

N° 418452 Epoux K...

N° 429393 Epoux R...

10^e et 9^e chambres réunies

Séance du 12 juin 2020

Lecture du 19 juin 2020

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

M. Bruno K... et M. Eryck R... sont connus dans le secteur de la publicité, où ils ont exercé en duo pendant de nombreuses années. A la suite de désaccords stratégiques avec les orientations du groupe Aegis, auquel appartenait la société Carat au sein de laquelle ils exerçaient jusque-là et qu'ils ont quittée dans un contexte conflictuel, ils ont créé en janvier 2004 la société KR SAS, devenue par la suite KR Média France, ayant une activité de centrale d'achat d'espaces publicitaires et de conseil aux entreprises en matière de communication.

Environ un an plus tard, MM. K... et R... ont créé deux sociétés holdings qui se sont partagé la détention du capital de la société opérationnelle KR Média France.

La première, la société financière RKW Holding, ayant pour objet la gestion de participations financières, a été constituée le 28 décembre 2004 entre les intéressés, qui en détenaient chacun 925 actions, soit 25% du capital, et la société hollandaise Cavendish Square Holding BV, filiale de la société WPP, elle-même à la tête d'un large réseau mondial d'agences de publicité et de communication, qui en détenait 1849 actions, soit un tout petit peu moins de 50%, l'unique action restante étant détenue par une personne physique.

La seconde holding, la société RK Private, a quant à elle été constituée début 2005 entre MM. K... et R..., là encore à raison de la détention de 925 actions chacun, soit 25% du capital social, et trois investisseurs personnes physiques qu'ils souhaitaient associer au projet (un dénommé « Ace », souhaitant conserver l'anonymat, le banquier d'affaires Philippe V... et leur ancien collaborateur chez Carat, entreprise du groupe Aegis, Henri L M...). Les participations de ces investisseurs privés s'élevaient ensemble à 1850 actions soit 50% du capital social de la holding.

RK Private détenait elle-même légèrement plus de 50% du capital social de KR Média France (soit 926 actions) tandis que RKW Holding, en détenait légèrement moins (soit 924 actions). Ces actions ont été cédées par MM. K... et R... à ces sociétés le jour de leur création, pour un prix égal à leur valeur nominale (20 € par titre)¹.

¹ Pour être toute à fait complète, le pourvoi indique qu'a ensuite été constituée par RKW Holding et RK Private une holding intermédiaire, dénommée KR Media Holding, détenant la société KR Média

Les 925 titres de la holding financière RKW Holding détenus respectivement par MM. K... et R... ont été inscrits aux comptes-titres des PEA ouverts par les intéressés, pour leur valeur nominale (925*10 €, soit 9250 €). Ces derniers les ont cédés en juin 2008 à Cavendish Square Holding BV pour la somme de 3 801 121 € (4109,32 € par titre) après que des divergences de vues sur les perspectives de croissance de KR Média France se sont progressivement fait jour avec WPP, réalisant à cette occasion des plus-values substantielles de 3 791 871 € chacun. Ils se sont ensuite définitivement retirés de KR Média France en mai 2011 en cédant aussi à Cavendish Square Holding BV les participations qu'ils détenaient dans RK Private.

Les titres de RKW Holding cédés par les contribuables l'ayant été dans le cadre de leurs PEA, MM. K... et R... ont estimé que les plus-values réalisées en 2008 étaient exonérées d'impôt sur le revenu en vertu du 5° bis de l'article 157 du CGI.

Mais à la suite de contrôles sur pièces², l'administration a remis en cause sur le fondement de l'article L. 64 du LPF les exonérations dont ils avaient entendu bénéficier. Elle a estimé, d'une part, que la société financière RKW Holding avait été interposée en vue seulement de permettre aux intéressés de respecter le seuil maximal de détention directe ou indirecte de 25% des droits dans les bénéfices sociaux de la société dont les titres sont inscrits sur un PEA et, d'autre part, que la valeur des titres de RKW Holding avait été volontairement minorée par les contribuables lors de leur inscription sur ces plans d'épargne, de manière à assurer le respect formel du plafond de 132 000 € de versements en numéraire prévu par les textes. L'avis du comité de l'abus de droit fiscal n'a pas été sollicité.

