

Dossier : 2007-1374(GST)G

ENTRE :

COSTCO WHOLESALE CANADA LTD.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appels entendus les 1^{er} et 2 décembre 2008, à Toronto (Ontario).

Devant : L'honorable juge Campbell J. Miller

Comparutions :

Avocats de l'appelante :

M^c William I. Innes

M^c Neil E. Bass

(le 2 décembre 2008) et

M^c Wendy Brousseau

Avocats de l'intimée :

M^c Harry Erlichman, M^c Suzanne Bruce

et M^c Sharon Lee

JUGEMENT MODIFIÉ

Les appels des nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, dont les avis sont datés du 15 décembre 2006 et portent les numéros 04BP-0622 2125 8018 pour la période allant du 3 septembre 2001 au 1^{er} septembre 2002, 04BP-0630 4072 9219 pour la période allant du 2 septembre 2002 au 28 septembre 2003, et 04BP-0630 4072 6380 pour la période allant du 1^{er} septembre 2003 au 29 août 2004, sont accueillis avec dépens, et les nouvelles cotisations sont annulées.

Signé à Ottawa, Canada, ce **10^e jour de mars 2009**.

« Juge Campbell J. Miller »

Juge C. J. Miller

Traduction certifiée conforme
ce 10^e jour de juillet 2009

Mario Lagacé, jurilinguiste

Référence : 2009 CCI 134
Date : **20090310**
Dossier : 2007-1374(GST)G

ENTRE :

COSTCO WHOLESALE CANADA LTD.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT MODIFIÉS

Le juge Miller

[1] Costco Wholesale Canada Ltd. (« Costco ») et American Express (« Amex ») étaient parvenues à une entente qui était consignée dans deux contrats qu'elles avaient conclus entre elles : une convention de marchand et une convention de comarquage. Conformément à la convention de marchand, Amex exigeait de Costco des frais, exprimés en pourcentage (« X »), en fonction du volume des dépenses portées sur les cartes » (l'« escompte »). Conformément à la convention de comarquage, Amex s'engageait à verser à Costco un pourcentage (« Y ») de l'ensemble des dépenses soumises par Costco, ce qui entraînait un taux net de X moins Y, soit Z. L'Agence du revenu du Canada estimait que le paiement (Y) qu'Amex effectuait en faveur de Costco représentait la contrepartie d'une fourniture taxable effectuée par Costco en faveur d'Amex, et elle a établi une cotisation à l'égard de Costco pour la TPS non versée pendant une période de trois ans allant du 3 septembre 2001 au 29 août 2004. Les actes de procédure n'indiquent pas les montants en cause et n'indiquent pas non plus les pourcentages représentés par X, Y ou Z. Selon la position prise par Costco, la disposition relative à Y, dans la convention de comarquage, était une façon confidentielle d'obtenir le taux net Z et ne représentait pas la contrepartie d'une fourniture quelconque effectuée par Costco en faveur d'Amex. Costco soutient, à titre subsidiaire, que, si elle a effectué une

fourniture en faveur d'Amex, il s'agissait de la fourniture de services financiers, laquelle était par conséquent exonérée de la TPS. Selon la position prise par l'intimée, Costco a effectué un certain nombre de fournitures en faveur d'Amex conformément aux conditions de la convention de comarquage, et même si Costco et Amex avaient peut-être l'intention de structurer l'entente de cette façon afin de garder le caractère confidentiel des frais nets (X moins Y) en dehors du domaine public, l'interprétation qu'il convient de donner aux contrats écrits est qu'Amex a versé un montant Y à Costco pour des fournitures taxables.

[2] Il s'agit uniquement d'interpréter les deux contrats afin de déterminer quel a été le marché que Costco et Amex ont conclu entre elles : Amex devait-elle exiger un montant Z de Costco pour que cette dernière accepte la carte Amex ou Amex devait-elle exiger un montant X de Costco pour que cette dernière accepte la carte Amex, alors que Costco exigeait un montant Y d'Amex pour des fournitures, et notamment l'accès à sa liste de membres, des droits d'exclusivité et l'aide à la promotion et à la vente de la carte jumelée Amex-Costco?

Les faits

[3] Deux témoins ont présenté des dépositions pour le compte de Costco : M^{me} Gilpin, vice-présidente adjointe du Marketing chez Costco, et M^{me} Hawkins, vice-présidente du Marketing chez Amex.

[4] Costco est un grossiste important en marchandises en Amérique du Nord. Il suffit d'essayer d'y faire des emplettes le samedi après-midi pour se rendre compte de sa popularité. En 1999, Costco U.S. a entamé des relations avec Amex, aux États-Unis, lesquelles ont amené leurs homologues canadiens à faire de même. L'entente canadienne correspondait à l'entente américaine, notamment pour ce qui est du taux qu'Amex exigeait de Costco. L'entente était consignée dans deux contrats, qui ont tous deux été signés le 4 novembre 1999. Le premier contrat est intitulé [TRADUCTION] « Convention d'acceptation de la carte American Express », que les témoins ont appelée la convention de marchand ou la convention d'acceptation de la carte. Le second contrat est intitulé [TRADUCTION] « Convention concernant le programme de carte jumelée American Express – Costco », appelée simplement la convention de comarquage. J'ai joint les passages pertinents de ces deux conventions, à l'annexe A pour la convention de comarquage et à l'annexe B pour la convention de marchand.

[5] Selon M^{me} Hawkins, l'entente que Costco et Amex ont conclue entre elles comportait deux éléments principaux :

- (i) l'acceptation exclusive de la carte Amex chez Costco;
- (ii) des cartes jumelées : c'est-à-dire une carte servant à la fois de carte d'adhésion chez Costco et de carte de crédit Amex, de sorte que les noms Amex et Costco figuraient tous deux sur une seule carte.

[6] La convention de marchand indique, sous le titre [TRADUCTION] « Paiement », les frais qu'Amex exige de Costco pour que celle-ci accepte la carte Amex. C'est ce qu'on appelle l'escompte; il s'agit d'un pourcentage (X) des dépenses que les clients portent sur l'une des cartes Amex. M^{me} Gilpin et M^{me} Hawkins ont toutes deux témoigné que X ne représentait pas les frais nets exigés de Costco, étant donné que ce renseignement est fort sensible dans l'industrie et que la convention de marchand n'est pas particulièrement confidentielle. Par conséquent, selon les deux témoins, Costco et Amex ont convenu d'une remise (le pourcentage Y) qui réduirait effectivement à Z les frais nets (X moins Y). Selon les témoins, cette remise est mentionnée à l'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage. Le mot « remise » ne figure pas dans cette disposition. Dans les deux conventions qui ont été produites en preuve à l'instruction, les pourcentages réels étaient biffés, de façon que ce renseignement ne devienne pas public. L'accès à la convention de comarquage est limité à quelques dirigeants de Costco et d'Amex seulement.

[7] L'entente semble avoir été confirmée dans un courriel interne de Costco qui a été envoyé à M^{me} Gilpin le 11 mai 2001, dans lequel il est reconnu que Z représente les frais qu'Amex exige du marchand.

[8] La convention de comarquage établit un programme de carte commune entre Costco et Amex, c'est-à-dire une carte combinant la carte de crédit Amex et la carte d'adhésion de Costco. L'article III est intitulé [TRADUCTION] « Indemnité à verser à Costco ». À l'alinéa 3.01b), des frais sont fixés pour chaque carte de ce genre approuvée par Amex. Les témoins ont appelé ces frais une prime. À l'alinéa 3.01b), il est expressément stipulé que les frais se rapportent à des services fournis par Costco conformément à l'alinéa 2.02a) (Commercialisation effectuée par Costco) de la convention de comarquage. Le montant de ce paiement effectué par Amex en faveur de Costco ne fait pas partie des cotisations dont je suis ici saisi.

[9] L'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage prévoit des paiements trimestriels effectués par Amex en faveur de Costco, le montant y afférent

représentant Y du [TRADUCTION] « volume net des dépenses soumises par Costco », cette expression étant définie comme suit dans la convention de comarquage :

[TRADUCTION]

« Volume net des dépenses soumises par Costco » Pour l'exécution de la présente entente, l'ensemble des dépenses soumises par Costco conformément à la convention de service de la carte Costco, reçues et acceptées par Amex, déduction faite des crédits, rajustements et montants refusés par Amex conformément aux droits à un plein recours qui lui sont reconnus en vertu de la convention de service de la carte Costco.

En fait, Y s'applique à toutes les ventes portées sur une carte de crédit Amex, plutôt que simplement aux ventes portées sur des cartes jumelées. Dans la même veine, l'escompte (X), dans la convention de marchand, s'applique aux dépenses portées sur une carte Amex quelle qu'elle soit, et non simplement à celles qui sont portées sur les cartes jumelées. M^{me} Hawkins a témoigné qu'au début, les cartes jumelées ne représentaient que 10 % des dépenses portées sur les cartes Amex, mais que ce pourcentage était par la suite passé à environ 20 %.

