



Le 11 mai 2023

[TRADUCTION]

Par courrier électronique : peter.fonseca@parl.gc.ca

Peter Fonseca, député.
Président, Comité permanent des finances
131, rue Queen, 6e étage
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Objet : Mesures rétroactives touchant la TPS et la TVH dans le projet de loi C-47, *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2023*

Monsieur le Député,

Je vous écris au nom de la Section de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce de l'Association du Barreau canadien (section de l'ABC) pour vous présenter des observations concernant des dispositions d'« entrée en vigueur » comprises dans les modifications proposées à la *Loi sur la taxe d'accise (LTA)* touchant la TPS et la TVH énoncées dans le projet de loi C-47, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget (2023, n° 1)*. Les dispositions d'entrée en vigueur modifieraient la LTA avec effet rétroactif jusqu'au 17 décembre 1990, ce qui étendrait la période de cotisation normale de quatre ans pour la TPS à toutes les années d'imposition jusqu'au 17 décembre 1990.

Cet effet rétroactif des dispositions d'entrée en vigueur nous inquiète beaucoup, car il outrepassé le terme de la période de cotisation normale prescrite par la loi.

La législation fiscale joue un rôle économique essentiel au Canada, car elle établit le cadre de perception de l'impôt et des taxes qui financent les biens et services publics. Les dispositions rétroactives envisagées ont pour objet d'imposer des charges fiscales pour des opérations passées. Ce type de législation, en plus d'être injuste pour les contribuables, porte atteinte à la règle du droit.

Nous exhortons le Parlement à amender son projet de loi de sorte qu'il ne s'applique qu'aux opérations à venir.

Aperçu

Dans son budget de 2023, le gouvernement fédéral a annoncé la version provisoire de modifications envisagées pour la LTA (les « modifications proposées »), dont l'effet serait d'appliquer la TPS/TVH à la vente de certains services fournis par les exploitants de réseau de cartes de paiement, notamment ceux relatifs à l'autorisation d'opérations, les services de compensation ou de règlement et d'autres services connexes (les « services »).

Les dispositions d'entrée en vigueur autoriseraient le ministre à appliquer ces règles rétroactivement jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la TPS, et à exiger la cotisation pour les services fournis depuis cette date. Plus précisément, l'ARC pourrait ainsi établir une nouvelle cotisation pour des périodes précédant la période de cotisation normale (c'est-à-dire, en remontant à des années où la taxe en question n'était pas exigible au moment de la fourniture des services).

Les dispositions d'entrée en vigueur des paragraphes 114(5) et (6) du projet de loi C-47 sont libellées comme suit :

- (5) Le paragraphe (2) s'applique à un service rendu aux termes d'une convention portant sur une fourniture si, selon le cas :
- a) tout ou partie de la contrepartie de la fourniture devient due après le 28 mars 2023 ou est payée après ce jour sans être devenue due;
 - b) la totalité de la contrepartie de la fourniture est devenue due ou a été payée au plus tard le 28 mars 2023. Toutefois, pour l'application de la partie IX de la même loi, à l'exclusion de sa section IV, le paragraphe (2) ne s'applique pas relativement au service si, à la fois :
 - (i) le fournisseur n'a pas exigé, perçu ni versé de montant au plus tard le 28 mars 2023 au titre de la taxe prévue par la partie IX de la même loi relativement à la fourniture,
 - (ii) le fournisseur n'a pas exigé, perçu ni versé de montant au plus tard le 28 mars 2023 au titre de la taxe prévue à la partie IX de la même loi relativement à une autre fourniture, effectuée aux termes de la convention, qui comprend la prestation d'un service visé à l'alinéa r.6) de la définition de *service financier* au paragraphe 123(1) de la même loi, modifiée par le paragraphe (2).
- (6) Malgré l'article 298 de la même loi, le ministre du Revenu national peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire à l'égard de tout montant relatif à l'alinéa r.6) de la définition de *service financier* au paragraphe 123(1) de la même loi, modifiée par le paragraphe (1), au plus tard le dernier en date du jour qui suit d'un an la date de sanction de la législation donnant effet au paragraphe (1) et le dernier jour de la période où il est permis par ailleurs, aux termes de cet article, d'établir la cotisation, la nouvelle cotisation ou la cotisation supplémentaire.

L'alinéa 114(5)b) s'appliquerait à tout paiement effectué avant le 28 mars 2023, sauf dans les cas d'exception où un fournisseur canadien n'a pas exigé la TPS/TVH sur les services fournis ni sur aucun autre service fourni dans le cadre de la même entente que celle régissant les services. Les services fournis par un exploitant de réseau de cartes de paiement non résident (ex. : MasterCard) ne sont pas visés par cette exception; en effet, est exclue la section IV, qui s'applique aux services transfrontaliers.

