

Dossier : 2016-1542(GST)G

ENTRE :

ZOMARON INC.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appel entendu le 23 janvier **et le 24 janvier** 2019, à Toronto (Ontario)

Devant : L'honorable juge K. Lyons

Comparutions :

Avocats de l'appelante :	M ^e Jacob Yau M ^e Yves St-Cyr
Avocats de l'intimée :	M ^e Charles Camirand

JUGEMENT MODIFIÉ

Les appels interjetés aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise* à l'encontre :

1. d'une nouvelle cotisation établie au moyen d'un avis daté du 12 janvier 2016 pour la période de déclaration du 1^{er} janvier 2013 au 8 décembre 2013;
2. d'une cotisation établie au moyen d'un avis daté du 24 mars 2015 pour la période de déclaration du 1^{er} avril 2014 au 30 juin 2014;

sont accueillis, et la nouvelle cotisation ainsi que la cotisation sont renvoyées au ministre du Revenu national pour réexamen et établissement d'une nouvelle cotisation, au motif que la prestation des services rendus par l'appelante pour une contrepartie reçue constitue une fourniture exonérée consistant à « prendre les mesures en vue d'effectuer » un service financier.

Les dépens sont adjugés à l'appelante. Les parties disposent d'un délai de 30 jours suivant la date du jugement pour parvenir à un accord sur les dépens, à défaut de quoi, les parties disposeront alors d'un délai de 30 jours pour déposer des observations écrites sur les dépens. Les observations ne doivent pas dépasser 10 pages.

Le présent jugement modifié remplace le jugement en date du 28 février 2020, modifiant les dates d'audition ainsi que des erreurs typographiques au paragraphe 21 et à la note de bas de page 34.

Signé à Ottawa (Canada), ce 13^e jour de mars 2020.

« K. Lyons »

K. Lyons

Traduction certifiée conforme
ce 28^e jour de juillet 2020.

François Brunet, réviseur

ENTRE :

ZOMARON INC.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT MODIFIÉS

La juge Lyons

[1] Zomaron Inc. (Zomaron ou l'appelante) interjette appel à l'encontre de la nouvelle cotisation et de la cotisation établies pour les périodes en cause par le ministre du Revenu national. Le ministre a inclus dans la taxe nette de Zomaron la taxe de vente harmonisée perçue sur les honoraires reçus en contrepartie de ses services concernant Elavon Canada Company (Elavon) et First Data Loan Company, Canada (First Data), notamment en fournissant aux commerçants des services de traitement des paiements pour les opérations par carte de crédit et de débit (carte) acceptées par les commerçants pour les biens et services vendus par les commerçants aux clients.

[2] Elavon et First Data ont payé des frais à Zomaron en contrepartie de ses services qui comprenaient, entre autres, la négociation et l'obtention par Zomaron d'un engagement auprès de commerçants potentiels à recevoir des services de traitement des paiements par carte de la part d'Elavon et de First Data.

I. Question en litige

[3] La Cour est appelée à décider si la fourniture de services effectuée par Zomaron en contrepartie des honoraires qu'elle a reçus d'Elavon et de First Data constitue un « service financier » exonéré au sens de l'alinéa 1) de la définition du paragraphe 123(1) de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi) ou encore une fourniture taxable.

[4] Zomaron affirme qu'elle était un intermédiaire qui « prenait des mesures en

vue d'effectuer » des services de traitement des paiements par carte, un service financier, que devaient fournir Elavon et First Data à des commerçants. Par conséquent, les services de Zomaron en ce qui a trait à la taxe sur les produits et services et à la taxe de vente harmonisée en question (collectivement la TPS) constituent un service financier, tel que cette expression est définie au paragraphe 123(1) de la Loi, et sont donc exonérés de la TPS aux termes de l'annexe V de la partie VII de la Loi. Inversement, l'intimée soutient que la fourniture de services par Zomaron était préparatoire et promotionnelle et qu'elle relève d'une exception à la définition des services financiers prévue par l'alinéa 123(1)r.4) de la Loi et qu'elle constitue donc une fourniture taxable.

[5] Tarique Al-Ansari est président et chef de la direction de Zomaron dont relève l'équipe de direction. Mia Huntington est première vice-présidente et directrice générale d'Elavon. Le témoignage de M^{me} Huntington était en grande partie compatible avec celui de M. Al-Ansari. Je considère qu'il s'agit de deux témoins crédibles.

II. Faits

Exposé conjoint partiel des faits

[6] Les parties ont produit un exposé conjoint partiel des faits (l'ECPDF) et ont accepté certaines pièces comme éléments de preuve¹. L'ECPDF est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION]

1. Les cotisations ont été établies pour les périodes du 1^{er} janvier 2013 au 8 décembre 2013 et du 1^{er} avril 2014 au 30 juin 2014 (collectivement, la période en cause).

2. Les sommes en litige concernent uniquement la contrepartie payée à l'appelante par Elavon Canada Company (Elavon) et First Data Loan Company, Canada (First Data) au cours de la période en cause. Au cours de la période en cause, les paiements reçus par Elavon représentaient environ 99 % de la contrepartie totale reçue par l'appelante.

3. La relation entre l'appelante (Zomaron Inc.) et Elavon a commencé en octobre 2009 lorsque les parties ont conclu un accord type utilisé par Elavon pour définir et officialiser certaines obligations de base qui incombaient à la fois à

¹ Les paragraphes 23 à 25 de l'ECPDF ne sont pas inclus, car Zomaron ne discute plus la question se rapportant au crédit de taxe sur les intrants et n'invoquera plus les articles 138 et 139 de la Loi. Les renvois à l'expression « conjointement avec », utilisée pour désigner des fournitures multiples, ne sont plus pertinents.

Elavon et à un partenaire OVI/FSM (l'accord Elavon). La copie de l'accord Elavon est jointe en tant que pièce 1. La copie de l'accord conclu avec First Data (l'accord First Data) est jointe en tant que pièce 2.

4. Elavon et First Data sont des « acquéreurs de commerçants » ou des « prestataires de solutions aux commerçants » (collectivement, les acquéreurs/prestataires de solutions) qui fournissent aux commerçants des services de traitement des paiements pour les opérations faites par carte de crédit et de débit (c'est-à-dire Visa, MasterCard, American Express et Interac). Les clients de l'acquéreur/du prestataire de solutions du client sont les commerçants chez qui ces cartes de paiement sont utilisées, notamment dans leurs locaux ou leurs sites Web, par les titulaires de carte afin de payer des biens et des services.

5. Les acquéreurs/prestataires de solutions acquièrent des commerçants par divers canaux, y compris le recours à des organisations de vente indépendantes (OVI) et à des fournisseurs de services aux membres (FSM). L'appelante est une OVI (pour Visa) et un FSM (pour MasterCard) inscrits. Les OVI/FSM sont inscrits auprès de Visa ou de MasterCard et doivent se conformer à diverses règles et réglementations, y compris à la réglementation régissant les réseaux de paiement qui a été établie par ces marques de crédit.

6. L'appelante est principalement chargée, entre autres, de la recherche de commerçants potentiels qui souhaitent recevoir des services de paiement par carte fournis par les acquéreurs/prestataires de solutions, ainsi que de la négociation avec les commerçants potentiels des taux et des frais de ces services de paiement par carte, et elle peut également négocier certaines modalités et conditions relatives à ces services de paiement par carte, dans la mesure prévue dans le formulaire de demande du commerçant, joint en tant que pièce 3, dans le cas d'Elavon. Les modalités et conditions qui sont intégrées par renvoi dans le formulaire de demande pour les commerçants sont collectivement jointes en tant que pièce 4. La demande du commerçant correspondante et les modalités et conditions relatives à First Data sont jointes en tant que pièce 5 et pièce 6, respectivement.

7. Le formulaire de demande du commerçant est présenté aux acquéreurs/prestataires de solutions. Une fois approuvé par l'acquéreur/le prestataire de solutions, le commerçant devient contractuellement lié à l'acquéreur/au prestataire de solutions conformément aux modalités négociées dans la demande du commerçant et aux modalités et conditions intégrées par renvoi.

8. Chaque fois qu'une carte de paiement est utilisée pour payer un bien ou un service vendu par un commerçant à son client, il y a plusieurs niveaux de frais facturés par diverses parties au commerçant. Le montant total des frais facturés par Visa et MasterCard (les marques de carte) et par l'émetteur de la carte (par exemple, la Banque TD, la CIBC, la Banque Scotia, etc.) pour toutes les opérations par carte de crédit est appelé « frais d'interchange ». Les frais d'interchange couvrent les frais de la banque émettrice et ceux des fournisseurs de cartes et varient en fonction de plusieurs facteurs, notamment le type de carte (carte de débit, de crédit ou de

récompenses) et le type d'opération ainsi que le risque connexe (par exemple, une opération de détail par rapport à une opération en ligne par Internet). Par exemple, une carte Visa avec points de voyage/récompenses utilisée sur un site de commerce électronique a des frais d'interchange plus élevés que les cartes de crédit sans récompenses.

9. Pour chaque opération de traitement des paiements qu'il effectue pour un commerçant, l'acquéreur/le prestataire de solutions facture des frais distincts sur chaque opération, qui s'ajoutent aux frais d'interchange. La somme des frais d'interchange et des frais de l'acquéreur/du prestataire de solutions est appelée « taux d'achat ».

10. Les recettes de l'appelante pour le service qu'elle fournit à l'acquéreur/au prestataire de solutions sont calculées selon la formule contenue à l'annexe A de l'accord Elavon ou à l'annexe A de l'accord First Data, selon le cas.

11. En règle générale, les recettes de l'appelante sont calculées en fonction de la différence entre la somme qu'elle négocie avec un commerçant potentiel et le taux d'achat (la marge sur coût de revient). Cette marge sur coût de revient est partagée entre l'appelante et l'acquéreur/le prestataire de solutions. La part de l'appelante augmente en fonction du volume mensuel et de la taille des opérations de traitement des paiements traitées par l'acquéreur/le prestataire de solutions et fournies aux commerçants recrutés par l'appelante.

12. Si l'appelante négocie avec le commerçant un taux supérieur au taux d'achat, l'appelant tire profit d'une opération. En revanche, si l'appelante négocie un taux inférieur au taux d'achat, elle subit une perte. En raison des frais d'interchange qui varient entre plus de 100 types de cartes, un appelant peut négocier des taux à perte pour certains types d'opérations et à profit pour d'autres, à titre de stratégie de tarification, afin d'attirer des commerçants potentiels. En fin de compte, il appartient à l'appelante de trouver un équilibre entre la négociation d'un prix compétitif avec les commerçants et le maintien de la rentabilité.

13. Outre les devoirs et obligations énoncés dans le présent accord type, l'appelante fournit de nombreux services aux acquéreurs/prestataires de solutions, notamment les suivants :

- Les acquéreurs/prestataires de solutions comptent sur l'appelante pour, entre autres, trouver des commerçants potentiels, remplir avec un commerçant potentiel la demande de commerçant, et recueillir des informations, notamment en vérifiant si le commerçant continue de se conformer aux exigences du réseau de paiement.
- L'appelante dispose d'une autonomie considérable en ce qui concerne les négociations avec les commerçants potentiels. Cela comprend la définition, l'établissement et le rajustement, entre autres, des éléments suivants :

- o les taux et les prix pour chaque type de carte de paiement;

- o la durée du contrat;
- o le prix de vente, l'installation;
- o et, dans le cas d'Elavon, le soutien aux commerçants.

14. L'acquéreur/le prestataire de solutions ne participe pas au processus de négociation avec les commerçants potentiels. L'appelante peut négocier des prix qui sont supérieurs ou inférieurs aux taux d'achat établis, par exemple, l'appelante peut proposer à un commerçant un prix inférieur au taux d'achat comme stratégie de fixation des prix. Dans de telles circonstances, et sous réserve du paragraphe 20, l'appelante subit une perte sur chaque opération par carte chez ce commerçant.

15. Afin de déterminer la tarification appropriée lors des négociations avec les commerçants potentiels, l'appelante analyse, au moment de remplir la demande de commerçant, tous les facteurs pertinents, notamment :

- le type de commerce ou d'industrie;
- le niveau de concurrence;
- le volume des opérations;
- l'emplacement du commerçant;
- la taille de chaque opération;
- les types de cartes que les clients utiliseraient chez un commerçant particulier;
- les méthodes utilisées par un commerçant pour traiter une carte (par exemple, au moyen d'un terminal point de vente, par Internet, par téléphone ou autre).