[10] Les deux témoins ont témoigné que Costco recevait la remise (Y) sans avoir à faire quoi que ce soit. Cette remise faisait simplement partie de la convention d'acceptation exclusive de la carte. Selon les témoins, la remise (Y) ne se rapportait aucunement à la commercialisation de la carte jumelée.

[11] L'alinéa 3.01a) prévoit ensuite une réduction de la remise (Y) (de sorte qu'en fait les frais pour Costco augmentent) pour un mois ou deux. De plus, au cours des premiers mois d'exécution de l'entente, Amex voulait continuer à exercer des pressions sur Costco pour que celle-ci mette en branle ses systèmes d'information, de sorte qu'elle a réduit la remise jusqu'à ce que Costco [TRADUCTION] « satisfasse aux exigences applicables au système d'information ». Il importe de noter la différence entre le libellé de l'alinéa 3.01a) et celui de l'alinéa 3.01b). L'alinéa 3.01b) énonce expressément ce à quoi se rapporte le paiement (efforts de commercialisation visés à l'alinéa 2.02a)), alors que l'alinéa 3.01a) ne prévoit rien à ce sujet.

[12] Deux autres dispositions, l'alinéa 3.01c) et la section 3.02, portent également sur l'indemnité versée à Costco par Amex. Selon l'alinéa 3.01c), une indemnité est accordée pour l'utilisation de la carte commune, alors que selon la section 3.02, rédigée en des termes dignes d'être inclus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une indemnité est accordée pour la différence entre les montants que Costco a gagnés grâce aux frais d'adhésion des nouveaux membres et un pourcentage des dépenses effectuées chez Costco.

[13] L'alinéa 2.02a) de la convention de comarquage comporte plusieurs pages traitant des obligations de Costco, sur le plan de la commercialisation, dans le cadre du programme des cartes jumelées. La section 2.03 de la convention de comarquage [TRADUCTION] « Obligations générales de Costco »), tout en portant principalement sur les obligations se rattachant au programme de comarquage, comme la formation des employés en ce qui concerne les attributs des cartes jumelées, prévoit également que Costco est tenue de maintenir son programme d'adhésion et qu'elle est responsable des [TRADUCTION] « activités associées aux services fournis aux membres de Costco ».

[14] D'autres dispositions de la convention de comarquage qu'il importe de noter sont la section 2.07, selon laquelle Costco accorde à Amex une licence non exclusive l'autorisant à utiliser la marque de commerce de Costco, et la section 2.11, selon laquelle Costco accorde l'exclusivité à Amex et s'engage à ne pas accepter les cartes des concurrents. Enfin, un addenda accompagnant la convention de comarquage établi conformément à la section 2.03 énonce les [TRADUCTION] « normes et procédures à suivre aux fins de la collecte et de la saisie des demandes de carte jumelée et des renseignements y afférents et aux fins de leur transmission à Amex ». En fait, Costco était chargée d'obtenir les données relatives aux demandes et d'assurer leur sécurité.

Analyse

[15] La question en litige est fort simple : Le paiement (Y) dont il est question à l'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage constitue-t-il la contrepartie de la fourniture de quelque chose par Costco en faveur d'Amex ou s'agit-il simplement d'une réduction des frais (X) prévus dans la convention de marchand, que Costco doit verser à Amex. Il s'agit fondamentalement de savoir à quelle fourniture ce paiement se rattache. Si Y est la contrepartie d'une fourniture effectuée par Costco en faveur d'Amex, cette fourniture est-elle une fourniture exonérée visée par la définition de « service financier »?

Interprétation des contrats

[16] Je puis facilement conclure que le paiement trimestriel de Y qu'Amex effectuait conformément à l'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage avait pour effet de réduire les frais nets qu'Amex exigeait de Costco d'une façon confidentielle. Selon les deux témoins, telle était l'intention des parties, mais je reviendrai sur ce point ci-dessous dans mes motifs. Cependant, parce que les contrats ont cet effet, cela

veut-il nécessairement dire que le paiement trimestriel qu'Amex effectue en faveur de Costco n'est pas, pour l'application de la *Loi sur la taxe d'accise*¹, un paiement se rattachant à la fourniture de quelque chose de Costco à Amex? L'intimée soutient qu'étant donné que le paiement de Y est prévu dans la convention de comarquage, sous le titre : [TRADUCTION] « Indemnité » (sans qu'on mentionne qu'il s'agit effectivement d'une remise sur l'escompte qu'Amex exige de Costco conformément à la convention de marchand), et parce que Costco s'engage à faire certaines choses en vertu de la convention de comarquage, le paiement prévu à l'alinéa 3.01a) doit être le paiement qu'Amex effectue en faveur de Costco pour ces obligations. En interprétant ces contrats, il faut répondre à la question de savoir à quelle fourniture ces paiements se rattachent : une fourniture d'Amex en faveur de Costco (à savoir une remise) ou une fourniture de Costco en faveur d'Amex?

[17] Les parties ont convenu que, lorsqu'il s'agit de répondre à cette question et d'interpréter ces contrats, les principes d'interprétation contractuelle à appliquer sont bien résumés dans l'arrêt *3869130 Canada Inc. v. I.C.B. Distribution Inc.*², de la Cour d'appel de l'Ontario :

[TRADUCTION]

31 [...]

D'une façon générale, [...] il faut interpréter un contrat commercial :

- a) globalement, de manière à attribuer un sens à toutes ses dispositions et à éviter une interprétation qui annulerait l'effet d'une ou de plusieurs dispositions,
- b) de façon à déterminer l'intention des parties conformément aux termes qu'elles ont utilisés dans le document écrit et compte tenu de la « présomption cruciale » selon laquelle les parties voulaient vraiment dire ce qu'elles ont dit,
- c) compte tenu de la preuve objective de la matrice factuelle sous-tendant la négociation du contrat, indépendamment de l'intention subjective des parties, et (dans la mesure où le contrat renferme une ambiguïté),
- d) d'une façon conforme aux principes commerciaux reconnus et aux bonnes pratiques commerciales, en évitant toute absurdité sur le plan commercial.

¹ L.R.C. 1985, ch. E-15, dans sa forme modifiée.

² 2008 ONCA 396.

- a) *Il faut interpréter un contrat commercial globalement, de manière à attribuer un sens à toutes ses dispositions et à éviter une interprétation qui annulerait l'effet d'une ou de plusieurs dispositions*

[18] Il s'agit en premier lieu de savoir s'il existe entre les deux contrats un lien tel qu'ils doivent être lus comme s'il s'agissait d'un seul contrat. La convention de marchand, dans la section intitulée [TRADUCTION] « Entente complète » incorpore expressément les [TRADUCTION] « dispositions pertinentes » de la convention de comarquage. De son côté, la convention de comarquage incorpore certaines dispositions de la convention de marchand; ainsi, la [TRADUCTION] « valeur nette des dépenses » de Costco est définie comme s'entendant de l'ensemble des dépenses soumises par Costco conformément à la convention de marchand. Les deux conventions ont été signées en même temps. Les dispositions relatives à la résiliation des deux conventions prévoient qu'en cas de résiliation d'une convention, l'une ou l'autre partie peut résilier l'autre convention sur préavis écrit. Or, dans l'arrêt *I.C.B. Distribution Inc.*, la cour a adopté le passage suivant de l'ouvrage intitulé *The Law of Contracts*³, du professeur John McCamus :

[TRADUCTION]

Un grand nombre d'opérations, et plus précisément de grosses opérations commerciales telles que l'achat et la vente d'une grande entreprise complexe, peuvent comporter la signature de plusieurs ententes. En pareil cas, on peut se demander si, en interprétant l'une des ententes, il peut être tenu compte des autres. Le principe fondamental est qu'il peut en être tenu compte uniquement si les ententes font essentiellement partie d'une opération principale. Lorsque chaque entente est conclue en fonction de l'exécution des autres, et lorsque, selon l'intention des parties, chaque entente fait partie d'un tout, les ententes connexes peuvent aider à interpréter une entente particulière.

[C'est le juge Blair qui souligne.]

[19] Je conclus que les circonstances exigent, et que les conventions elles-mêmes requièrent, une lecture conjointe de celles-ci permettant de déterminer pleinement l'étendue du marché conclu par les deux parties. Ces conventions font partie intégrante de l'opération principale.

[20] L'alinéa 3.01a) est la disposition de la convention de comarquage qu'il faut interpréter. Si, au lieu d'employer l'expression « volume net des dépenses », à l'alinéa 3.01a), j'insère la définition complète de cette expression dans l'alinéa 3.01a), cette disposition est alors en partie rédigée comme suit :

³ (Toronto : Irwin Law Inc., 2005), page 715.

