *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 66). Zie ook arresten van 7 september 2004, *Manninen* (C-319/02, EU:C:2004:484, punt 42); 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 68), en 1 december 2011, *Commissie/Hongarije* (C-253/09, EU:C:2011:795, punt 72). Of een dergelijk verband rechtstreeks is, moet aan de hand van het door de betrokken regeling nagestreefde doel worden onderzocht [zie met name arrest van 7 september 2004, *Manninen*, C-319/02, EU:C:2004:484, punt 43)].

19 — Zie naar analogie arrest van 26 oktober 2006, *Commissie/Portugal* (C-345/05, EU:C:2006:685, punt 27).

20 — De Commissie noemt in dit verband richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799/EEG (PB 2011, L 64, blz. 1), en richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen (PB 2010, L 84, blz. 1).

– Handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

63. Een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten is door het Hof al in diverse arresten inzake exitheffingen op meerwaarden²¹ als rechtvaardigingsgrond aanvaard. Ik vat de relevante rechtspraak hier kort samen, waarna ik deze rechtspraak zal toepassen op het onderhavige geval.

Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid: beginselen

64. De eerste arresten inzake exitheffingen waarin de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, als rechtvaardigingsgrond is aanvaard, zijn de arresten van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), betreffende de verlegging van de fiscale woonplaats van een natuurlijke persoon met aandelen in een vennootschap naar een andere lidstaat, en 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), betreffende de verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar een andere lidstaat.

65. Uit hoofde van de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, heeft het Hof in het arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 46), onder verwijzing naar punt 46 van het arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), vastgesteld dat „een lidstaat ingevolge het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten het verblijf van de belastingplichtige op het nationale grondgebied gedurende de periode waarin de latente meerwaarden zijn ontstaan, genoemde meerwaarden mag belasten op het moment van vertrek van de betrokken belastingplichtige [...]. Een dergelijke maatregel strekt er immers toe om situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden en kan dus worden gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten”.

66. In dit verband heeft het Hof ook geoordeeld dat een lidstaat gerechtigd is om de economische waarde die door een latente meerwaarde op zijn grondgebied wordt gegenereerd, te belasten, zelfs als de betrokken meerwaarde nog niet daadwerkelijk is gerealiseerd [arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 49)], wat impliceert dat een lidstaat uiteraard het recht heeft om de economische waarde te belasten die door een gerealiseerde meerwaarde op zijn grondgebied wordt gegenereerd.

67. Deze beginselen zijn in latere arresten bevestigd, met name in de arresten van 6 september 2012, Commissie/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521); 18 juli 2013, Commissie/Denemarken (C-261/11, EU:C:2013:480); 31 januari 2013, Commissie/Nederland (C-301/11, EU:C:2013:47); 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20); 16 april 2015, Commissie/Duitsland (C-591/13, EU:C:2015:230), en 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331).

Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid: evenredigheid

68. Ter beoordeling van de evenredigheid van een regeling die in beginsel gerechtvaardigd is door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, moet, zoals het Hof in zijn arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 51), heeft geoordeeld, een onderscheid worden gemaakt tussen de vaststelling van het bedrag van de heffing en de inning daarvan.

21 — In het algemeen vallen alle soorten heffingen die aan een persoon worden opgelegd wanneer hij zijn fiscale woonplaats naar het buitenland verplaatst, onder het begrip „exitheffing”. Deze heffing heeft doorgaans ofwel betrekking op de latente meerwaarden in de activa van een persoon die niet langer ingezetene is, ofwel op de naar een andere staat overgebrachte activa (Barnard, C., en Odudu, D., *The Cambridge Yearbook of European studies*, deel 13, 2010-2011, Hart Publishing, Oxford 2011, blz. 246).