Cet effet rétroactif non restreint suscite l'inquiétude dans les milieux du droit et des affaires. À notre avis, il porte atteinte à la règle de droit et enfreint les règles mêmes du ministère des Finances concernant la législation rétroactive.

Importance de la primauté du droit

La démocratie canadienne repose sur la primauté du droit et le principe selon lequel « le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens¹ ». Il est important « que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter² ».

« Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d'une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s'appliquait au moment de la conduite reprochée³. » Il s'agit là d'un « précepte fondamental de notre système juridique ».

Appliquer la loi rétroactivement constitue « une sérieuse atteinte à la primauté du droit [...] [car] il s'agit d'une pratique fondamentalement arbitraire à l'égard de gens qui ne pouvaient en avoir connaissance au moment d'agir ou de planifier leurs actions⁴ ». C'est une pratique trompeuse et malhonnête et dont le recours trop fréquent risque de nuire à l'application efficace du droit au comportement humain⁵.

Ces principes sont particulièrement importants dans le contexte fiscal, là où les tribunaux ont toujours insisté sur l'importance de la prévisibilité, du sentiment de certitude et de l'équité afin que les contribuables puissent bien gérer leurs affaires⁶. Les contribuables sont tenus de lire, de comprendre et de respecter la loi telle qu'elle existe au moment de leurs opérations taxables.

En ce qui concerne la TPS et la TVH, le fournisseur et l'acheteur doivent respecter la nature et le cadre fiscal de l'opération au moment où celle-ci est effectuée. La TPS étant une taxe prélevée au moment de la transaction, les parties intéressées sont censées effectuer cette dernière en toute connaissance de ses implications, car c'est à ce moment que se prend la décision d'exiger la taxe et de la prélever.

Les modifications rétroactives brisent ce système et contreviennent à la règle de droit : le comportement du contribuable se trouvera régi par deux règles successives, à savoir celle en vigueur au moment de l'action, puis celle imposée ultérieurement par les mesures législatives rétroactives⁷.

En outre, elles seront source d'incertitude et compliqueront la vie des contribuables dans la planification de leurs affaires, car ceux-ci n'auront aucun moyen de savoir si leurs opérations passées seront taxées davantage dans l'avenir. Ce problème sera exacerbé pour les périodes de cotisation déjà terminées (lorsqu'il est trop tard pour une réévaluation), mais qui pourront ensuite

¹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, para 62.

² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

³ *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, para 1.

⁴ R. Sullivan, *The Construction of Statutes*, 7^e éd. (Toronto : Lexis), art. 25.05.

⁵ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd., p. 157.

⁶ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, para 31.

⁷ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd., p. 157.

être rouvertes. Il en résultera une incertitude pouvant décourager les investisseurs et ralentir l'activité économique, et qui risque d'ébranler la confiance dans le gouvernement et ses institutions.

L'affaire des cartes Visa de CIBC

En règle générale, les services financiers sont exemptés de la TPS/TVH. Les opérations de cette nature sont donc franches de la TPS et de la TVH.

La définition de « services financiers » dans la LTA englobe « l'échange, le paiement, l'émission, la réception ou le transfert d'argent » ainsi que tout « service rendu en conformité avec les modalités d'une convention portant sur le paiement de montants visés par une pièce justificative de carte de crédit ou de paiement », mais exclut certains services qui pourraient autrement entrer dans la définition de « services financiers », tels que les « services administratifs ».

Les services relatifs à l'autorisation d'opérations sont fournis par un exploitant de réseau de cartes de paiement à un émetteur de cartes.

En janvier 2021, la Cour d'appel fédérale a établi dans sa décision concernant les cartes Visa de CIBC que la TPS/TVH ne s'appliquait pas aux services fournis par un tel exploitant⁸. La Cour a conclu, en partie, que ces services de réseau de cartes de paiement étaient des « services financiers » au sens de la LTA, et non des « services administratifs ».

Plus de deux ans après, le budget de 2023 apportait des modifications dont l'effet serait d'annuler cette décision. Ces modifications visaient à « clarifier que » les services de cartes de paiement fournis par un exploitant de réseau sont exclus de la définition de « services financiers ». De plus, le budget de 2023 énonçait l'observation suivante : « Il a toujours été largement compris que les services fournis par les exploitants de réseaux de cartes de paiement sont exclus de la définition de "service financier" aux fins de la TPS/TVH. »

À notre avis, rien ne justifie cette observation générale du ministère des Finances avançant qu'« il a toujours été largement compris que » les services sont taxables. En fait, la décision concernant les cartes Visa de CIBC dit le contraire : que ces services ont toujours été exemptés de la TPS/TVH.