16. L'appelante vérifie la légitimité de l'activité du commerçant, notamment en effectuant une visite des lieux et en signalant toute indication selon laquelle les activités du commerçant sont autres que la vente de bonne foi de produits ou de services, et elle aide le commerçant à se conformer sans interruption aux politiques telles que la lutte contre le blanchiment d'argent et aux exigences de connaissance du client du secteur des paiements.

17. L'appelante consacre beaucoup de temps, d'efforts et de fonds à la prestation de ces services, pour s'assurer que ses employés sont formés pour expliquer les services d'acquisition aux commerçants, pour effectuer la vérification des commerçants et, dans le cas d'Elavon, pour fournir des services de formation aux commerçants.

18. En contrepartie de ses services, l'appelante reçoit une partie des frais de transaction. La rétribution de l'appelante est directement liée aux opérations des commerçants pendant toute la durée de la relation. L'appelante reçoit une partie des

honoraires payés par le commerçant pour chaque opération traitée par l'intermédiaire de l'acquéreur/du prestataire de solutions. L'appelante ne reçoit aucune rémunération distincte pour les services administratifs ou les services à la clientèle qu'elle rend.

19. Tant le commerçant que les acquéreurs/prestataires de solutions dépendent fortement de l'appelante dans l'exécution de ces activités. L'appelante entretient une relation continue avec le commerçant et les acquéreurs/prestataires de solutions.

20. L'acquéreur/le prestataire de solutions se réserve le droit d'accepter ou de refuser tout commerçant potentiel, en raison de sa solvabilité et du risque que pose l'entreprise précise. Le taux d'approbation de l'appelante à l'égard des commerçants soumis à Elavon était supérieur à 98 % au cours de la période en cause.

21. Pour les services fournis aux acquéreurs/prestataires de solutions, l'appelante a reçu un total de 1 189 863,71 \$ et de 454 044,66 \$ pour les périodes de déclaration 2013 et 2014, respectivement.

22. L'appelante n'a pas perçu ou versé la TPS/TVH à l'égard des fournitures en cause, en estimant qu'il s'agissait de « services financiers » au sens du paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi) et qu'elles étaient exonérées de la TPS/TVH en application de l'annexe V de la partie VII de la Loi.

[7] Par souci de concision, dans les présents motifs, je renverrai aux acquéreurs/prestataires de solutions, Elavon et First Data, collectivement comme étant les « prestataires de solutions ». Je ferai également référence à l'accord Elavon et à l'accord First Data collectivement comme étant les « accords ».

Les témoins

[8] M. Al-Ansari a témoigné que, en recherchant et en sollicitant des commerçants potentiels, Zomaron forme les commerçants, en partie par l'intermédiaire de sites Web, sur le secteur du traitement des paiements (le secteur) et l'utilisation des services de Zomaron par rapport à ceux d'autres OVI/FSM. Avant de devenir un OVI/FSM, Zomaron doit trouver un acquéreur/prestataire de solutions partenaire, ce qui implique plusieurs étapes². Un OVI/FSM doit ensuite s'inscrire

² Zomaron doit présenter un plan d'affaires qui indique la stratégie utilisée, les industries ciblées et les considérations géographiques, et qui détermine les marchés et les offres à valeur ajoutée. La plupart des OVI/FSM intègrent le secteur en possédant un bagage particulier et ils ciblent stratégiquement certains segments du secteur en fonction de leur expérience préalable. Au cours de ce processus, des frais de 10 000 \$ sont facturés à Visa et de 10 000 \$ à MasterCard.

auprès de Visa et de MasterCard, ce qu'a fait Zomaron. Ce n'est qu'à ce moment-là, dit-il, qu'un OVI/FSM peut inscrire des commerçants pour qu'ils acceptent des services de traitement des paiements par carte auprès d'acquéreurs ou de prestataires de solutions. Un processus annuel de diligence raisonnable est mené par les acquéreurs/prestataires de solutions³.

[9] Elavon est un acquéreur de commerçants qui fournit aux entreprises des services de traitement des paiements pour les opérations par carte dans les locaux ou sur les sites Web du commerçant. Il distribue des services de traitement des paiements par l'intermédiaire de multiples canaux de distribution. Selon M^{me} Huntington, ces canaux comprennent les OVI/FSM et certains canaux qui ne sont pas des OVI/FSM, comme les vendeurs au comptoir, les télévendeurs et les représentants commerciaux. Les OVI/FSM fournissent des services relatifs au traitement des paiements, et environ 65 % de tous les revenus d'Elavon au Canada sont générés par le canal que constituent les OVI/FSM. Le niveau de service fourni par un OVI/FSM à un commerçant dépend de l'OVI/FSM en soi; cela donne à un OVI/FSM la possibilité de se différencier. M^{me} Huntington a décrit Zomaron comme fournissant le niveau de service le plus élevé pour conserver la clientèle. Zomaron constitue entre 5,5 % et 6 % de tous les revenus d'Elavon au Canada.

[10] M^{me} Huntington a produit une lettre d'Elavon envoyée à l'Agence du revenu du Canada en décembre 2017. Cette lettre indiquait, en partie, qu'Elavon comptait énormément sur Zomaron et, qu'en tant qu'OVI/FSM, elle était chargée de déterminer les segments des marchés cibles, de générer des débouchés, d'assurer la gestion de la filière des occasions d'auto-provisionnement, de recenser les exigences et concevoir des solutions, de répertorier l'équipement aux points de vente, ainsi que de négocier les taux et les modalités de traitement avec les commerçants potentiels. Une fois le compte du commerçant établi, l'OVI/FSM fournit un service à la clientèle continu et de premier échelon au commerçant⁴. Son témoignage était conforme au contenu de la lettre.

[11] Au cours de la période en cause, 2 000 commerçants de toutes tailles provenant de divers secteurs ont traité des opérations d'une valeur de 2 milliards de dollars par an et se sont inscrits à des comptes de traitement des paiements par

L'enregistrement implique également la vérification des antécédents (antécédents criminels, accusations de fraude et faillites) et l'inspection de la situation financière de l'entreprise.

³ Ce processus comprend une inspection des lieux, la présentation d'états financiers et une preuve continue de l'existence de l'OVI/du FSM auprès du gouvernement.

⁴ Pièce A2, onglet 13, paragraphe 3. Lettre rédigée par M^{me} Huntington, le service de fiscalité d'Elavon et son conseiller juridique pour définir la relation qu'entretient Elavon avec Zomaron et son rôle.

l'intermédiaire de Zomaron⁵. Actuellement, Zomaron compte plus de 5 000 commerçants.

[12] Zomaron est tenue de se conformer aux règles et règlements régissant les réseaux de paiement et autres organisations. Tous les agents de vente de Zomaron sont des personnes inscrites auprès des prestataires de solutions et reçoivent une formation de la part de Zomaron dans le secteur du traitement des paiements par carte. Ils reçoivent également une formation sur les règles du Code de conduite (le Code) de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) et sur la négociation des frais⁶. Zomaron est assujettie à ces règles et au Code, qui sont tous conçus pour protéger les commerçants et fournir des lignes directrices aux OVI/FSM lors de l'inscription des commerçants, de la divulgation des frais, du changement de prestataire de solutions et du droit de résilier les accords. Zomaron doit soumettre des informations à l'ACFC pour démontrer sa conformité au Code.

Le secteur

[13] En règle générale, MasterCard et Visa fournissent aux participants l'infrastructure au sein du secteur pour faciliter le traitement des paiements par carte et le transfert de fonds par voie électronique. MasterCard et Visa permettent aux institutions financières d'émettre des cartes de crédit et de débit aux clients qui les utilisent ensuite pour acheter des biens ou des services auprès des commerçants. En tant que prestataire de solutions, Elavon traite les opérations par carte par l'intermédiaire du réseau, ce qui permet au commerçant d'accepter les paiements par carte et de recevoir ensuite les fonds correspondants.

[14] Les participants du secteur et leurs rôles respectifs sont les suivants :

- i. L'OVI/le FSM relie un commerçant à un acquéreur/prestataire de solutions.
- ii. L'acquéreur crée le compte du commerçant. Le prestataire de solutions est le réseau qui communique l'opération par voie électronique depuis l'établissement du commerçant jusqu'aux réseaux de paiement⁷.

L'acquéreur et le prestataire de solutions créent ensemble un compte de traitement permettant l'acceptation du paiement par carte par le commerçant

⁵ Ces commerçants peuvent être, par exemple, des concessionnaires automobiles, des vétérinaires, des optométristes, des dentistes, des restaurants, des épiceries, des cabinets d'avocats, des hôpitaux et des organismes caritatifs.

⁶ Pièce 16.

⁷ Les entreprises peuvent être l'un ou l'autre ou les deux.

dans son établissement commercial. Le prestataire de solutions recueille ensuite les fonds auprès de l'émetteur de la carte, les dépose dans le compte bancaire du commerçant et débite les frais du compte chaque mois.

- iii. Le réseau de paiement ou la marque de la carte (Visa, MasterCard, American Express et Interac) relie l'émetteur de la carte (par exemple, la Banque TD) au commerçant.
- iv. L'émetteur de la carte émet la carte au titulaire/client qui l'utilise comme moyen de paiement pour acheter des biens ou des services auprès du commerçant.

[15] L'annexe I des présents motifs est un aperçu décrivant le mouvement d'une opération au sein du réseau de traitement des paiements par carte de crédit. Pour illustrer une opération typique, posons l'hypothèse qui suit : au cours des négociations, Zomaron et le commerçant ont convenu que le commerçant paierait 2 % sur toutes les opérations que le commerçant accepte de la part des clients utilisant ces cartes. Le commerçant, un fleuriste, vend des fleurs à un client pour 100 \$. La Banque TD, l'émettrice de la carte MasterCard TD, et MasterCard, la marque de la carte, sont le réseau de paiement qui relie la Banque TD au commerçant. Elavon perçoit 100 \$ auprès de la Banque TD (la banque émettrice du client puisqu'il s'agit d'une carte MasterCard TD) et dépose les 100 \$ dans le compte bancaire du commerçant le lendemain⁸. Le commerçant récupère 98 \$. À la fin du mois, Elavon perçoit les 2 \$ de frais de commerçant (2 %) dans le compte bancaire du commerçant, qui sont ensuite partagés entre les différents participants du secteur comme suit.

[16] Sur les 2 \$ de frais, Elavon verse 1,50 \$ (les frais d'interchange) à l'émetteur de la carte et au réseau de paiement (1,30 \$ et 20 cents, respectivement)⁹. Les 50 cents restants (la marge sur coût de revient) constituent le revenu partagé entre Elavon et Zomaron; il s'agit d'une répartition négociée de 30 % et de 70 %, respectivement. Par conséquent, Elavon conserve 15 cents et paie 35 cents à Zomaron, ce qui constitue sa part de la redevance en contrepartie des services. Zomaron a le pouvoir discrétionnaire de négocier la marge sur coût de revient avec

⁸ Le compte de traitement du commerçant est tenu par le prestataire de solutions; il contient des renseignements tels que le nombre d'opérations et le montant dû au prestataire de solutions et à l'OVI/au FSM.

⁹ Les frais d'interchange varient en fonction de plusieurs facteurs, notamment le type de carte et le risque; ces frais couvrent les coûts de la banque émettrice et des fournisseurs de cartes. Le secteur prévoit des frais fixes pour différents types de cartes, comme il a été convenu entre Visa, MasterCard et les émetteurs (banques).

le commerçant. Au cours de la période en cause, Zomaron a conservé 70 % de la marge sur coût de revient avec Elavon et 75 % avec First Data.

Demande de commerçant

[17] Dans sa description du processus de négociation et de la façon dont les frais des commerçants sont déterminés, M. Al-Ansari a renvoyé au document intitulé [TRADUCTION] « Demande du commerçant/services de commerçant Zomaron » (la demande) et a affirmé que Zomaron jouissait d'une autonomie totale quant à tous les aspects de la demande. La demande est utilisée par Zomaron dans ses interactions avec les commerçants pour saisir des informations¹⁰. Par exemple : les frais définitifs négociés pour les différents types de cartes; les services de traitement; les coordonnées de compte bancaire commercial du commerçant pour permettre aux prestataires de solutions de déposer des fonds et de débiter des frais mensuels; la sélection par le commerçant des dispositifs de traitement des paiements; et les renseignements généraux du commerçant.