[TRADUCTION]

[...] Costco recevra un montant correspondant à Y % de l'ensemble des dépenses qu'elle soumet conformément à la convention de marchand.

[21] Dans la convention de marchand, Amex s'engage à verser à Costco le montant nominal des dépenses moins l'escompte X, soit le montant exigé pour l'acceptation de la carte. Une lecture conjointe de cette disposition et de l'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage montre clairement que les parties ont convenu qu'Amex doit recevoir X moins Y, soit Z %. Cependant, l'alinéa 3.01a) n'indique pas expressément que Y est une remise et n'indique pas précisément ce à quoi Y doit se rapporter. L'alinéa 3.01a) est différent de l'alinéa 3.01b), qui indique clairement que la contrepartie qui y est stipulée se rattache aux efforts de commercialisation visés à l'alinéa 2.02a) de la convention de comarquage. Étant donné ce manque de clarté et puisque, dans la convention de comarquage, Costco prend de nombreux autres engagements et que l'alinéa 3.01b) prévoit uniquement une indemnité à l'égard des efforts de commercialisation mentionnés à l'alinéa 2.02a), cela veut-il nécessairement dire que l'alinéa 3.01a) doit se rapporter aux autres obligations prévues dans la convention de comarquage? Il faut répondre à cette question par la négative; en effet, selon moi, une telle interprétation ne tient pas compte de la réciprocité existant entre les deux conventions, et incorpore dans l'alinéa 3.01a) des mots qui n'y figurent pas.

[22] Il n'y a rien à l'alinéa 3.01a) qui rattache l'obligation générale de payer Y à une obligation incombant à Costco au titre de la convention de comarquage. Si des dépenses sont soumises conformément à la convention de marchand, Amex verse Y à Costco. Les dépenses constituent le seul élément, à l'alinéa 3.01a), indiquant à quelle fourniture le paiement se rattache, et cela n'a rien à voir avec la carte jumelée; cela se rapporte uniquement à l'acceptation de toutes les cartes Amex à l'égard des dépenses associées à la vente de marchandises de Costco. La disposition prévoit ensuite une modification de Y au cas où Costco ne satisfait pas aux exigences relatives au système d'information visant à appuyer l'émission des cartes jumelées. Cette disposition se rapporte peut-être aux cartes jumelées, mais elle s'applique à une période antérieure aux périodes qui sont ici en cause et elle n'influe aucunement sur la façon dont j'interprète l'obligation générale de payer Y. Dans le contexte des deux conventions considérées ensemble, cette obligation se rapporte uniquement à la détermination de l'escompte net. La convention de marchand renvoie aux [TRADUCTION] « dispositions pertinentes » de la convention de comarquage, sans préciser quelles sont les dispositions pertinentes, mais étant donné que la convention de marchand porte entièrement sur l'acceptation par Costco de la carte Amex en général, il est tout simplement logique, sur le plan commercial, que tout ce qui se

rapporte à cette question soit pertinent. Quelles sont donc les dispositions de la convention de comarquage qui s'appliquent à toutes les cartes Amex et non uniquement aux cartes jumelées? La réponse est évidente : l'alinéa 3.01a).

[23] L'intimée fait valoir que toutes les dispositions d'indemnisation de la convention de comarquage doivent être lues ensemble en tant que contrepartie de toutes les fournitures effectuées par Costco. Une telle interprétation ne tient pas compte du libellé précis de l'alinéa 3.01b), qui prévoit expressément que les frais visés à l'alinéa 3.01b) (la prime) se rapportent uniquement aux obligations qui incombent à Costco en vertu de l'alinéa 2.02a), en matière de commercialisation.

[24] Il reste à déterminer comment établir un lien entre les autres obligations de Costco et la contrepartie appropriée. Quelles sont donc les autres obligations de Costco? L'intimée invoque plus précisément les sections 2.03, 2.05, 2.07 et 2.11, qui obligent Costco :

- à recueillir les formulaires de demande de carte jumelée et à transmettre les renseignements à Amex;
- à assurer à Amex l'accès à sa liste de membres;
- à maintenir et à gérer le programme d'adhésion de Costco;
- à fournir à Amex un taux de réponse quant aux efforts de commercialisation décrits à l'alinéa 2.02a);
- à assurer la formation de ses employés en ce qui concerne les cartes jumelées;
- à divulguer à ses membres le coût de ses frais;
- à accorder à Amex une licence non exclusive l'autorisant à utiliser les marques de commerce de Costco relativement aux cartes jumelées;
- à accorder l'exclusivité à Amex et à s'engager à ne pas accepter les cartes de crédit des concurrents;
- à apporter des changements à son système d'information.

[25] Je remarque qu'indépendamment de l'octroi de l'exclusivité, toutes les autres obligations se rapportent à l'émission de la carte commune. En outre, ces obligations étaient toutes les obligations de Costco en matière de commercialisation, lesquelles sont énoncées à l'alinéa 2.02a). Selon moi, cela donne à entendre que, selon le marché qu'Amex cherchait à conclure avec Costco à l'égard de la carte jumelée, Costco devait promouvoir l'émission des cartes en accroissant la clientèle d'Amex. Encore une fois, à l'exception des dispositions relatives à l'exclusivité, la convention de comarquage visait essentiellement la promotion de la carte jumelée. Toutes ces autres obligations se rattachent directement à la commercialisation fructueuse de la carte jumelée. Même l'entente concernant l'octroi d'une licence non exclusive autorisant Amex à utiliser la marque de commerce de Costco se rapporte uniquement à la carte jumelée. La prime (alinéa 3.01b)) se rattache expressément à la contrepartie versée pour les efforts de commercialisation des cartes jumelées, conformément aux exigences énoncées à l'alinéa 2.02a). L'intimée soutient que cette contrepartie n'était pas assez importante ou suffisante pour s'appliquer à toutes les obligations de Costco, à part les efforts de commercialisation prévus à l'alinéa 2.02a). Je ne disposais d'aucun montant réel, en dollars, me permettant de tirer une conclusion au sujet de son importance. Toutefois, je conclus que les obligations de Costco, à part les efforts de commercialisation prévus à l'alinéa 2.02a), étaient des obligations secondaires par rapport à ces efforts de commercialisation et qu'elles étaient pareils efforts. Au début de l'alinéa 3.01b) figurent les mots [TRADUCTION] « en échange des efforts de commercialisation déployés par Costco en vertu de l'alinéa 2.02a) », mais cela ne devrait pas pour autant nous empêcher de conclure que les obligations secondaires en matière de commercialisation sont également visées.

[26] L'intimée fait également valoir que l'alinéa 3.01c) et la section 3.02, soit les deux autres dispositions relatives à l'indemnité, s'appliquent aux efforts de commercialisation et non à quelque autre obligation de Costco. Cependant, c'est exactement l'objet de la convention de comarquage – la commercialisation de la carte commune. La convention de comarquage comporte quatre éléments, pour ce qui est de l'indemnité : les alinéas 3.01a), 3.01b) et 3.01c) et la section 3.02. Les trois derniers éléments se rattachent expressément à la carte commune : seul l'alinéa 3.01b) définit l'indemnité comme constituant la contrepartie des efforts de commercialisation prévus à l'alinéa 2.02a). Ayant examiné la convention dans son ensemble, je conclus que les alinéas 3.01b) et 3.01c) et la section 3.02 ensemble portent sur l'indemnité à verser à Costco pour toutes les obligations associées à la carte commune. Je ne puis constater aucun lien avec l'indemnité prévue à l'alinéa 3.01a), qui est une indemnité basée sur toutes les cartes Amex – et non simplement sur la carte commune. Si la convention de marchand n'avait pas expressément incorporé les dispositions pertinentes de la convention de comarquage,

on pourrait se demander pourquoi l'alinéa 3.01a) a été inclus. Le seul lien existant avec une disposition quelconque de la convention de comarquage serait le droit d'exclusivité que Costco accordait à Amex. Des explications supplémentaires s'imposent sur ce point.