Application rétroactive des modifications proposées : une mesure abusive

Nous convenons que le ministère des Finances s'est doté de lignes directrices sur les cas où, d'après lui, il est acceptable d'adopter une loi fiscale avec effet rétroactif⁹. Il est précisé dans ces lignes que de telles modifications rétroactives visant à clarifier les règles ne doivent être appliquées « que dans des situations exceptionnelles ». On y explique également qu'une mesure législative rétroactive faisant suite à des décisions judiciaires est « possible au plan juridique », mais qu'une telle approche « se traduirait par une complexification de la législation, entrerait en conflit avec le principe que les tribunaux doivent être les ultimes interprètes de la loi et minerait le sentiment de certitude que devraient éprouver les contribuables à l'égard du régime fiscal ».

Bref, le ministère des Finances prévoit dans sa politique l'éventualité de modifications rétroactives lorsque celles-ci sont conformes aux exigences de l'ARC et aux attentes des contribuables à l'égard

⁸ *Banque canadienne impériale de commerce c. Canada*, 2021 CAF 10 (décision sur les cartes Visa de CIBC).

⁹ Ministère des Finances, Réponse du gouvernement au septième rapport du Comité permanent des comptes publics (1995).

de la loi, qu'elles sont le reflet d'une politique claire et bien comprise, et qu'elles visent à empêcher un petit nombre de personnes de réaliser des bénéfices aux dépens du plus grand nombre, et à corriger des dispositions ambiguës ou lacunaires.

À notre avis, d'après les critères du ministère des Finances, l'application rétroactive n'est ni nécessaire ni appropriée dans le cas qui nous occupe.

Tout d'abord, on ne saurait affirmer qu'il a toujours été « largement compris » que les services d'un exploitant de réseau de cartes de paiement n'entrent pas dans la définition de « service financier ».

Dans la décision sur les cartes visa de CIBC, celle-ci a demandé le remboursement de montants de TPS/TVH payés par erreur pour les années remontant jusqu'à 2003. Le gouvernement a affirmé que ces services étaient taxables, mais nul ne saurait affirmer à bon droit que les institutions financières étaient d'accord avec la position de l'ARC. Au mieux peut-on dire que le gouvernement *pensait* que ces services étaient taxables. Rien ne prouve que tous les contribuables, ni même la plupart d'entre eux, croyaient ces services taxables. En réalité, il existe une preuve solide, notamment les dossiers judiciaires de nombreux contribuables, qui donne lieu de croire que beaucoup d'entre eux, voire la majorité, ne croyaient pas que ces services étaient taxables.

Il n'y a aucun doute à cet égard depuis deux ans. Quand on observe les 26 mois qui se sont écoulés depuis la décision sur les cartes Visa de la CIBC, on constate sans équivoque que toutes les parties (contribuables, ARC, ministère de la Justice) s'entendent pour dire que les services sont exemptés. Nous notons que l'ARC et le ministère de la Justice étaient d'accord avec cette analyse et ont réglé de nombreux dossiers et mené moult vérifications sur la prémisse qu'ils sont exemptés à titre de « services financiers ».

Les dispositions d'entrée en vigueur sont particulièrement troublantes. Même si le ministère des Finances estimait qu'il y aurait eu lieu d'adopter une modification rétroactive immédiatement après la décision sur les cartes VISA, il serait tout à fait inacceptable de sa part de vouloir le faire plus de deux ans après la décision (quand toutes les parties intéressées agissent en présumant que ces services sont exemptés). Depuis 26 mois, des ordonnances sur consentement ont été délivrées, des dossiers ont été réglés et de nouvelles cotisations ont été établies en accord avec la décision sur les cartes Visa de la CIBC, décision qui, aux yeux de l'ARC et du ministère de la Justice, avait de toute évidence force exécutoire sur eux.

Ensuite, les modifications proposées ne reflètent aucune politique fiscale bien connue. En effet, rien n'indique que la Cour ait interprété la LTA de façon excessivement littérale ou de façon contraire à son intention dans sa décision concernant les cartes Visa. Si la Cour s'était carrément trompée dans sa conclusion ou avait contredit la position fiscale, le gouvernement aurait dû demander l'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême. Or une telle autorisation n'a jamais été sollicitée. En fait, le ministère de la Justice et l'ARC ont accepté et suivi la décision de la Cour, et depuis, les jugements et règlements s'y conforment.

Rien ne prouve non plus que la législation soit ambiguë ou fautive, ni qu'il existe une problématique fiscale pressante qui justifierait l'application rétroactive des modifications proposées.

Autre mesure abusive : l'application rétroactive à des périodes de cotisation révolues

L'application rétroactive des mesures proposées à des périodes de cotisation révolues est non seulement abusive, elle est même contraire à la règle de droit. Les périodes de cotisation comme celle prévue à l'article 298 de la LTA donnent aux entreprises un sentiment de certitude et des limites précises, deux principes fondamentaux du droit fiscal. Sans cela, il leur serait impossible de

planifier leurs affaires efficacement. De plus, la LTA dicte des échéanciers pour la tenue de leurs livres et registres (six ans habituellement).