[18] La demande comprend également des déclarations du commerçant ainsi que les conditions générales¹¹. En contre-interrogatoire, M. Al-Ansari a déclaré que, bien qu'elles ne soient pas clairement séparées dans la demande, tant les conditions générales d'Elavon que celles de Zomaron sont comprises dans la demande. Il a évoqué les hyperliens figurant à la page 3 de la demande, ainsi que le guide d'exploitation des commerçants et les conditions de service d'Elavon. Si Elavon accepte la demande, l'entreprise et le commerçant deviennent contractuellement liés par les conditions générales négociées et par celles intégrées dans la demande signée qui a été transmise à Elavon; aucun autre accord n'existe entre Elavon et le commerçant. Les conditions de service de Zomaron figurent à la page 5 de la demande.

[19] Pour déterminer le risque posé par le commerçant et négociier en fin de compte les tarifs, Zomaron tient compte des moyennes du secteur du commerçant et analyse les trois derniers mois de l'historique de traitement des paiements du commerçant fourni par le prestataire de solutions actuel du commerçant. M. Al-Ansari a déclaré que la détermination du prix, des taux et des frais appropriés implique une multitude de facteurs qui nécessitent une analyse commerciale approfondie afin de pouvoir

¹⁰ Zomaron peut rencontrer le commerçant, son contrôleur, son comptable ou son personnel technique pour négocier les taux en alternance.

¹¹ Les autres renseignements consistent à savoir si le commerçant a fait l'objet de réclamations, de poursuites, d'une faillite, ou si un autre prestataire de solutions a déjà mis fin à leur entente ou l'a suspendue.

ensuite mener des négociations avec les commerçants.

[20] La détermination des taux fait intervenir de nombreux facteurs, tels que : la présentation physique des cartes (moins de risques) ou l'acceptation du paiement par téléphone (plus de risques); la taille moyenne des opérations et le volume mensuel des opérations; le caractère saisonnier de l'activité du commerçant; les types de cartes que le commerçant accepte (ou veut accepter) et sa clientèle; la complexité du système téléphonique du commerçant; l'option de pourboire; la fonction liée aux frais supplémentaires du commerçant pour les paiements inférieurs à un certain montant; et la fréquence et le mode (automatique ou manuel) que le commerçant préfère pour recevoir l'argent qui est traité dans le cadre des opérations. Le coût varie selon la nature de l'activité du commerçant, le type de biens ou de services vendus et selon que ceux-ci sont consommés ou reçus immédiatement (moins de risque) ou reçus à une date ultérieure (plus de risque).

[21] Il existe également différentes méthodes de fixation des prix dans le secteur. Avec la tarification progressive, les types de cartes sont regroupés par souci de simplicité. La tarification majorée (principalement pour les commerçants spécialisés) offre une plus grande transparence, car les commerçants ou leur personnel souhaitent comprendre les différents types de cartes et leurs caractéristiques. Zomaron facturait un « coût de production majoré » ou un « prix de revient majoré » à l'opération, en plus des frais négociés. Les frais d'**Interac** fonctionnent sur un réseau de débit plutôt que sur un réseau de crédit, de sorte que les frais négociés sont des frais fixes.

[22] En plus des taux des opérations de base, Zomaron a le pouvoir discrétionnaire exclusif de déterminer les frais à payer par le commerçant pour d'autres services ou coûts liés aux opérations par carte¹². Elavon fournit à Zomaron le coût de ces autres services, et Zomaron a le pouvoir discrétionnaire de majorer le coût et de gagner des revenus, de répercuter le coût sur le commerçant ou de fixer le prix du service à perte pour Zomaron. Bien que, pour certains de ces frais supplémentaires, la marge sur coût de revient ne soit pas partagée entre Zomaron et Elavon, la plupart des marges sur coût de revient sont réparties entre les deux. L'avantage concurrentiel de Zomaron, a déclaré M. Al-Ansari, est qu'elle peut réduire les taux de traitement des

¹² Par exemple, Zomaron peut négocier avec le commerçant les frais de relevé mensuel de son compte de traitement, les frais mensuels minimums facturés à un commerçant pour des volumes d'opérations insuffisants, les frais American Express, les frais de règlement pour le coût associé au transfert des fonds par Elavon sur le compte bancaire du commerçant, et les frais d'autorisation facturés par Elavon à Zomaron pour chaque opération effectuée par le commerçant.

paiements et offrir un soutien et un service dévoué et local à ses commerçants.

[23] Une fois la demande signée, Elavon n'a généralement pas la possibilité de rajuster ou de modifier ces tarifs. M^{me} Huntington a confirmé que Zomaron jouit d'une autonomie totale quant à la tarification des opérations, comme l'a indiqué M. Al-Ansari dans son témoignage, et a déclaré que ce n'est que dans des cas rares et extrêmes qu'Elavon s'adressera à Zomaron à propos de la tarification. Par exemple, si Zomaron omettait un taux ou une taxe, Elavon le signalerait, et Zomaron en reparlerait avec le commerçant. Elavon n'interviendra qu'à la demande de Zomaron. Même si les frais étaient insuffisants, M^{me} Huntington a déclaré qu'Elavon contacterait simplement Zomaron et discuterait de la tarification, mais qu'en fin de compte, Zomaron a le droit de mettre en œuvre une stratégie de tarification pour perte. Elavon ne fait que fournir à Zomaron un « taux d'achat ». Les frais d'interchange et les frais d'Elavon combinés constituent le taux d'achat. Les recettes de Zomaron sont calculées en fonction de la différence entre la somme qu'elle négocie avec un commerçant potentiel et le taux d'achat.

[24] Une fois la demande remplie et signée par le commerçant, l'agent des ventes de Zomaron la transmet au bureau de Zomaron. Zomaron effectue alors un appel de vérification, examine les conditions, les frais et les tarifs, soumet les renseignements par voie électronique à Elavon et met ensuite le commerçant en relation avec celle-ci.

[25] Dans le secteur, le rapport risque/récompense est assez vaste, a déclaré M^{me} Huntington. Elle a expliqué qu'Elavon peut transférer des millions de dollars à un commerçant au cours d'une année, mais ne gagner que quelques cents pour chaque opération. Pour déterminer le niveau de risque, Elavon a recours à l'utilisation des sciences actuarielles. Grâce aux renseignements contenus dans la demande fournis par Zomaron, Elavon déploie beaucoup d'efforts à comprendre l'activité du commerçant et le risque financier qui en découle.

[26] À la réception d'une demande, l'équipe de souscription d'Elavon effectue des vérifications (crédit, antécédents et réglementation), satisfait aux exigences de sélection, examine la nature des activités et des finances du commerçant et effectue une analyse du risque concernant les produits ou les services. Elavon a le droit d'accepter ou de refuser tout commerçant potentiel qui fait l'objet d'une vérification au titre de sa solvabilité et du risque posé par l'activité en question¹³. Lorsqu'Elavon ouvre un compte de commerçant, elle accepte en substance de garantir un prêt au

¹³ Le paragraphe 8 de l'accord First Data stipule que les frais du commerçant sont recommandés par Zomaron et assujettis à l'approbation finale de First Data.

commerçant, étant donné qu'elle dépose les fonds de l'opération peu de temps après son approbation. Cela constitue un risque financier important pour les deux parties¹⁴. Pour prévenir les risques, Elavon surveille à la fois les commerçants et les opérations. Avant l'approbation, si Elavon souhaite que des modifications soient apportées à l'accord avec le commerçant, elle donne des instructions à Zomaron et communique avec le commerçant. Une fois l'approbation obtenue, Elavon ouvre un compte de traitement pour le commerçant et en informe Zomaron.

[27] Zomaron acquiert alors des appareils et dote l'entreprise du commerçant en terminaux et équipements connexes rattachés au compte de traitement du commerçant auprès des prestataires de solutions afin que ces derniers puissent commencer à traiter les opérations de paiement par carte. Zomaron fournit un service et un soutien continu pour les terminaux de traitement des commerçants.

[28] Après s'être inscrit, si un commerçant éprouve des problèmes ou souhaite modifier le prix, Zomaron s'en charge. Dans ce dernier cas, Zomaron soumet un « formulaire de changement de tarif » à Elavon.

[29] Elavon ne communique directement avec les commerçants que très rarement. Toutes les communications se font entre Zomaron et le commerçant. Entrer en contact avec l'OVI/le FSM plutôt qu'avec le prestataire de solutions est une norme de l'industrie. Si le commerçant communique avec Elavon, une « fenêtre contextuelle » apparaît dans son système avec les coordonnées de Zomaron. Elavon redirige le commerçant vers Zomaron en transférant l'appelant ou en lui fournissant les coordonnées de celle-ci. Si le commerçant communique avec Elavon pour changer de tarif ou recevoir un tarif inférieur, Elavon le redirige invariablement vers Zomaron. Si un commerçant appelle Elavon pour demander l'annulation du compte, Elavon renvoie la demande à Zomaron pour que celle-ci la traite et Zomaron tente de préserver le compte. Toutefois, pour les problèmes mineurs, comme un entassement du papier dans le terminal, Elavon apporte son aide.

Accords

[30] Les références aux « articles » ci-dessous renvoient aux articles des accords

¹⁴ Par exemple, la banque émettrice se met généralement d'accord avec le client si une opération est contestée (comme un retard de livraison ou si la société a cessé d'exister) et que le montant doit être remboursé. Si le client demande un remboursement (rétrofacturation), Elavon doit collecter les fonds auprès du commerçant, qui en assume la responsabilité financière finale. Toutefois, il se peut qu'Elavon ne puisse pas récupérer les fonds auprès du commerçant, car celui-ci a peut-être fait faillite ou est en difficulté.

respectifs.

[31] M. Al-Ansari a déclaré que les services fournis par Zomaron pour First Data et les modalités et conditions de l'accord First Data régissant leur relation sont pratiquement les mêmes que les services, modalités et conditions exécutés pour Elavon, et Zomaron a eu moins d'activité en ce qui concerne First Data pendant la période en cause. Je conviens qu'il y a des similitudes entre les deux accords. Par conséquent, l'essentiel des présents motifs portera sur l'accord Elavon, mais le raisonnement vaudra tout autant à First Data.

1) *Accord Elavon*

[32] Les explications produites par M. Al-Ansari et M^{me} Huntington sur les services fournis par Zomaron pour Elavon sont cohérentes et conformes au contenu de l'accord Elavon; ils en avaient chacun une compréhension similaire des modalités et conditions.

[33] Le préambule de l'accord Elavon est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION]

OBJET DE L'ACCORD : L'objet du présent accord est d'établir les modalités et conditions selon lesquelles le FSM recommandera à Elavon et au membre les commerçants potentiels répondant aux critères d'Elavon et du membre dans le but de fournir à ces commerçants des services de traitement des opérations financières, et d'établir la rétribution qu'Elavon et le membre devront payer au FSM pour ces recommandations et autres services tels qu'ils sont décrits dans le présent accord.

[34] L'expression « accord de commerçant » est défini au paragraphe 1.1.10 ainsi :

[TRADUCTION]

accord de commerçant Accord écrit entre (i) Elavon et un membre dans la mesure requise par les règlements concernant les réseaux de carte de paiement), et (ii) un commerçant, aux termes duquel le commerçant s'engage à respecter les dispositifs d'opérations financières.

[35] L'article 2 définit les devoirs et obligations de Zomaron. L'article 2 et les paragraphes 2.1, 2.2, 2.3, 2.5, 2.10, 2.10.1 à 2.10.3, 2.12 et 2.14 précisent ce qui suit :

[TRADUCTION]

2. DEVOIRS ET OBLIGATIONS DU FSM.

2.1 Recrutement des commerçants. Le FSM commercialisera activement, et en déployant tous les efforts raisonnables, les services aux commerçants offerts

par Elavon et le membre aux commerçants potentiels. Ces services de marketing et d'assistance comprendront, notamment, la distribution par le FSM de documents de promotion et d'information et des fournitures relatifs aux services aux commerçants fournis par Elavon.

2.2 Souscription/Approbation. Toutes ces recommandations doivent être communiquées par le FSM à Elavon de la manière approuvée. Elavon traitera toute recommandation et toute demande de commerçant correspondante conformément aux politiques de crédit et de risque, aux directives de souscription et aux autres pratiques et procédures alors en vigueur pour Elavon et le membre (collectivement, les directives de souscription, jointes aux présentes en annexe A). Ces directives de souscription peuvent être modifiées de temps à autre et communiquées au FSM d'une manière acceptable, conformément aux présentes. Elavon et le membre se réservent le droit, à leur seule discrétion, de refuser de signer un contrat avec tout commerçant mentionné recommandé par le FSM.

2.3 Accords de commerçant. Les commerçants recommandés par le FSM et acceptés par Elavon et le membre ont une relation commerciale directe avec Elavon et le membre et sont tenus de conclure un accord de commerçant qui régira les rapports entre le commerçant, Elavon et le membre. Le FSM ne sera pas partie à un tel accord de commerçant. Elavon fournira au FSM l'accès au formulaire approuvé de demande de commerçant et des copies des accords avec le commerçant (qui comprennent actuellement les « conditions de service » et le « Guide d'utilisation du commerçant ») qui doivent être fournis à tous les commerçants relativement aux services offerts.