69. Volgens het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 52), „is de vaststelling van het bedrag van de heffing op het moment van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel van een vennootschap in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, gelet op de doelstelling van de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, om de meerwaarden die in het kader van de fiscale bevoegdheid van de lidstaat van oorsprong zijn ontstaan, in deze lidstaat te belasten. Het is immers evenredig dat de lidstaat van oorsprong, teneinde de uitoefening van zijn fiscale bevoegdheid veilig te stellen, de verschuldigde belasting bepaalt over de op zijn grondgebied aangegroeide latente meerwaarden op het moment waarop zijn bevoegdheid om van de betrokken vennootschap belasting te heffen, ophoudt te bestaan, in casu het moment van de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat.”

70. De onmiddellijke invordering van de belasting is daarentegen als onevenredig beschouwd wegens het bestaan van maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken dan onmiddellijke belastingheffing.

71. Dienaangaande blijkt uit het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 73), dat de belastingplichtige de keuze moet worden gelaten tussen enerzijds de onmiddellijke betaling van het bedrag van de heffing op de betrokken latente meerwaarden, en anderzijds de uitgestelde betaling van het bedrag van die heffing, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling. Het Hof heeft in het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 74), bovendien geoordeeld dat „ook rekening [moet] worden gehouden met het risico van niet-invordering van de heffing, dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Met dit risico kan door de betrokken lidstaat rekening worden gehouden in het kader van de toepasselijke nationale regelgeving inzake uitgestelde betaling van belastingschulden, door maatregelen als het stellen van een bankgarantie”.

72. In de latere rechtspraak zijn deze beginselen bevestigd en verduidelijkt, zowel uit het oogpunt van de vrijheid van vestiging als uit het oogpunt van het vrije kapitaalverkeer.²²

Toepassing op het onderhavige geval

73. De Commissie verwerpt het door de Portugese Republiek aan het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), ontleende argument inzake de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, en wel op de grond dat dit arrest „voor het eerst duidelijk maakt welke bepalingen op het gebied van exitheffingen met het Unierecht verenigbaar kunnen zijn, doch uitsluitend voor ondernemingen. In werkelijkheid heeft het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 54-58), geen betrekking op natuurlijke personen, zodat de voor natuurlijke personen relevante rechtspraak wordt gevormd door de arresten van 11 maart 2004, *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), en van 7 september 2006, *N* (C-470/04, EU:C:2006:525)”.²³

74. Ik deel dat standpunt om de volgende redenen niet.

22 — De preciseringen hadden met name betrekking op het soort verplaatsing, namelijk ofwel van de zetel van een vennootschap, ofwel van de activa van een vaste inrichting [arresten van 6 september 2012, *Commissie/Portugal* (C-38/10, EU:C:2012:521); 18 juli 2013, *Commissie/Denemarken* (C-261/11, EU:C:2013:480, punten 35-37), en 23 januari 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20)], op het belastbaar feit [arrest van 18 juli 2013, *Commissie/Denemarken* (C-261/11, EU:C:2013:480)], op het gebruik van de opbrengst van de verkoop van activa voor herinvestering in andere activa [arrest van 16 april 2015, *Commissie/Duitsland* (C-591/13, EU:C:2015:230)], op de voorwaarden waaronder uitstel van betaling van de verschuldigde belasting wordt verleend [arresten van 25 april 2013, *Commissie/Spanje* (C-64/11, EU:C:2013:264, punt 37), en 23 januari 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 62)], en op de verplichting om een bankgarantie te stellen [arrest van 23 januari 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 66)].

23 — Zie punt 39 van het verzoekschrift van de Commissie.

75. Het arrest van 11 maart 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, EU:C:2004:138), is geweest nog voordat in het arrest van 13 december 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763), een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid voor het eerst als rechtvaardigingsgrond werd aanvaard. Dat arrest kan dus niet als argument worden aangevoerd voor de stelling dat die rechtvaardigingsgrond is uitgesloten als het gaat om de belasting van door natuurlijke personen gerealiseerde meerwaarden. Dit geldt te meer daar het door de Commissie eveneens genoemde arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), in punt 42 een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als mogelijke rechtvaardigingsgrond noemt, en daar in het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), onder verwijzing naar het arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 46), wordt verklaard dat een lidstaat „genoemde meerwaarden mag belasten op het moment van vertrek [van de belastingplichtige]”, aangezien een dergelijke maatregel ertoe strekt om „situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden en [...] dus [kan] worden gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten”.