Or, les dispositions d'entrée en vigueur iraient jusqu'à permettre à l'ARC de revoir des opérations commerciales conclues il y a trente ans sans même prendre le soin de vérifier si elle avait déjà rendu une décision définitive et si elle avait examiné soigneusement et honoré les demandes de remboursement. Les mesures de ce genre sont normalement réservées aux cas graves de fraude et de déclaration inexacte. Au vu des visées actuelles du gouvernement, c'est exagéré.

Les dispositions d'entrée en vigueur s'appliqueraient aussi à des périodes pour lesquelles il n'existe plus d'obligation de tenir des livres. La LTA exige que l'entreprise fasse sa demande de remboursement de montants de TPS/TVH payés par erreur dans les deux ans qui suivent la date du paiement. Ces dispositions créeraient un important sentiment d'incertitude et d'injustice en autorisant un retour sur des périodes pour lesquelles tout a été réglé et classé depuis longtemps.

Les modifications proposées constituent une rupture nette d'avec la position suivie par toutes les parties depuis 26 mois, soit depuis la décision concernant les cartes Visa de la CIBC. C'est pourquoi ces modifications devraient s'appliquer pour l'avenir seulement.

L'exemple suivant illustre les conséquences indésirables qu'aurait l'application rétroactive des modifications proposées. Prenons une institution financière (une société ouverte) qui s'est fait rembourser par l'ARC des montants de TPS/TVH payés par erreur; elle peut avoir versé des dividendes à ses actionnaires sur ces montants. Admettons que deux ans plus tard, cette demande de remboursement soit réévaluée, puis refusée : cela pénalisera les actionnaires présents, qui devront assumer le fardeau économique de cette réévaluation, qui n'était pas prévisible (et donc contraire à la règle de droit établie par la décision concernant les cartes Visa de CIBC), même quand les dividendes ont été versés à différents actionnaires. Les actionnaires pourraient alors demander à l'institution d'augmenter les frais exigés des clients pour compenser l'impact direct sur leur déclaration de revenus.

Si toutes les parties étaient d'accord avec le ministère des Finances pour dire que les services sont taxables, l'ARC aurait alors dû réévaluer les dossiers des contribuables dans les délais prescrits à l'article 298 de la LTA et refuser d'accorder le remboursement des montants payés par erreur, sachant que des modifications rétroactives entreraient en vigueur sous peu et permettraient une réévaluation en ce sens.

Rien ne justifie que l'ARC soit autorisée à revoir les dossiers jamais contestés d'années antérieures. Quant aux dossiers réglés après contestation, l'ARC ne devrait pas avoir l'autorisation de revenir sur ses accords contractuels ni de tenter de faire annuler des décisions judiciaires définitives. Autoriser les applications rétroactives compromettrait la confiance des contribuables dans le système judiciaire et la démocratie, puisque les règles du jeu (les lois fiscales) pourraient être changées après coup quant aux taxes exigibles et remboursables. Dans le cas de taxes sur les transactions dont les percepteurs agissent en tant que mandataires de la Couronne, cela créerait beaucoup d'incertitude pour l'investissement au Canada.

Commentaires de clôture

Rien ne justifie l'application rétroactive des modifications proposées. Si les dispositions d'entrée en vigueur sont adoptées dans leur version actuelle, les éléments de certitude, de prévisibilité et d'équité du système fiscal en souffriraient. Cela constituerait une atteinte grave à la règle de droit et au principe fondamental voulant que les gens soient gouvernés par des lois connues au moment de poser des actions.

Bien que ces modifications rétroactives ne touchent qu'une seule industrie, elles inquiéteraient d'autres entreprises, qui dès lors craindraient d'être également touchées et appréhenderaient des changements dans leurs responsabilités fiscales à venir.

Enfin, autoriser le gouvernement à promulguer une loi rétroactive sans autre motif que celui de contrer une décision judiciaire défavorable créerait un dangereux précédent. Le pouvoir parlementaire de modifier rétroactivement la loi fiscale ne doit être exercé que dans des cas exceptionnels.

Pour respecter la primauté du droit, il faudrait modifier les dispositions d'entrée en vigueur en renonçant à leur application rétroactive de même qu'à la période de cotisation illimitée pour les opérations protégées légalement. Nous recommandons que l'article 114 du projet de loi C-47 soit modifié par la suppression de l'alinéa 114(5)b) et du paragraphe 114(6).

Nous serons heureux de pouvoir discuter plus amplement du sujet avec vous.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Député, l'expression de ma considération respectueuse.

(Lettre originale signée par Marc-André O'Rourke au nom Maryse Janelle)

Maryse Janelle
Présidente, Section de la taxe à la consommation, douanes et commerce