En ont résulté des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu, assorties des pénalités de retard et de la majoration de 80% pour abus de droit, pour un montant s'élevant dans chaque affaire à environ 2 M €, que les intéressés ont jusqu'à présent contestées en vain en première instance puis en appel (jugement n° 1307870 du 11 février 2014 du TA de Paris et arrêt n° 14PA01656 du 21 décembre 2017 de la CAA de Paris publié à la RJF 4/18 n° 414 ccl. O. Lemaire C 414 et à Dr. Fisc. n° 16-17/ 2018 comm. O. Lemaire n° 262 dans le cas des époux K... ; jugement n° 1304471 du 8 décembre 2015 du TA de Cergy-Pontoise et arrêt n° 16VE00384 du 29 décembre 2018 de la CAA de Versailles, inédits, dans le cas des époux R...).

Si vous nous suivez, vous ferez droit pour votre part aux conclusions des pourvois, dont l'examen conjoint est facilité par la représentation des contribuables en cassation par le même avocat : les moyens se rejoignent donc pour la plupart, même si tout un pan d'entre eux sont spécifiques à l'affaire R..., dans laquelle la CAA de Versailles a, contrairement à celle de Paris, pris position non seulement sur l'interposition de la société RKW Holding mais aussi sur la sous-évaluation des titres de cette société lors de leur inscription au compte titres du PEA de l'intéressé.

France mais aussi la société KR Média UK et une autre société, dénommée Cubing.

² Comme la cour administrative d'appel de Paris nous sommes en effet d'avis que les contrôles dont les requérants ont fait l'objet ne résultaient pas d'un examen de leur situation fiscale personnelle mais bien d'un contrôle sur pièces. Ce point ne donne d'ailleurs pas lieu à contestation en cassation.

L'erreur de droit qu'aurait commise la CAA de Paris en écartant comme inopérant le moyen tiré de ce que M. et Mme K... auraient été privés d'un débat oral et contradictoire avant l'envoi de la proposition de rectification (pourvoi n° 418452) n'appelle pas de longs développements. Une telle garantie n'est en effet requise qu'en cas de vérification de comptabilité (vous pouvez voir, s'agissant de la vérification approfondie de situation fiscale d'ensemble, ancêtre de l'actuel ESFP, 16 octobre 1989, *C...*, n°s 71890, 71904, RJF 12/89 n° 1309, ccl. Ph. Martin ; jugeant cette garantie inapplicable après l'envoi de l'avis de vérification de compatibilité mais avant le début des opérations proprement dites 27 juin 2012, *Société Gérard Poulalion*, n° 348392, RJF 10/12 n° 936, ccl. N. Escaut ; dans le même sens, dans le cadre de la vérification de l'affectation à la recherche de dépenses dans le cadre du crédit d'impôt recherche 25 avril 2003, *Ministre c/ Ceicom*, n° 236066, RJF 7/03 n° 878, ccl. G. Bachelier ; ou, s'agissant de documents ne présentant pas le caractère de pièces comptables de l'entreprise vérifiée, 28 novembre 2003, *Ministre c/ SA Tekelec Airtronic*, n° 255954, RJF 2/04 n° 160, ccl. G. Goulard et 22 novembre 2006, *Ministre c/ B...*, n° 280252, RJF 2/07 n° 180, ccl. L. Olléon). La circonstance que l'administration se soit placée dans le cadre de la procédure d'abus de droit n'y change rien.

L'ensemble des autres moyens concerne le bien-fondé des impositions litigieuses.

L'administration fiscale s'est placée sur le terrain de l'abus de droit par fraude à la loi, estimant que MM. K... et R... avaient organisé le respect artificiel de deux des conditions de fonctionnement régissant les PEA.

Vous savez que ce produit de placement créé sous le gouvernement de Pierre Bérégovoy (loi n° 92-666 du 16 juillet 1992) permet de bénéficier de l'exonération des plus-values réalisées sur les titres qui y sont logés, dont le 5° bis de l'article 157 du CGI prévoit qu'elles ne sont pas prises en compte pour la détermination du revenu global. Cet avantage est subordonné au respect d'un certain nombre de conditions, prévues à l'article 163 quinquies D du même code, qui dans sa version applicable au litige prévoyait un plafond de 132 000 € de versements en numéraire sur le compte-espèces associé au plan ainsi que l'interdiction pour le titulaire de ce dernier, son conjoint et leurs ascendants et descendants de détenir ensemble, directement ou indirectement, plus de 25% des droits aux bénéfices dans les sociétés dont les titres figuraient à ce plan ou d'avoir détenu une participation franchissant ce seuil à un moment quelconque au cours des cinq années précédant l'acquisition des titres dans le cadre de ce dernier³. L'article 1740 septies - devenu l'article 1765 depuis le 1^{er} janvier 2006 - prévoyait quant à lui la clôture automatique du plan et l'imposition immédiate des sommes en résultant en cas de manquements aux règles posées par les textes. Vous avez eu l'occasion de rappeler que l'objectif poursuivi par le législateur en créant ce dispositif était d'encourager les ménages à constituer une épargne longue - ce dont rend compte le mécanisme de clôture automatique en cas de retraits effectués avant un certain délai -, orientée vers l'entreprise (14 octobre 2015, *Ministre c/ M. L...*, n° 374211, RJF 1/16 n° 60, ccl. B. Bohnert C 60).