[27] Quel est le droit d'exclusivité que Costco a accordé à Amex? Il s'agit d'une assurance envers Amex que Costco n'acceptera pas d'autres cartes de crédit. Le client qui veut faire créditer un achat chez Costco doit utiliser la carte Amex. Cela est certes important. Cependant, s'agit-il d'une marchandise ou d'un service que Costco fournit à Amex? Non. Il s'agit d'un outil de négociation. Cela est assimilable au cas de l'acheteur d'un parc de voitures qui cherche à obtenir une réduction de prix à cause du volume. Il importe de noter que l'indemnité prévue à l'alinéa 3.01a) qu'Amex verse à Costco est basée sur tous les achats effectués à l'aide d'une carte Amex. Il importe également de noter que Costco ne fait rien pour obtenir le paiement. Si des achats sont effectués à l'aide de cartes Amex, Costco est payée. Encore une fois, si la convention de marchand et la convention de comarquage n'étaient pas lues ensemble, on pourrait se poser des questions au sujet de cette indemnité, étant donné qu'il s'agit d'un type de frais globaux n'ayant rien à voir avec la carte jumelée. Toutefois, s'il est également tenu compte de la convention de marchand, il est clair que Costco obtient un meilleur taux parce qu'elle peut offrir cette exclusivité. Cela se rattache directement aux frais exigés par Amex plutôt qu'à une obligation imposée à Costco en vertu de la convention de comarquage.

b) *L'intention ressortant des termes des conventions et la prise en compte de la matrice factuelle*

[28] Les deuxième et troisième principes d'interprétation contractuelle peuvent être considérés ensemble étant donné qu'ils permettent de déterminer l'intention des parties. Selon moi, ces principes n'empêchent pas la présentation d'une preuve extrinsèque, bien qu'il soit clair (voir *General Motors of Canada Ltée c. R.*⁴, par exemple) que la preuve directe de l'intention subjective des parties est inadmissible. La preuve objective extrinsèque est autorisée étant donné qu'elle établit la matrice factuelle sous-tendant la négociation du contrat. Cela est important, en particulier dans un cas comme celui-ci, où deux contrats sont conclus en même temps et qu'ils renvoient l'un à l'autre. Pourquoi cela a-t-il été fait? Quelles étaient les

⁴ 2008 CAF 142.

circonstances? Lord Wilberforce a dit dans l'arrêt *Reardon Smith Line v. Hansen-Tangen*⁵ :

[TRADUCTION]

[...] Aucun contrat n'est conclu dans le vide : il existe toujours un cadre dans lequel il s'inscrit. On parle habituellement de « circonstances environnantes » pour définir la nature de ce dont il est légitimement possible de tenir compte, mais cette expression n'est pas précise : il est possible d'illustrer la chose, mais il est difficile de la définir. Lorsqu'un contrat commercial est en cause, la cour devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

[29] La Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette approche dans l'arrêt *I.C.B. Distribution Inc.* :

[TRADUCTION]

32 [...]

[52] Le sens lexicographique et grammatical des mots (parfois appelé le « sens clair ») employés par les parties est sans aucun doute important et souvent décisif lorsqu'il s'agit de déterminer le sens du document. Toutefois, l'un ne peut pas être assimilé à l'autre. Le sens d'un document est tiré non seulement des mots employés, mais aussi du contexte ou des circonstances dans lesquelles ces mots sont employés. Le professeur John Swan a bien énoncé la chose dans l'ouvrage intitulé *Canadian Contract Law* (Markham, Ont. : Butterworths, 2006), page 493 :

Il faut noter un certain nombre d'éléments inhérents à la langue. Il y a peu de mots, et peut-être aucun, qui peuvent être compris indépendamment de leur contexte et aucun texte contractuel ne peut être compris en l'absence d'une certaine connaissance du contexte et de l'objet du contrat. Les mots, considérés isolément, ont un caractère vague intrinsèque qui obligera souvent les tribunaux à en déterminer le sens en examinant le contexte et les attentes que les parties pouvaient avoir.

[30] Il est également important de tenir compte du contexte factuel en vue de clarifier toute imprécision. L'ambiguïté à laquelle je fais face est l'absence d'un lien

⁵ [1976] 3 All E.R. 570 (R.-U. C.L.) page 574, cité dans *Geoffrey L. Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, paragraphe 16.

exprès direct entre le paiement prévu à l'alinéa 3.01a) de la convention de comarquage et la fourniture à laquelle ce paiement se rattache. La disposition (contrairement à l'alinéa 3.01b)) ne prévoit tout simplement rien. Quelles sont donc les circonstances qui permettent de clarifier le sens de cette disposition?

- (i) l'acceptation exclusive de toutes les cartes Amex par Costco était un élément crucial du marché dans son ensemble;
- (ii) l'entente canadienne a été conclue à la suite de la négociation d'un marché semblable aux États-Unis, donnant lieu à des contrats semblables, comportant les trois pourcentages, X, Y et Z;
- (iii) la confidentialité était la clé;
- (iv) Costco n'était pas tenue de faire quoi que ce soit pour recevoir Y; ce paiement découlait simplement de l'utilisation d'une carte Amex par un client.

[31] L'intimée fait valoir que, si la confidentialité est la clé, les parties n'auraient pas besoin d'un document de 37 pages pour la cacher. Je ne suis pas d'accord. Y a-t-il une meilleure façon de cacher quelque chose? L'intimée fait également valoir que, si l'indemnité prévue à l'alinéa 3.01a) est considérée comme une simple remise, les dispositions énonçant les obligations de Costco n'ont plus aucun effet. Encore une fois, je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai indiqué, la convention de comarquage renferme d'autres dispositions d'indemnisation, qui sont plus étroitement liées aux obligations que ne l'est l'alinéa 3.01a). Enfin, la preuve d'une note de service interne, à un moment où les conventions étaient en vigueur depuis un certain temps, confirme la nature véritable du marché, à savoir que les frais nets exigés par Amex étaient : X moins Y, soit Z.

c) *Quelle est l'interprétation qui est conforme aux principes commerciaux reconnus et aux bonnes pratiques commerciales et qui évite une absurdité sur le plan commercial?*

[32] Je conclus qu'il est absurde qu'Amex paie un pourcentage sur tous les achats effectués chez Costco à l'aide de cartes de crédit Amex en échange de services se rattachant uniquement aux cartes jumelées. Cela est tout simplement insensé. L'entente selon laquelle la carte de crédit Amex sera la seule carte reconnue par Costco (l'exclusivité) se rattache entièrement à la détermination des frais qu'Amex convient d'exiger de Costco. Le fait que les frais ont été répartis d'une façon quelque

peu obscure, répartition qui a été expliquée en détail et justifiée, ne change rien au marché commercial sous-jacent conclu entre ces deux parties, soit une fourniture par Amex en faveur de Costco en contrepartie de X moins Y, soit Z %. Telle est la seule interprétation fondée sur de bonnes pratiques commerciales.

[33] La conclusion que je tire sur ce premier point est suffisante pour me permettre d'accueillir l'appel sans avoir à trancher la question subsidiaire. Toutefois, j'examinerai l'argument subsidiaire et je me demanderai, si le paiement de Y qu'Amex effectue en faveur de Costco est la contrepartie d'une fourniture, quelle est la nature de cette fourniture. L'appelante fait valoir que la fourniture à cet égard est une fourniture exonérée d'un service financier. L'intimée soutient de son côté que la promotion exclusive, la commercialisation et les services administratifs se rattachant aux cartes jumelées vont beaucoup plus loin que des « services financiers » et constituent une fourniture taxable.

[34] Un service financier est une fourniture exonérée. Le point de départ est donc la définition de « service financier » figurant au paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, qui est en partie rédigé comme suit :

123(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à l'article 121, à la présente partie et aux annexes V à X.

« service financier »

a) L'échange, le paiement, l'émission, la réception ou le transfert d'argent, réalisé au moyen d'échange de monnaie, d'opération de crédit ou de débit d'un compte ou autrement;

b) la tenue d'un compte d'épargne, de chèques, de dépôt, de prêts, d'achats à crédit ou autre;

[...]

g) l'octroi d'une avance ou de crédit ou le prêt d'argent;

[...]

i) un 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;

[...]

- l) le fait de consentir à effectuer un service visé à l'un des alinéas a) à i) ou de prendre les mesures en vue de l'effectuer;

La présente définition exclut :

- n) le paiement ou la réception d'argent en contrepartie de la fourniture d'un bien autre qu'un effet financier ou d'un service autre qu'un service financier;

[...]

- q) l'un des services suivants rendus soit à un régime de placement, au sens du paragraphe 149(5), soit à une personne morale, à une société de personnes ou à une fiducie dont l'activité principale consiste à investir des fonds, si le fournisseur est une personne qui rend des services de gestion ou d'administration au régime, à la personne morale, à la société de personnes ou à la fiducie :

- (i) un service de gestion ou d'administration,
- (ii) tout autre service (sauf un service prévu par règlement);

[...]

- t) les services visés par règlement.

[35] Le paragraphe 4(2) du *Règlement sur les services financiers (TPS/TVH)*⁶ exclut ce qui suit de la définition de « service financier » à titre de service visé par règlement :

- a) la communication, la collecte ou le traitement de renseignements;
- b) les services administratifs, y compris ceux reliés au paiement ou au recouvrement de dividendes, d'intérêts, de capital, de créances, d'avantages ou d'autres montants, à l'exclusion des services ne portant que sur le paiement ou le recouvrement.

[Non souligné dans l'original.]

