

IMPOT NON CONFISCATOIRE, INTELLIGIBILITE DE L'IMPOT, RESPECT DU POUVOIR JUDICIAIRE : DES RAPPELS SALUTAIRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

Par Michel Taly, co-président de la commission Modernisation de la fiscalité de l'Institut de l'entreprise, ancien directeur de la Législation Fiscale au Ministère des Finances

Le rituel recours annuel au Conseil Constitutionnel contre la loi de finances, exercice masochiste par lequel, lorsqu'ils sont dans l'opposition, les parlementaires cherchent à fixer des limites au pouvoir législatif, est la seule occasion de faire juger la constitutionnalité de la loi fiscale, puisque le contribuable ne pourra pas, une fois la loi promulguée, invoquer son inconstitutionnalité devant le juge de l'impôt.

Les annulations sont rares – le Conseil reconnaissant au Parlement un large pouvoir d'appréciation – et souvent de portée limitée, que ce soit en termes financiers ou politiques.

Les décisions rendues en décembre 2005¹ sont donc tout à fait remarquables puisque, dans la même journée, le Conseil se prononce sur trois principes fondamentaux : le concept de capacité contributive, l'intelligibilité de l'impôt et le respect du pouvoir judiciaire.

La capacité contributive

Le dispositif attaqué est le « bouclier fiscal », nom dont a été très vite affublée la disposition qui plafonne à 60% des revenus le total (hors CSG !) des impôts auquel un citoyen peut être assujéti.

Le premier plafonnement des impôts en fonction du revenu a été introduit dans notre Code des impôts au moment du rétablissement de l'impôt sur la fortune en 1988. Chargé à l'époque des questions de politique fiscale au cabinet du Premier ministre Michel Rocard, j'étais alors « au cœur de l'action », et l'absence de débat de fond sur cette disposition m'avait beaucoup surpris : en effet, pour un théoricien de la politique fiscale, plafonner le total d'un impôt sur le capital et d'un impôt sur le revenu en fonction du revenu, c'est avouer que la détention d'un capital n'est pas un critère autonome pertinent de mesure de la « capacité contributive »

L'absence de débat sur le plafonnement était donc le signe d'une absence de clarté sur les raisons du rétablissement de l'impôt sur la fortune. Quel était le but poursuivi ? S'agissait-il de redistribuer les patrimoines, par un effet confiscatoire, et donc de refaire annuellement, « à petit feu », la même chose qu'avec les droits de succession ? Ou bien de surtaxer les revenus du patrimoine, par rapport à ceux du travail ? ou encore de pénaliser les détenteurs

¹ La première (n° [2005-530 DC](#)) porte sur la loi de finances pour 2006 ; le seconde (n° [2005-531 DC](#)), sur la loi de finances rectificative pour 2005.

d'actifs non rentables ? ou enfin de compenser les faiblesses de l'impôt sur le revenu, ceux qui ont la possibilité d'échapper partiellement à l'impôt sur le revenu se faisant « rattraper » par l'impôt sur le capital ?²

L'absence de clarté sur les objectifs a d'ailleurs conduit à un paradoxe : c'est le gouvernement de Michel Rocard qui a proposé le plafonnement et c'est celui d'Alain Juppé qui lui a enlevé une grande partie de son efficacité en 1995. La raison de cette bizarrerie est qu'il n'y avait pas de démarche idéologique dans cette initiative, mais un souci de contrôle fiscal : le plafonnement était utilisé pour des « montages d'optimisation », et l'administration avait réussi à persuader son Ministre qu'il était plus efficace de revoir le mécanisme lui-même plutôt que de chercher à lutter contre ces montages. En termes familiers, cela s'appelle « jeter le bébé avec l'eau du bain », et ce malencontreux épisode explique en partie l'embarras de la majorité actuelle pour réformer frontalement l'impôt sur la fortune.

Les auteurs du recours concernant le « bouclier fiscal » considèrent que plafonner le total des impôts en fonction des revenus du contribuable porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt : « Les facultés contributives ne sont pas limitées aux seuls revenus. Le patrimoine en constitue un élément au même titre que les revenus. En plafonnant les impôts directs en fonction des seuls revenus, le législateur donne une définition pour le moins limitée des capacités contributives ».

Or, depuis plusieurs années, beaucoup de juristes pensent au contraire qu'un tel plafonnement est indispensable pour respecter un autre principe constitutionnel qui est le respect du droit de propriété.