2.5 Propriété des commerçants recommandés. Le FSM reconnaît et accepte que tout commerçant qui est partie à un accord de commerçant a, et aura, une relation commerciale directe avec Elavon (et un membre dans la mesure requise par les règlements concernant les réseaux de cartes de paiement). Sous réserve des règlements concernant les réseaux de cartes de paiement, et malgré toute disposition contraire dans un accord de commerçant, Elavon doit administrer et contrôler les accords avec le commerçant et les rapports créés par ceux-ci (ce contrôle doit comprendre, sans toutefois s'y limiter, les décisions concernant la continuation, la modification, la cession ou la résiliation de cet accord de commerçant).

2.10 Services fournis par le FSM. En plus des fonctions définies ailleurs dans le présent accord qu'il doit exercer, le FSM fournira certains services aux commerçants recommandés au nom d'Elavon et du membre de la manière indiquée ci-dessous. En cas de manquement à fournir un niveau de service adéquat, Elavon peut, à sa discrétion, interrompre le paiement de tout solde dû au commerçant recommandé concerné. À ce titre, le FSM fournira les services suivants au nom d'Elavon et du membre aux commerçants recommandés :

2.10.1 Formation. Le FSM fournira à chaque commerçant recommandé la formation nécessaire sur les procédures et les règlements concernant les réseaux de

cartes de paiement applicables à l'acceptation des DOF, au fonctionnement des équipements terminaux et à l'utilisation des produits et services d'Elavon. Le FSM formera initialement les commerçants recommandés, ce qui inclut, le cas échéant, la distribution d'une trousse d'installation pour les commerçants. Le FSM formera également les nouveaux employés du commerçant recommandé s'il le juge nécessaire, à la condition toutefois que, quelle que soit la méthode de formation employée par le FSM, cette formation soit conforme aux dispositions du présent accord.

2.10.2 Soutien au commerçant. Le FSM fournira un soutien continu raisonnable à chaque commerçant recommandé et fera tous les efforts raisonnables pour remédier à tout problème de service à la clientèle éprouvé par ces commerçants recommandés. Le FSM supervisera les membres du personnel qu'il peut vouloir engager en tant qu'employés ou mandataires dans le cadre des activités ci-dessous. Le FSM aura la charge exclusive de ces membres du personnel et s'assurera qu'ils respectent pleinement les modalités et les dispositions du présent accord.

2.10.3 Preuve d'existence. Le FSM fournira une preuve d'existence appropriée pour chaque commerçant recommandé conformément aux directives de souscription.

2.12 Types de commerçants exclus. Le FSM s'engage à ce que ni lui ni aucun de ses employés, sociétés affiliées, filiales ou mandataires ne sollicite un client ou un commerçant existant d'Elavon ou d'un membre, ou leurs sociétés mères, filiales ou sociétés affiliées respectives.

2.14 Documents publicitaires ou promotionnels. Tous les documents publicitaires ou promotionnels utilisés par le FSM doivent être conformes aux règlements concernant les réseaux de cartes de paiement. Elavon informera le FSM de tout manquement dont elle aura connaissance.

[36] L'article 11 définit le rachat de rétribution. L'article 11 et le paragraphe 11.3 stipulent :

[TRADUCTION]

11. RACHAT DE RÉTRIBUTION

11.1 Rachat de rétribution. Elavon aura la possibilité, à sa seule discrétion, d'offrir de faire un paiement unique au FSM pour racheter les droits du FSM à recevoir une rétribution pour un marchand recommandé ou un groupe de marchands recommandés dans le cadre du présent accord (le paiement de rachat résiduel).

11.3 Option de transfert. Malgré les restrictions de sollicitation énoncées dans le présent accord, le FSM peut souhaiter transférer les comptes de marchands recommandés ouverts auprès d'Elavon vers un autre prestataire de solutions ou une autre institution financière, à la condition que chaque commerçant qui doit être

transféré ait effectué le traitement d'opérations auprès d'Elavon depuis au moins trois (3) ans. La propriété d'Elavon à l'égard de ces comptes à transférer ne prendra pas fin avant la réception d'un avis écrit de la part de chaque commerçant. Le FSM doit donner à Elavon un préavis d'au moins 90 jours de son intention d'exercer ses droits aux termes de cette disposition.

[37] En réponse aux questions qui lui ont été posées, M. Al-Ansari a déclaré que les mots et expressions « recommandera » et « ces recommandations » dans le préambule ne définissent pas avec précision les services fournis par Zomaron. Zomaron a plutôt pris plusieurs mesures menant à l'acceptation par les commerçants du traitement des paiements relatifs aux opérations financières¹⁵. M^{me} Huntington a indiqué que par « recommandera », on entend recrutera, sollicitera et rassemblera. Il est clair que les accords, l'ECPDF et les témoignages confirment que Zomaron a fourni « d'autres services » outre le recrutement¹⁶.

[38] Même si le paragraphe 2.1 stipule que Zomaron « commercialisera » les services aux commerçants offerts par Elavon, M. Al-Ansari a contredit cette affirmation, la qualifiant de fausse déclaration et a affirmé que Zomaron n'a pas de relation avec le service de marketing d'Elavon. En général, les OVI/FSM ne proposent pas de services de marketing semblables à ceux d'une agence de marketing et ils peuvent compter sur plusieurs prestataires de solutions partenaires. Les prestataires de solutions incluent de telles dispositions dans les accords afin que les OVI/FSM fassent de leur mieux pour attirer des commerçants auprès d'eux plutôt qu'auprès d'un autre prestataire de solutions. Les deux témoins ont déclaré que Zomaron ne se livre à aucune activité de marketing, de promotion ou de publicité au nom d'Elavon. Je retiens leurs explications sur ces aspects à la lumière d'autres éléments de preuve qui vont dans le même sens.

[39] En ce qui concerne l'article 2.3 et la référence à une « relation commerciale directe » entre le commerçant et Elavon, M. Al-Ansari a indiqué que cela signifie simplement que les services financiers sont offerts directement par Elavon. En d'autres termes, Elavon dépose les fonds dans le compte bancaire du commerçant et en débite les frais. M^{me} Huntington a déclaré que l'accord Elavon devait être rédigé de cette façon parce que Zomaron n'était pas membre de Visa ou de MasterCard. Peut-être faisait-elle allusion à autre chose ou s'était-elle trompée, car son commentaire sur le droit d'adhésion semble être en contradiction avec le témoignage

¹⁵ Pièce A-1 – onglet 1, Accord relatif aux fournisseurs de services aux membres et contrat de vente et de service pour MasterCard, Visa et autres réseaux de paiement, page 1.

¹⁶ Paragraphes 2.10 et 2.10.1 à 2.10.3 de l'accord Elavon. Par exemple, des activités de formation concernant les procédures, la réglementation, le fonctionnement des terminaux et l'utilisation des produits Elavon.

de M. Al-Ansari qui affirme le contraire. Je prête foi au témoignage de ce dernier sur ce point.

[40] Concernant l'article 2.5 et la capacité de contrôle d'Elavon, M^{me} Huntington a expliqué que cela visait simplement à permettre à Elavon de fermer un compte de commerçant en raison de toute préoccupation potentielle du point de vue de la prévention des risques ou des pertes.

[41] Le renvoi à l'article 11 au « rachat de rétribution » signifie selon M^{me} Huntington que l'OVI/le FSM bénéficie d'une stratégie de sortie dans le cadre de laquelle Elavon peut racheter les paiements résiduels que l'OVI/le FSM aurait reçus au fil du temps et où Elavon peut prendre en mains ce commerçant. Cela se produit fréquemment dans le secteur.

[42] Quant au paragraphe 11.3, « Option de transfert », M. Al-Ansari a déclaré qu'il permet effectivement à Zomaron de déplacer le compte ouvert d'un commerçant d'un prestataire de solutions à un autre. Il a fait remarquer que ces dispositions montrent la complexité du secteur où la relation directe est avec les prestataires de solutions, mais où c'est Zomaron qui continue de prendre en mains le commerçant. M^{me} Huntington a expliqué que, parce que le secteur est très concurrentiel et que la compression des taux est assez fréquente, les stipulations de l'accord mettent en garde contre les transferts constants de commerçants, de sorte qu'Elavon exige que le commerçant lui reste fidèle pendant au moins trois ans.

2) *Accord First Data*

[43] Les clauses d'introduction de l'accord First Data (l'accord de commercialisation) se lisent comme suit :

[TRADUCTION]
CLAUSES INTRODUCTIVES

A. First Data a mis en place et gère un programme pour les commerçants en vue du traitement et du règlement des opérations par carte bancaire.

B. First Data souhaite conclure un contrat avec l'OVI pour commercialiser le programme auprès de commerçants potentiels, et l'OVI est disposée à fournir ces services, selon les modalités et conditions définies dans le présent accord.

[44] Les mots « commerçant » et « normes du programme » sont définis comme suit :

[TRADUCTION]

« commerçant » Chaque commerçant, ayant un ou plusieurs emplacements au Canada, sollicité par l'OVI au nom de First Data et approuvé par celle-ci, pour être partie à un accord de commerçant.

« normes du programme » Les critères de crédit, les normes et les politiques et procédures établies par First Data, que doit utiliser l'OVI relativement à la sollicitation de commerçants potentiels et les autres politiques, procédures, amendes et pénalités établies par First Data, qui sont conçues pour promouvoir la satisfaction des commerçants, pour préserver les relations avec les commerçants existants, pour faciliter la croissance du programme et pour assurer la sécurité ou la solidité financière de First Data et de son programme. L'annexe B ci-jointe est la liste de certaines catégories de commerçants qui ne seront jamais acceptables dans le cadre du programme. Les normes du programme, y compris, sans toutefois s'y limiter, la liste des entreprises inacceptables de l'annexe B, peuvent être modifiées par First Data de temps à autre à sa seule discrétion.

[45] L'article 2 définit les obligations de Zomaron envers First Data. Il stipule, en partie :

[TRADUCTION]

2. Obligations de l'OVI.

a) L'OVI doit faire de son mieux pour solliciter des commerçants potentiels afin de signer des accords de commerçant avec First Data et doit promouvoir le programme de First Data comme son offre privilégiée. L'expression « offre privilégiée » signifie que l'OVI utilisera le programme de First Data à moins que [...] Dans le contexte de la sollicitation de commerçants par l'OVI, l'OVI (i) communiquera aux commerçants l'existence et la disponibilité du programme, à condition que la nature et le contenu de cette communication soient laissés à la discrétion raisonnable de First Data; (ii) distribuera à ses commerçants des documents promotionnels approuvés par First Data concernant le programme; et (iii) fournira d'autres services raisonnables que l'OVI et First Data jugent souhaitables pour promouvoir et commercialiser le programme.

b) L'OVI donnera aux commerçants existants et potentiels la directive de fournir à First Data les informations financières que First Data pourra émettre de temps à autre. L'OVI fera de son mieux pour attirer l'attention de First Data sur toute information qu'elle considère comme raisonnablement pertinente en vue de déterminer la solvabilité de tout commerçant existant ou potentiel, et l'OVI suivra les normes du programme pour solliciter des commerçants potentiels.

c) L'OVI doit obtenir les informations et prendre les mesures que First Data peut raisonnablement exiger de temps à autre lors de son traitement des commerçants potentiels, y compris :

(i) remplir, et soumettre à First Data, une demande de commerçant pour chaque commerçant;

(ii) mettre en œuvre et documenter des procédures pour vérifier que chaque commerçant mène ou a l'intention de mener une opération commerciale de bonne foi, y compris la vérification de l'identité du commerçant et l'exercice de la diligence raisonnable en ce qui concerne les installations, l'équipement, les stocks et toute licence ou tout permis commercial requis. L'OVI fournira à First Data une copie de ces procédures sur demande écrite;

(iii) sur demande écrite, remettre un rapport d'inspection écrit à First Data sous la forme que First Data peut de temps à autre désigner;

(iv) obtenir et remettre à First Data, le cas échéant, toute information requise par First Data, y compris un accord de commerçant entièrement rempli, des états financiers, des relevés de carte bancaire et des résolutions d'entreprise pour chaque commerçant.

[46] L'article 7 décrit les accords de commerçant. Les alinéas 7b) et c) stipulent :

[TRADUCTION]

7b) First Data prendra, à sa seule discrétion, la décision finale quant à l'acceptation ou non d'un commerçant potentiel dans le programme.