[36] Quelle est la fourniture en cause? Comme l'intimée l'a signalé, une fourniture est définie selon le sens commun : « Qu'est-ce que l'acquéreur a acquis en échange de l'argent qu'il a versé? » Il y a deux façons d'aborder la question. En premier lieu, comme l'intimée l'affirme, la contrepartie dont il est question aux alinéas 3.01a), 3.01b) et 3.01c), ainsi que dans la section 3.02 doit être considérée globalement, de

⁶ DORS/91-26.

sorte que tous les paiements se rattachent à toutes les fournitures visées par la convention de comarquage; de plus, ce qui devait être fourni en vertu de la convention de comarquage était constitué, par sa nature véritable, de services de commercialisation et de services administratifs. L'intimée fait valoir que ces services de commercialisation et services administratifs constituent beaucoup plus qu'un « service financier » telle que cette expression est définie dans la Loi. Et même si je devais conclure qu'une partie de la fourniture faisait partie des « mesures en vue d'effectuer » la fourniture d'un service financier, comme il a été conclu dans la décision *Les Promotions D.N.D. Inc. c. Sa Majesté la Reine*⁷, il s'agit d'un élément mineur de l'ensemble des services fournis par Costco.

[37] La seconde façon d'examiner la question de savoir quelle est la fourniture en cause consiste à isoler la contrepartie prévue à l'alinéa 3.01a) des autres dispositions d'indemnisation, en notant que l'alinéa 3.01b) porte expressément sur les efforts de commercialisation. En fait, les fournitures sur lesquelles l'alinéa 3.01a) doit porter sont les fournitures autres que les efforts de commercialisation visés à l'alinéa 2.02a). Les obligations de Costco, mis à part celles qui sont visées à l'alinéa 2.02a), sont énoncées dans les sections 2.03, 2.05, 2.07 et 2.11 et elles sont mentionnées au paragraphe 24 des présents motifs.

[38] J'examinerai d'abord l'approche préconisée par l'intimée, à savoir que la contrepartie visée à l'alinéa 3.01a) doit être considérée comme faisant partie de l'indemnité globale se rattachant à toutes les fournitures effectuées par Costco au titre de la convention de comarquage. Il ressort clairement de la première disposition d'exécution de la convention de comarquage, la section 2.01, que l'obligation de Costco envers Amex consiste à commercialiser la carte jumelée, à commercialiser l'acceptation de la carte Amex et à accepter les cartes Amex au Canada en vertu de la convention de marchand. Étant donné que les modalités d'acceptation sont principalement régies par la convention de marchand, la fourniture effectuée par Costco en faveur d'Amex dans la convention de comarquage consiste à commercialiser la carte commune Costco-Amex. La convention décrit ensuite, à l'alinéa 2.02a) qui comporte plusieurs pages, les efforts de commercialisation exigés de Costco. Les autres obligations dont j'ai déjà fait mention viennent s'ajouter à cette obligation. Dans l'ensemble, qu'est-ce que Costco fournit? Costco fournit un immense réseau de magasins et de personnel grâce auxquels Amex seule peut recruter de nouveaux titulaires de cartes. L'intimée qualifie la chose de commercialisation et d'administration. La façon de qualifier les activités de Costco

⁷ 2006 CCI 63, 2006 CarswellNat 5690.

est moins importante que le fait de comprendre exactement ce que sont ces activités et ce qu'elles doivent fournir à Amex. Il s'agit des services de facilitation d'un intermédiaire entre une grande compagnie émettrice de cartes de crédit et ses clients éventuels. Je ne puis constater aucune distinction entre les circonstances qui existaient dans l'affaire *Les Promotions D.N.D. Inc.*, où les services consistaient en la promotion et la sollicitation de demandes de cartes de crédit, et les circonstances de l'espèce. Les distinctions factuelles ne l'emportent pas sur l'essence générale de ce qui a été fourni par Costco et Les Promotions D.N.D. Inc.

[39] Les remarques suivantes que la juge Lamarre Proulx a faites dans la décision *Les Promotions D.N.D. Inc.* s'appliquent également à Costco :

37 Les services fournis au cours du cheminement entre l'acquisition du service et la fourniture du service recherché sont exonérés en autant qu'ils soient liés dans leur finalité. Ainsi dans la présente affaire, de l'obtention de crédit à l'institution financière l'octroyant, il y a un intermédiaire et c'est l'appelante. Les services de l'appelante font partie intégrante de l'entreprise de la personne qui consent à effectuer le service qui est l'octroi du crédit.

[40] Je souscris à la prétention de l'appelante lorsqu'elle affirme que Costco a fait tout ce qui était fait dans l'affaire *Les Promotions D.N.D. Inc.*, et plus encore : elle a formé des employés à l'égard des demandes de carte Amex, elle a sollicité des demandes, elle a aidé à la préparation des demandes, elle a reçu les demandes des clients, elle les a examinées pour s'assurer qu'elles étaient complètes et elle les a transmises à Amex. Costco faisait partie intégrante de l'entreprise d'Amex, pour ce qui est de l'octroi de crédit et de l'émission de cartes de crédit. Je conclus que la présente affaire est identique sur tous les points à l'affaire *Les Promotions D.N.D. Inc.* et j'arrive à la même conclusion, à savoir que Costco était un intermédiaire qui s'occupait de l'émission de cartes de crédit et de l'octroi d'un crédit par Amex, ce qui est explicitement visé par la définition de « service financier », de sorte qu'il s'agit d'une fourniture exonérée.

[41] L'intimée ajoute que, de toute façon, les services fournis par Costco sont des services visés par règlement au sens de l'alinéa t) de la définition de « service financier ». Cette exception ne renforce pas la position de l'intimée. Dans la décision *Les Promotions D.N.D. Inc.*, il était clair que « les services fournis par l'appelante [n'étaient] pas de la nature de la collecte ou du traitement de renseignements, ni de services administratifs ». La situation de Costco est plus solide sur ce point et se rapproche davantage de la situation d'un participant à parts égales qui s'occupe de la promotion de la carte. Ses services ne consistent pas simplement à recueillir des données ou à s'occuper d'administration. C'est ce qui ressort en outre du fait même

que la carte n'était pas seulement une carte de crédit, mais qu'il s'agissait également de la carte d'adhésion de Costco. Je souscris aux observations que la Cour a faites dans la décision *Banque Royale du Canada c. Sa Majesté la Reine*⁸ :

18 [...] Cette disposition n'a été examinée qu'à deux reprises par la présente cour et ni l'une ni l'autre décision ne nous éclaire sur le sens de l'expression « les services administratifs » (« *any administrative service* »). Le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd.) donne cette définition, à la page 17 :

[TRADUCTION] administratif : concernant la gestion des affaires ou s'y rapportant.

D'autres dictionnaires, tant français qu'anglais, renferment des définitions aussi vagues. À coup sûr, le sens de cette expression est à la fois large et élastique, mais il semble clair que, lorsqu'elle est lue dans son contexte dans le cadre du régime de la partie IX de la Loi et par rapport à la définition de « service financier » (« *financial service* ») en particulier, elle vise à exclure de cette définition des services accessoires tels que le traitement de données, la tenue de dossiers et ainsi de suite, mais non les activités expressément énumérées dans la première partie de la définition qui doivent être incluses dans celle-ci, ce qui comprend certes la prise de mesures aux fins de la distribution de valeurs mobilières. À mon avis, l'alinéa *t*) de la définition et le Règlement ne s'appliquent pas en l'espèce.

[42] Ma conclusion est-elle différente si j'isole les obligations de Costco non visées à l'alinéa 2.02a) de la convention? Ayant examiné ces activités précises ensemble, je conclus qu'elles se rattachent également à la vente et à l'utilisation ultérieure de la carte jumelée. Si je considère ensemble les alinéas *g*) et *l*) de la définition de « service financier » comme constituant la prise de mesures aux fins de l'octroi de crédit, je conclus sans hésitation que c'est précisément ce à quoi se rapportaient ces obligations. Cela aussi est compatible avec la conclusion que la Cour a tirée dans la décision *Les Promotions D.N.D. Inc.* De toute évidence, le seul objectif de Costco, lorsqu'elle a accepté ces obligations, était de faire en sorte que des cartes jumelées soient émises, c'est-à-dire la création d'un produit financier.

[43] En outre, l'alinéa *i*) de la définition de « service financier », dans lequel il est fait mention d'un 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, est si large qu'il s'applique facilement aux obligations de Costco, en particulier s'il est lu avec l'expression « prendre des mesures en vue d'effectuer »

⁸ 2005 CCI 802.

pareils services, et ce, même lorsque ces obligations ne sont pas directement associées à l'obligation relative aux « efforts de commercialisation » dont il est question à l'alinéa 2.02a).