En d'autres termes, l'impôt (au moins l'impôt annuel) doit toujours pouvoir être payé avec les revenus, et donc, si plusieurs assiettes sont utilisées (revenu, capital, valeurs locatives...), le revenu reste le critère ultime de capacité contributive. C'est d'ailleurs en se fondant sur ce raisonnement que la Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe a estimé en 1995 que le total des impôts réclamés à un contribuable ne pouvait excéder 50% des revenus, obligeant le gouvernement allemand à renoncer à percevoir l'impôt sur la fortune dans ce pays.

Le juge français n'est pas allé jusque là : en l'absence de position claire du Conseil Constitutionnel, qui a « tourné autour du sujet » plusieurs fois sans jamais dire clairement si un impôt confiscatoire était contraire à la Constitution, la Cour de Cassation a rejeté la demande d'un contribuable dont l'impôt était supérieur aux revenus. Le cas est maintenant devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Il est donc tout à fait heureux que, grâce au recours sur le « bouclier fiscal », le Conseil Constitutionnel ait été amené à préciser sa position. Beaucoup de fiscalistes avaient en effet regretté qu'il n'ait pas eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de la mesure de 1995 qui, en enlevant son efficacité au plafonnement de l'ISF, avait rendu possible un total d'impôts dépassant le revenu d'un contribuable. Pour la première fois, il affirme clairement que l'impôt ne doit pas être confiscatoire et que, « dans son principe, l'article contesté, loin de méconnaître l'égalité devant l'impôt, tend à éviter une rupture caractérisée de l'égalité

² Sur ces questions, le lecteur pourra se reporter à la note publiée en mai 2004 par l'Institut de l'entreprise (*Fiscalité du patrimoine : idées pour une réforme*), consultable sur le site www.institut-entreprise.fr

devant les charges publiques ». Contrairement à la Cour allemande, il n'avance pas de chiffre, puisque le législateur français en a fixé un, mais il pourrait être amené à porter un jugement sur les évolutions ultérieures de celui-ci.

Ainsi conforté, le nouveau plafond va-t-il dispenser d'une réflexion plus radicale sur l'ISF ? Probablement pas. Certes, il gomme les surimpositions les plus criantes, mais en créant deux inconvénients majeurs :

- Pour un actif à faible rendement, la protection procurée par le « bouclier » va dépendre de l'importance des autres revenus du contribuable. En d'autres termes, le caractère confiscatoire de l'impôt s'apprécie globalement pour un contribuable et non source de revenu par source de revenu. On laisse donc subsister des prélèvements supérieurs aux revenus si on raisonne actif par actif.
- pour les « plafonnés », l'impôt sur le revenu « normal » est de fait remplacé par un impôt proportionnel au taux de 60% : toute augmentation de rémunération, toute plus-value est taxée à ce taux (ils ne bénéficieront pas, par exemple, de l'exonération au bout de huit ans récemment décidée) et ils ne bénéficient pas des réductions d'impôt à caractère incitatif. Contrairement à ce que prétendent les auteurs du recours, ils ne sont pas bénéficiaires d'une rupture d'égalité devant l'impôt, ils en sont victimes !

Le plafond ne permettra donc pas d'éluder la question de la pertinence d'une taxation annuelle du capital dans notre système fiscal. Pour parvenir à poser cette question sereinement, il est donc urgent de réussir à la dissocier de celle du degré souhaitable de progressivité globale de notre système de prélèvements et même de celle d'une éventuelle sur-taxation des revenus du capital par rapport à ceux d'activités professionnelles. Cette dernière peut en effet se faire plus simplement au sein de l'impôt sur le revenu, comme le montre la réforme de cet impôt réalisée par la loi de finances pour 2006 : la baisse des taux ne profitera pas aux dividendes et très partiellement aux revenus fonciers – sans d'ailleurs que cet aspect important de la réforme n'ait donné lieu au moindre débat au Parlement !

L'intelligibilité de l'impôt

Tout le monde proclame vouloir la simplicité de la fiscalité, mais les raisons qui poussent à la compliquer sont multiples, fortes et légitimes : adaptation des dispositifs aux cas particuliers pour éviter des aberrations, lutte contre les optimisations jugées trop agressives, utilisation de la fiscalité à des fins d'incitation.

C'est ce dernier aspect qui a fait l'objet d'un rappel à l'ordre. Le dispositif annulé consistait à fixer un plafond global pour un ensemble de crédits d'impôts pour ne pas trop favoriser les titulaires de hauts revenus.

Apparemment non critiquable, cette mesure présentait en fait deux effets pervers : d'une part, elle laissait des crédits d'impôt en dehors du plafond, et il était probable que la liste risquait de s'allonger au fil du temps ; d'autre part, au sein de l'enveloppe globale, les contribuables allaient devoir faire des choix complexes, éventuellement remis en cause par la création de nouveaux crédits d'impôt au sein de la même enveloppe.