76. Op basis van alle rechtspraak van het Hof inzake exitheffingen op (latente of gerealiseerde) meerwaarden concludeer ik dan ook zonder aarzeling dat de Portugese wettelijke regeling haar rechtvaardiging vindt in de doelstelling om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren, overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, wat de Portugese Republiek het recht geeft om de meerwaarden te belasten die gedurende het verblijf van de belastingplichtige op haar grondgebied zijn ontstaan, en om het bedrag van de heffing vast te stellen op het moment van vertrek van de belastingplichtige.

77. Ik ben echter van mening dat een nationale wettelijke regeling als de onderhavige, volgens welke in alle gevallen de belasting onmiddellijk wordt geïnd, wegens het bestaan van maatregelen die de vrijheid van vestiging minder aantasten dan die onmiddellijke belastingheffing, verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel inzake handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, en dus onevenredig is.

78. De belastingplichtige wordt immers niet de keuze gelaten tussen enerzijds de onmiddellijke betaling van het bedrag van de heffing op de betrokken meerwaarden, en anderzijds de uitgestelde betaling van het bedrag van deze belasting, en hem wordt zelfs niet de mogelijkheid geboden de heffing gespreid te betalen.

79. Hoewel het een en ander hier volstrekt niet doorslaggevend is, zie ik tussen de arresten van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), en 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), – los van de vijf jaren die tussen deze arresten liggen – overigens maar twee verschillen, waarvan er slechts één verband kan houden met het feit dat het eerste arrest betrekking heeft op een natuurlijke persoon, terwijl het tweede een rechtspersoon betreft.

80. Het eerste verschil betreft het al dan niet in aanmerking nemen van waardeverminderingen die na de verplaatsing kunnen optreden. In het arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 54), heeft het Hof geoordeeld dat enkel als evenredig kan worden beschouwd een fiscaal systeem dat volledig rekening houdt met waardeverminderingen die na de verlegging van de woonplaats van de betrokken belastingplichtige kunnen optreden, tenzij reeds met deze waardeverminderingen rekening is gehouden in de lidstaat van ontvangst. In het arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), heeft het Hof zich daarentegen op het standpunt gesteld dat wanneer de winst van een vennootschap die haar zetel heeft verplaatst, pas na genoemde zetelverplaatsing wordt belast in de lidstaat van ontvangst, het overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, om redenen die verband houden met de symmetrie tussen het recht om belasting over winst te heffen en de mogelijkheid om verlies in aftrek te brengen, tevens aan deze

laatste lidstaat staat om in zijn belastingregime rekening te houden met fluctuaties in de waarde van de activa van de betrokken vennootschap die zijn opgetreden na de datum waarop de lidstaat van oorsprong elke fiscale aanknopng met genoemde vennootschap heeft verloren [arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 58)].

81. Het Hof, dat zich bewust is van dit verschil, heeft in zijn arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 57), ter rechtvaardiging daarvan aangevoerd dat „[d]e activa van een vennootschap [...] rechtstreeks bestemd [zijn] voor economische activiteiten die winst moeten opleveren. Bovendien wordt de hoogte van de belastbare winst van een vennootschap gedeeltelijk beïnvloed door de waarde waartegen de activa zijn opgenomen in haar balans, aangezien de afschrijvingen daarop de belastinggrondslag doen afnemen”.