7c) Tous les accords de commerçant et les comptes et enregistrements des commerçants sont et demeurent la propriété exclusive de First Data. L'OVI reconnaît et accepte que tous les accords de commerçant et les comptes et enregistrements des commerçants sont la propriété de First Data et ne peuvent être transférés, cédés, vendus ou échangés par l'OVI.

[47] L'article 8 définit le taux d'escompte et stipule :

[TRADUCTION]

8. Taux d'escompte des commerçants de l'OVI (le TEC). Le TEC de l'OVI facturé au commerçant aux termes de l'accord de commerçant, sous la forme de « frais de traitement du commerçant par opération », doit être recommandé par l'OVI, mais dans tous les cas, il est assujéti à l'approbation finale de First Data à sa seule discrétion, laquelle approbation ne doit pas être refusée de manière déraisonnable.

[48] L'article 15 définit les documents promotionnels et stipule :

[TRADUCTION]

15. Documents promotionnels; Marques.

a) Sur demande de l'OVI, First Data fournira à l'OVI et aux commerçants, aux tarifs alors en vigueur de First Data, les documents promotionnels et les fournitures du programme, y compris les documents relatifs aux opérations, les notes de crédit et autres formulaires. Lors de la résiliation du présent accord, l'OVI et les commerçants cesseront immédiatement d'utiliser et n'utiliseront plus aucun

document promotionnel identifiant First Data, ou contenant un nom commercial, une marque commerciale, une marque de service ou un logo associé aux cartes bancaires ou à First Data (collectivement, les marques), sauf dans la mesure où cette utilisation peut être autorisée aux termes d'un accord distinct.

[49] Le témoignage de M. Al-Ansari a été contesté lors du contre-interrogatoire à propos du titre « accord de commercialisation » (c'est-à-dire l'accord First Data) et le mot « commercialisation » et autres mots similaires en rapport avec First Data¹⁷. Il a de nouveau nié que Zomaron ait fourni des activités de marketing, de promotion ou de publicité pour First Data (ou pour Elavon). Zomaron n'avait pas non plus de relation avec le service de marketing de First Data ni ne disposait d'aucun de ses documents de marketing. Zomaron élabore ses propres documents promotionnels pour solliciter les commerçants, fait de la publicité en ligne et reçoit des recommandations de la chambre de commerce locale. La plupart des commerçants sont entrés en contact avec Zomaron, et ceux qui se sont inscrits auprès de Zomaron sont passés d'un ancien prestataire de solutions de paiement à Zomaron. Je retiens son témoignage selon lequel l'objectif déclaré de l'accord (commercialiser le programme auprès de commerçants potentiels) et d'autres affirmations concernant le marketing, les promotions et la publicité sont inexacts et que le titre « accord de commercialisation » est une appellation erronée. Je reviendrai plus tard sur ces éléments dans les présents motifs.

[50] L'alinéa 7c) stipule : [TRADUCTION] « tous les accords de commerçant et les comptes et enregistrements des commerçants sont la propriété de First Data et ne peuvent être transférés, cédés, vendus ou échangés par l'OVI ». M. Al-Ansari a expliqué que, si Zomaron a le droit de transférer le commerçant à un autre prestataire de solutions, les prestataires de solutions, eux, veulent conserver la mainmise sur leurs accords et comptes respectifs afin que Zomaron ne puisse pas déplacer les comptes du jour au lendemain.

[51] Sauf indication contraire, encore une fois, je retiens les explications des deux témoins concernant les articles des accords respectifs.

III. Thèses des parties

[52] Zomaron soutient que les frais qu'elle a reçus de la part des prestataires de solutions constituaient la contrepartie d'un « service financier » au sens de la définition de l'alinéa 123(1)l) parce que Zomaron était un intermédiaire qui « prenait les mesures en vue d'effectuer » un service financier en mettant en relation les

¹⁷ Pièce A1 – Onglet 2, accord de commercialisation.

commerçants qui avaient besoin d'un service financier particulier avec les prestataires de solutions qui offraient ce service. Zomaron a facilité l'intégralité du processus menant à l'acceptation par les commerçants du traitement des paiements relatifs aux opérations financières par les prestataires de solutions. À ce titre, elle n'est pas assujettie à la TPS.

[53] L'intimée soutient de son côté que Zomaron a fourni des services qui étaient rendus en préparation d'un service financier et de nature promotionnelle. Elle recrute et conserve la clientèle des commerçants pour le compte des prestataires de solutions, ce qui aboutit à la présentation de demandes dûment remplies. Puisque ces services promotionnels sont exclus de la définition de services financiers aux termes de l'alinéa 123(1)r.4), la fourniture ne peut pas être admissible à titre de service consistant « à prendre des mesures » en vue d'effectuer un service financier.

[54] Tous les renvois aux dispositions légales qui suivent dans les présents motifs sont des renvois à la *Loi sur la taxe d'accise*.

IV. Cadre législatif

[55] Aux termes du paragraphe 165(1), la TPS est imposée sur toutes les fournitures taxables effectuées au Canada¹⁸. Pour déterminer si la TPS est exigible, il est nécessaire de qualifier la fourniture en question.

[56] Les définitions pertinentes du paragraphe 123(1) sont les suivantes :

« fourniture taxable » Fourniture effectuée dans le cadre d'une activité commerciale.

« activité commerciale » Constituent des activités commerciales exercées par une personne [...] « l'exploitation d'une entreprise [...] sauf dans la mesure où l'entreprise comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées¹⁹.

« fourniture exonérée » Fourniture figurant à l'annexe V. La partie VII de

¹⁸ Pour les provinces participantes, le paragraphe 165(2) impose la partie provinciale de la taxe de vente harmonisée lorsqu'une fourniture taxable est effectuée dans une province participante. Les paragraphes 221(1) et 228(2) combinés imposent au fournisseur l'obligation de percevoir la TPS lorsqu'il effectue une fourniture taxable et l'obligent à verser au receveur général la taxe nette déterminée aux termes de l'article 225. La taxe est calculée au taux légal sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

¹⁹ Les activités de Zomaron ont été exercées en lien avec son entreprise et, par conséquent, ont été rendues dans l'exercice d'activités commerciales, à moins que la fourniture n'implique la réalisation d'une fourniture exonérée.

l'annexe V dispose que certaines fournitures de services financiers sont exonérées de la TPS²⁰.

Par « service financier » on entend, en règle générale, une activité énumérée dans l'un des alinéas d'inclusion a) à m) de la définition, et ne figure alors pas dans les alinéas d'exclusion n) à t).

[57] Les parties pertinentes de la définition dans le présent appel se trouvent à l'alinéa 123(1)l). Il est rédigé comme suit :

service financier

[...]

l) le fait de consentir à effectuer, ou de prendre les mesures en vue d'effectuer, un service qui, à la fois :

(i) est visé à l'un des alinéas a) à i),

(ii) n'est pas visé aux alinéas n) à t).

[...]

La présente définition exclut :

[...]

r.4) le service, sauf un service visé par règlement, qui est rendu en préparation de la prestation effective ou éventuelle d'un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l), ou conjointement avec un tel service, et qui consiste en l'un des services suivants :

(i) un service de collecte, de regroupement ou de communication de renseignements,

(ii) un service d'étude de marché, de conception de produits, d'établissement ou de traitement de documents, d'assistance à la clientèle, de publicité ou de promotion ou un service semblable;

V. Discussion

[58] En effet, comme le disent les parties, l'utilisation des services de traitement des paiements par carte rendus par Elavon et First Data, les prestataires de solutions,

²⁰ Les services financiers exportés qui sont des fournitures détaxées conformément à la partie IX de l'annexe VI sont exclus.

aux commerçants constituait des services financiers.

[59] Là encore, la question à trancher est de savoir si les services fournis par Zomaron aux sous-traitants ou en leur nom, conformément aux accords respectifs et selon les faits constants, constituent un service financier.

[60] Avant de discuter cette question, il est nécessaire de déterminer si la fourniture globale consiste en une fourniture mixte unique ou en des fournitures multiples. Le critère à appliquer a été construit par l'arrêt *Calgary (Ville) c. Canada*, 2012 CSC 20, [2012] 1 R.C.S. 689, d'après le critère consacré par le juge Rip (tel était alors son titre) dans la décision *O.A. Brown Ltd. c. Canada*, [1995] G.S.T.C. 40, [1995] A.C.I. n° 678 (*O.A. Brown*)²¹. Dans l'arrêt *O.A. Brown*, la Cour a conclu qu'une fourniture mixte est une fourniture unique comportant plusieurs éléments constitutifs dont certains auraient été taxés et d'autres non, s'ils avaient été fournis séparément. Les fournitures multiples sont effectuées et taxées séparément²².

[61] En déterminant le caractère de la fourniture globale, le juge Rip a recherché son « essence » et a appliqué le critère suivant, à savoir si « la prétendue fourniture séparée fait partie intégrante ou est un élément constitutif de la fourniture globale ». Ainsi, la véritable nature de l'opération doit être examinée pour déterminer les conséquences fiscales. Il a été noté que « [u]n facteur à prendre en considération est de savoir si, de façon réaliste, la présumée fourniture séparée peut être omise de la fourniture globale »²³. Le juge Rip a fait observer ce qui suit : « [...] il faudrait se demander dans quelle mesure les services qui constitueraient [...] une fourniture unique sont liés les uns aux autres, quelle est l'étendue de leur interdépendance et de leur enchevêtrement, et si chaque service fait partie intégrante d'un ensemble [composite]. De plus, il est important de faire preuve de bon sens au moment de répondre à la question.

²¹ *Calgary (Ville)*, aux paragraphes 31 à 46. La Cour a conclu que la véritable nature des services liés aux installations de transport de la ville (fourniture distincte) était préparatoire à la fourniture de services de transport en commun.

²² Le juge Rip a noté que la loi du Royaume-Uni, *Value Added Tax (UK) 1983*, ch. 55, contenait des dispositions semblables à celles de la *Loi sur la taxe d'accise*. Dans l'arrêt *O.A. Brown*, la Cour a conclu qu'il s'agissait du service d'achat parce qu'il faisait partie intégrante de la fourniture globale de bétail et a conclu qu'une prestation unique avait été fournie, puisque le service d'achat était indissociable des autres services offerts.

²³ Paragraphes 22 et 23. Ce critère est dégagé de la jurisprudence anglaise.

[62] Le critère a été étoffé dans l'arrêt *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 C.A.F. 269, [2013] A.C.F. n° 1271 (*Global*)²⁴. Au paragraphe 25, la Cour a noté qu'aucun des trois éléments de la fourniture recensés lors de l'instruction n'était en soi « efficace sur le plan commercial »²⁵. Cela, jumelé au fait qu'il n'y avait aucune preuve que *Global* aurait été prête à payer une contrepartie aux casinos pour l'un des trois éléments en soi, signifiait que les trois éléments étaient « totalement interreliés et [étant donné] qu'une seule contrepartie [avait] été versée, il y a fourniture unique de services ».

[63] En appliquant le bon sens, il ressort des accords et des faits constants que les services fournis par Zomaron étaient inextricablement et intégralement liés les uns aux autres au point de devoir être considérés comme une fourniture unique, car aucun des éléments n'était en soi efficace sur le plan commercial, et Zomaron a reçu une contrepartie unique (une partie de la marge sur coût de revient sur chaque opération traitée par les prestataires de solutions). J'abonde dans le sens des parties et je tire ce constat de fait : Zomaron a effectué « une fourniture mixte unique », plutôt que plusieurs fournitures distinctes.

[64] Dans l'arrêt *Global*, la Cour s'est ensuite penchée sur la question de savoir si cette fourniture unique répondait à la définition légale du « service financier ». Elle a construit et appliqué un critère à deux volets appelant les questions suivantes :

- 1) Après interprétation des contrats conclus entre les casinos et *Global*, quels sont les services fournis par les casinos à *Global* qui ont justifié le versement de commissions par *Global*?
- 2) Ces services sont-ils visés par la définition que la loi donne à l'expression « service financier »?

[65] Dans l'arrêt *Great-West, Compagnie d'assurance-vie c. Canada*, 2016 C.A.F. 316, [2016] G.S.T.C. 118 (*Great-West*), la Cour s'est attardée à ce qui

²⁴ La Cour a jugé qu'il y avait une seule fourniture de services effectuée par les casinos à *Global* qui relevait de l'alinéa g) de la définition de « service financier », à savoir « l'octroi d'une avance ou de crédit ou le prêt d'argent ». Les activités de *Global* consistaient à fournir de l'argent liquide aux détenteurs de cartes de crédit. *Global* a conclu des contrats avec des casinos pour s'assurer que les clients peuvent obtenir de l'argent liquide dans les locaux du casino, de sorte qu'il y ait une avance de fonds à un client qui était ensuite remboursée par *Global*.