C'est le premier aspect qui était critiqué par le recours, mais c'est le second qui a retenu l'attention du Conseil Constitutionnel qui en profite pour dérouler un raisonnement extrêmement complet pour justifier un droit constitutionnel à la simplicité.

D'une part, l'égalité devant la loi et la garantie des droits ne seraient pas effectives si les règles présentaient une complexité excessive. En outre, lorsque la loi devient inintelligible au citoyen, elle méconnaît le droit des citoyens de consentir librement à la dépense publique, consacré par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Certes, des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi, mais le Conseil a estimé que ces motifs suffisants étaient absents au cas particulier.

Ainsi, l'objectif de simplicité, que tous considéraient comme un simple argument politique dont la transgression ne faisait encourir aucune sanction, devient un principe constitutionnel susceptible de sanction.

On peut toutefois penser qu'on ne verra pas de sitôt une autre annulation de texte ayant cette motivation, le Conseil ne pouvant pas écarter régulièrement des mesures de fond votées par le Parlement pour complexité excessive. En effet, autant le pouvoir d'appréciation du Conseil est inévitable et légitime lorsqu'il s'exerce sur le fond de la mesure - par exemple pour appliquer le principe d'égalité entre contribuables -, autant une telle marge d'appréciation ne serait pas tolérée quand elle porte sur la forme et aboutit à donner au Conseil un droit de veto sur les mesures votées par le Parlement. Il faut donc voir dans cette annulation une décision exceptionnelle ayant valeur de rappel à l'ordre.

En revanche, la menace, même ténue, d'une annulation poussera le gouvernement et le Parlement à plus de retenue dans la complexité des mesures fiscales.

En fait, ce n'est pas seulement la complexité intrinsèque d'une mesure donnée qui est susceptible de poser un problème pour le libre consentement du citoyen à l'impôt, mais l'ensemble de la procédure d'élaboration de la loi fiscale. Il faut notamment noter une dérive qui fait qu'une part croissante du texte finalement voté ne figurait pas dans le texte initial et n'a donc pas pu faire l'objet de la moindre étude préalable. Il est donc de plus en plus fréquent que l'on soit obligé, dès l'année suivante, de revenir sur un dispositif dont la portée ou le fonctionnement avait été mal apprécié. Il est même arrivé que le gouvernement soit amené à suspendre l'application d'un texte en attendant de le soumettre à nouveau au Parlement.

L'une des raisons de cette prolifération de mesures ponctuelles est le remplacement progressif des subventions par des crédits d'impôt extrêmement ciblés. Cette évolution s'explique par la nécessité d'afficher une baisse des dépenses publiques alors que l'État n'a pas réellement la volonté de renoncer à ses interventions. Les ministères techniques cherchant à obtenir la même sélectivité dans les opérations aidées que celle qu'ils obtenaient autrefois par la subvention, les conditions techniques posées pour bénéficier des crédits d'impôts sont d'une grande complexité.

En ce qui concerne les entreprises, continuer de créer de nouveaux crédits d'impôt est d'autant plus dérisoire que, pour des raisons de réglementation européenne des aides, tous les crédits d'impôt sont maintenant placés sous une enveloppe globale d'un montant très faible : 100 000 € par périodes glissantes de trois ans !

Au cours de la session « budgétaire » qui s'achève, les dérives que nous venons de dénoncer ont atteint un niveau jamais vu auparavant : la loi de finances et la loi de finances rectificative sont arrivées devant le Parlement avec une soixantaine d'articles fiscaux et en sont ressortis avec environ 180, soit trois fois plus ! Sans porter de jugement sur la pertinence de ces articles additionnels, force est de constater que 120 mesures fiscales nouvelles ont été adoptées sans discussion approfondie ni évaluation préalable. L'expérience montre qu'il n'y a d'ailleurs jamais non plus d'évaluation a posteriori si ce n'est celle, à la fois très globale et sélective, du Conseil des Impôts, récemment transformé en Conseil des Prélèvements Obligatoires.

Un dernier aspect de procédure doit être signalé : le droit d'amendement des sénateurs devant s'exercer dans le respect de celui des députés, on ne peut qu'être perplexe devant le nombre et l'importance des textes que les députés n'ont jamais eu l'occasion de discuter. Certains textes étaient même tellement peu « au point » qu'il a fallu les modifier en Commission Mixte Paritaire dans des conditions qui ont provoqué une protestation de certains parlementaires au cours de la dernière lecture, comme le montre le compte-rendu des débats.