³ Ces conditions, désormais entièrement fixées par renvoi de l'article 163 quinquies D aux articles L. 221-30 à L. 221-32 du code monétaire et financiers subsistent aujourd'hui, avec des adaptations, en particulier l'augmentation à 150 000 € du plafond de versements en numéraire.

En ce qui concerne le respect du seuil de 25% (sur cette condition voyez par exemple 17 mars 2016, *Ministre c/ H...*, n° 390861, RJF 6/16 n° 528 ccl. V. Daumas C 528 et Dr. Fisc. 2à16 n° 28 comm. 412 ; 25 octobre 2017, *B...*, n° 397741, RJF 1/18 n° 38, ccl. R. Victor), l'administration a écarté l'interposition de la société financière RKW Holding, qu'elle a considérée comme dépourvue de substance, estimant que sa création avait eu pour seul objet de contourner l'impossibilité pour les contribuables d'inscrire dans leur PEA les titres de la société KR Média France, qu'ils détenaient chacun pour moitié, sans méconnaître ce seuil de détention directe ou indirecte de 25% et entraîner ainsi la clôture immédiate du plan. En cédant chacun à la holding la moitié de leurs participations dans la société opérationnelle, participations qui en constituaient le seul actif, et en inscrivant les titres de la holding dans leur PEA, les contribuables étaient en effet en situation d'obtenir l'exonération d'une plus-value dont le montant était directement indexé sur la prise de valeur des titres de cette société opérationnelle, alors qu'ils n'auraient pu directement inscrire les titres de cette dernière dans le cadre de leurs plans sans méconnaître le seuil de détention de 25%.

Dans les propositions de rectification, l'administration s'est référée s'agissant de ce premier motif d'abus de droit à la notion de montage, que vous avez vous-mêmes à plusieurs reprises utilisée pour remettre en cause sous la bannière de l'abus de droit l'interposition de sociétés dépourvues de substance, ce qui ne signifie pas que l'absence de substance économique de la société interposée soit une condition nécessaire à l'identification du montage (sur ce point, dont nous n'ignorons pas qu'il a récemment donné lieu à quelques contestations en doctrine, voyez les conclusions d'E. Crépey à la RJF1/18 C70 sur votre décision de plénière fiscale *W...*, n° 396954, RJF 1/18 n° 70 – la décision elle-même relevant l'absence de substance du montage mais pas celle de la société interposée elle-même – ainsi que votre décision du 12 février 2020, *G...*, n° 421444, à publier au Lebon et à paraître à la RJF, à nos ccl.).

Vous savez que la caractérisation d'un montage permet à l'administration de se dispenser de rechercher le respect de la condition dite objective de l'abus de droit par fraude à la loi, tenant à la contrariété aux intentions du législateur, tout en constituant un indice du but exclusivement fiscal (sur les deux conditions de l'abus de droit par fraude à la loi voyez Section, 27, septembre 2006, n° 260050, *Société Janfin*, RJF 12/06 n° 1583 chron. Y. Bénard p. 1083, ccl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156) et 28 février 2007, n° 284565, *Ministre c/ P...* : RJF 5/07 n° 595 ccl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61, obs. Fouquet Dr. Fisc. 14/07c. 386 ; et sur le montage artificiel voyez notamment 18 février 2004, *Min c/ Sté Pléiade*, n° 247729 ; 18 mai 2005, *Min c. / Sté Sagal*, n° 267087).

C'est bien de cette seconde condition qu'il est question ici en ce qui concerne le contournement du seuil de détention de 25%, l'administration comme les juges du fond ayant vu dans la société RKW Holding une société sans substance créée dans le seul but de respecter artificiellement cette condition au respect de laquelle est subordonnée le bénéfice des avantages offerts par le PEA.

Or contrairement aux juges d'appels qui se sont prononcés dans les deux affaires, il nous semble que ressortaient du dossier plusieurs justifications économiques rationnelles à l'interposition de la holding, qui apparaissaient d'autant plus clairement que l'on prenait en

compte en compte l'architecture d'ensemble de la détention des participations au capital de KR Média.

Sans doute ce désaccord d'espèce a-t-il plus profondément trait à la conception même qu'il convient de retenir de la condition dite subjective de l'abus de droit et qui en l'état des textes applicables au litige tient bien au but exclusivement fiscal des actes passés par les contribuables, ou pour reprendre les mots du législateur, au fait qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que fiscal.