²⁵Voir *Club Intrawest c. Canada*, 2017 C.A.F. 151, au paragraphe 80.

est envisagé par les deux questions soulevées dans *Global*²⁶. Premièrement, *tous* les services fournis aux termes du contrat doivent être déterminés pour la contrepartie reçue. Deuxièmement, il faut ensuite déterminer uniquement les « éléments prédominants » de la fourniture s'il s'agit d'une fourniture mixte unique pour vérifier si la fourniture est incluse dans la définition de « service financier », parce que seuls les éléments prédominants sont pris en compte dans l'application des inclusions et exclusions de la définition.

A. Fourniture que Zomaron a effectuée pour les prestataires de solutions

[66] En ce qui concerne le premier volet du critère, je dois déterminer tous les services fournis par Zomaron pour les frais reçus des prestataires de solutions en lien avec les services de traitement des paiements par carte que les commerçants reçoivent des prestataires de solutions.

[67] Aux termes des accords respectifs, comme il a été discuté en détail précédemment :

a. Zomaron a accepté de recruter des commerçants potentiels pour Elavon en ce qui concerne les services de traitement des paiements par carte et a fourni d'autres services (formation et soutien continus) aux commerçants au nom d'Elavon;

b. Zomaron a accepté de : solliciter des commerçants potentiels pour First Data relativement aux services de traitement des paiements par carte; choisir First Data comme « offre privilégiée »; demander aux commerçants de fournir à First Data des renseignements financiers et autres; envoyer à First Data une demande de commerçant dûment remplie et signée; vérifier que l'activité commerciale du commerçant est de bonne foi; et fournir à First Data des rapports d'inspection sur demande.

[68] La lettre d'Elavon de décembre 2017 confirme que Zomaron a fourni d'autres services par rapport à ceux énumérés dans les accords types.

²⁶ Paragraphes 47 et 48. Dans l'arrêt *Great-West*, la fourniture consistait en une fourniture mixte unique composée de divers services liés à la détermination et au paiement d'avantages à des pharmacies, au nom d'un régime d'assurance inscrit, aux termes de régimes collectifs d'assurance-maladie.

[69] L'ECPDF résume les services fournis par Zomaron. Ces services sont les suivants :

- a) repérer des commerçants potentiels;
- b) recueillir et analyser les renseignements concernant les facteurs propres aux commerçants en vue de la négociation;
- c) négocier (taux, frais, tarification et durée de l'accord) avec les commerçants potentiels et leur demander de remplir et d'exécuter la demande d'Elavon et la demande du commerçant ainsi que l'accord du commerçant pour First Data, afin de permettre aux commerçants de recevoir des services de traitement des paiements par carte de la part des prestataires de solutions;
- d) négocier éventuellement certaines modalités et conditions telles qu'elles sont circonscrites dans la demande (pour Elavon uniquement);
- e) fournir un soutien continu aux commerçants (pour Elavon uniquement);
- f) vérifier si le commerçant continue de se conformer aux exigences du réseau de paiement.

[70] Ce qui précède est l'ensemble des services que Zomaron a fournis aux processeurs.

[71] M. Al-Ansari a déclaré que la rétribution de Zomaron dépend entièrement de ce qu'un service financier est finalement fourni par un prestataire de solutions à un commerçant. Chaque mois, Zomaron reçoit une partie des frais de transaction, la « marge sur coût de revient », qui est partagée entre lui et les prestataires de solutions. La part de Zomaron augmente en fonction du volume et de la quantité des opérations de traitement des paiements traitées par les prestataires de solutions et fournies aux commerçants recrutés par l'appelante.

B. Est-ce que la fourniture unique constitue un service financier?

[72] En ce qui concerne le deuxième volet du critère consacré par la jurisprudence *Global*, je dois déterminer le ou les éléments prédominants de la fourniture unique pour décider si cette fourniture constitue un « service financier » tel qu'il est défini au paragraphe 123(1).

[73] Dans l'arrêt *Great-West*, la Cour a souligné, lors du deuxième volet, l'importance de ne prendre en compte que les éléments prédominants de la fourniture. Dans l'arrêt *Club Intrawest c. Canada*, 2017 C.A.F. 151, [2017] G.S.T.C. 51, la Cour reprend ce point en observant, au paragraphe 82, ce qui suit :

Ce que je tire de la décision *Global Cash Access*, c'est l'attention qu'il faut porter à l'élément prédominant d'une fourniture unique en vue d'appliquer la Loi. C'est une erreur de droit que d'appliquer la Loi en portant attention aux services qui ne font pas partie de l'élément prédominant de la fourniture unique [...]

[74] Ainsi, dans les arrêts *Global* et *Great-West*, la Cour a souligné l'importance du ou des éléments prédominants de la fourniture pour déterminer si la fourniture relève des alinéas d'inclusion et d'exclusion de la définition de « service financier » au paragraphe 123(1), l'un des alinéas étant l'alinéa 1).

[75] L'alinéa 1) de la définition légale, figurant au paragraphe 57 des présents motifs, inclut l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » un service financier. Il faut déterminer si la fourniture de Zomaron consistait à « prendre les mesures en vue d'effectuer » un service financier et quel est l'élément prédominant de la fourniture.

[76] Zomaron soutient que l'élément prédominant de la fourniture qu'il a effectuée était de servir d'intermédiaire pour « prendre les mesures en vue de » l'utilisation par les commerçants des services de traitement des paiements par carte du prestataire de solutions. L'intimée réplique que l'élément prédominant comprend la fourniture de services préparatoires et promotionnels dans le cadre desquels Zomaron recrute et conserve la clientèle des commerçants pour les prestataires de solutions. À ce titre, les prestataires de solutions paient pour la promotion de leurs services, qui aboutit à la présentation d'une demande dûment remplie. En outre, la structure de rétribution permet de conclure à un élément prédominant de promotion puisque la structure de partage des frais incite Zomaron à recruter davantage de commerçants

Prendre les mesures en vue d'effectuer

[77] Bien qu'il ne soit pas controversé entre les parties que la jurisprudence a retenu un critère moins rigoureux pour établir si un service constitue le fait de « prendre les mesures en vue d'effectuer » une fourniture, elles divergent sur la question de savoir si les modifications apportées en 2010 à la définition du « service financier » ont changé la portée de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer ».

[78] L'intimée affirme que ces modifications ont réduit la portée de cette expression et que l'interprétation de la Cour dans la décision *Promotions D.N.D. Inc. c. La Reine*, 2006 C.C.I. 63, [2006] G.S.T.C. 10, (*Les Promotions D.N.D.*), a indûment élargi son champ d'application en appliquant un critère moins rigoureux; cela s'apparentait à une modification législative²⁷. L'application d'un critère moins rigoureux dans l'interprétation de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer », soutient l'intimée, est incompatible avec le sens plausible du libellé de l'alinéa l) et n'est pas étayée par une analyse textuelle, contextuelle et téléologique. Par conséquent, la jurisprudence antérieure à 2010 ne peut être applicable que dans une certaine mesure.

[79] En revanche, Zomaron affirme que les modifications n'ont pas introduit de nouvelles exigences pour un service consistant à « prendre les mesures en vue d'effectuer » ce service. Le critère moins rigoureux demeure intact et la définition formulée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. Association canadienne de protection médicale*, 2009 C.A.F. 115, [2009] G.S.T.C. 65 (*ACPM*) va dans le sens d'un sens large et souple selon le contexte²⁸.

[80] Dans la décision *Les Promotions D.N.D.*, la Cour a conclu que le service de l'intermédiaire et la prestation finale du service financier doivent être liés quant à l'objet. Pour être qualifiée de fourniture consistant à « prendre les mesures en vue d'effectuer » le service selon l'alinéa l), celle-ci doit être liée à la transition entre l'acquisition du service financier et la fourniture de ce service financier. Par conséquent, l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » englobe le recours à un intermédiaire dans le cadre de la prestation de services financiers. Récemment, dans la décision *Banque canadienne impériale de commerce c. La Reine*, 2018 C.C.I. 109, [2018] G.S.T.C. 57 (*CIBC*), le juge en chef Rossiter s'est appuyé sur l'approche et le principe professés dans la décision *Les Promotions D.N.D.* et les a appliqués.

[81] En règle générale, selon les principes d'interprétation des lois fiscales, si le texte d'une loi est clair, il doit être appliqué. Toutefois, lorsque le texte est susceptible de plus d'une interprétation raisonnable, il peut être nécessaire de mettre davantage l'accent sur le contexte, l'objet et l'économie de la législation et d'y

²⁷ Dans la décision *Les Promotions D.N.D.*, la Cour a décidé que cela incluait la promotion et la distribution de cartes de crédit dans les lieux publics. Les décisions *La Banque le Choix du Président c. La Reine*, 2009 C.C.I. 170 et *CIBC* ont appliqué le critère moins rigoureux; la première décision était antérieure à la modification de 2010, la seconde ne l'était pas.

²⁸ La Cour a conclu que les frais de gestion discrétionnaire des placements n'étaient pas exclus parce que les gestionnaires ne pouvaient fournir des conseils qu'à eux-mêmes.

recourir, et de révéler ou de résoudre des ambiguïtés latentes qui n'étaient peut-être pas évidentes au départ. S'il existe des ambiguïtés latentes ou explicites, le juge doit également examiner le contexte et l'objet de la disposition pour déterminer l'interprétation la plus plausible.

[82] Le sens de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » d'un point de vue textuel semble clair. Selon les définitions du dictionnaire, l'expression « prendre des mesures » (en anglais, « arrange ») signifie « planifier ou prévoir; faire en sorte que » ou « faire des préparatifs pour »²⁹.

[83] L'alinéa l) fait référence au fait de consentir à effectuer, ou de prendre des mesures en vue d'effectuer, un service financier visé aux alinéas a) à i) de la définition du « service financier », et qui n'est alors exclu par aucun des alinéas n) à t) de la définition.

[84] Les autres inclusions fournissent un contexte supplémentaire à l'alinéa l), démontrant le lien. Ces autres inclusions sont rédigées comme suit :

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;

c) le prêt ou l'emprunt d'un effet financier;

d) l'émission, l'octroi, l'attribution, l'acceptation, l'endossement, le renouvellement, le traitement, la modification, le transfert de propriété ou le remboursement d'un effet financier;

e) l'offre, la modification, la remise ou la réception d'une garantie, d'une acceptation ou d'une indemnité visant un effet financier;

f) le paiement ou la réception d'argent à titre de dividendes, sauf les ristournes, d'intérêts, de principal ou d'avantages, ou tout paiement ou réception d'argent semblable, relativement à un effet financier;

²⁹ *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., sous l'entrée « arrange » (page 72).

f.1) le paiement ou la réception d'un montant en règlement total ou partiel d'une réclamation découlant d'une police d'assurance;

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

h) la souscription d'un effet financier;

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 [...]

[85] L'intimée soutient que la particularité du service financier figurant aux alinéas a) à i) appelle une interprétation strict de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » et que l'objectif de l'alinéa l) est qu'un intermédiaire fournisse les mesures en vue de chaque opération de service financier. L'argument semble être le suivant : pour être considérée comme fournissant un service consistant « à prendre les mesures en vue de l'effectuer », Zomaron devrait prendre part à chaque opération de paiement qui s'ensuit, sinon cela ne serait pas conforme à l'objectif plus limité de la loi.

[86] La question est de savoir si l'interprétation proposée limite la loi d'une manière que le législateur n'a pas voulue.

[87] Le 12 juillet 2010, le paragraphe 123(1) a été modifié pour clarifier le traitement fiscal du service financier aux termes de la partie IX et pour modifier la définition de « service financier ». Ces modifications sont réputées être entrées en vigueur le 17 décembre 1990.

[88] Lors de la promulgation des modifications législatives, les notes techniques [avril 2010] indiquaient ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 123(1) contient les définitions des termes utilisés dans la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi) concernant la taxe sur les produits et services et la taxe de vente harmonisée (TPS/TVH). Le paragraphe 123(1) est modifié afin de préciser le traitement fiscal des services financiers prévu à la partie IX, plus précisément pour modifier la définition du « service financier » et ajouter les définitions du « service de gestion des actifs » et du « service de gestion ou d'administration ».