82. Ik merk op dat het Hof in geen enkel later arrest de redenering van het arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), heeft herhaald, noch zijn redenering heeft gebaseerd op het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen.²⁴

83. Het tweede verschil tussen de twee arresten schuilt in de in het arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 74), aanvaarde en in het arrest van 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 66), verder uitgewerkte mogelijkheid om een bankgarantie te vragen, waarvan slechts kan worden gebruikgemaakt als het risico van niet-invordering vooraf wordt ingeschat. Die mogelijkheid had het Hof in zijn arrest van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 51), uitgesloten, zij het ook op de grond dat een dergelijke maatregel verder ging dan noodzakelijk was om de regelmatigheid van de fiscale controles te waarborgen. Gelet op het doel van een bankgarantie, zoals dit is uiteengezet in het arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 74), waarin wordt verklaard dat „ook rekening [moet] worden gehouden met het risico van niet-invordering van de heffing, dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt”, zie ik geen enkele reden waarom thans geen bankgarantie zou mogen worden verlangd van natuurlijke personen.

– Doeltreffendheid van de fiscale controles

84. Hoewel de Portugese Republiek, zoals ik in voetnoot 15 bij deze conclusie heb opgemerkt, deze rechtvaardigingsgrond in haar verweerschrift maar één keer noemt²⁵ en er niet verder op ingaat, wil ik daaraan toch enkele woorden wijden.

85. Ofschoon het Hof de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te verzekeren reeds als rechtvaardigingsgrond heeft aanvaard, heeft het dikwijls geoordeeld dat, los van de verplichtingen die de lidstaten aan de belastingplichtigen kunnen opleggen, het Unierecht reeds beschikt over effectieve mechanismen waarmee dat doel kan worden bereikt zonder dat de fundamentele vrijheden van verkeer worden beperkt.

86. Om te beginnen kan in het kader van richtlijn 2011/16 de bevoegde autoriteit van een lidstaat te allen tijde de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat verzoeken haar alle informatie te verstrekken die van belang kan zijn voor haar administratie en voor de toepassing van haar nationale wetgeving op het gebied van, onder meer, de inkomstenbelasting (dus ook informatie betreffende de inkomstenbelasting die verschuldigd is door een belastingplichtige met woonplaats in een andere lidstaat).

24 — Tijdens de terechtzitting heeft de Bondsrepubliek Duitsland betoogd dat het arrest van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), thans zowel op rechtspersonen als op natuurlijke personen van toepassing is.

25 — Namelijk in punt 99 van het verweerschrift. Hetzelfde geldt voor de repliek (zie punt 34).

87. Daarnaast voorziet richtlijn 2010/24 in een regeling voor bijstand bij de invordering van belastingen, waaronder uiteraard belastingen op het inkomen en het vermogen vallen [zie artikel 2, lid 1, onder a) van deze richtlijn], evenals de belasting op het inkomen van natuurlijke personen.

88. Mijn conclusie is dat de in geding zijnde Portugese wettelijke regeling onverenigbaar is met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU.

iii) Is dezelfde redenering van toepassing op de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst?

89. De Commissie betoogt ook dat de Portugese Republiek, door artikel 10, lid 9, onder a), CIRS aan te nemen en te handhaven, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst, betreffende het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging.

90. Ik merk om te beginnen op dat de genoemde bepalingen van de EER-Overeenkomst corresponderen met de artikelen 45 en 49 VWEU.

91. De rechtspraak inzake de beperkingen van het gebruik van de vrijheden van verkeer binnen de Unie kan echter niet integraal worden getransponeerd naar de door de EER-Overeenkomst gegarandeerde vrijheden, aangezien het gebruik van laatstgenoemde vrijheden binnen een andere juridische context valt²⁶, met name ten aanzien van de rechtvaardiging van de beperkingen uit hoofde van de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen en om belastingontduiking en -ontwijking te bestrijden.²⁷

92. Ik wijs er in dit verband op dat het kader voor samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, zoals oorspronkelijk ingevoerd door richtlijn 77/799/EEG²⁸ en thans voorzien in, onder meer, de richtlijnen 2011/16 en 2010/24, niet bestaat tussen deze autoriteiten en de bevoegde autoriteiten van een derde staat wanneer deze staat geen enkele verplichting tot wederzijdse bijstand is aangegaan.²⁹

93. In deze omstandigheden gaat de verplichting voor belastingplichtigen die hun woonplaats naar het buitenland verleggen, om de meerwaarden mee te rekenen in de belastinggrondslag van het laatste belastingjaar waarin zij als ingezetene belastingplichtigen werden beschouwd, voor zover van toepassing op belastingplichtigen met woonplaats in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst en geen lid van de Unie zijn, noch met de Portugese Republiek een overeenkomst inzake administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand op belastinggebied zijn aangegaan³⁰, niet verder dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel om doeltreffende fiscale controles te verzekeren en belastingontwijking tegen te gaan.