Ces termes mêmes excluent en effet d'exiger du contribuable, qui n'est jamais tenu de choisir la voie fiscalement la plus onéreuse (voyez les conclusions d'O. Fouquet RJF 5/86 p. 267 sur 21 mars 1986, *SA Auriège*, n° 53002, RJF 5/86 n° 470), la démonstration de ce que les actes qu'il a passés étaient nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi.

Or ce glissement du motif autre que fiscal à la nécessité, qui n'est pas que sémantique - il vous est déjà par le passé arrivé de censurer comme procédant d'une erreur de droit (11 février 2011, *M. et Mme Q...*, n° 314950, RJ5/11 n° 628, ccl. E. Cortot-Boucher BDCF 5/11 n° 64) -, nous paraît fonder en grande partie le raisonnement tenu par les juges d'appel. La chose est certes moins marquée dans celui de la cour administrative d'appel de Versailles (point 6) que dans celui de la cour administrative d'appel de Paris (point 11), mais dans les deux cas, ces derniers se sont attachés, pour estimer que les contribuables étaient mus par un but exclusivement fiscal, à rechercher si la voie qu'ils avaient choisie de créer une holding constituaient pour eux la seule manière de s'associer la société Cavendish Square Holding BV, et derrière elle le groupe WPP, et dans les deux cas, ils ont déduit de la réponse négative qu'ils ont apportée à cette question que l'administration apportait la preuve, qui lui incombait, que la condition subjective de l'abus de droit était remplie.

Si l'on retient l'acception stricte de la notion de but exclusivement fiscal doit prévaloir eu égard au caractère très répressif de l'abus de droit, les affaires s'éclairent pourtant d'un jour fort différent.

Il n'est pas question de vous convaincre que les actes passés par MM. K... et R... ne répondaient pas à des préoccupations fiscales. La démonstration serait d'autant plus vaine que l'acquisition de titres dans le cadre d'un PEA est par construction motivée par des considérations d'ordre fiscal.

Mais nous trouvons difficile de dire que la structure de détention du capital de KR Média mise en place par les contribuables ne trouvait aucune justification autre que fiscale.

Il est vrai que RKW Holding avait le caractère d'une holding dite « pure », ayant pour seul objet l'acquisition et la gestion de titres sociaux, que cette société n'a pas acquis entre 2004 et 2008 d'autres titres que ceux de la société KR Média et qu'elle n'a pas rendu de services à sa filiale. Il est également vrai que l'important soutien logistique et financier apporté par le groupe WPP à la société KR Média au démarrage de son activité aurait pu l'être en l'absence de la holding, et qu'il l'a d'ailleurs en partie été puisque cette société a bénéficié entre

septembre et décembre 2004 d'avances en compte courant qui lui ont été directement consenties par le groupe.

Mais la présence de la holding s'inscrivait dans une organisation d'ensemble qui permettait à MM. K... et R... d'associer le groupe international WPP à leur projet tout en s'en assurant durablement la maîtrise, ce qui lui conférait un intérêt juridique, économique et organisationnel propre, pour reprendre les termes de votre décision *W...* (n° 396954, RJF 1/18 n° 70 ; voyez aussi, pour un exemple de cas dans lequel vous avez reconnu l'existence d'un intérêt économique à l'interposition d'une holding pure 17 janvier 2011, *M. et Mme X...*, n° 320313, RJF 4/11 n° 472, ccl. C. Legras BDCF 4/11 n° 51, même s'il s'agissait d'un cas différent de celui de l'espèce, dans lequel avait été méconnu la dimension économique d'une opération de LBO).

Comme le faisaient valoir les requérants devant les juges du fond et comme le soulignent les pourvois, le cantonnement de la participation du groupe WPP au capital de RKW Holding empêchait en effet ce dernier de prendre le contrôle de KR Média par le jeu des clauses de préemption et d'agrément prévus par l'article 11 des statuts de cette société et qui ne pouvaient être supprimées sans exposer du même coup les contribuables au risque de la cession par le groupe de sa participation à un tiers qu'ils n'auraient pas souhaité voir entrer au capital, sans qu'ils puissent s'y opposer.

La volonté des requérants de conserver la main sur leur société est corroborée par la présence très légèrement minoritaire de WPP au sein même capital de RKW Holding, ainsi que par le fait que cette dernière société était elle-même très légèrement minoritaire au capital de KR Média, dont le reste des titres était détenu par la holding jumelle RK Private, associant MM. K... et R... à plusieurs investisseurs privés.

Loin d'être sans intérêt autre que fiscal, la détention de KR Média par deux holdings jumelles dont les requérants détenaient chacun 25 % des parts, leur assurant ensemble le contrôle de 50 % du capital de chacune des holdings et donc de la société opérationnelle, permettait ainsi aux contribuables, d'une part, d'adosser leur agence à un grand groupe international du secteur de la publicité tout en limitant ses possibilités d'expansion au sein de la nouvelle structure, et d'autre part, de conserver la possibilité de faire entrer indirectement au capital de KR Média les investisseurs privés de leur choix.

Ne remet pas en cause cette lecture la circonstance que MM. K... et R... se soient par la suite retirés du capital de RKW Holding en 2008, puis de RK Private en 2011, au profit du groupe WPP, avec lequel ils indiquent avoir progressivement nourri des divergences de vues : outre que la vie des affaires est ainsi faite qu'à l'instar de la vie tout court elle repose sur des relations qui évoluent au gré des ententes et mésententes ainsi que de l'intérêt bien compris de chacun, le fait que rien, dans l'architecture d'ensemble que nous avons décrite, n'empêchait les requérants de céder les parts qu'ils détenaient dans les deux holdings, n'affaiblit pas la force du constat selon lequel l'organisation retenue leur permettait de conserver la maîtrise de KR Média.

Enfin les requérants vous disent que le groupe WPP lui-même avait intérêt à l'interposition de la holding pour se distancier du risque contentieux pesant sur la société KR Média du fait d'une action judiciaire pour concurrence déloyale engagée par le groupe Aegis, ancien employeur de MM. K... et R..., ce qui nous paraît constituer aussi une explication convaincante. Ils en veulent pour preuve - rétrospective - que le groupe a par la suite été mis hors de cause dans ce contentieux, à la différence des requérants et de KR Média elle-même, ce qui est exact (voyez le jugement du 2 mars 2017 du tribunal de commerce de Nanterre, pp. 27-28).

En l'espèce, les juges d'appels ont bien relevé ces différents éléments dans les arrêts frappés de pourvoi, mais ils ont estimé qu'ils ne suffisaient pas à justifier de l'intérêt non fiscal de l'interposition de la holding, estimant, nous l'avons dit, que cette dernière n'était pas nécessaire pour permettre aux contribuables d'atteindre les objectifs qu'ils s'étaient fixés. Ils s'en sont pour l'essentiel tenus à l'idée que RKW Holding était dépourvue de substance économique et que le soutien logistique et financier apportés par le groupe WPP à la société opérationnelle pouvait tout aussi bien se passer de son intermédiaire.

Or pour les raisons exposées, en tirant de tout cela que la création et l'interposition de la société financière RKW Holding par les contribuables procédait d'un montage mis en place dans le but exclusivement fiscal de contourner le seuil de 25% de détention directe ou indirecte des droits dans les bénéfices de la société dont les titres sont inscrits sur un PEA, et qu'elle était par suite constitutive d'un abus de droit, les CAA de Paris et Versailles ont donné des faits de l'espèce une qualification juridique inexacte (sur la nature de votre contrôle de cassation : 29 décembre 1995, *J...*, n° 133251, Rec., RJF 2/96 n° 231 ccl. G. Bachelier ; 9 avril 2014, *M. et Mme Y...*, n° 353822, T. pp. 603-614-830, RJF 7/14 n° 708, ccl. C. Legras).

Ce terrain de cassation est en effet celui qui a notre préférence en ce qu'il éclaire le plus complètement le litige, mais vous pourrez aussi choisir d'en rester au plan de la méthode en censurant les arrêts attaqués pour erreur de droit à avoir exigé des contribuables qu'ils établissent que l'existence de la holding était nécessaire pour atteindre les objectifs qu'ils poursuivaient ou, plus largement, pour n'avoir pas pris en compte dans son ensemble la structure de détention du capital de KR Média, en particulier l'existence de la seconde holding, légèrement majoritaire au capital de la société opérationnelle et dont la présence éclairait celle de RKW Holding.

Quel que soit le motif que vous retiendrez si vous nous suivez pour censurer les motifs retenus par les juges d'appel, votre décision entraînera l'annulation totale de l'arrêt de la cour de Paris, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens soulevés par les époux K... (pourvoi n° 418452).

Elle ne fera en revanche tomber que la partie de l'arrêt de la cour de Versailles relatif au caractère abusif de l'interposition de la holding, et ne vous dispensera de vous prononcer sur les autres moyens des époux R... que dans cette seule mesure, les juges d'appel s'étant dans cette affaire également prononcés sur le motif d'abus de droit tenant au contournement des règles relatives au plafond de versement en numéraire. Ce qui explique que la question de la sous-évaluation des titres de RKW Holding au moment de leur acquisition en 2004 dans le

cadre du PEA du contribuable donne lieu à plusieurs moyens de cassation (pourvoi n° 429393), dont l'examen vous fournit la possibilité d'éclairer l'autre facette de cette affaire d'abus de droit.