Ces ajouts de dernière minute aux projets de loi de finances présentent deux inconvénients majeurs :

- Ils ne permettent pas un contrôle juridique et technique satisfaisant :
 - Juridique, car ils échappent à l'examen par le Conseil d'Etat, alors que celui par le Conseil Constitutionnel est déjà difficile : certes, ce dernier peut se saisir d'office des dispositions qui ne sont pas contestées par les auteurs d'un recours, mais comment ses services peuvent-ils examiner sérieusement en moins de huit jours des dizaines de dispositions nouvelles ? Or, une fois promulguée, la loi ne peut plus être contestée. On ne peut à cet égard que regretter l'impossibilité pour le contribuable d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi par voie d'exception, c'est-à-dire au cours d'un litige fiscal individuel. La seule façon d'y parvenir est d'utiliser une voie détournée : comme les grands principes invoqués – égalité devant la loi, confiance légitime (pour la rétroactivité) – sont également présents dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme et dans le Traité de Rome, c'est la non-conformité à ces deux traités qui est invoquée car le juge français considère qu'il peut juger de l'incompatibilité de la loi interne avec un traité international alors qu'il ne peut pas juger de son incompatibilité avec la Constitution : on arrive au paradoxe que le juge français peut poser une question préjudicielle à la Cour Européenne de justice mais pas au Conseil Constitutionnel français !

- Technique, car aussi compétents soient-ils, les spécialistes qui ont élaboré la nouvelle disposition n'ont pas forcément apprécié tous les problèmes qu'elle peut poser, et qu'un processus moins précipité aurait permis de mettre à jour.
- Ils ne permettent pas non plus de juger de l'équilibre de la mesure : la disposition a été conçue pour donner un avantage à un groupe ciblé de contribuables : les parlementaires (l'auteur de l'amendement, la Commission des Finances), puis le gouvernement, appelé à se prononcer en séance, ont trouvé cette nouvelle mesure justifiée et acceptable. Mais ils n'ont pas pu apprécier si cette mesure ne lésait pas d'autres contribuables ou ne déséquilibrait pas un marché, et n'aurait pas dû avoir un champ d'application différent, alors qu'une publication plus précoce du projet aurait permis à d'autres groupes de se manifester : on aurait alors, soit élargi le champ de la mesure, soit renoncé à la retenir.

Au regard du temps consacré à cette multitude de dispositifs ponctuels, les réformes plus fondamentales n'ont pas vraiment fait l'objet de discussions de fond.

Prenons un exemple : pendant quarante ans, nous avons connu le système de l'avoir fiscal, qui visait à atténuer la double-imposition du profit économique d'une entreprise entre l'impôt sur les sociétés qu'elle paye et l'impôt sur le revenu que paye son actionnaire lorsqu'elle distribue son bénéfice après impôt. Au début, cette atténuation était de la moitié de l'impôt sur les sociétés. Avec la baisse du taux de cet impôt, l'effacement de la double-imposition était devenu total.

Il y a deux ans, il a fallu renoncer à l'avoir fiscal, car il était discriminatoire au regard des règles communautaires car seuls les dividendes français donnaient droit à un avoir fiscal. Ce système a donc été remplacé par un abattement sur le dividende imposable. Pour être équivalent à l'avoir fiscal pour un contribuable taxé au taux marginal (48% à l'époque), le taux de cet abattement a été fixé à 50%. Dans le cadre de la réforme de l'impôt sur le revenu, avec la baisse du taux marginal, il aurait fallu que l'abattement passe de 50% à 75% pour maintenir un effacement total de la double imposition. Or, on vient de le baisser à 40% !

On peut concevoir que la baisse des taux puisse conduire à accepter une certaine dose de double-imposition. D'ailleurs, certains pays ne l'atténuent pas du tout : aux États-Unis, une réforme tendant à atténuer la double-imposition a fait l'objet de beaucoup de discussions, mais qui n'ont pas eu de suite.

La position prise peut donc se comprendre, mais cela aurait pu faire l'objet d'un minimum de discussion ! Il est même probable que beaucoup de personnes n'ont pas compris que l'impôt ne baisserait que pour les revenus d'activité et pas pour tous les revenus, et ce n'est pas la lecture des débats parlementaires qui les éclairera sur ce point !

Pourtant, un ancrage plus fort des mesures nouvelles sur les « fondamentaux » du raisonnement fiscal permettraient de sortir du piège de l'appréciation de chaque mesure en fonction de ses effets isolés plutôt qu'en fonction du point d'arrivée.