[44] En résumé, on m'a convaincu que la seule fourniture à laquelle le paiement mentionné à l'alinéa 3.01a) se rattache est la fourniture par Amex de ses services de carte de crédit en faveur de Costco, et non la fourniture de quelque chose par Costco en faveur d'Amex. Le paiement mentionné à l'alinéa 3.01a) est de fait ce que les représentants d'Amex et de Costco ont indiqué, une remise sur une partie des frais bruts. C'est ce que montre la lecture commune des deux conventions, et en cas d'ambiguïté, la preuve extrinsèque existant à ce moment-là et par la suite montre que telle était la substance de l'entente. En outre, même si le paiement qu'Amex effectuait en faveur de Costco se rapportait à la fourniture de quelque chose, ce quelque chose peut uniquement se rapporter à des services financiers; or ces services sont exonérés. L'appel est accueilli pour le motif que le montant Y, désigné comme étant une remise, n'était pas assujéti à la TPS en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les dépens sont adjugés à l'appelante.

Signé à Ottawa, Canada, ce **10^e jour de mars 2009**.

« Campbell J. Miller »

Juge C. J. Miller

Traduction certifiée conforme
ce 10^e jour de juillet 2009

Mario Lagacé, jurilinguiste

ANNEXE A

Extraits de la convention concernant le programme de carte jumelée American Express-Costco en date du 4 novembre 1999

[...]

ARTICLE PREMIER

DÉFINITIONS

Section 1.01. Définitions

Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente entente :

[...]

« convention de service de la carte Costco » Entente conclue entre Costco et Amex le 4 novembre 1999, en vertu de laquelle Costco accepte les cartes Amex aux fins de l'achat de marchandises et de services, ainsi que tout renouvellement ou toute modification de cette entente ou toute entente la remplaçant;

[...]

« volume net des dépenses soumises par Costco » Pour l'exécution de la présente entente, l'ensemble des dépenses soumises par Costco conformément à la convention de service de la carte Costco, reçues et acceptées par Amex, déduction faite des crédits, rajustements et montants refusés par Amex conformément aux droits à un plein recours qui lui sont reconnus en vertu de la convention de service de la carte Costco.

[...]

ARTICLE II

CRÉATION ET ADMINISTRATION DU PROGRAMME EN GÉNÉRAL

Section 2.01. Le programme

a) Conformément aux conditions de la présente entente, Amex et Costco créent par les présentes le programme de carte jumelée au Canada (le « programme »), dans le cadre duquel : Amex émet des cartes jumelées pour consommateurs et accorde un crédit aux titulaires de cartes jumelées pour consommateurs conformément aux conditions de l'entente concernant les titulaires de cartes jumelées pour consommateurs; Amex émet des cartes jumelées pour petites entreprises à

l'intention des titulaires de cartes jumelées pour petites entreprises conformément aux conditions de l'entente concernant les titulaires de cartes jumelées pour petites entreprises; Amex commercialise l'adhésion à Costco et l'acceptation de la carte Amex auprès des titulaires de cartes Amex; Costco commercialise les cartes jumelées pour consommateurs et les cartes jumelées pour petites entreprises; Costco gère le programme d'adhésion de Costco; Costco accepte les cartes Amex au Canada en vertu de la convention de service de la carte Costco et commercialise l'acceptation de la carte Amex. Il est entendu que, afin de répondre à la concurrence, aux innovations sur le marché, aux besoins des clients et aux objectifs stratégiques des parties, les parties peuvent décider de modifier le programme, et notamment la gamme des cartes jumelées. Pareilles modifications seront uniquement mises en application sur signature par toutes les parties aux présentes d'une entente modifiant la présente entente;

[...]

Section 2.03. **Obligations générales de Costco**

a) Pour chaque personne qui demande une carte jumelée (cette personne devant être membre de Costco), Costco recueille la demande et les renseignements y afférents nécessaires, et transmet cette demande et ces renseignements à Amex conformément aux procédures et normes minimales énoncées à l'annexe 7. Avant d'émettre la première carte jumelée, les parties signeront un addenda énonçant les normes et procédures dont elles auront mutuellement convenu. Dans l'exercice des activités susmentionnées, Costco se conforme aux exigences en matière de divulgation et aux autres exigences réglementaires précisées par Amex. Sauf pendant les soixante (60) premiers jours de la période de cessation des activités dont il est expressément fait mention au sous-alinéa 5.02b)(iv), Costco n'a pas accès aux renseignements identifiant les titulaires de cartes jumelées comme étant des titulaires de cartes jumelées ou des titulaires de cartes Amex et n'utilise pas ces renseignements dans ses activités de commercialisation sans obtenir au préalable l'autorisation d'Amex par écrit, cette autorisation ne devant pas être refusée sans motif légitime; toutefois, il est entendu que Costco peut utiliser ces renseignements, sans obtenir l'autorisation d'Amex, en vue d'éviter d'envoyer par la poste aux titulaires de cartes jumelées des lettres qui seraient superflues compte tenu de lettres récemment envoyées ou qui iraient à l'encontre d'autres lettres ou activités de commercialisation en cours. Les renseignements identifiant les titulaires de cartes jumelées en tant que tels dans les fichiers ou les bases de données de Costco seront expurgés 120 jours après la fin de la présente entente;

[...]

c) Costco transmet à ses frais à Amex tous les renseignements nécessaires concernant les membres de Costco qui doivent être inclus à l'endos d'une carte jumelée dans les deux (2) jours ouvrables suivant la date à laquelle Amex l'aura avisée qu'un nouveau compte de carte jumelée a été approuvé;

- d) Costco accepte les coupons de récompense gagnés par les titulaires de cartes jumelées pour consommateurs, dont il est fait mention dans la section 2.14 ci-dessous;
- e) À la demande d'Amex, et sous réserve des politiques de confidentialité de Costco (et notamment de l'autorisation préalable de tiers vendeurs) et de l'autorisation de Costco, cette autorisation ne devant pas être refusée sans motif légitime, Costco accorde à Amex l'accès à sa liste de membres uniquement aux fins du recrutement de titulaires de cartes jumelées. Costco partage en segments la liste de membres selon les spécifications dont il aura été mutuellement convenu, Costco ne devant toutefois pas refuser d'accepter pareilles spécifications sans motif légitime. Costco supporte les coûts engagés afin de dresser ces listes et de les transmettre à Amex ou à un tiers désigné;
- f) Costco fournit à Amex les taux de réponse aux efforts de commercialisation décrits à l'alinéa 2.02a) ci-dessus, les renseignements dont il aura mutuellement été convenu permettant de déterminer le degré d'utilisation des cartes jumelées, en tant que pourcentage de l'ensemble des achats effectués dans les entrepôts de Costco par les titulaires de cartes jumelées, ainsi que les autres renseignements concernant les résultats obtenus dans le cadre du programme dont les parties auront mutuellement convenu;
- g) Costco avise Amex promptement des annulations d'adhésion à Costco et, une fois par mois, de tout autre changement important en ce qui concerne le statut d'un membre de Costco, qui est pertinent quant au service des titulaires de cartes jumelées;
- h) Costco assure à ses frais le maintien et la gestion du programme d'adhésion de Costco pendant la durée de la présente entente. Les modalités d'application du programme d'adhésion de Costco à la date d'entrée en vigueur de la présente entente sont énoncées à l'annexe 4 de la présente entente. Costco s'engage à aviser Amex par écrit, dans les plus brefs délais, de toute modification importante apportée à ces modalités;
- i) Costco est responsable des activités associées au service des membres de Costco et se conformera aux lois et règlements applicables régissant l'administration du programme d'adhésion de Costco. Costco s'occupe des demandes de renseignements se rapportant au programme d'adhésion de Costco. Si Costco reçoit une demande de renseignements qui devrait être adressée à Amex, le représentant du service à la clientèle de Costco communique au titulaire de la carte jumelée le numéro de téléphone sans frais (1 800) d'Amex;
- j) Costco assure la formation des employés concernés quant à la fonctionnalité et aux attributs des cartes jumelées, comme le prévoit la section 2.14 ci-dessous, et quant à l'acceptation de la carte Amex;

[...]

Section 2.05. **Facturation des frais d'adhésion de Costco**

a) Le formulaire de demande de carte jumelée indique que, sur acceptation, les frais d'adhésion de Costco sont automatiquement imputés au compte de la carte jumelée, sauf si le titulaire y renonce en suivant la procédure énoncée en toutes lettres dans le formulaire. S'il se pose des questions importantes ou si des plaintes sont présentées en matière de réglementation ou de protection du consommateur, Amex ou Costco ont le droit de modifier la procédure afin d'obliger le titulaire de la carte jumelée à faire automatiquement imputer les frais d'adhésion de Costco au compte de carte jumelée. Il incombe à Costco de veiller à ce que le montant et la fréquence des frais d'adhésion de Costco soient divulgués dans les ententes et dans les documents de commercialisation du programme d'adhésion de Costco. Si les frais d'adhésion de Costco imputés à une carte jumelée doivent être remboursés en totalité ou en partie, Costco fait de son mieux pour que ce remboursement soit effectué sous forme de crédit au compte de la carte jumelée;

b) Il incombe à Costco de demander à Associates Financial Services of Canada Inc. (« Associates ») de cesser d'imputer les frais d'adhésion de Costco dans le cas où un titulaire d'une carte maison émise par Associates décide de faire automatiquement imputer les frais d'adhésion de Costco au compte de carte jumelée plutôt qu'au compte de carte maison;

[...]