De prime abord, comme au contribuable qui invoque votre décision *Pharmacie des Chalonges* rappelant le caractère subsidiaire de l'abus de droit (5 mars 2007, n° 284457, RJF 5/07 n° 600 ccl. P. Collin), la possibilité de recourir à la procédure de l'article L. 64 du LPF dans cette configuration ne nous est pas apparue évidente, bien qu'elle ait été admise à plusieurs reprises par le CADF lorsque, à la date de l'acquisition des titres inscrits sur le PEA, le contribuable avait connaissance de leur valeur vénale réelle et a, dans le seul but de bénéficier de l'avantage fiscal attaché aux opérations de cession de titres réalisées à travers un PEA, procédé à leur inscription à une valeur délibérément minorée (outre ceux mentionnés dans les propositions de rectification, voyez pour des exemples récents les avis n°s 2016-28 et 2017-09 du CADF, et, *a contrario*, son avis n° 2016-02).

Deux de vos chambres jugeant seules paraissent s'être engagées dans le même sens (3^e CJS, 10 décembre 2014, *Ministre du budget* et *M. Z...*, n°s 367040, 367072, RJF 5/14 n° 404, ccl. V. Daumas) ; 8^e CJS, 28 février 2019, *M. N...*, n° 419191, RJF 7/19 n° 690 ccl. R. Victor C 690, décisions censurant toutes deux une cour pour s'être tenue au constat d'une minoration de la valeur des titres sans avoir recherché si le contribuable avait connaissance de leur valeur réelle, c'est-à-dire en s'exonérant de vérifier la condition tenant au but exclusivement fiscal indispensable à la caractérisation d'un abus de droit).

A la réflexion, comme l'expliquait Vincent Daumas dans ses conclusions sur la première de ces décisions, nous ne voyons pas d'autre façon pour l'administration de saisir les cas dans lesquels les titres logés sur le PEA valent plus, à la date de leur inscription sur ce dernier, que ce que le contribuable aurait pu acquérir au moyen des sommes figurant sur son compte espèces si la transaction avait été faite à leur valeur réelle. Car le plafond fixé par la loi concerne les versements en numéraire et non la valeur des titres pouvant être acquis au moyen des sommes versées. De sorte qu'en acquérant pour un prix minoré des titres dont la valeur réelle excède le plafond des versements autorisés, un contribuable peut respecter formellement la règle posée, et donc échapper à la clôture automatique du plan, tout en s'affranchissant de ses implications. Ce n'est qu'en écartant l'acquisition des titres effectuée au prix de convenance retenu par le contribuable que l'administration peut, si les conditions posées par l'article L. 64 sont remplies, restituer aux opérations leurs caractéristiques véritables et constater la méconnaissance des règles de fonctionnement du plan et donc sa clôture à la date de l'infraction.

En l'espèce, le débat se concentre sur l'évaluation des titres non cotés de RKW Holding que les époux R... ont inscrits sur leur plan le 28 décembre 2004.

Nul besoin de rappeler ici que vous jugez, comme la Cour de cassation, que la valeur vénale de titres non cotés en bourse sur un marché réglementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui résultant du jeu normal de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession est intervenue (pour des rappels récents parmi de très nombreux exemples : 3 juillet 2009, *A...*, n°

301299 et 23 juillet 2009, *P...P...*, n° 306363, RJF 11/09 n°s 940 et 941, ccl. L. Olléon BDCF 11/09 n° 129 ; 23 juillet 2010, *O...*, n° 308019, RJF 11/10 n° 1024, ccl. N. Escaut ; 21 octobre 2016, *Sté France Elévateur*, n° 390421, RJF 1/17 n° 8 ccl. E Crépey C 8; voyez aussi, par exemple, Cass. com. 7 décembre 1993 RJF 3/94 n° 355 ; Cass. com. 16 décembre 1997 RJF 4/98 n° 502), et que c'est, dans cette perspective, la méthode dite des transactions comparables qui doit être privilégiée (21 novembre 1979, n° 7512 : RJF 1/80 n° 29 ; Cass. com. 7 juillet 2009, n° 08-14.855 RJF 12/09 n° 1173). Ce n'est qu'à défaut de pouvoir recourir à la méthode des transactions comparables qu'est admis le recours à une méthode ou à une combinaison de méthodes par appréciation directe (méthode de l'actif net réévalué, méthode du goodwill, méthode du rendement, méthode des flux de trésorerie actualisés...) sans qu'existe entre ces dernières méthodes aucun ordre de priorité (sur cet édifice d'ensemble et ses limites voyez la chronique d'Emilie Bokdam-Tognetti à la RJF 2014 « Evaluation des titres de sociétés : (trouver) le juste prix, c'est le but ! »).