L'histoire des réformes successives de l'impôt sur le revenu est à cet égard d'une consternante répétitivité. Le scénario est toujours le même :

- Acte I : il y a un consensus politico-médiatique (partagé par les techniciens et appuyé sur de multiples rapports de commissions) pour dire que la progressivité de l'impôt est trop forte.
- Acte II : en conséquence, le gouvernement propose une mesure de baisse de l'impôt pour les titulaires de revenu élevé ; pour l'équilibre politique, il y a aussi une baisse pour les autres revenus.
- Acte III : lynchage politico-médiatique de la réforme : elle est injuste, puisque l'impôt baisse plus en haut qu'en bas ; cette critique peut étonner l'observateur éclairé pour deux raisons :
 - on voit mal comment faire diminuer la progressivité en baissant l'impôt plus en bas qu'en haut ;
 - les critiques émanent souvent de ceux qui ont encensé l'acte I.
- Acte IV : sur la défensive, le gouvernement diminue l'allègement « en haut » et l'augmente en bas pour sauver sa réforme.
- Épilogue : on a en fait dépensé beaucoup d'argent pour augmenter la progressivité, ce qui permet de passer très vite à l'acte I d'une autre réforme.

Respect du pouvoir judiciaire

Très régulièrement, les lois de finances (et encore plus, les lois de finances rectificatives !), contiennent des dispositions venant priver d'effet rétroactivement des décisions du juge de l'impôt favorables aux contribuables.

Dans ces situations – qui ne se limitent pas au domaine fiscal – le juge vérifie l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général qui lui a paru manquer. Au cas particulier, le Conseil Constitutionnel considère que la disposition est contraire à la Constitution « sans qu'il soit besoin d'examiner les motifs d'intérêt général qui l'inspirent ».

Outre le caractère politiquement sensible du sujet concerné (des remboursements de TVA sur péages pour les transporteurs routiers), cette décision sonne, là encore, comme un rappel à l'ordre.

* *

Au total, le Conseil Constitutionnel nous rappelle au respect des grands principes d'une bonne « gouvernance » de la politique fiscale : cohérence des objectifs, intelligibilité des dispositifs, respect de l'état de droit³.

³ On renverra là aussi le lecteur aux travaux de l'Institut de l'entreprise (*Propositions pour une réforme de la gouvernance fiscale*, février 2005).

Quelles sont les mesures qui pourraient permettre une amélioration de cette gouvernance ? On peut en esquisser plusieurs, dans des registres très différents, puisque certaines supposent une évolution de nos institutions alors que d'autres ne nécessitent qu'un changement des comportements :

- Le changement institutionnel consisterait d'une part à modifier la Constitution pour permettre au citoyen d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi par voie d'exception et d'autre part à permettre de ne discuter au Parlement que les grandes lignes des dispositifs fiscaux en renvoyant à un autre niveau les détails techniques. Cela pourrait se faire de deux façons :
 - soit en modifiant la Constitution pour qu'elle prévoie qu'en matière fiscale, comme pour les cotisations de sécurité sociale, la loi ne fixe que les grands principes du prélèvement, les modalités étant fixées par décret ;
 - soit en donnant dans chaque loi de finances une habilitation au gouvernement pour fixer par ordonnances les détails des dispositions fiscales y figurant.

- Les changements de comportements concerneraient le Gouvernement et les Parlementaires :
 - Le Gouvernement devrait autoriser ses services à consulter beaucoup plus tôt dans l'année sur les réformes envisagées. Pour que cela ne diminue pas ses marges de manœuvre politiques, il suffirait que le projet soumis à consultation comporte suffisamment d'options pour que le gouvernement ne soit pas engagé sur un projet précis.
 - Les Parlementaires devraient accepter un code de bonne pratiques pour les amendements introduisant des articles additionnels : ces amendements devraient faire l'objet de contacts plus précoces avec les services du ministère et de consultations dans les milieux professionnels au-delà de ceux qui sont à l'origine du projet. Il faudrait aussi que le gouvernement renonce à la facilité consistant à demander à des parlementaires de porter des projets qui sont en fait d'origine gouvernementale.

Souhaitons enfin qu'au niveau le plus élevé du débat sur la politique fiscale, c'est à dire au moment des grandes consultations électorales nationales, les candidats et les partis politiques ne se contentent pas de faire figurer dans leurs programmes des projets de mesures fiscales mais nous proposent des visions cohérentes de la fiscalité sur la base desquelles pourraient se fonder les lois de finances de la législature.