[89] En ce qui concerne l'expression « service financier » au paragraphe 123(1), ces notes précisent également ce qui suit :

[TRADUCTION]

En règle générale, l'expression « le fait de consentir à effectuer » vise à renvoyer aux activités d'un mandant en lien avec une opération consistant à consentir à effectuer un service visé à l'un des alinéas a) à i). En règle générale, l'expression « prendre des mesures en vue d'effectuer » vise à inclure les activités d'intermédiation (ou les activités consistant à réunir les parties à un service visé à l'un des alinéas a) à i)) qui sont habituellement effectuées par les intermédiaires financiers visés au sous-alinéa 149(1)a)(iii), comme les mandataires, les courtiers et les négociants en effets financiers ou en monnaie.

[...]

L'alinéa l) est modifié afin de préciser qu'il n'inclut pas le fait de consentir à effectuer, ou de prendre les mesures en vue d'effectuer, un service visé à l'un des alinéas n) à t). Toutefois, la modification n'aurait pas d'incidence sur le fait de prendre des mesures en vue d'effectuer un service financier, comme l'émission d'une police d'assurance ou d'une hypothèque, étant donné que ces services sont fournis par des intermédiaires financiers, comme des mandataires ou des courtiers, et qu'ils ne sont pas visés par les exclusions de la définition de « service financier » visées à l'un des alinéas a) à t).

[...]

Le nouvel alinéa r.4) précise que la définition du « service financier » ne comprend pas le service qui est rendu en préparation de la prestation d'un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l) de la définition de « service financier » ou conjointement avec un tel service, et qui consiste en l'un des services suivants :

- un service de collecte, de regroupement ou de communication de renseignements,
- un service d'étude de marché, de conception de produits, d'établissement ou de traitement de documents, d'assistance à la clientèle, de publicité ou de promotion ou un service semblable;

Lorsqu'un intermédiaire fournit plusieurs services aux termes d'un accord visant à consentir à effectuer ou à prendre les mesures en vue d'effectuer des services financiers, seuls les services décrits dans les deux points ci-dessus sont soit rendus en préparation d'un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l), soit fournis conjointement avec un service visé à l'un des alinéas a) à i) et l) et seraient exclus de la définition de « service financier » par l'alinéa r.4)³⁰.

³⁰ Paragraphes 521 à 523

[90] Il me semble, d'après les notes, que le législateur s'est concentré sur les nouveaux alinéas, tels que l'alinéa r.4), qui prévoient les exceptions, afin de clarifier certains aspects précis.

[91] Je ne suis pas convaincue par les arguments de l'intimée exposés ci-dessous, lesquels font valoir qu'il y a restriction de la portée de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer », de la manière proposée, conformément aux modifications qui exigent une participation dans chaque opération précise. Cela n'est pas étayé par la formulation de l'alinéa l) puisque celui-ci utilise l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer un service » et non l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer une opération »³¹.

[92] Une autre difficulté que j'ai tient au fait qu'il m'est impossible de tirer de la lecture de la décision *Mac's Convenience Stores c. La Reine*, 2012 C.C.I. 393, [2012] G.S.T.C. 119 (*Mac's*) le principe selon lequel, puisque *Mac's* n'était pas impliquée dans les opérations, elle n'a pas pris les mesures en vue d'effectuer le service financier, comme semble le soutenir l'intimée. En d'autres termes, un intermédiaire doit prendre part à chaque opération financière individuelle, sinon il ne « prendrait pas les mesures en vue d'effectuer » un service financier³². En dépit du fait que le juge Hogan a pris en compte de multiples facteurs pour conclure que *Mac's* n'était pas impliquée au-delà de la fourniture d'espace dans ses magasins, la question de savoir si *Mac's* devait être impliquée ne semble pas avoir été prise en compte ou examinée.

[93] Quoi qu'il en soit, une comparaison de cette affaire avec la présente affaire d'après les faits se distingue, à mon avis. Zomaron a contribué à faciliter l'ensemble

³¹ L'argument de l'intimée est semblable à celui avancé dans l'arrêt du Royaume-Uni *Customs & Excise Commissioners v Civil Service Motoring Association*, (1998), 1998 BVC 21. La Cour d'appel anglaise a également rejeté cet argument.

³² La décision *Mac's Convenience Stores* concernait des guichets automatiques bancaires appartenant à la CIBC ou loués par elle, qui étaient placés dans les magasins *Mac's* pour que ses clients puissent retirer de l'argent liquide. L'élément central de la fourniture de la CIBC s'est avéré être la simple mise à disposition d'un espace dans les magasins de *Mac's*. La Cour a reconnu que l'énoncé de politique de l'Agence du revenu du Canada était caduc (antérieur aux modifications de 2010) puisqu'il traitait de la portée de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer ». Néanmoins, la Cour a choisi de s'appuyer en partie sur cette jurisprudence pour conclure que, lorsque les services d'un intermédiaire peuvent être qualifiés de services consistant « à prendre les mesures en vue d'effectuer » ces services, il faut tenir compte de tous les faits entourant l'opération, y compris le degré de participation de l'intermédiaire dans la fourniture des services financiers et, le cas échéant, les activités normales d'un intermédiaire dans un secteur donné.

du processus de négociation. Elle dispose d'une autonomie complète pour calculer et négocier les frais applicables à chaque opération pendant la durée de la relation avec le commerçant. Zomaron reçoit une partie des honoraires payés pour chaque opération traitée par les prestataires de solutions. Elle est chargée de : fixer, établir et rajuster les taux et les prix pour chaque type de carte, la durée du contrat, certaines conditions générales et une multitude d'autres facteurs exposés aux paragraphes 18 à 22 des présents motifs dans le cadre du processus de négociation. Il y a également l'installation de l'équipement et, dans le cas d'Elavon, le soutien aux commerçants. Affirmer qu'il est nécessaire pour Zomaron d'avoir d'une manière ou d'une autre une plus grande implication au-delà de ce qui précède dans chaque opération semble indéfendable dans le contexte de ce secteur et de la manière dont les participants exploitent leur entreprise.

[94] L'intimée s'appuie sur la notion d'intermédiaire figurant dans le document technique sur la TPS/TVH de 1989. Il est rédigé comme suit :

[TRADUCTION]

Le fait de prendre les mesures en vue d'effectuer l'achat, la vente ou le placement d'un effet financier sera également considéré comme un service financier. Par conséquent, les services fournis par les agents d'assurance, les courtiers hypothécaires et les courtiers en valeurs mobilières seront assimilés à des fournitures exonérées.

[95] Je n'interprète pas le document technique comme étant aussi strict ou aussi restrictif que le soutient l'intimée.

[96] Les notes techniques de 2010 indiquent que l'expression « prendre les mesures en vue de » est *en règle générale* destinée à inclure les activités d'intermédiation ou les activités consistant à réunir les parties à un service visé à l'un des alinéas d'inclusion *normalement* exécutées par ces intermédiaires financiers en effets financiers ou en monnaie.

[97] À mon avis, si on lit de concert les notes et les définitions du dictionnaire, et si l'on suit une approche unifiée, on constate que l'intention du législateur était que le concept que constitue l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » signifie « réunir les parties à un service ». C'est l'essence même du concept³³. En outre, cela indique la nécessité d'exiger que l'intermédiaire soit suffisamment

³³ Le mot « réunir » dans le contexte d'un service financier a fait partie de l'analyse de la Cour dans la décision *Rojas c. La Reine*, 2016 C.C.I. 177 dans laquelle le juge D'Arcy a accueilli l'appel interjeté sous le régime de la procédure informelle dans des circonstances où l'appelante avait beaucoup moins d'autorité, d'implication et d'influence que Zomaron.

impliqué pour ensuite « faire en sorte » qu'un service financier soit effectué ou effectuer le service financier sans intervenir dans chaque opération.

[98] Cela n'est pas incompatible avec le principe consacré par la décision *Les Promotions D.N.D.* et avec le courant jurisprudentiel qui enseigne que le service d'un intermédiaire consiste à « prendre les mesures en vue d'effectuer » une prestation lorsque le service fourni est lié à la prestation d'un service financier. Je souscris à ce courant jurisprudentiel. La portée de l'expression « prendre les mesures en vue d'effectuer » ne semble pas visée par les modifications de 2010 en ce qui concerne l'application du critère moins rigoureux³⁴.

[99] Avec tout le respect que je lui dois, je rejette les observations de l'intimée portant que le pouvoir de lier est un facteur déterminant. J'ai également des réserves à l'égard d'une partie de la jurisprudence citée, car il me semble que, parfois, des distinctions sont de mise, ou elle n'est pas pertinente. L'intimée a raison de dire que certaines décisions ont considéré le pouvoir de lier comme un facteur et cela pourrait constituer en effet un facteur. (*ACPM* concernait le pouvoir des gestionnaires de placement d'exécuter directement les ordres d'achat et de vente. Voir également, *Canada c. General Motors du Canada Ltée*, 2009 C.A.F. 114, [2009] A.C.F. n° 447 (*General Motors*). Dans la décision *Barr c. La Reine*, 2018 C.C.I. 86, [2018] G.S.T.C. 43, par exemple, la Cour a conclu que le critère n'était pas rempli lorsque l'intermédiaire n'avait pas le pouvoir de s'engager dans l'opération financière et que, par conséquent, les courtiers ne « prenaient pas les mesures en vue d'effectuer » un service financier. Cependant, je note que ce n'était qu'un de plusieurs facteurs que la Cour a pris en compte. En ce qui concerne la décision *Applewood Holdings c. La Reine*, 2018 C.C.I. 231, [2018] G.S.T.C. 93, il est vrai qu'il existait un pouvoir de vendre des produits d'assurance à ses clients, mais le pouvoir de lier n'a pas été mis en cause ni discuté par la Cour. À mon avis, ce seul facteur n'est pas déterminant.

[100] Même si Zomaron n'avait pas le pouvoir de lier les prestataires de solutions, il ressort des éléments de preuve que, pendant les négociations, Zomaron disposait

³⁴ Il a été noté dans la décision *CIBC* que l'enseignement de la jurisprudence selon lequel Visa « prenait les mesures en vue d'effectuer » les services de crédit a été renforcé par la décision du Royaume-Uni mentionnée à la note 31 des présents motifs, dans lequel il a été conclu que l'élaboration et le maintien de dispositions standard pour régir l'émission de cartes de crédit consistaient à prendre des dispositions en vue d'effectuer un service financier; cette décision porte sur une législation similaire en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). La décision a également été citée et référencée par la juge en chef adjointe Lamarre dans la décision *La Banque le Choix du Président*.

d'une latitude et d'une autonomie considérables pour fixer notamment, les prix, les taux et les frais. M^{me} Huntington a confirmé qu'Elavon n'avait pas la possibilité de modifier les taux une fois que Zomaron les avait négociés et que ce n'était que dans les cas les plus rares qu'Elavon en reparlait avec Zomaron. En ce qui concerne Elavon, Zomaron pouvait également négocier certaines conditions. La demande détaillée elle-même comprend certains aspects qui visent à la fois Zomaron et Elavon en ce qui concerne le commerçant; un lien hypertexte a également été inclus, de la manière indiquée précédemment. Il est évident pour moi, compte tenu des éléments de preuve, que Zomaron devait examiner de nombreux facteurs et caractéristiques au cours du processus de négociation qui, en fin de compte, auraient des répercussions sur les prestataires de solutions prestataires et les lieraient si ceux-ci acceptaient les commerçants après avoir effectué une analyse de la solvabilité et des risques. En fin de compte, ce que Zomaron a remis aux prestataires de solutions était un engagement signé du point de vue du commerçant qui acceptait d'être lié sous réserve de l'approbation des prestataires de solutions.

[101] Je conclus que Zomaron est intervenu comme intermédiaire financier en facilitant la capacité des commerçants à recevoir des services de traitement des paiements par carte de la part des prestataires de solutions. En les réunissant, Zomaron a permis aux prestataires de solutions de négocier pleinement avec les commerçants qui avaient besoin de services de traitement des paiements par carte. Par conséquent, les commerçants ont été acceptés par les prestataires de solutions, afin que ces derniers puissent leur fournir des services de traitement des paiements. Tout ce qui restait à faire à Elavon était d'effectuer une vérification de crédit et une analyse des risques avant de créer le compte de traitement du commerçant. M^{me} Huntington a déclaré qu'Elavon considérait le rôle de Zomaron comme essentiel dans la mise en place des services de traitement des paiements par carte. Je conclus en outre qu'il y a un lien évident entre ce que Zomaron fait, ce pour quoi elle est payée, et la fourniture des services financiers du prestataire de solutions aux commerçants. L'offre de Zomaron était liée, quant à l'objet, à la fourniture de services de traitement des paiements par carte fournis par les prestataires de solutions aux commerçants. Je conclus que la fourniture de Zomaron consiste à « prendre les mesures en vue d'effectuer » les services de traitement offerts par les prestataires de solutions au sens de l'alinéa 1)³⁵.

³⁵ Antérieurement aux arrêts *Global* et *Great-West*, la Cour d'appel, dans les arrêts *General Motors* et *Banque Royale du Canada c. Canada*, 2007 C.A.F. 72, avait utilisé des mots et expressions tels que « dominant » et « caractéristique essentielle » de la fourniture de services

[102] Passons maintenant à la question de savoir quel est l'élément prédominant de la fourniture. Il n'est pas controversé entre les parties que, pour déterminer l'élément prédominant de la fourniture, cet élément doit être repéré par une analyse objective de la nature de la fourniture du point de vue de l'acheteur. En outre, une fourniture peut être l'aboutissement de ses divers intrants, ce qui, comme le reconnaît l'intimée, est souvent le cas. Cette approche a été retenue par le juge en chef Rossiter à l'occasion de l'affaire *CIBC* : il a conclu que, du point de vue de l'acheteur, c'est l'issue ou le résultat final qui constitue le réel service à valeur ajoutée négocié³⁶. Par conséquent, la Cour peut examiner l'aboutissement de ses divers intrants et le produit livré, et non les intrants individuels.

[103] Dans l'arrêt *Global*, l'élément prédominant peut être cerné comme celui dont dépend essentiellement l'efficacité sur le plan commercial de l'opération. La Cour a conclu à la deuxième étape que des trois éléments (déterminés à la première étape), c'est le troisième élément – l'accès à l'argent liquide des casinos pour payer les clients – qui était essentiel et dont « l'efficacité sur le plan commercial de l'arrangement dépend ». L'accès à l'argent liquide était donc vital pour l'arrangement, sans lequel les deux premiers éléments n'avaient aucun sens.

[104] En l'espèce, l'intimée soutient que Zomaron a effectué des services de recrutement de commerçants qui étaient rendus en préparation d'un service financier, qui étaient de nature promotionnelle et qui aboutissent à des demandes remplies, et c'est là l'élément prédominant. Le problème est que M. Al-Ansari a déclaré qu'aucune rétribution, marge sur coût de revient ou autre n'est liée à des services de promotion ou de publicité et que Zomaron ne fait pas de marketing ou de promotion au nom des prestataires de solutions³⁷.

[105] Là encore, je retiens son témoignage selon lequel « commercialiser First Data » signifiait, dans ce contexte, que Zomaron devait attirer plus de commerçants auprès de First Data qu'auprès d'Elavon, car cela tend à être cohérent avec l'expression « offre privilégiée » de l'article 2 de l'accord First Data.

pour déterminer si une fourniture constituait un service financier. Récemment, c'est la formulation qui est devenue l'élément prédominant ou l'objet prédominant.

³⁶ Il a été constaté que le produit final était une plateforme de paiement qui permettait à Visa de faciliter les opérations entre les émetteurs, les acquéreurs et les commerçants. Tous les autres éléments de l'offre étaient des éléments périphériques ou des intrants servant à la création du produit final. La Cour s'est appuyée sur les décisions suivantes rendues par la CAF : *Canada c. Association canadienne de protection médicale*, 2009 CAF 115 et *Great-West*.

³⁷ Dans la décision *Applewood Holdings*, le juge Pizzitelli a conclu qu'il était clair que la rétribution était basée uniquement sur la vente de produits d'assurance et qu'il n'y avait aucun lien avec le fait que l'appelant était rétribué pour d'autres services.

Cependant, j'ai été moins convaincue que « marketing » signifiait simplement que Zomaron avait la possibilité de choisir entre les prestataires de solutions. Compte tenu de la preuve, il est plus plausible que Zomaron, dans le cadre de ses propres activités, ait utilisé une certaine forme de promotion concernant les prestataires de solutions, même si elle n'était pas payée par ces derniers. M. Al-Ansari a déclaré que Zomaron n'était payée que pour l'acquisition réussie d'un commerçant.

[106] Je suis encline à retenir la plupart de ces éléments de preuve et je conclus que Zomaron n'a pas fourni de services de promotion pour les prestataires de solutions, tout en notant au passage les éléments de preuve exposés au paragraphe 49 des présents motifs. Plus précisément, M. Al-Ansari a déclaré que Zomaron passe peu de temps à faire la promotion ou à parler de ses prestataires de solutions partenaires et n'en discute que si le commerçant s'enquiert du mouvement et du transfert de fonds vers le commerçant et qu'il choisit le prestataire de solutions qui conviendrait le mieux à un commerçant.

[107] À mon avis, l'élément essentiel de l'offre de Zomaron était d'intervenir en tant qu'intermédiaire qui « prenait les mesures en vue d'effectuer » les services de traitement des paiements, ce qui permettait aux prestataires de solutions d'acquiescer des commerçants avec succès. Sans cela, les éléments constitutifs n'auraient aucun sens. Par conséquent, le produit final, le résultat final, l'essence de ce que les sociétés de traitement paient à Zomaron consiste à « prendre les mesures en vue » d'amener les commerçants à utiliser les services de paiement par carte du prestataire de solutions. Tel est, à mon avis, l'élément prédominant de la fourniture fournie par Zomaron à Elavon et First Data. À ce titre, l'élément prédominant de l'expression « prendre les mesures en vue de » relève de l'alinéa 123(1)l de la définition de service financier.

[108] L'alinéa r.4) exclut expressément de la définition prévue par la Loi de « service financier » certains services qui sont rendus en préparation de la fourniture ou de la fourniture éventuelle d'un service visé à l'un des alinéas d'inclusion et d'exclusion, et qui relèvent d'activités dont la nature s'apparente à la gestion, l'administration, au marketing ou la promotion.

[109] Le principal argument de l'intimée concernant l'alinéa r.4) est qu'il joue parce que, aux termes des accords, Zomaron fournit un service financier qui comprend des services promotionnels qui sont rendus en préparation de la fourniture d'un service financier de la manière indiquée précédemment.

[110] Compte tenu de mes conclusions sur les activités promotionnelles, celles-ci ne font même pas partie des éléments constitutifs de la fourniture et l'alinéa r.4) ne

s'applique pas. Même si la fourniture effectuée par Zomaron aux prestataires de solutions mettait en cause des services de nature promotionnelle, puisque ceux-ci ne constituent pas l'élément prédominant de la fourniture, l'alinéa r.4) ne joue pas compte tenu des observations de la Cour dans la décision *CIBC* selon lesquels « le fait que l'alinéa r.4) englobe des éléments accessoires de la fourniture ne suffit pas pour satisfaire à l'exclusion, puisque les services énumérés dans la définition doivent comprendre les éléments prédominants de la fourniture »³⁸.

VI. Conclusion

[111] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les services fournis par l'appelante constituaient des services consistant à « prendre les mesures en vue d'effectuer » un service financier au sens du paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. À ce titre, les honoraires qu'elle a reçus en contrepartie de la part d'Elavon et de First Data au cours de la période en cause sont exonérés de la taxe de vente harmonisée.

[112] L'appel est accueilli. Les dépens sont adjugés à l'appelante. Les parties disposent d'un délai de 30 jours suivant la date du jugement pour parvenir à un accord sur les dépens, à défaut de quoi, les parties disposeront alors d'un délai de 30 jours pour déposer des observations écrites sur les dépens. Les observations ne doivent pas dépasser 10 pages.

³⁸ *CIBC*, paragraphe 110. La Cour s'est appuyée sur l'opinion du juge Owen dans la décision *Great West, compagnie d'assurance vie c. La Reine*, 2015 C.C.I. 225 dans laquelle, aux paragraphes 89 et 90, il a interprété le paragraphe 37 de l'arrêt *Global*.

Signé à Edmonton (Alberta), ce 28^e jour de février 2020.

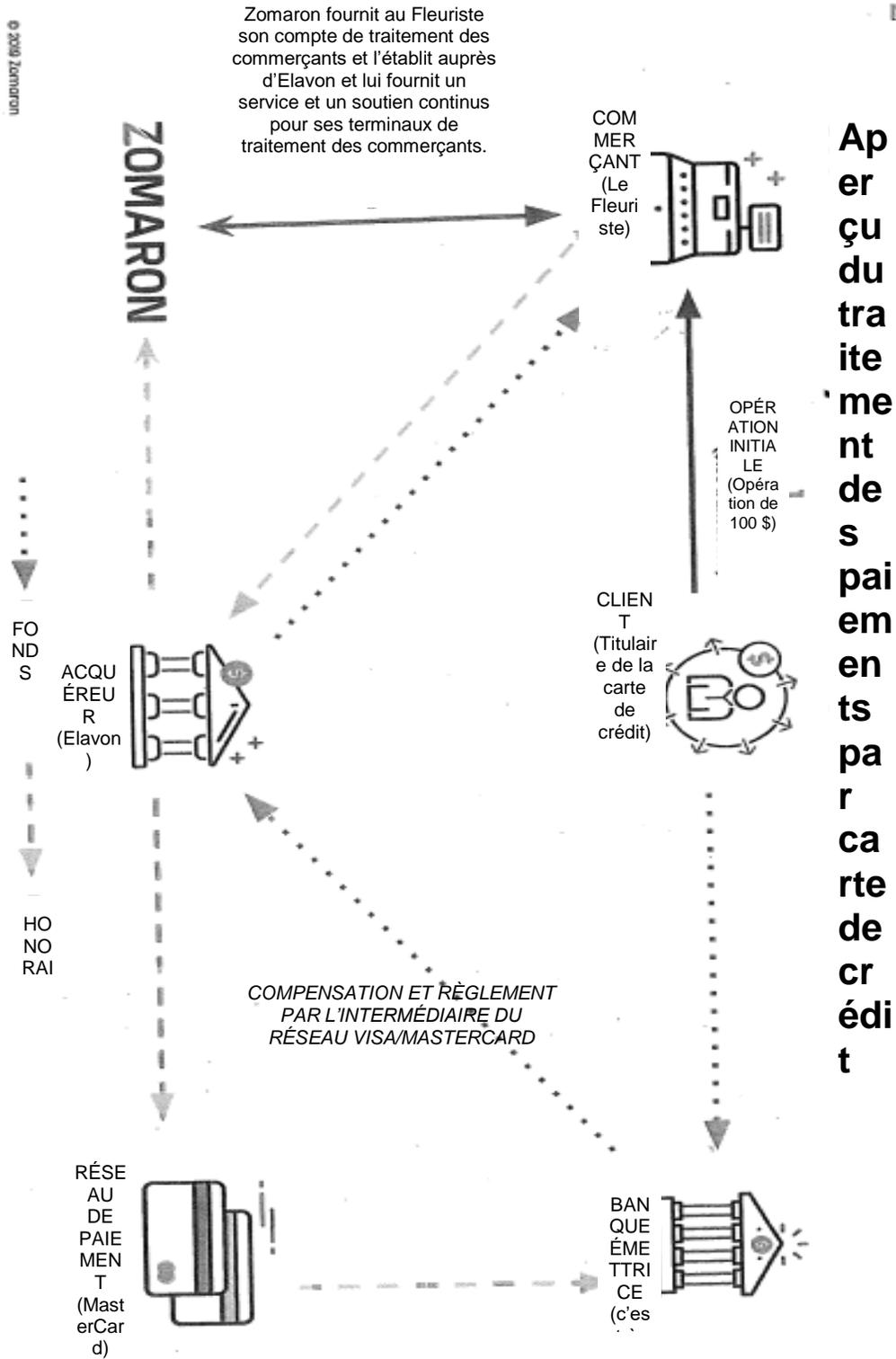
« K. Lyons »

K. Lyons

Traduction certifiée conforme
ce 28^e jour de juillet 2020.

François Brunet, réviseur

Annexe I Diagramme



RÉFÉRENCE : 2020 CCI 35
N^o DU DOSSIER DE LA COUR : 2016-1542(GST)G
INTITULÉ : ZOMARON INC. et SA MAJESTÉ
LA REINE
LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)
DATE DE L'AUDIENCE : Le 23 janvier 2019
MOTIFS DU JUGEMENT L'honorable juge K. Lyons
DATE DU JUGEMENT : Le 28 février 2020

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelante : M^e Jacob Yau
M^e Yves St-Cyr
Avocats de l'intimée : M^e Charles Camirand

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelante :

Noms : M^e Jacob Yau et M^e Yves St-Cyr

Cabinet : Dentons Canada S.E.N.C.R.L.
Toronto (Ontario)

Avocate de l'intimée : M^e Nathalie G. Drouin
Sous-procureure générale du Canada
Ottawa, Canada