En l'espèce l'administration fiscale n'a pas recouru à la méthode des transactions comparables mais a procédé par appréciation directe, sans d'ailleurs mettre en œuvre de méthode labellisée. Elle est partie de l'idée que la valeur des titres RKW Holding devait être évaluée par référence à la valeur des titres KR Média, qui constituaient son seul actif. Ce point de départ nous paraît correct et n'est d'ailleurs pas contesté devant vous (sur la possibilité de procéder de cette façon lorsque la filiale représente dans l'actif de la société holding une part assez importante pour qu'une telle transaction puisse être regardée comme révélant de manière suffisamment précise et probante la valeur de marché du titre en litige : 20 juin 2012, *Min. c. Ma...*, n° 343033, RJF 10/12 n° 929, T. p. 626, ccl. Cortot-Boucher)⁴.

Elle a ensuite déduit la valeur de KR Média en 2008 à partir du prix auquel M. R... avait cédé ses titres RKW Holding le 20 juin de cette même année - il s'agit de la cession qui a donné lieu à la réalisation de la plus-value litigieuse -. M. R... détenant 25% des titres de RKW Holding qui détenait elle-même 49,95% de KR Média, elle a estimé la valeur de cette dernière société à 30 439 507 euros. Puis elle a calculé le ratio entre cette valeur et le volume d'achats d'espaces publicitaires confié à la société au titre de 2008 (environ 500 M €), qui s'établissait à 6% environ.

C'est ce ratio de 6% qu'elle a appliqué au volume d'achats d'espaces publicitaires confiés à KR Média à la fin du mois de décembre 2004, qu'elle a évalué à 230 000 000 € à partir des quatre contrats conclus ou en cours de conclusion par la société à cette date (LVMH, Universal Music France, Ferrero France, Bouygues Télécom), pour en tirer une estimation de 13 800 000 €, à laquelle elle a appliqué une décote de 25 % pour tenir compte de ce que KR Média était à cette date nouvellement créée et pas aussi productive qu'elle le deviendrait quatre ans plus tard. Elle a abouti à une valorisation de 10 350 000 €, dont elle a déduit que la valeur des participations des contribuables dans RKW Holding le 28 décembre 2004 ne pouvait être inférieure à 1 287 500 €, excédant largement ce qu'ils pouvaient acquérir dans le cadre de leur PEA compte tenu du plafond de versement de 132 000 € alors applicable.

⁴ Tel était également le point de départ du calcul proposé par le cabinet Abergel dans son rapport du 16 janvier 2014.

Force est de constater le caractère très approximatif de cette méthode, dont l'analyse nous conduit à nous interroger sur la pertinence du recours au ratio de 6% correspondant à la situation de la société en 2008 pour en estimer la valeur dans le contexte pourtant fort différent des derniers jours de l'année 2004, et ce d'autant que les contribuables faisaient valoir que l'activité de centrale d'achats d'espaces publicitaires ne représentait que l'une des activités de la palette proposée par KR Média, qui développait aussi, notamment, une activité de conseil.

En admettant qu'il puisse être procédé de la sorte, suscite aussi des interrogations la prise en compte au titre du volume d'achats d'espaces publicitaires confié à la société fin 2004 le contrat de 100 M € conclu entre KR Média et Ferrero France qui n'a été signé qu'après, en juillet 2005, la circonstance que ce contrat ait pris rétroactivement effet début novembre 2004 ne permettant pas à elle seule de penser que sa conclusion pouvait être tenue pour certaine à la fin du mois de décembre de la même année.

Mais ce qui nous gêne le plus, c'est que la méthode retenue fait entièrement l'impasse sur les risques ou les éléments susceptibles de susciter des incertitudes sur l'avenir de la société à cette date, dont plusieurs étaient mis en avant par les requérants comme étant de nature à influencer sur sa valorisation.

