

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} JULIANE KOKOTT

présentées le 14 juillet 2005¹

I — Introduction

1. La présente affaire porte sur la réglementation en vigueur en Suède en matière d'imposition des produits de cession applicable lorsque — dans le cadre d'une réduction de son capital social — une société anonyme suédoise rachète des actions à ses propres actionnaires. Il s'agit essentiellement de savoir si les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 CE et 58 CE) interdisent de traiter les actionnaires domiciliés en Suède ou y ayant leur résidence permanente et ceux qui n'ont ni domicile ni résidence permanente en Suède de manière différente en ce que les premiers peuvent déduire du montant imposable le coût d'acquisition² des actions, alors que cela n'est pas permis aux seconds³.

2. Il convient en outre de déterminer si une discrimination éventuelle peut être compensée par des dispositions plus favorables résultant d'une convention de double imposition en vigueur entre le Royaume de Suède et l'État du domicile de l'actionnaire concerné.

II — Le cadre juridique

A — Le droit communautaire

3. Le cadre juridique communautaire de la présente affaire est constitué par les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — On entend habituellement par «coût d'acquisition» le prix d'une action (à savoir sa valeur boursière ou son prix d'émission) augmenté, le cas échéant, des frais.

3 — Au regard du droit communautaire, il importe peu pour l'appréciation juridique de l'affaire que la législation nationale se rattache au *domicile* ou au *lieu de résidence permanente*. Par conséquent, dans la mesure où il sera par la suite, dans un souci de simplification, question seulement de *domicile*, les observations faites valent également en ce qui concerne le critère de la *résidence permanente*.

4. L'interdiction de principe des restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre ceux-ci et les États tiers est inscrite à l'article 56, paragraphe 1, CE:

«Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.»

3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56.»

B — *Le droit national*

5. Concernant la marge d'action laissée aux États membres, il convient de mentionner l'article 58 CE qui dispose, notamment:

«1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:

a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis;

6. En ce qui concerne les dispositions du droit suédois applicable, il convient de mentionner la loi relative à l'impôt sur les dividendes⁴, d'une part, et la convention de double imposition en vigueur entre le Royaume de Suède et la République française, d'autre part. Leurs dispositions pertinentes en l'espèce se résument ainsi:

La loi relative à l'impôt sur les dividendes

7. Lorsqu'une société anonyme suédoise rachète des actions à ses actionnaires domiciliés en Suède, le montant versé à l'actionnaire est imposé en tant que plus-value de cession. Cela signifie pour une personne

[...]

⁴ — Lag 1970: 624 om kupongskatt (ci-après la «loi relative à l'impôt sur les dividendes»).

physique qu'il est appliqué un taux d'imposition de 30 % sur la plus-value de cession, déduction faite du coût d'acquisition des actions cédées.

La convention franco-suédoise de double imposition

8. Par contre, lorsque la personne physique à laquelle les actions sont rachetées n'a pas de domicile ou de résidence permanente en Suède, le montant qui lui est versé est traité comme une distribution de dividendes. Conformément aux articles 1^{er}, 2, paragraphe 2, 4 et 5 de la loi suédoise relative à l'impôt sur les dividendes, ce montant est soumis à un impôt sur les dividendes de 30 % sans possibilité de déduction du coût d'acquisition⁵ des actions. L'article 7 de la loi relative à l'impôt sur les dividendes prévoit que cet impôt est prélevé à la source par un gestionnaire centralisé de valeurs mobilières lorsqu'il ne résulte pas des informations disponibles concernant le bénéficiaire des dividendes que celui-ci n'est pas imposable.

10. L'article 10, paragraphe 1, de la convention de double imposition en vigueur entre la République française et le Royaume de Suède⁶ prévoit que les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

11. Il résulte de l'article 10, paragraphe 2, de cette convention que ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais que, si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 15 % du montant brut des dividendes.

9. Lorsque le montant perçu au titre de l'impôt sur les dividendes est plus élevé que celui qui devrait être réglé en vertu d'une convention de double imposition, l'article 27 de la loi relative à l'impôt sur les dividendes prévoit un droit à remboursement.

12. Conformément à l'article 10, paragraphe 5, de la convention, sont considérés

5 — À condition que les dividendes versés ne constituent pas des revenus d'une activité économique ou commerciale exercée par l'intermédiaire d'un établissement stable exploité en Suède.

6 — Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume de Suède en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée à Stockholm le 27 novembre 1990, publiée en France au JORF du 8 avril 1992 (avec rectificatif au JORF du 22 août 1992), et dont la version française du texte peut être consultée à l'adresse: <http://www.finances.gouv.fr/minEFI/europe/index.htm> (consultée en dernier lieu le 26 mai 2005).

comme des dividendes, au sens des dispositions susmentionnées, entre autres, les revenus provenant d'actions ainsi que les revenus qui étaient soumis au régime des distributions par la législation applicable, à la date d'entrée en vigueur de la convention, dans l'État contractant dont la société distributrice est un résident.

13. Il résulte de l'article 13, paragraphe 6, de la convention que les gains provenant de l'aliénation d'actions ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

14. Selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, la convention de double imposition repose sur un modèle de convention⁷ élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), pour lequel cette dernière a également rédigé des commentaires⁸.

15. Il ressort des commentaires⁹ relatifs à l'article 10 du modèle de convention de l'OCDE¹⁰ que doivent être considérés comme des dividendes non seulement les distributions de bénéfice décidées par l'assemblée annuelle des actionnaires, mais également les autres avantages appréciables en argent, tels qu'actions gratuites, bonus, bénéfices de liquidation et distributions cachées de bénéfices.

16. Il est exposé dans les commentaires¹¹ relatifs à l'article 13 du modèle de convention de l'OCDE¹² que, si des actions sont vendues par un actionnaire à la société qui les a émises, lors de la liquidation de cette société ou de la réduction de son capital social libéré, la différence entre le prix de vente et la valeur nominale des actions peut être traitée, dans l'État dont la société est un résident, comme une distribution de bénéfices mis en réserve et non comme un gain en capital. L'article ne s'oppose pas à ce que l'État de résidence de la société impose de telles distributions aux taux prévus à l'article 10.

7 — Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (en anglais: OECD Income and Capital Model Convention). Au moment de la conclusion de la convention de double imposition entre la République française et le Royaume de Suède, c'était le modèle de convention du 11 avril 1977 (ISBN-n° 92-64-11693-1) qui était en vigueur dont le libellé — en tant qu'il est pertinent ici — correspond à celui du nouveau modèle de convention du 28 janvier 2003 (dont le titre en anglais est OECD Model Convention with respect to taxes on income and on capital et qui peut être consulté sur le site Internet de l'OCDE visité en dernier lieu le 30 mai 2005 à l'adresse http://www.oecd.org/document/37/0,2340,en_2649_33747_1913957_1_1_1_1,00.htm).

8 — Voir *Model Tax Convention on Income and on Capital*, recueil à feuillets mobiles de l'OCDE, disponible à l'adresse <http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?lang=EN&fl=identifiers&st1=232002081p1> (consultée en dernier lieu le 30 mai 2005), édition: janvier 2003.

9 — Voir point 27 des commentaires sur le modèle de convention de l'OCDE de 1977. En tant que pertinents ici, ces commentaires ont le même libellé que le point 28 des commentaires sur le modèle de convention de l'OCDE dans sa version de janvier 2003 à laquelle se réfère la juridiction de renvoi dans sa décision de renvoi.

10 — C'est sur cet article que repose l'article 10 de la convention de double imposition.

11 — Voir point 31 des commentaires sur le modèle de convention de l'OCDE de 1977, dont le libellé est identique à celui du point 31 de la version de janvier 2003 de ces commentaires.

12 — C'est sur cet article que repose l'article 13 de la convention de double imposition.

III — Les faits et le litige au principal

17. M^{me} Margaretha Bouanich est domiciliée en France. Elle était actionnaire de la société anonyme suédoise Förvaltnings AB Ratos. Le 2 décembre 1998, elle a revendu à cette société des actions qu'elle détenait d'une valeur de 8 639 402 SEK. En application de la loi relative à l'impôt sur les dividendes et de la convention de double imposition, il a été prélevé à la source sur la somme perçue un impôt sur les dividendes de 15 %, à savoir un montant de 1 295 910,30 SEK.

18. M^{me} Bouanich a alors exercé un recours auprès de l'administration fiscale compétente¹³ de Gävle, demandant le remboursement de l'intégralité de l'impôt sur les dividendes prélevé. À titre subsidiaire, elle demandait le remboursement de la partie de l'impôt sur les dividendes prélevé, calculée sur la valeur nominale des actions rachetées, correspondant donc à une taxation également de cette valeur nominale.

19. L'administration fiscale a fait droit le 28 septembre 1999 à la demande présentée à

titre subsidiaire et a remboursé un montant de 166 999 SEK sur l'impôt sur les dividendes.

20. M^{me} Bouanich a formé devant le länsrätten i Dalarnas län¹⁴ un recours contre cette décision lui demandant de juger qu'il n'aurait pas dû être prélevé un impôt sur les dividendes sur la somme qu'elle a perçue et qu'il convenait donc de lui rembourser le solde de l'impôt prélevé à la source.

21. Le länsrätten a rejeté ce recours par jugement du 29 mars 2001. M^{me} Bouanich a fait appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi, le Kammarrätten i Sundsvall¹⁵.

IV — La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

22. Le Kammarrätten i Sundsvall a posé à titre préjudiciel à la Cour les trois questions suivantes:

13 — Anciennement: Skattemyndigheten, actuellement: Skatteverket.

14 — Tribunal administratif de la province de Dalarna.

15 — Juridiction d'appel en matière administrative.

«1) Les articles 56 CE et 58 CE permettent-ils à un État membre d'imposer les sommes reçues pour le rachat de titres en vue de leur annulation, versées par une société par action y établie, sous le régime des distributions sans ouvrir droit à déduction [du coût d'acquisition]?¹⁶ des titres ainsi rachetés, si elles sont versées à un actionnaire qui n'y est ni domicilié, ni y a de résidence permanente, alors que les sommes versées à un actionnaire domicilié ou ayant sa résidence permanente dans cet État membre pour le rachat de titres en vue de leur annulation sont imposées sous le régime des plus-values ouvrant droit à déduction [du coût d'acquisition] desdits titres?

les articles précités permettent-ils alors à un État membre d'appliquer une réglementation telle que décrite ci-dessus?

3) Les articles 43 CE et 48 CE permettent-ils à un État membre d'appliquer une réglementation telle que décrite ci-dessus?»

23. M^{me} Bouanich, le gouvernement suédois et la Commission ont présenté des observations écrites dans le cadre de la procédure devant la Cour.

2) Dans la négative: si la convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions conclue entre l'État membre du siège de la société par action et celui de résidence de l'actionnaire prévoit un taux de prélèvement inférieur à celui appliqué aux sommes versées à un actionnaire du premier État membre et à un actionnaire de l'autre État membre en cas de rachat de titres en vue de leur annulation, renvoyant aux commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE, permettant en outre de déduire un montant correspondant à la valeur nominale des actions rachetées,

V — Sur la compatibilité d'une réglementation telle que celle du Royaume de Suède avec les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (première question préjudicielle)

24. Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si les règles relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 CE et 58 CE) s'opposent à une législation nationale comme celle du Royaume de Suède, par laquelle un État membre autorise, en cas de rachat de ses actions par une société anonyme y résidant,

16 — *Ndt*: Le terme suédois «ankaffningskostnad» employé dans le demande de décision préjudicielle a été traduit en allemand par le terme «Einkaufskosten», lequel est repris dans les présentes conclusions et se traduit en français par «coût d'acquisition».

les actionnaires domiciliés ou ayant leur résidence permanente dans cet État membre à déduire du produit de la cession imposable le coût d'acquisition de ces actions, alors même que cela est interdit aux actionnaires n'ayant ni domicile ni résidence permanente dans cet État membre. Les incidences d'une convention de double imposition éventuellement existante n'entrent pas encore dans l'objet de cette question mais seulement dans celui de la deuxième question.

de capitaux» tout transfert au-delà des frontières d'un État membre de capitaux monétaires ou en nature qui ne sont pas liés à une livraison de marchandises ou à une prestation de services et ne sont donc pas soumis à la liberté des paiements¹⁸. De plus, même si elle ne contient pas une liste exhaustive des transactions possibles, il est constant que la «nomenclature des mouvements de capitaux» figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE¹⁹ a une valeur indicative pour définir la notion de mouvements de capitaux²⁰.

25. Selon la jurisprudence constante, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire¹⁷, donc également dans le respect des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 et suiv.)

27. Selon cette nomenclature, la libre circulation des capitaux couvre non seulement les prises de participations sans restriction dans le capital d'une société résidente par des investisseurs étrangers²¹, mais également les opérations de liquidation ou de cession de ces participations, le rapatriement du produit

A — La notion de mouvements de capitaux

26. Le traité CE ne définit pas la notion de mouvements de capitaux. De manière générale, on peut comprendre par «mouvement

17 — Voir arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 21); du 11 août 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493, point 16); du 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651, point 19); du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071, point 32); du 15 juillet 2004, Weidert et Paulus (C-242/03, Rec. p. I-7379, point 12); du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477, point 19), et du 10 mars 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057, point 14).

18 — Par opposition, la liberté des paiements vise à permettre au débiteur d'une somme d'argent dans le cadre d'une fourniture de biens ou de services ou en rapport avec un placement de capitaux de s'acquitter volontairement de cette obligation contractuelle sans restriction induite et au créancier de recevoir librement un tel paiement (voir arrêts du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone, 286/82 et 26/83, Rec. p. 377, points 21 et 22 et du 22 juin 1999, ED, C-412/97, Rec. p. I-3845, point 17).

19 — Directive du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178, p. 5).

20 — Voir arrêt du 16 mars 1999, Trummer et Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661, point 21), ainsi que arrêts «Golden-Shares» du 4 juin 2002 dans les affaires Commission/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731, point 37), Commission/France (C-483/99, Rec. p. I-4781, point 36) et Commission/Belgique (C-503/99, Rec. p. I-4809, point 37), et arrêts du 2 juin 2005, Commission/Italie (C-174/04, Rec. p. I-4933, point 27), et du 5 juillet 2005, D (C-376/03, Rec. p. I-5821, point 24).

21 — À cet effet, on peut s'appuyer sur les rubriques I et III de la nomenclature des mouvements de capitaux (citée au point 26 ci-dessus).

de cette liquidation ou l'utilisation sur place de ce produit dans les limites des obligations communautaires²².

28. Par conséquent, lorsqu'un actionnaire revend à la société émettrice — par exemple dans le cadre d'une réduction de capital — les actions qu'il détient, cette opération est, exactement comme l'achat originare de ces actions, soumise au principe de libre circulation des capitaux.

B — *Les restrictions aux mouvements de capitaux*

29. L'article 56, paragraphe 1, CE, pose pour principe que toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres sont interdites.

La notion de restriction

30. Toute mesure qui complique le transfert transfrontalier de capitaux ou le rend moins

attrayant, et qui est donc de nature à dissuader l'investisseur de l'effectuer, constitue une restriction aux mouvements de capitaux²³. La notion de restriction aux mouvements de capitaux correspond à cet égard à la notion de restriction que la Cour a dégagée dans le domaine des autres libertés fondamentales²⁴.

31. Comme toutes les libertés fondamentales, la libre circulation des capitaux englobe en outre un principe de non-discrimination, à savoir l'interdiction des différences de traitement des acteurs du marché financier fondées, sans justifications objectives, sur leur nationalité, leur domicile ou sur le lieu de l'investissement. Certes, contrairement à ce qui était le cas dans l'ancien article 67, paragraphe 1, du traité CE, cette interdiction des discriminations ne se reflète pas dans le libellé de l'article 56, paragraphe 1, CE, et ne résulte au mieux plus qu'indirectement de l'article 58, paragraphe 3, CE. Il ne saurait toutefois pas en être déduit que cette liberté fondamentale aurait de nos jours, après l'achèvement de la libération complète des mouvements de capitaux, une portée moins importante que par le passé. Tout au contraire: l'interdiction des discriminations constitue l'essence même de toutes les

23 — Voir, en ce sens l'arrêt, Trummer et Mayer (précité, point 26) et mes conclusions du 18 mars 2004 dans l'affaire Manninen (précitée à la note 16), point 28.

24 — Voir arrêts de principe du 11 juillet 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837, point 5); du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 12), et du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37), ainsi que mes conclusions dans l'affaire Manninen (précitées, point 28).

22 — Voir, en ce sens, le quatrième tiret de l'introduction ainsi que les notes explicatives de la nomenclature des mouvements de capitaux, ainsi que l'arrêt Trummer et Mayer (précité à la note 19, point 22).

libertés fondamentales et continue donc à être exigée comme une évidence par l'article 56, paragraphe 1, CE²⁵.

La nature juridique d'une réglementation telle que celle du Royaume de Suède

32. Une réglementation telle que celle du Royaume de Suède soumet les contribuables qui ont fait l'acquisition d'actions d'une société résidente en Suède à des règles différentes selon qu'ils aient ou non un domicile en Suède. En effet, en cas de rachat de ses actions par la société émettrice, l'actionnaire ayant un domicile en Suède est autorisé à déduire leur coût d'acquisition, à savoir le prix de l'action à la date d'acquisition²⁶, augmenté le cas échéant des frais, alors que cela n'est pas permis aux actionnaires sans domicile en Suède. Il en résulte un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur domicile²⁷.

25 — Voir, en ce sens, arrêts *Golden-Shares*, précités à la note 19, dans les affaires *Commission/Portugal* (point 44) et *Commission/France* (point 40), où la Cour a déclaré que l'article 56, paragraphe 1, CE (ex-article 73 B du traité) interdit de façon générale les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et que cette interdiction va au-delà de l'élimination d'un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur nationalité. On peut donc en déduire que la libre circulation des capitaux englobe en tout état de cause une interdiction de ces inégalités de traitement.

26 — Valeur boursière ou prix d'émission.

27 — Dans la mesure où la plupart des actionnaires ayant leur domicile ou résidence permanente en Suède possèdent également la nationalité suédoise, alors que ceux qui n'ont ni domicile ni résidence permanente en Suède ne l'ont pas, la réglementation suédoise entraîne également indirectement une inégalité de traitement en raison de la nationalité.

33. Une réglementation telle que celle du Royaume de Suède consiste en même temps aussi en une *restriction des mouvements de capitaux*. Certes, elle n'a pas directement pour objet l'achat ou la cession de parts sociales, mais uniquement le traitement fiscal des revenus tirés du placement de capitaux ou du produit de la liquidation de celui-ci. Or, le but du placement de capitaux étant généralement de dégager des revenus nets, le traitement fiscal de ces revenus ou produits affecte en règle générale aussi l'attractivité du placement lui-même²⁸. Si les investisseurs sans domicile en Suède qui ont acquis des actions d'une société suédoise ne peuvent pas, en cas de rachat de celles-ci par la société émettrice, déduire du montant du produit de la cession imposable en Suède le coût d'acquisition des actions, il en résulte donc une diminution du montant net leur revenant ce qui rend ainsi moins attrayant pour eux un placement transfrontalier de capitaux en Suède.

34. Cette même réglementation a en outre des effets restrictifs pour les sociétés anonymes suédoises, car elle les empêche de recueillir des capitaux en dehors de la Suède puisque, pour les raisons exposées, l'achat d'actions d'une société suédoise est désavantageux fiscalement pour les personnes sans domicile en Suède.

28 — Voir, dans le même sens, mes conclusions dans l'affaire *Manninen* (précitées, point 29).

C — *Justification*

35. La libre circulation des capitaux, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée par une réglementation nationale que si celle-ci est justifiée par des raisons visées à l'article 58, paragraphe 1, CE, ou par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil. En outre, afin d'être ainsi justifiée, la réglementation nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint, en vue de répondre au critère de proportionnalité²⁹.

36. En l'espèce, il n'y a aucune indication qu'une réglementation telle que celle du Royaume de Suède pourrait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Néanmoins, il se peut que cette réglementation se justifie sur le fondement de l'article 58, paragraphe 1, sous a), CE³⁰, lequel

permet aux États membres d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis³¹.

37. L'article 58, paragraphe 1, sous a), CE, qui, en tant que dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, doit faire l'objet d'une interprétation stricte, ne saurait être interprété en ce sens que toute législation fiscale comportant une distinction entre les contribuables en fonction de leur nationalité, de leur domicile ou du lieu où ils investissent leurs capitaux serait automatiquement compatible avec le traité. En effet, la dérogation prévue à l'article 58, paragraphe 1, sous a), CE, est elle-même limitée par l'article 58, paragraphe 3, CE, qui prévoit que les dispositions nationales visées au paragraphe 1 de cet article ne doivent constituer, ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56 CE³².

29 — Voir arrêts *Golden-Shares* dans les affaires *Commission/Portugal* (point 49), *Commission/France* (point 45) et *Commission/Belgique* (point 45), ainsi que l'arrêt rendu récemment dans l'affaire *Commission/Italie* (point 35), tous ces arrêts étant précités à la note 19; voir également, dans le même sens déjà, arrêt du 14 mars 2000, *Eglise de scientologie* (C-54/99, Rec. p. I-1335, point 18).

30 — Conformément à la déclaration n° 7 annexée au traité de Maastricht, cette disposition ne s'applique qu'aux réglementations fiscales existantes à la fin de 1993. La date s'appliquant ici pour le Royaume de Suède devrait être celle de son adhésion, à savoir le 1^{er} janvier 1995. Faute d'informations en sens contraire concernant le cadre juridique national, nous partons de l'hypothèse que la loi relative à l'imposition des dividendes dans sa rédaction applicable à la procédure au principal était déjà en vigueur à cette date.

31 — Voir, en ce sens, également la jurisprudence constante relative aux autres libertés fondamentales, entre autres, les arrêts *Schumacker* (points 31 à 34) et *Royal Bank of Scotland* (point 27), précités à la note 16.

32 — Voir arrêt *Manninen* (précité à la note 16, point 28); voir, dans le même sens, relativement à l'article 58, paragraphe 1, sous b), CE, arrêt *Eglise de scientologie* (précité à la note 28, point 18).

38. Il y a donc lieu de distinguer les traitements inégaux permis au titre de l'article 58, paragraphe 1, sous a), CE, des discriminations arbitraires interdites par le paragraphe 3 de ce même article. Or, il ressort de la jurisprudence que, pour qu'un traitement inégal puisse être considéré comme compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux, il faut qu'il concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'il soit justifié par une raison impérieuse d'intérêt général³³. En outre, pour être justifiée, la différence de traitement entre différentes catégories de contribuables ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour que l'objectif poursuivi par la réglementation en cause soit atteint³⁴.

39. Au vu des informations dont nous disposons, nous pouvons partir du principe que les actionnaires ayant un domicile en Suède et ceux qui n'en ont pas se trouvent dans des situations comparables. En effet, indépendamment du domicile des actionnaires, il existe un lien direct entre le coût d'acquisition des actions et le produit de la cession perçu postérieurement en cas de rachat de ses actions par la société émettrice. C'est précisément l'apport en capital qui permet de générer un produit de cession en cas de rachat des actions. La situation dans la présente affaire n'est dans cette mesure pas différente de celle de l'affaire Gerritse, dans laquelle la Cour a jugé que les résidents et les

non-résidents étaient placés dans une situation comparable en ce qui concerne les frais professionnels liés à l'activité générant leurs revenus³⁵. S'il n'y avait pas dans l'affaire Gerritse de motif objectif d'interdire aux non-résidents de déduire leurs frais professionnels, il n'y a alors pas non plus de motif objectif dans la présente affaire d'interdire aux actionnaires sans domicile en Suède de déduire le coût d'acquisition des actions³⁶.

40. Une réglementation telle que celle du Royaume de Suède ne constitue donc pas un traitement inégal autorisé au sens de l'article 58, paragraphe 1, sous a), CE, mais une discrimination arbitraire interdite par l'article 58, paragraphe 3, CE.

41. Eu égard à ce qui précède, nous en concluons que les règles relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 CE et 58 CE) s'opposent à une réglementation nationale par laquelle un État membre permet, en cas de rachat de ses propres actions par une société émettrice résidente de cet État membre, aux actionnaires ayant leur domicile ou résidence permanente dans cet État membre de déduire du produit de cession imposable le coût d'acquisition des

35 — Voir arrêt du 12 juin 2003, Gerritse (C-234/01, Rec. p. I-5933, point 27), relatif à la libre prestation de services.

36 — Voir, dans le même sens, arrêts Royal Bank of Scotland (précité à la note 16, points 27 et suiv.), et du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161, points 48 et 49), dans lesquels la Cour a également jugé que le fait d'accorder un avantage fiscal aux résidents, et non pas aux non-résidents, constitue une discrimination.

33 — Voir arrêts Manninen (précité, point 29) et Verkooijen (précité à la note 16, point 43 et la jurisprudence y citée).

34 — Voir, dans le même sens, arrêt Manninen (précité, point 29).

actions, alors que cela est interdit aux actionnaires sans domicile ou résidence permanente dans cet État membre.

à la libre circulation des capitaux constatée peut être entièrement éliminée au moyen de la convention de double imposition concrètement applicable (B).

VI — Sur les incidences d’une convention de double imposition (deuxième question préjudicielle)

A — Sur la pertinence des conventions de double imposition en général

42. Par sa deuxième question, la juridiction souhaite savoir en substance si la solution donnée à la première question peut être différente si l’on tient compte dans le raisonnement d’une convention de double imposition qui entraîne un plafond d’imposition pour un actionnaire sans domicile ni résidence permanente dans l’État membre concerné et qui lui ouvre, en interprétant cette convention à la lumière des commentaires de l’OCDE sur son modèle de convention applicable, la possibilité de déduire du produit de cession imposable la valeur nominale des actions.

44. La Commission semble considérer que les conventions de double imposition comme celle conclue entre la République française et le Royaume de Suède sont, de manière générale, dénuées de pertinence lorsqu’il s’agit d’apprécier la conformité d’une réglementation fiscale nationale avec les libertés fondamentales³⁷. Elle s’appuie pour ce faire sur les arrêts «Avoir fiscal»³⁸ et Saint-Gobain ZN³⁹. M^{me} Bouanich argue de manière similaire en s’appuyant sur l’arrêt Eurowings Luftverkehrs⁴⁰.

43. Pour répondre à cette question, il faut procéder par étape. Il convient, dans un premier temps, d’examiner la question préalable de savoir s’il y a même lieu de prendre en compte une convention de double imposition lorsqu’il s’agit d’apprécier la conformité d’une réglementation fiscale avec les libertés fondamentales (A). Il convient ensuite de vérifier si la restriction

37 — La Commission expose, au point 41 de ses observations écrites, que le respect du droit communautaire ne saurait dépendre du contenu d’une convention de double imposition conclue entre deux États membres; en outre, la restriction d’une liberté fondamentale ne saurait être justifiée par le fait que la personne concernée puisse éventuellement jouir d’autres avantages.

38 — Arrêt du 28 janvier 1986, Commission/France, dit «Avoir fiscal» (270/83, Rec. p. 273, point 26).

39 — Arrêt précité à la note 35 (point 54).

40 — Arrêt du 26 octobre 1999 (C-294/97, Rec. p. I-7447).

45. Nous ne partageons pas ce point de vue.

46. L'élimination des doubles impositions au sein de la Communauté figure parmi les objectifs du traité, ce qui ressort tout d'abord du traité lui-même à l'article 293, deuxième tiret, CE. En l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation communautaire, les États membres demeurent compétents pour déterminer les critères d'imposition des revenus et de la fortune en vue d'éliminer, le cas échéant par la voie conventionnelle, les doubles impositions. Dans ce contexte, les États membres sont libres, dans le cadre des conventions bilatérales conclues afin d'éviter la double imposition, de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale⁴¹.

47. En ce qui concerne l'exercice de la compétence fiscale ainsi répartie, les États membres ne peuvent néanmoins s'affranchir du respect des règles communautaires⁴². Cela a en particulier deux conséquences: premièrement, un État membre ne peut pas subordonner le respect des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, et notamment le respect des libertés fondamentales d'application directe, à une condition de réciprocité ou le faire dépendre d'une manière ou d'une autre du contenu

d'une convention conclue avec un autre État membre (*condition de réciprocité*)⁴³. Deuxièmement, un traitement fiscal défavorable contraire à une liberté fondamentale ne saurait être justifié par l'existence d'autres avantages fiscaux, à supposer que de tels avantages existent (*renvoi à d'autres avantages*)⁴⁴.

48. En l'espèce, il n'est question ni de condition de réciprocité ni d'autres avantages.

49. D'une part, rien ne permet de conclure qu'il existe une condition de réciprocité qui aurait été prise en considération. En effet, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Avoir fiscal, on ne cherche *pas* ici à expliquer, voire justifier, un traitement défavorable de ressortissants communautaires par l'absence d'une convention de double imposition⁴⁵. Bien au contraire, il s'agit ici de la question inverse, à savoir si, *en prenant*

41 — Voir arrêts du 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793, points 16, 24 et 30); Saint-Gobain ZN (précité à la note 35, point 57), et D (précité à la note 19, point 52).

42 — Voir arrêt Saint-Gobain ZN (précité, point 58) et, dans le même sens, arrêt D (précité à la note 19, point 52).

43 — Voir arrêt Avoir fiscal (précité à la note 37, point 26). Voir, dans le même sens, arrêt du 26 septembre 1996, Data Delecta et Forsberg (C-43/95, Rec. p. I-4661, point 21). Sur l'interdiction de la condition de réciprocité, voir également arrêt du 25 octobre 1979, Commission/Italie (159/78, Rec. p. 3247, point 23), ainsi que du 30 juin 2005, Tod's et Tod's France (C-28/04, non encore publié au Recueil, point 34).

44 — Voir arrêts Avoir fiscal (précité à la note 37, point 21), Saint-Gobain ZN (précité à la note 35, point 54), Eurowings Luftverkehrs (précité à la note 39, point 44) et Verkooijen (précité à la note 16, point 61), ainsi que arrêts du 27 juin 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089, points 51 à 54); du 12 décembre 2002, De Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819, point 97), et du 15 juillet 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063, point 43).

45 — Dans l'affaire Avoir fiscal, la République française avait argué de ce que, pour éliminer le traitement défavorable litigieux, il convenait que les deux États membres en cause concluent une convention; voir point 7 des conclusions du 16 octobre 1985 de l'avocat général Mancini dans cette affaire.

en compte une convention de double imposition déjà existante, et donc en prenant en compte toutes les règles juridiques concrètement applicables en Suède au cas d'espèce concerné, il peut même être question d'un traitement défavorable.

50. D'autre part, on ne cherche pas non plus à justifier par d'autres avantages une sorte de compensation du traitement inégal des actionnaires sans domicile en Suède opéré par la loi relative à l'impôt sur les dividendes. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Avoir fiscal* ou dans d'autres affaires similaires⁴⁶, il n'est pas question ici de tenir compte d'avantages éloignés supposés qui sont sans rapport avec le cas d'espèce concret mais de considérer les effets des règles de droit applicables en Suède à ce cas concret. Selon la présentation faite par la juridiction de renvoi, la convention franco-suédoise de double imposition fait partie de ces règles. Lorsqu'elle statue sur une demande de décision préjudicielle, la Cour doit s'appuyer sur le cadre juridique duquel part la juridiction de renvoi dans sa décision de renvoi⁴⁷.

46 — Tant dans l'affaire *Avoir fiscal* (arrêt précité à la note 37, point 21) que dans les affaires *Asscher* (précitée à la note 43, points 51 à 54), *Saint-Gobain ZN* (précitée à la note 35, point 54), *Eurowings Luftverkehrs* (précitée à la note 39, point 44), *De Groot* (précitée à la note 43, point 97), *Verkooijen* (précitée à la note 16, point 61) et *Lenz* (précitée à la note 43, point 43), il était renvoyé à des avantages d'ordre général totalement étrangers et sans aucun rapport direct avec l'application au cas d'espèce concret des règles de droit litigieuses. Cela ressort particulièrement clairement du point 44 de l'arrêt *Eurowings Luftverkehrs* dans lequel on tentait de compenser des mesures fiscales désavantageuses dans un État membre par des avantages fiscaux dans un autre État membre; voir, dans un sens similaire, arrêt *De Groot* (point 97 en liaison avec le point 38). Voir aussi arrêt *Asscher* (points 51 à 54), où il était tenté de contrebalancer certains désavantages dans l'imposition par des avantages supposés en matière de sécurité sociale.

47 — Voir arrêt *Tod's et Tod's France* (précité à la note 42, point 14 et la jurisprudence y citée).

51. Il y a donc bien lieu de prendre en compte les dispositions d'une convention de double imposition, telle que la convention franco-suédoise applicable au cas concret d'espèce, lorsqu'il s'agit de vérifier la compatibilité d'une réglementation fiscale avec les libertés fondamentales.

B — *Sur les effets concrets de la convention de double imposition*

52. Il reste toutefois à déterminer si l'exclusion de tout traitement fiscal défavorable des actionnaires sans domicile en Suède est réellement assurée par une convention de double imposition telle que la convention franco-suédoise.

Comparaison entre le traitement fiscal des actionnaires ayant un domicile en Suède et celui des actionnaires sans domicile en Suède

53. Selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, en tenant compte de la convention de double imposition, il résulte, concernant le traitement fiscal d'une

actionnaire qui, comme M^{me} Bouanich, *n'a pas de domicile en Suède*, ce qui suit⁴⁸:

Suède à un impôt de 30 % sur la totalité de la valeur des actions qui lui ont été rachetées par la société émettrice. Pour un produit de cession de 100, il devrait donc être retenu à la source un impôt sur les dividendes de 30.

54. Le produit de cession reçu par un actionnaire sans domicile en Suède d'une société émettrice suédoise, dans le cadre du rachat de ses propres actions, est traité en Suède comme un dividende. Cette possibilité est ouverte par les articles 13, paragraphe 6, et 10, paragraphe 5, de la convention de double imposition, interprétée à la lumière des commentaires relatifs aux articles 10 et 13 du modèle de convention de l'OCDE.

57. La convention de double imposition améliore à deux égards la situation de l'actionnaire:

55. Si des actionnaires domiciliés en France perçoivent de tels paiements d'une société suédoise, ceux-ci sont en principe imposables en France (article 10, paragraphe 1, de la convention de double imposition). Ils peuvent dans certaines limites également être imposables en Suède (article 10, paragraphe 2, de la convention de double imposition).

58. Premièrement, la *valeur nominale* des actions doit être déduite du montant imposable (cela résulte de la convention de double imposition interprétée à la lumière des commentaires sur l'article 13 de la convention modèle de l'OCDE). Par conséquent, si le produit de cession est de 100 et la valeur nominale des actions de 50, seul un montant de 50 reste imposable en Suède, ce qui aboutit avec un taux d'imposition de 30 % à un impôt sur les dividendes de 15. Si, par contre, la valeur nominale est 10, sur le même produit de cession de 100, un montant de 90 est imposable en Suède, ce qui aboutit, avec un taux d'imposition de 30 %, à un impôt sur les dividendes de 27.

56. Conformément à la loi relative à l'impôt sur les dividendes, une actionnaire telle que M^{me} Bouanich devrait être assujettie en

59. Deuxièmement, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la convention de double imposition, l'impôt est plafonné à

48 — Voir aussi points 7 à 16 des présentes conclusions. Pour répondre à une demande préjudicielle, la Cour s'appuie exclusivement sur les indications données par la juridiction de renvoi dans sa demande de décision préjudicielle. L'interprétation de la convention de double imposition et du droit national relève de la seule compétence de la juridiction de renvoi.

15 % du montant brut des dividendes, par conséquent en l'espèce à 15 % du produit de cession minoré de la valeur nominale. Sur un produit de cession de 100, après déduction de la valeur nominale, le montant de l'impôt sur les dividendes effectivement dû se réduit à 15 au maximum, quand bien même l'impôt réellement calculé serait plus élevé⁴⁹.

naires *domiciliés* en Suède dépend du *coût d'acquisition*, alors que celle des actionnaires *sans domicile* en Suède varie en fonction de la *valeur nominale* des actions rachetées, outre le fait que vaut pour ces derniers un plafond d'imposition à hauteur de 15 % du produit de cession minoré de la valeur nominale.

60. En revanche, selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, la situation d'un actionnaire *domicilié en Suède* est la suivante: le taux d'imposition de 30 % lui est également applicable, il peut toutefois déduire du produit de la cession le *coût d'acquisition* des actions, c'est-à-dire le prix de l'action⁵⁰ à la date de son achat augmenté, le cas échéant, des frais. Par conséquent, si le produit de cession est de 100 et le coût d'acquisition de 60, il ne reste plus qu'un montant de 40 à imposer, ce qui aboutit avec un taux d'imposition de 30 % à un impôt de 12. Si, par contre, le coût d'acquisition était de 30, avec le même produit de cession de 100, le montant imposable en Suède est de 70, ce qui, avec un taux d'imposition de 30 %, aboutit à un impôt de 21.

Appréciation

62. Pour apprécier cette situation factuelle, il convient de ne pas perdre de vue qu'en règle générale il existe une différence substantielle entre la *valeur nominale* d'une action et le *coût d'acquisition* pour l'actionnaire de cette action. Il n'est en effet pas rare que le coût d'acquisition soit considérablement plus élevé que la *valeur nominale* de l'action. Même si la convention de double imposition autorise les actionnaires non domiciliés en Suède à déduire la valeur nominale de l'action, cela n'aboutit en règle générale pas à les mettre entièrement sur le même pied que les actionnaires domiciliés en Suède, ces derniers pouvant déduire du produit de cession le coût d'acquisition, de sorte que, en fin de compte, dans la plupart des cas le montant sur lequel ils sont imposés est moindre.

61. On peut donc retenir à titre intermédiaire que, si au départ le même taux d'imposition s'applique aux actionnaires domiciliés en Suède et à ceux n'y ayant pas de domicile, l'imposition réelle des action-

63. Dans ces conditions, la faculté de déduction de la valeur nominale offerte par la convention de double imposition aux actionnaires non domiciliés en Suède ne

49 — 30 % du montant du produit de cession après déduction de la valeur nominale.

50 — Valeur boursière ou prix d'émission.

peut pas d'emblée être assimilée à la faculté de déduction du coût d'acquisition offerte aux actionnaires domiciliés en Suède.

64. Il résulte cependant de l'interdiction des restrictions aux mouvements de capitaux (article 56, paragraphe 1, CE) et en particulier de l'interdiction des discriminations arbitraires des investisseurs en fonction de leur domicile (article 58, paragraphe 3, CE), que, dans un cas comme celui de la présente affaire, dans le cadre du rachat par une société émettrice suédoise de ses propres actions, les actionnaires non domiciliés en Suède ne doivent pas être plus mal traités que les actionnaires domiciliés en Suède⁵¹.

65. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier si, dans la présente affaire, la déduction de la valeur nominale des actions et le plafond d'imposition à 15 %⁵² pour les actionnaires non domiciliés en Suède aboutit à un résultat équivalent⁵³. Si tel n'est pas le cas, il appartient au juge national de garantir un plein effet au droit communautaire et de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire — dans le cas présent la libre circulation des capitaux —; pour ce faire, il doit au besoin laisser inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, y compris les

dispositions d'une convention de double imposition, dans la mesure où ces dispositions font obstacle à un traitement égalitaire des actionnaires ayant un domicile en Suède et des actionnaires n'y ayant pas un tel domicile⁵⁴.

66. Observons simplement en passant que le plafonnement de l'impôt à 15 % au maximum du produit de cession prévu par la convention de double imposition (article 10, paragraphe 2) n'aboutit en aucun cas obligatoirement à *avantager* les actionnaires n'ayant pas de domicile en Suède.

67. En effet, d'une part, cette disposition n'avantagerait l'actionnaire non domicilié en Suède tout au plus que dans l'hypothèse où le coût d'acquisition — considéré d'un point de vue nominal — serait inférieur à la moitié du produit de cession obtenu; en revanche, il resterait désavantagé lorsque le coût d'acquisition est supérieur à la moitié du produit de cession obtenu⁵⁵.

51 — Voir nos observations sur la première question préjudicielle, aux points 24 à 41 ci-dessus.

52 — Article 10, paragraphe 2, de la convention de double imposition.

53 — Voir, dans un sens similaire, arrêt Gerritse (précité à la note 34, points 52 à 54).

54 — Voir, en ce sens, la jurisprudence constante, notamment arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629, points 21 à 24); du 19 juin 1990, Factortame e.a. (C-213/89, Rec. p. I-2433, points 18 à 20), et du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, point 19). Sur l'inapplicabilité d'une convention liant deux États membres dont les dispositions sont contraires aux règles du traité, voir arrêts du 10 novembre 1992, Exportur (C-3/91, Rec. p. I-5529, point 8), et du 20 mai 2003, Ravil (C-469/00, Rec. p. I-5053, point 37).

55 — Avec un produit de cession nominal de 100 et un coût d'acquisition de 50, le montant de l'impôt dû par un actionnaire *domicilié* en Suède est de 15 (montant imposable: 50, taux d'imposition: 30 %, voir points 7 et 60 ci-dessus). L'actionnaire *non domicilié* en Suède est également redevable, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la convention de double imposition, d'un impôt au maximum de 15, peu important s'il peut ou non déduire le coût d'acquisition ou la valeur nominale des actions. Le plafond d'imposition à 15 % du produit de l'aliénation n'est avantageux pour l'actionnaire non domicilié en Suède que lorsqu'il peut se prévaloir d'un coût d'acquisition ou d'une valeur nominale inférieurs à 50, puisque dans ce cas la partie du produit de cession imposable en Suède au taux de 30 % au titre de l'impôt sur les dividendes sera supérieure à 50.

68. D'autre part, il convient de garder à l'esprit que les dividendes ou produits de cession perçus par les actionnaires non domiciliés en Suède sont en règle générale en outre imposables dans l'État du domicile; cela est autorisé dans la présente affaire par la convention franco-suédoise (voir son article 10, paragraphe 1). En fin de compte, en prévoyant dans la convention de double imposition un plafond d'imposition de 15 % (voir article 10, paragraphe 2, de ladite convention), les États contractants ne font que délimiter leurs compétences fiscales respectives et agir sur la répartition entre eux des recettes fiscales⁵⁶.

69. En conclusion, il convient de retenir que:

Lorsque, en cas de rachat de ses propres actions par une société résidente d'un État membre, une convention de double imposition conclue entre cet État membre et un autre État membre s'applique au traitement fiscal des actionnaires n'ayant ni domicile ni résidence permanente dans le premier État membre, il appartient au juge national de s'assurer que les actionnaires concernés ne seront pas, en fin de compte, traités plus défavorablement que les actionnaires ayant un domicile ou une résidence permanente dans le premier État membre. Pour ce faire, le juge national devra au besoin laisser inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, y compris les dispositions d'une

convention de double imposition, dans la mesure où ces dispositions font obstacle à un traitement égalitaire des actionnaires ayant un domicile ou une résidence permanente dans le premier État membre et des actionnaires n'y ayant ni domicile ni résidence permanente.

VII — Sur le rapport entre liberté d'établissement et libre circulation des capitaux

70. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi souhaite obtenir des informations complémentaires quant à la conformité d'une réglementation telle que celle du Royaume de Suède avec la liberté d'établissement (articles 43 CE et 48 CE).