26 — Zie in die zin arresten van 18 december 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, punt 60), en 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, EU:C:2010:645, punt 40). Zie ook arresten van 12 juli 2012, *Commissie/Spanje* (C-269/09, EU:C:2012:439, punten 94 e.v.), en 16 april 2015, *Commissie/Duitsland* (C-591/13, EU:C:2015:230, punt 81).

27 — Zie met name arresten van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, punten 89 en 90), en 19 november 2009, *Commissie/Italië* (C-540/07, EU:C:2009:717, punten 68 e.v.).

28 — Richtlijn van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB 1977, L 336, blz. 15).

29 — Arrest van 19 juli 2012, A (C-48/11, EU:C:2012:485). Zie in die zin ook arrest van 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud* (C-72/09, EU:C:2010:645, punt 41).

30 — Arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, punten 83 e.v.). In die zaak is de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, niet als rechtvaardigingsgrond aanvaard wegens het bestaan van een regelgevend kader voor wederzijdse administratieve bijstand tussen de Republiek Polen en de Verenigde Staten van Amerika.

94. Pas tijdens de terechtzitting heeft de Commissie, zonder op dit punt te worden weersproken door de Portugese Republiek, in dit verband opgemerkt dat er een dergelijke overeenkomst inzake administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand bestaat tussen het Koninkrijk Noorwegen en de Portugese Republiek, maar niet tussen de Portugese Republiek en het Vorstendom Liechtenstein.

95. Hoewel de Commissie heeft erkend dat de met de Republiek IJsland gesloten overeenkomst voorziet in de uitwisseling van informatie, maar niet in wederzijdse bijstand op het gebied van belastingheffing, heeft zij ook aangevoerd dat er instrumenten die „zeer vergelijkbaar” zijn met die van de richtlijnen van de Unie, bestaan in het op 25 januari 1988 te Straatsburg ondertekende verdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de Raad van Europa inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken³¹, dat is geratificeerd door de Portugese Republiek, de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen. Het Vorstendom Liechtenstein heeft dit verdrag alleen ondertekend.

96. Daar de stelling van de Commissie dat er voldoende gelijkenis bestaat tussen dat verdrag en de instrumenten waarin de richtlijnen van de Unie voorzien, door de Portugese Republiek is betwist, geef ik in overweging om deze stelling door de Commissie onvoldoende bewezen te achten. Overigens heeft de Commissie dat punt tijdens de schriftelijke procedure niet ter sprake gebracht (laat staan dat zij erop is ingegaan) en is zij er tijdens de terechtzitting pas zeer laat mee gekomen. Derhalve moet worden aangenomen dat de Republiek IJsland noch het Vorstendom Liechtenstein met de Portugese Republiek een overeenkomst inzake administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand op het gebied van belastingen heeft, zoals volgens de rechtspraak van het Hof vereist is.

b) Overdracht aan een vennootschap van aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit verbonden activa en passiva [artikel 38, lid 1, onder a), CIRS]

97. Volgens genoemde bepaling („Inbreng van vermogen in ruil voor aandelen”) heeft er „geen belastbaar resultaat te worden bepaald in het geval dat een natuurlijke persoon alle aan de uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit verbonden activa en passiva overdraagt in ruil voor aandelen in een vennootschap”, indien „de entiteit waaraan het vermogen wordt overgedragen, [...] een vennootschap [is] die haar statutaire en werkelijke zetel op het Portugese grondgebied heeft” [lid 1, onder a)].