Parmi ces derniers, qui faisaient en particulier l'objet d'une analyse détaillée dans le rapport du 16 janvier 2014 du cabinet d'expertise comptable Abergel versé au dossier de la procédure, figurait la perspective d'un très lourd contentieux avec le groupe Aegis, ancien employeur de MM. K... et R..., pour méconnaissance des engagements de non-sollicitation de clients qu'ils avaient souscrits à leur départ de ce groupe. Ce contentieux, déjà évoqué, dans le cadre duquel Aegis demandait initialement le versement d'une somme de plus de 38 M € au titre de l'indemnisation de divers préjudices, portée en cours d'instance à plus de 95 M €, a d'ailleurs par la suite été perdu par KR Média qui a été condamnée, solidairement avec MM. K... et R..., au paiement d'une somme il est vrai plus modeste mais tout de même conséquente de 5 M € à titre de dommages et intérêts (jugement du 2 mars 2017 de la 3^e chambre du tribunal de commerce de Nanterre déjà mentionné).

Or s'il est vrai qu'Aegis n'a assigné les intéressés pour concurrence déloyale devant le tribunal de commerce de Nanterre que le 14 avril 2005, comme le rappelle le ministre⁵, le contentieux était déjà fin 2004 un horizon extrêmement tangible. Il ressort du dossier que le 8 décembre 2004, une perquisition avait été ordonnée par le président du tribunal de commerce de Nanterre au siège de KR Média, à la suite d'une action introduite par Aegis quelques jours plus tôt, en vue de saisir et de conserver les preuves que les dirigeants de la société avaient sollicité d'anciens clients du groupe avant l'échéance des clauses qui leur interdisait de le faire jusqu'au 31 décembre 2004 inclus. L'affaire a qui plus est été fort médiatisée, des articles publiés dans la presse économique française et étrangère à cette époque et versés au

⁵ Dont la seule ligne de défense sur ce point réside dans la chronologie des faits et non dans l'idée que les conséquences financières du contentieux ne devraient pas être prises en compte quand bien même il aurait déjà constitué une perspective tangible à la fin du mois de décembre 2004.

dossier devant les juges du fond faisant état non seulement de cette perquisition mais aussi de propos tenus par des dirigeants d'Aegis ou de certaines de ses filiales évoquant l'éventualité d'une action judiciaire à l'encontre de KR Média et de ses dirigeants.

Dans l'arrêt attaqué (point 8), la cour s'est contentée de relever, pour écarter la prise en compte de ce risque contentieux pour estimer la valeur de de KR Média, et donc celle de RKW Holding, à la fin du mois décembre 2004, que les quatre contrats déjà mentionnés ne comportaient aucune clause unilatérale de résiliation en cas de litige entre Aegis et KR Média. En limitant sa réponse à l'incidence d'un possible contentieux sur les contrats en cours, ce qui ne répondait pas au cœur de l'objection des contribuables, elle a refusé ou omis de prendre en compte les répercussions plus larges que pouvaient avoir ce litige sur la situation de la société en cas de condamnation au paiement des sommes demandées ou d'interdiction de conclure de nouveaux contrats avec les clients d'Aegis ou d'embaucher de salariés ou anciens salariés du groupe, dont le prononcé était également demandé dans le cadre de l'assignation.

Si vous nous suivez, vous censurerez aussi l'arrêt de la cour de Versailles pour ce motif, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens des époux R... dirigés contre cette partie de l'arrêt, relatifs en particulier à la pertinence du ratio de 6 % et à la prise en compte du contrat Ferrero que nous avons évoqués plus tôt. Ce qui entraînera la cassation totale et permettra que soit rediscutée de manière globale, devant les juges d'appel, dans le cadre de la reprise de l'instance après renvoi, la pertinence de la méthode suivie par l'administration, et, en amont, le point de savoir si cette dernière pouvait écarter le recours à la méthode prioritaire des transactions comparables.

Car il faut vous signaler pour terminer que les motifs retenus par la cour sur ce point, qui était discuté en appel, sont fort elliptiques, et que la façon qu'elle a eu d'écarter en bloc le recours à d'autres méthodes d'évaluation en plaçant celle des transactions comparables au même niveau que la méthode des flux de trésorerie, de la valeur patrimoniale ou du rendement nous fait douter qu'elle ait consacré à la question l'attention que requerrait l'ordre de priorité consacré par votre jurisprudence en matière d'évaluation des titres non cotés.

PCMNC à l'annulation des arrêts attaqués, au renvoi des deux affaires, dans un souci de bonne administration de la justice, à la même cour administrative d'appel, en l'occurrence celle de Paris⁶, à et ce qu'une somme de 3 000 € à verser aux requérants soit mise à la charge de l'Etat sous chacun des deux numéros au titre des frais de procédure.

⁶ L'article L. 821-2 du CJA autorise en effet le juge de cassation à renvoyer l'affaire à une autre juridiction que celle dont émane la décision attaquée, à condition qu'elle soit de même nature que cette dernière.