Section 2.07. **Utilisation de marques**

a) Costco accorde par les présentes à Amex une licence non exclusive l'autorisant à utiliser les marques Costco relativement au programme, sous réserve des restrictions énoncées dans la présente disposition. Cette licence est irrévocable tant que la présente entente est en vigueur et continue à s'appliquer après la fin de la présente entente conformément aux dispositions du sous-alinéa 5.02c)(i) de la présente entente et sous réserve des restrictions qui y sont énoncées. Amex reconnaît et convient que l'octroi de la licence ne doit pas être interprété comme conférant un droit, titre ou intérêt à l'égard des marques Costco (sauf le droit d'utiliser les marques Costco relativement au programme) et que les marques Costco sont la propriété exclusive de Costco. Tant que la présente entente est en vigueur et que les marques Costco sont utilisées par Costco, les marques Costco sont apposées à l'endos des cartes jumelées conformément aux dispositions de l'annexe 6 ainsi que dans les relevés de compte de la carte jumelée. Amex n'a pas le droit d'accorder une sous-licence à l'égard des marques Costco sans avoir au préalable obtenu par écrit le consentement de Costco;

[...]

Section 2.11. **Exclusivité**

a) Au Canada, pendant la durée de la présente entente, Costco ou sa société mère, ses filiales ou ses sociétés affiliées (i) n'émettent pas de cartes d'utilisation courante; (ii) n'émettent pas de cartes maison comportant des récompenses fondées sur les montants dépensés; (iii) n'émettent pas de cartes à valeur stockée d'utilisation courante; (iv) n'émettent pas de cartes à valeur stockée acceptées uniquement dans les établissements Costco, comportant des récompenses fondées sur les montants dépensés; (v) conjointement avec un autre émetteur de cartes, une association ou un réseau (A) n'émettent pas, ne commercialisent pas ou ne jumellent pas de cartes maison (sous réserve de l'avant-dernière phrase du présent alinéa a)) ou de cartes d'utilisation courante, (B) n'émettent pas, ne commercialisent pas ou ne jumellent pas de cartes à valeur stockée d'utilisation courante ou de cartes à valeur stockée acceptées uniquement dans les établissements Costco, comportant des récompenses fondées sur les montants dépensés ou sur quelque autre transaction; ou (vi) n'effectuent pas la promotion d'un type quelconque de véhicule de paiement (si ce n'est pour indiquer simplement l'acceptation) ou d'un produit sur lequel figure une marque prohibée définie à l'alinéa 2.11b), ou ne permettent pas que leurs listes de clients soient utilisées à cette fin. Il est entendu que les restrictions susmentionnées ne s'appliquent pas à la carte maison émise par Associates Financial Services of Canada Ltd. à la date d'entrée en vigueur ou à un autre produit lié à la carte maison (à condition que Costco n'ait pas plus qu'une carte maison, et ce, quel que soit l'émetteur) dans la mesure où pareille carte ne comporte pas de récompenses fondées sur les montants dépensés, sur quelque autre transaction ou sur d'autres récompenses fondées sur la continuité (c'est-à-dire des promotions continues plutôt qu'une promotion unique). Une carte à valeur stockée comportant des récompenses fondées sur les montants dépensés ou sur quelque autre transaction ne sera pas considérée, en vertu des présentes, comme comprenant une carte à valeur stockée réduite.

b) Au Canada, à l'exception de (i) INTENTIONNELLEMENT SUPPRIMÉ, et (ii) d'une carte maison non prohibée en vertu de l'alinéa 2.11a), Costco convient de ce qui suit : à part une carte Amex, Costco (et sa société mère, ses filiales et ses sociétés affiliées qui possèdent ou qui exploitent des entrepôts Costco au Canada) n'acceptent pas, pendant les sept premières années d'exécution de la présente entente, aux fins de l'achat de marchandises et de services dans les entrepôts Costco une carte de paiement, une carte de crédit, une carte de débit hors ligne, une carte à valeur stockée ou une carte à puce comportant l'un ou l'autre des noms de marque, logos ou marques suivants (les « marques prohibées ») : Visa, MasterCard, Discover, Novus, Diner's Club (et les noms de marque, logos ou marques les remplaçant) ou le nom de marque, le logo ou la marque d'une nouvelle association nationale ou d'un nouveau réseau national de cartes de crédit; toutefois, Costco a le

droit de continuer à accepter tout mode de paiement aux fins des transactions ou entreprises suivantes : stations-service de Costco, ventes par catalogue ou par correspondance, programmes de voyages, commerce électronique par Internet ou au moyen d'un autre réseau qui a accès au(x) site(s) Web de Costco, frais d'adhésion de Costco traités par l'entremise de bureaux régionaux de Costco (à condition que Costco encourage l'utilisation de la carte Amex à l'égard de ces transactions en demandant au client s'il veut imputer les frais d'adhésion à la carte American Express), programmes gouvernementaux d'achat comportant des achats chez Costco effectués par des agences gouvernementales ou par des particuliers ou entités privées qui sont obligés d'utiliser un mode de paiement particulier par suite d'un contrat conclu avec l'État (il est entendu que Costco n'encourage pas l'acceptation d'un produit sur lequel figure une marque prohibée pour ces transactions et entreprises). De plus, Costco n'annonce pas de quelque manière que ce soit dans ses entrepôts Costco (notamment au moyen d'affiches ou de décalques) l'acceptation de produits de débit en ligne sur lesquels figurent des marques prohibées, même si pareils produits en ligne sont acceptés pour paiement. Dans les 120 jours qui suivent la fin de la septième année d'exécution de l'entente, et sous réserve de l'obligation de donner avis prévue à l'alinéa 5.01e) des présentes, Costco peut commencer à accepter les cartes de paiement, cartes de crédit, cartes de débit, cartes à valeur stockée ou cartes à puce sur lesquelles figurent des marques prohibées. Si, dans les 120 jours qui suivent la fin de la septième année d'exécution de l'entente, Costco ne commence pas à accepter une carte sur laquelle figure une marque prohibée, il lui est interdit d'accepter cette carte pour le reste de la durée de la présente entente (ainsi, (x) si Costco ne commence pas à accepter un produit comportant une marque prohibée, il est interdit à Costco d'accepter ce produit pour le reste de la durée de l'entente; ou (y) si Costco commence à accepter la carte Visa au cours de la période de 120 jours, mais non la carte MasterCard, Costco ne pourra pas accepter la carte MasterCard ou un autre produit comportant une marque prohibée autre que la carte Visa pour le reste de la durée de l'entente). Costco déclare et garantit que l'observation du présent alinéa 2.11b) ne violera pas quelque entente qu'elle aura conclue à l'égard de ces autres cartes.

[...]

Section 2.12. Engagements pris à l'égard du programme

a) Costco prend envers Amex les engagements suivants : (i) pendant toute la durée d'exécution de la présente entente, elle se conforme à la convention de service de la carte Costco et lui donne pleinement effet, ainsi qu'à toute modification de la présente entente ou à toute entente la remplaçant, et (ii) elle se conforme sur tous les points importants aux obligations qui lui incombent en vertu des lois, règles et règlements fédéraux, provinciaux et locaux (notamment les lois, règles et règlements sur la protection du consommateur) qui lui sont applicables ou qui s'appliquent au programme d'adhésion de Costco ou au présent programme.

[...]