98. In dat geval zal de belastingheffing pas plaatsvinden indien en zodra die activa en passiva worden vervreemd door de verkrijgende rechtspersoon.

99. Een dergelijke fiscale behandeling is echter niet van toepassing wanneer de rechtspersoon waaraan de activa en passiva zijn overgedragen, haar statutaire of werkelijke zetel buiten Portugal heeft. In dat geval worden de meerwaarden dus onmiddellijk belast.

100. Dit verschil in fiscale behandeling, dat gebaseerd is op het al dan niet in Portugal gevestigd zijn van de vennootschap die de activa en passiva verkrijgt, houdt een beperking van de vrijheid van vestiging in, daar het van toepassing is op vervreemders en verkrijgers die in vergelijkbare situaties verkeren.

101. De uitsluiting van een voordeel, al is het maar een cashflowvoordeel, in een grensoverschrijdende situatie terwijl het beschikbaar is in een vergelijkbare binnenlandse situatie, levert immers een beperking van de vrijheid van vestiging op in zoverre deze uitsluiting niet haar rechtvaardiging vindt in een objectief verschil in situatie.

31 — Zie arrest van 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punten 85 en 86). Dat verdrag van 1988 is in 2010 gewijzigd en versterkt door een protocol. Het verdrag is het meest volledige multilaterale instrument en voorziet in alle mogelijke vormen van fiscale samenwerking teneinde belastingontduiking en -ontwijking tegen te gaan. Zie http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

102. De Portugese Republiek betwist overigens niet serieus dat er van een beperking sprake is, daar zij zich in haar verweer concentreert op de rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de eerbiediging van het beginsel van economische continuïteit³² op zodanige wijze dat de belasting van de corresponderende inkomsten kan worden gewaarborgd, in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel³³.

103. De Portugese Republiek wijst op de specifieke gevolgen van haar wettelijke regeling, die verlangt dat de overgedragen activa en passiva worden opgenomen in de boekhouding van de verkrijgende vennootschap, met name wat betreft de vaststelling van de resultaten betreffende de goederen die het overgedragen vermogen vormen, dat wordt berekend alsof er geen overdracht heeft plaatsgevonden. De Portugese Republiek leidt daaruit af dat zij in het geval van een overdracht aan een vennootschap die haar statutaire of werkelijke zetel buiten Portugal heeft, niet de mogelijkheid heeft om over de overgedragen activa achteraf belasting te heffen, aangezien de heffingsbevoegdheid met betrekking tot die activa niet langer bij haar berust, maar bij de staat van vestiging van de rechtspersoon die de activa heeft verkregen.

104. De Commissie betwist niet dat wanneer activa en passiva worden overgedragen aan een vennootschap die haar statutaire zetel of werkelijke zetel buiten Portugal heeft, de boekhoudkundige regelgeving van toepassing is die geldt in het land van de statutaire of werkelijke zetel van die vennootschap. Zij is het ermee eens dat de Portugese Republiek en alle andere lidstaten in hun nationale wetgeving moeten bepalen hoe dergelijke situaties moeten worden behandeld, ook in boekhoudkundig opzicht.

105. Met de Commissie ben ik van mening dat „dit anders ligt voor *de belasting* van de meerwaarden op verschillende tijdstippen, afhankelijk van de vraag of de verkrijgende vennootschap haar statutaire en werkelijke zetel in Portugal dan wel in het buitenland heeft. Het vaststellen van specifieke boekhoudkundige regels voor dergelijke situaties mag niet leiden tot een verschil in behandeling bij de belasting van meerwaarden, zoals bij de geldende Portugese wettelijke regeling het geval is”³⁴.

106. De Portugese Republiek zou zich immers overeenkomstig richtlijn 2011/16 met name regelmatig met een verzoek om informatie kunnen wenden tot de bevoegde autoriteiten van het land waar zich de statutaire of werkelijke zetel bevindt van de rechtspersoon waaraan de activa en passiva zijn overgedragen, teneinde na te gaan of die rechtspersoon de betrokken activa en passiva nog steeds bezit. Slechts indien en zodra dit niet meer het geval is, zou het bedrag van de eventueel over de meerwaarden verschuldigde belasting moeten worden bepaald, zoals dit ook gebeurt bij rechtspersonen die activa en passiva ontvangen in ruil voor aandelen, maar hun statutaire of werkelijke zetel in Portugal hebben.

107. Bovendien voorziet richtlijn 2010/24 eveneens in mechanismen voor samenwerking op fiscaal gebied en voor wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen, met name van belastingschulden, die wel degelijk relevant zijn in situaties als de onderhavige, waarin de over de meerwaarden verschuldigde belasting mogelijk niet is betaald.

32 — Volgens de Portugese Republiek is dit beginsel vervat in artikel 77 CIRC.

33 — Zie voetnoot 15 bij deze conclusie. Deze rechtvaardigingsgrond lijkt op die inzake de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen. Wat ik in deze conclusie heb gezegd over de rechtvaardiging van de uit artikel 10 CIRS voortvloeiende beperking op grond van de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel en een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, geldt ook voor artikel 38 CIRS.

34 — Punt 48 van de repliek.

108. De omstandigheid dat na de overdracht van de activa en passiva de bevoegdheid op boekhoudkundig en fiscaal vlak met betrekking tot de overgedragen activa en passiva toekomt aan de lidstaat waar de verkrijgende vennootschap gevestigd is, kan de betrokken maatregel niet rechtvaardigen, daar de Portugese Republiek op het moment van de overdracht definitief het bedrag kan vaststellen van de belasting die verschuldigd is als gevolg van de meerwaarden die vóór die overdracht op haar grondgebied zijn gegenereerd.

109. Uit een en ander volgt dat artikel 38 CIRS net als artikel 10 CIRS verder gaat dan noodzakelijk is om de doeltreffendheid van het belastingstelsel te waarborgen en om die reden onverenigbaar is met de artikelen 21, 45 en 49 VWEU. Die bepaling is ook onverenigbaar met de artikelen 28 en 31 van de EER-Overeenkomst, in zoverre zij van toepassing is op belastingplichtigen met woonplaats in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst en geen lid van de Unie zijn, noch met de Portugese Republiek een overeenkomst inzake administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand op belastinggebied zijn aangegaan³⁵.

V – Kosten

110. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie heeft geconcludeerd tot verwijzing van de Portugese Republiek in de kosten en aangezien de Portugese Republiek grotendeels in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen. Overeenkomstig artikel 140 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof zal de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten dragen.

VI – Conclusie

111. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

- Vast te stellen dat de Portugese Republiek, door de artikelen 10 en 38 van de Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Portugese wet inkomstenbelasting natuurlijke personen) aan te nemen en te handhaven, op grond waarvan een belastingplichtige die ofwel aandelen ruilt en zijn woonplaats naar het buitenland verlegt, ofwel activa en passiva die verbonden zijn aan een op individuele basis uitgeoefende activiteit, overdraagt in ruil voor aandelen in een niet-ingezeten onderneming, in het eerste geval alle nog niet toegerekende inkomsten uit de betrokken transactie dient op te nemen in de belastinggrondslag van het laatste belastingjaar waarin hij nog als ingezeten belastingplichtige wordt beschouwd, en in het tweede geval niet in aanmerking komt voor belastinguitstel met betrekking tot de betrokken transactie, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens
 - de artikelen 21, 45 en 49 VWEU, en
 - de artikelen 28 en 31 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), in zoverre de genoemde nationale bepalingen van toepassing zijn op belastingplichtigen met woonplaats in staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst en geen lid van de Unie zijn, noch met de Portugese Republiek een overeenkomst inzake administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand op belastinggebied zijn aangegaan;
- het beroep te verwerpen voor het overige;
- de Portugese Republiek in de kosten te verwijzen, en

³⁵ — In dit geval het Koninkrijk Noorwegen.

— te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten draagt.