71. Les champs d'application respectifs de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux peuvent se recouper dans la mesure où les investissements de capitaux peuvent également servir à s'établir dans un autre État membre, par exemple au moyen d'une succursale ou d'une filiale⁵⁷. L'exis-

⁵⁶ — Voir aussi point 46 ci-dessus.

⁵⁷ — Voir, en ce sens, notamment la rubrique I, points 1 et 2, de la nomenclature des mouvements de capitaux, ainsi que les notes explicatives relatives à la notion d'«investissement direct» (sur le caractère indicatif de cette nomenclature pour définir la notion de mouvements de capitaux, voir ci-dessus point 26). D'autres références sont données dans les conclusions de l'avocat général Alber du 14 octobre 1999 dans l'affaire Baars (arrêt du 13 avril 2000, C-251/98 Rec. p. I-2787, points 12 à 30).

tence de l'article 58, paragraphe 2, CE, ainsi que la formule «sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux» figurant à l'article 43, second alinéa, CE, plaident en faveur de ce que, dans ce cas, aucune des libertés fondamentales ne supplante l'autre, mais les deux s'appliquent l'une à côté de l'autre⁵⁸. Dans cette mesure, l'article 58, paragraphe 2, CE, garantit que les deux libertés fondamentales sont enfermées dans les mêmes limites⁵⁹.

72. Toute prise de participation transfrontalière dans une entreprise n'entre au demeurant pas dans le champ d'application de la liberté d'établissement. Une prise de participation dans une société ne tombe sous le coup de cette liberté fondamentale que lorsqu'elle confère à l'actionnaire «une participation lui conférant une influence certaine sur les décisions de la société et lui

permettant d'en déterminer les activités»⁶⁰. En effet, la liberté d'établissement englobe, en vertu de l'article 43, second alinéa, CE, «l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises» dans un autre État membre. En d'autres termes, l'actionnaire doit — seul ou ensemble avec d'autres actionnaires — exercer le contrôle de l'entreprise. En revanche, si seuls les droits habituels de protection des actionnaires minoritaires sont liés à sa participation, seules les règles relatives à la libre circulation des capitaux, et non pas celles relatives à la liberté d'établissement, s'appliquent⁶¹.

73. Dans la présente affaire, rien n'indique, d'après les informations fournies par la juridiction de renvoi, que M^{me} Bouanich aurait exercé au moyen du paquet d'actions détenu par elle une influence certaine sur la société Förvaltnings AB Ratos. Dans ces circonstances, il convient de considérer que la liberté d'établissement (article 43 CE) ne s'applique pas. Il n'y a donc pas lieu de répondre à la troisième question préjudicielle.

58 — Voir, également, en ce sens mes conclusions du 3 mars 2005 dans l'affaire Commission/Italie (arrêt du 2 juin 2005, précité à la note 19, point 22).

La jurisprudence sur ce problème est loin d'être uniforme. La Cour a ainsi expressément jugé, concernant l'achat d'un bien immobilier en vue d'un établissement, dans l'arrêt du 1^{er} juin 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099, point 22), que les deux libertés fondamentales s'appliquaient. En revanche, l'arrêt du 5 novembre 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919, point 77), peut être interprété en ce sens qu'il existe un rapport de spécialité entre ces deux libertés fondamentales. Dans d'autres affaires encore, il semble que cela soit plutôt en raison de l'économie de la procédure que seule l'une des libertés fondamentales ait été examinée, voir sur ce point arrêts du 13 juillet 2000, Albore (C-423/98, Rec. p. I-5965) et du 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727) ainsi qu'arrêts Golden Shares précités à la note 19, Commission/Portugal (point 56), Commission/France (point 56) et Commission/Belgique (point 59).

59 — L'article 58, paragraphe 2, CE, vise aussi à empêcher que les ressortissants d'États tiers, en particulier, qui peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement ne s'appuient sur les règles relatives à la libre circulation des capitaux pour contourner des restrictions à leur établissement dans un État membre autorisées par le droit communautaire. Inversement, les restrictions permises à la libre circulation des capitaux ont, du fait de la réserve prévue à l'article 43, second alinéa, CE («sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux»), un effet sur la liberté d'établissement.

60 — Voir arrêt Baars (précité à la note 56, point 22); ainsi que, dans le même sens, arrêts Überseering (précité à la note 57, point 77) et du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829, point 37).

61 — Par contre, si la participation d'un actionnaire dans une société lui confère une *influence certaine* sur une entreprise, les règles relatives à la libre circulation des capitaux s'appliquent, à côté de celles relatives à la liberté d'établissement. Voir aussi les notes explicatives de la nomenclature sur les mouvements de capitaux (citée au point 26 ci-dessus), dont il ressort que les investissements directs, lesquels relèvent de la libre circulation des capitaux, donnent aux «actionnaires [...] la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle». Un critère très proche est notoirement mis en œuvre dans l'arrêt Baars (précité à la note 56, point 22) pour décrire une opération relevant de la liberté d'établissement.

VIII — Conclusions

74. Au vu de ce qui précède, je propose à la Cour de répondre comme suit à la demande de décision préjudicielle du Kamarrätten i Sundsvall:

- «1) Les règles relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 CE et 58 CE) s'opposent à une réglementation nationale par laquelle un État membre permet, en cas de rachat de ses propres actions par une société émettrice résidente de cet État membre, aux actionnaires ayant leur domicile ou résidence permanente dans cet État membre de déduire du produit de cession imposable le coût d'acquisition des actions, alors que cela est interdit aux actionnaires sans domicile ou résidence permanente dans cet État membre.

- 2) Lorsque, en cas de rachat de ses propres actions par une société résidente d'un État membre, une convention de double imposition conclue entre cet État membre et un autre État membre s'applique au traitement fiscal des actionnaires n'ayant ni domicile ni résidence permanente dans le premier État membre, il appartient au juge national de s'assurer que les actionnaires concernés ne seront pas, en fin de compte, traités plus défavorablement que les actionnaires ayant un domicile ou une résidence permanente dans le premier État membre. Pour ce faire, le juge national devra au besoin laisser inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, y compris les dispositions d'une convention de double imposition, dans la mesure où ces dispositions font obstacle à un traitement égalitaire des actionnaires ayant un domicile ou une résidence permanente dans le premier État membre et des actionnaires n'y ayant ni domicile ni résidence permanente.»