ARTICLE III

INDEMNITÉ À VERSER À COSTCO

Section 3.01. Indemnité

a) Dans les trente (30) jours qui suivent la fin de chaque trimestre civil au cours de la durée de la présente entente, Costco reçoit un montant correspondant à Y % du volume net des dépenses soumises au cours de ce trimestre. Toutefois, pour la période prenant fin le 31 janvier 2000, le montant versé à Costco correspond à ___ % (plutôt qu'à Y %) du volume net des dépenses soumises au cours de cette période. Si, le 8 avril 2000, Costco n'a pas satisfait aux exigences applicables aux systèmes d'information permettant l'émission de cartes jumelées pour consommateurs, pour la période commençant le 8 avril 2000 et tant que Costco ne satisfait pas à ces exigences, le montant versé à Costco correspond à ___ % (plutôt qu'à Y %) du volume net des dépenses au cours de cette période. (Il est entendu que, pour effectuer un paiement promptement, Amex peut être tenue d'utiliser le volume net annuel approximatif des dépenses soumises, de sorte que des rajustements devront peut-être être effectués au cours d'un trimestre civil futur.)

b) En échange des efforts de commercialisation déployés par Costco en vertu de l'alinéa 2.02a), Costco reçoit, pour chaque période de 12 mois commençant à la date de l'émission de la première carte jumelée, le montant fixé dans les tableaux ci-dessous pour chaque compte de carte jumelée pour consommateurs et pour chaque compte de carte jumelée pour petites entreprises acquis au cours de cette période de douze mois. Tous les paiements comprennent les taxes applicables. Pour l'exécution du présent alinéa b), « acquis » veut dire qu'un compte de carte jumelée a été approuvé, qu'une carte de base est émise par Amex, et que la carte de base n'est pas annulée avant la fin du trimestre civil au cours duquel elle est approuvée. Le nombre de comptes acquis est déterminé pour chaque période de 12 mois, indépendamment des tableaux ci-dessous, comme si, au début de chaque période de 12 mois, il n'y avait pas de comptes acquis, c'est-à-dire que les comptes ne s'accumulent pas d'une période de 12 mois à l'autre. Les paiements prévus au présent alinéa b) sont effectués dans les trente (30) jours qui suivent la fin de chaque trimestre civil au cours d'une période de 12 mois donnée.

[...]

Section 3.02. Paiement en cas d'inobservation des exigences applicables à un nouveau membre de Costco

Dans les soixante (60) jours qui suivent la fin de chaque année d'exécution de l'entente, Costco reçoit le montant, si elle y a droit en vertu de la présente section 3.02, déterminé selon les calculs suivants :

(i) Déterminer le nombre de membres canadiens de Costco qui sont également titulaires canadiens de cartes Amex pour consommateurs ou pour petites entreprises (selon la définition d'Amex) à une date qui ne peut pas précéder la date d'entrée en vigueur de la présente entente, mais qui ne sera pas postérieure aux cinq (5) jours ouvrables qui suivent la date d'entrée en vigueur de la présente entente (ladite date étant ci-après appelée la « date de base »). Le chiffre ainsi obtenu est ci-après appelé le « chiffre de base ». Le chiffre de base rajusté pour les besoins des calculs mentionnés ci-dessous au sous-alinéa (ii) est calculé comme suit : le chiffre de base rajusté pour la première année d'exécution de l'entente sera le produit du chiffre de base multiplié par ____ %. Le chiffre de base rajusté pour chaque année subséquente du contrat est le produit du chiffre de base rajusté pour l'année antérieure du contrat multiplié par ____ %. Pour l'exécution de la présente section 3.02, l'expression « membres de Costco » vise uniquement les membres principaux de Costco.

(ii) À la fin de chaque année d'exécution de l'entente, (A) déterminer de nouveau le nombre de membres canadiens de Costco qui étaient également titulaires canadiens de cartes Amex pour consommateurs ou pour petites entreprises (autres que les titulaires de cartes jumelées) le dernier jour de cette année du contrat; (B) soustraire du résultat obtenu en (A) le reste du chiffre de base rajusté moins le nombre de titulaires canadiens de cartes Amex pour consommateurs ou pour petites entreprises à la date de base qui sont devenus titulaires de cartes jumelées (il est entendu et convenu que, du fait qu'après la date de base certaines personnes cesseront de détenir leur carte Amex, alors que d'autres en feront l'acquisition, ce dernier chiffre sera basé sur une méthode acceptable permettant d'arriver à un chiffre approximatif); (C) multiplier le résultat obtenu en (B) par ____, le résultat étant appelé Y; (D) soustraire le nombre de titulaires de cartes jumelées à la fin de l'année qui étaient des membres de Costco à la date de base du nombre total de titulaires de cartes jumelées à la fin de l'année, et multiplier le reste par ____, le résultat étant appelé Z; (E) ajouter Y (uniquement si Y est un nombre positif) et Z, la somme étant appelée le « nombre des nouveaux membres de Costco ». Costco s'engage à fournir à Amex les listes complètes de membres de Costco permettant d'effectuer les analyses susmentionnées ou pour d'autres utilisations que Costco aura au préalable autorisées par écrit, conformément aux politiques de Costco sur l'accès et l'utilisation de ces listes. Les titulaires de cartes Amex, pour l'exécution du sous-alinéa (i) et du présent sous-alinéa (ii), ne s'entendent que des titulaires de cartes à qui des cartes Amex ont été émises.

(iii) Pour chaque année d'exécution de la présente entente, multiplier le nombre de nouveaux membres de Costco par les frais d'adhésion des membres Privilège de Costco (soit, à l'heure actuelle, ____ \$), le produit étant exprimé en dollars; et

(iv) Multiplier le volume net des dépenses effectuées dans des entrepôts Costco situés au Canada au cours de cette année par ___ %. Si le produit de cette multiplication est supérieur au résultat, exprimé en dollars, obtenu au sous-alinéa (iii) ci-dessus, Costco paie la différence entre ce produit et le montant, en dollars, obtenu au sous-alinéa (iii).

[...]

ANNEXE B

Extraits de la convention d'acceptation de la carte American Express en date du 4 novembre 1999

[...]

PAIEMENT

Nous vous verserons, en dollars canadiens, le montant nominal des dépenses que vous soumettez, moins : 1) l'escompte; 2) tout montant que vous nous devez; 3) tout crédit que vous avez accordé. Nous vous enverrons un paiement conformément au programme de paiement que vous choisirez. Vous ne pouvez pas recevoir un paiement pour le compte d'une autre entité.

Taux d'escompte

L'escompte est le montant que nous exigeons pour l'acceptation de la carte. Le taux d'escompte est de X % et s'applique à toutes les dépenses portées sur des cartes. L'escompte sera déduit de nos paiements.

[...]

CONFIDENTIALITÉ

Sous réserve des droits que vous possédez à l'égard de titulaires de cartes jumelées et des droits que nous possédons à l'égard des membres de Costco, tels qu'ils sont expressément énoncés dans la convention concernant le programme de carte jumelée, vous n'utiliserez pas, aux fins de la commercialisation, de la vente ou de la distribution, une liste expresse des titulaires de cartes qui utilisent des cartes afin d'effectuer des achats auprès de votre entreprise, et nous n'utiliserons pas, aux fins de la commercialisation, de la vente ou de la distribution, une liste expresse de vos clients.

[...]

DURÉE ET RÉSILIATION

La présente entente entre en vigueur le 4 novembre 1999 (la « date d'entrée en vigueur ») et demeure exécutoire pour une période de dix (10) ans (la « période initiale »). La présente entente sera automatiquement renouvelée chaque année, après la période initiale, pour une période additionnelle d'un (1) an (la « période de renouvellement ») et demeurera en vigueur tant que l'une ou l'autre partie ne l'aura pas résiliée sur préavis écrit donné à l'autre partie. La résiliation prendra effet

cent vingt (120) jours après la réception de cet avis. Si la convention concernant le programme de carte jumelée American Express/Costco est résiliée conformément à ses dispositions, la présente entente pourra être résiliée par l'une ou l'autre partie sur préavis écrit, lequel prendra effet à la date de prise d'effet de la résiliation de la convention concernant le programme de carte jumelée; toutefois, les titulaires de cartes Amex pourront utiliser leurs cartes Amex au cours de la période de cessation des activités en vertu de la convention concernant le programme de carte jumelée.

[...]

ENTENTE COMPLÈTE

La présente entente, et notamment les annexes, les pièces et les documents qui y sont joints, ainsi que les dispositions pertinentes de la convention concernant le programme de carte jumelée conclue entre les parties, renferme l'entente complète conclue entre les parties quant à son objet et remplace toute entente antérieure, orale ou écrite, portant sur l'objet visé par la présente entente.

[...]

RÉFÉRENCE : 2009 CCI 134

N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2007-1374(GST)G

INTITULÉ : Costco Wholesale Canada Ltd. et
Sa Majesté la Reine

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATES DE L'AUDIENCE : Les 1^{er} et 2 décembre 2008

MOTIFS DU JUGEMENT : L'honorable juge Campbell J. Miller

DATE DU JUGEMENT
MODIFIÉ : **Le 10 mars 2009**

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelante : M^e William I. Innes
M^e **Neil E. Bass (le 2 décembre 2008)** et
M^e Wendy Brousseau

Avocats de l'intimée : M^e Harry Erlichman
M^e **Suzanne Bruce** et
M^e Sharon Lee

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelante :

Nom : William I. Innes, **Neil E. Bass** et
Wendy Brousseau

Cabinet : Fraser Milner Casgrain s.r.l.
Toronto (Ontario)

Pour l'intimée : John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada