

A-177-19
2021 FCA 96

A-177-19
2021 CAF 96

Canadian Imperial Bank of Commerce (*Appellant*)

La Banque canadienne impériale de commerce
(*appelante*)

v.

c.

Her Majesty The Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE
v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE
COMMERCE C. CANADA**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Rennie J.J.A.—
By videoconference, February 16; Ottawa, May 20, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Rennie,
J.C.A.—Par vidéoconférence, 16 février; Ottawa, 20 mai
2021.

Editor's Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Note de l'arrêtiste : Les parties caviardées par la Cour
sont indiquées par [***].

Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from Minister of National Revenue's decision denying appellant's application for rebate of GST paid — Appellant entering into agreement with Air Canada, which agreement subsequently assigned to Aeroplan — During period from March 2005 to February 2007, appellant made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan), paid GST— Because appellant carrying on financial services business, appellant unable to claim any input tax credits for GST it paid to Aeroplan — Appellant submitting claim for rebate under Excise Tax Act, s. 261 on basis it had paid GST in error; submitting that supplies made by Aeroplan were financial services, therefore exempt supplies — Also advanced alternate positions — Whether Tax Court Judge erring in finding that appellant acquired promotional, marketing services from Aeroplan, not Aeroplan Miles — Per Webb J.A. (Rennie J.A. concurring): Appellant's obligation to pay consideration herein linked to promotional, marketing services to be provided by Aeroplan to appellant — Nothing in agreement's provisions supporting a finding that appellant paying consideration for issuance of Aeroplan Miles to credit card holders — Tax is imposed on recipient of taxable supply; recipient is person who is liable to pay consideration for that supply under applicable agreement — Therefore, logical that agreement under which such consideration payable will play dominant role in determining tax implications arising under Act — Issuance of Aeroplan Miles to appellant's customers could not be elevated to be predominant supply when issuance of Aeroplan Miles not even mentioned in referral activities for which consideration payable — Legal relationship between

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant l'appel de l'appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l'appelante — L'appelante a conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan — Durant la période du mois de mars 2005 au mois de février 2007, l'appelante a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) et a payé la TPS — Parce qu'elle exploitait une entreprise de services financiers, l'appelante n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan — L'appelante a présenté une demande de remboursement en vertu de l'art. 261 de la Loi sur la taxe d'accise au motif qu'elle avait payé la TPS par erreur; selon la thèse de l'appelante, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées — Elle a également présenté des thèses subsidiaires — Il s'agissait de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante recevait d'Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan — Le juge Webb, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'obligation de l'appelante de payer la contrepartie était liée dans la présente affaire aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan devait fournir à l'appelante — Rien dans les dispositions de la convention ne permettrait de conclure que l'appelante payait la contrepartie pour la délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit — Il incombe à l'acquéreur d'une fourniture taxable de payer la taxe, et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la

*appellant, Aeroplan defined by agreement between these two parties — Nothing to suggest that such agreement not bona fide agreement — No basis to find that Tax Court Judge erred in interpretation of agreement between Aeroplan, appellant; therefore no basis to conclude that Tax Court erred in finding that predominant supply made by Aeroplan to appellant was supply of promotional, marketing services — Appeal dismissed — Per Stratas J.A. (dissenting): Majority focussed on literal contractual language, exclusively so — Stated that not necessary to consider commercial efficacy because contract saying one obligation is incidental to another — Approach deviated from test in *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada, Great-West Life Assurance Company v. Canada*, cases that are binding — Tax Court's reasons diffuse, opaque — Element that gives supply commercial efficacy is right to allocate Miles — For number of reasons, Miles predominant element of supply — Since appellant paid consideration for Miles, for GST purposes, Miles constituted gift certificates, consistent with scheme of Excise Tax Act — As result, Act, s. 181.2 applied to deem appellant's acquisition of Miles not to be supply — Thus, appellant paid GST in error; was entitled to rebates it claimed.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellant's appeal from the Minister of National Revenue's decision denying the appellant's application for a rebate of GST paid. The appellant made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan) under the agreement between these companies relating to the Aeroplan credit cards issued by the appellant. The appellant paid GST to Aeroplan based on the amount the appellant paid. The appellant submitted an application to the Minister of National Revenue (Minister) for a rebate of this GST, which the Minister denied. It then filed an appeal to the Tax Court of Canada but its appeal was dismissed.

*contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s'applique — Par conséquent, il s'ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi — La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne pouvait se hisser au rang de fourniture prédominante alors que l'attribution de ces milles Aéroplan ne figurait même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie était à payer — Les rapports juridiques unissant l'appelante et Aéroplan ont été définis par la convention conclue entre les deux parties — Rien ne montrait que la convention ne constituait pas un rapport juridique véritable — Rien ne permettait de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et l'appelante et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan en faveur de l'appelante était des services de promotion et de mise en marché — Appel rejeté — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les juges majoritaires ont dirigé leur attention sur le libellé des clauses du contrat, à l'exclusion de toute autre chose — Ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre — Cette approche s'est écartée du critère établi dans les arrêts *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada* et *Great West, Compagnie d'assurance vie c. Canada*, qui nous lient — Les motifs de la Cour de l'impôt étaient diffus et obscurs — L'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial est le droit d'attribuer des milles — Pour un certain nombre de raisons, les milles étaient l'élément prédominant de la fourniture — Puisque l'appelante payait une contrepartie pour les milles, pour l'application de la TPS, les milles constituaient des certificats-cadeaux, conformément au régime prévu par la Loi sur la taxe d'accise — Il s'en est suivi que l'art. 181.2 de la Loi s'appliquait, de sorte que l'acquisition de milles par l'appelante ne constituait pas une fourniture — L'appelante a donc payé la TPS par erreur; elle avait droit au remboursement qu'elle demandait.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant l'appel de l'appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l'appelante. L'appelante a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) en application de la convention liant ces sociétés et portant sur les cartes de crédit Aéroplan émises par l'appelante. L'appelante a payé à Aéroplan la TPS, calculée sur la base des sommes qu'elle a versées. L'appelante a présenté au ministre du Revenu national (le ministre) une demande de remboursement de la TPS, qu'il a rejetée. Elle a ensuite interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, mais son appel a été rejeté.

The appellant initially entered into an agreement with Air Canada, which agreement was subsequently assigned to Aeroplan. The appellant entered into this agreement because it wanted to increase its credit card and retail banking business. During the period from March 25, 2005 to February 26, 2007, the appellant made substantial payments to Aeroplan and paid GST. If the appellant would have been carrying on a commercial activity, it could have claimed input tax credits for the GST that it paid. However, because it was carrying on a financial services business, the appellant was unable to claim any input tax credits for the GST that it paid to Aeroplan. The appellant subsequently attempted to recover this GST by submitting a claim for a rebate under section 261 of the *Excise Tax Act* on the basis that it had paid the GST in error. The appellant took the position that the supplies made by Aeroplan were financial services and therefore were exempt supplies. It also advanced the alternate positions that it was carrying on a joint venture with Aeroplan or that it was paying to have gift certificates issued to its customers. When the matter was argued before the Tax Court, the appellant's position was reduced to its argument that it was paying Aeroplan to issue Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates. It stated that if Aeroplan Miles are gift certificates that are issued for consideration, then the issuance or sale of such miles would be deemed to not be a supply and there would be no GST payable by the appellant (section 181.2 of the Act). The arrangement between the appellant and Aeroplan was that Aeroplan would provide the appellant a list of its members and promote the appellant's credit cards. Aeroplan Miles would be issued to the holders of these cards based on the eligible amounts that such holders charged to their cards each month. The eligible amounts would also be included in the formula used to determine the amount payable by the appellant to Aeroplan. The holders of the credit cards would accumulate Aeroplan Miles that could be redeemed for flights, merchandise or gift cards.

At the Tax Court, it was found that there was a single supply and neither party challenged that finding on this appeal. The dispute related to the determination of what in particular was supplied as the single supply. The Tax Court Judge found that the true nature of the Aeroplan Mile Program, the 2003 Credit Card Agreement, and the resulting Aeroplan Supplies was to market and promote applications for and increased use of the appellant's participating credits cards and other products. The Tax Court Judge made this finding by determining what was supplied by Aeroplan to the appellant for the consideration it paid under the applicable agreement. The agreement between Aeroplan and the appellant, including the Appendix D thereof, were examined. The formula that was used to calculate the amount payable by the appellant to Aeroplan was set out in the Appendix. The amount the appellant owed Aeroplan was

L'appelante a d'abord conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan. L'appelante voulait par cette convention accroître ses activités de carte de crédit et de services bancaires. Durant la période du 25 mars 2005 au 26 février 2007, l'appelante a fait des paiements considérables à Aéroplan et a payé la TPS. Si l'appelante avait exercé une activité commerciale, elle aurait pu demander des crédits de taxe sur les intrants pour les montants de TPS qu'elle payait. Or, parce qu'elle exploitait une entreprise de services financiers, l'appelante n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan. L'appelante a par la suite tenté de récupérer ces montants de TPS en présentant une demande de remboursement en vertu de l'article 261 de la *Loi sur la taxe d'accise* au motif qu'elle aurait payé la TPS par erreur. Selon la thèse de l'appelante, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées. L'appelante a également présenté des thèses subsidiaires, à savoir qu'elle exploitait une coentreprise avec Aéroplan ou qu'elle payait pour que des certificats-cadeaux soient remis à ses clients. Lorsque l'affaire a été débattue devant la Cour de l'impôt, l'appelante a limité ses observations à la thèse selon laquelle elle payait Aéroplan pour que celle-ci délivre des milles Aéroplan à ses clients et que ces milles étaient des certificats-cadeaux. Elle a fait valoir que, si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux qui sont délivrés à titre onéreux, la délivrance ou la vente de ces milles serait réputée ne pas être une fourniture et l'appelante n'aurait pas à payer la TPS (article 181.2 de la Loi). Selon la convention conclue entre l'appelante et Aéroplan, Aéroplan devait fournir une liste de ses membres à l'appelante et faire la promotion des cartes de crédit de cette dernière. Des milles Aéroplan devaient être délivrés aux titulaires de ces cartes en fonction des sommes admissibles portées chaque mois par les titulaires sur leur carte. De plus, ces sommes admissibles serviraient de paramètre dans la formule servant à calculer la somme que l'appelante aurait à verser à Aéroplan. Les titulaires de carte de crédit accumulaient leurs milles Aéroplan pour les échanger contre des billets d'avion, des marchandises ou des cartes-cadeaux.

La Cour de l'impôt a conclu qu'une fourniture unique avait été effectuée et ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté cette conclusion dans le présent appel. Le litige concernait la nature de ce qui a été fourni dans cette fourniture unique. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la véritable nature du programme de milles Aéroplan, de la convention de 2003 et des fournitures d'Aéroplan y afférentes était l'incitation à demander des cartes de crédit participantes de l'appelante et d'autres produits financiers de cette dernière. Le juge en est arrivé à cette conclusion en déterminant ce en quoi consistait la fourniture effectuée par Aéroplan envers l'appelante pour laquelle cette dernière versait une contrepartie en application de la convention en question. La convention conclue entre Aéroplan et l'appelante, y compris l'annexe D de celle-ci, a été examinée. Cette annexe établissait la formule qui a servi à calculer le montant que l'appelante

based on the number of Aeroplan Miles issued to its customers and the amount charged per mile. GST was added to determine the total amount owing. The Tax Court Judge concluded that the single supply was promotional and marketing services provided by Aeroplan to the appellant. Since this was a taxable supply, the appellant was not entitled to a rebate of the GST it paid. The Tax Court chose to also address the issue of whether the Aeroplan Miles were gift certificates. In essence, it concluded that since Aeroplan Miles do not have attributes similar to money, Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

The principal issue in this appeal was whether the Tax Court Judge erred in finding that the appellant acquired promotional and marketing services from Aeroplan and not Aeroplan Miles.

Held (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Webb J.A. (Rennie J.A. concurring): GST is payable by recipients of taxable supplies and a recipient is defined in section 123 of the Act, in general, as the person who is liable under an agreement to pay consideration for the supply. In this case, the appellant was the person who was liable to pay the consideration under the agreement with Aeroplan. Therefore, the question was what supply of property or services was made to the appellant. The Tax Court Judge's finding that the supply that was made to the appellant was promotional and marketing services was based on his interpretation of the agreement under which the consideration was payable. The appellant contended that the supply that was made to it by Aeroplan was the provision of Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. Its submissions focussed on the value of the Aeroplan Miles to the appellant's customers, arguing that the Aeroplan Miles must have been the predominant supply made by Aeroplan under the agreement. However, this submission was based on viewing the agreement from the perspective of the appellant's customers, not the appellant. The appellant's customers were not the persons who were liable to pay the consideration under the agreement at issue and, hence, they were not the persons who were obligated to pay GST in relation to the supplies made under this agreement. Instead, the appellant was the person who was liable to pay the consideration under the agreement and thus was liable to pay the GST. The focus was therefore on the appellant and its perspective of what it was being supplied under the agreement.

devoir payer à Aéroplan. La somme que l'appelante devait à Aéroplan dépendait du nombre de milles Aéroplan délivrés aux clients de l'appelante et de la somme facturée par mille. La TPS était ajoutée pour le calcul de la somme totale. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la fourniture unique consistait en des services de promotion et de mise en marché offerts par Aéroplan à l'appelante. Ces services étant une fourniture taxable, l'appelante n'avait pas droit au remboursement de la TPS qu'elle avait payée. La Cour de l'impôt a choisi d'examiner aussi la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. Elle a essentiellement conclu que, puisque leurs attributs ne sont pas semblables à ceux de l'argent, les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir dans le présent appel si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante recevait d'Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan.

Arrêt (juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Webb, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La TPS doit être payée par les acquéreurs de fournitures taxables, et le terme « acquéreur » est défini à l'article 123 de la Loi, de manière générale, comme étant une personne qui est tenue, aux termes d'une convention, de payer la contrepartie de la fourniture. En l'espèce, l'appelante était la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention conclue avec Aéroplan. La question à trancher était donc de savoir en quoi consistaient les biens ou les services fournis à l'appelante. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la fourniture effectuée envers l'appelante consistait en des services de promotion et de mise en marché en se fondant sur son interprétation de la convention aux termes de laquelle la contrepartie était à payer. L'appelante a soutenu que la fourniture qu'Aéroplan a effectuée à son endroit était la fourniture de milles Aéroplan délivrés à ses clients et que les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi. Elle a fait porter ses observations surtout sur la valeur des milles Aéroplan pour ses clients, soutenant que ces milles devaient être la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan aux termes de la convention. Cependant, cette observation était fondée sur une interprétation de la convention faite du point de vue des clients de l'appelante et non du point de vue de l'appelante. Les clients de l'appelante n'étaient pas les personnes qui étaient tenues de payer la contrepartie aux termes de la convention en cause, de sorte qu'ils n'étaient pas les personnes tenues de payer la TPS sur les fournitures effectuées en application de la convention. C'est plutôt l'appelante qui était la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention et qui, par conséquent, était tenue de payer la TPS. Il fallait donc se concentrer sur l'appelante et sur ce qui, de son point de vue, était fourni aux termes de la convention.

The applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto. Section 9 of the agreement clearly links the payment of the consideration to Aeroplan's obligation to refer or arrange "for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications" (the promotional and marketing services provided by Aeroplan to the appellant). Appendix D of the agreement is consistent with section 9. In both section 9 and Appendix D, the obligation to pay the consideration is linked to the promotional and marketing services to be provided by Aeroplan to the appellant. Both section 9 of the agreement and Appendix D also specifically state that the other obligations of Aeroplan (which would include issuing Aeroplan Miles to the appellant's customers) are incidental to the promotional and marketing services. There was nothing in the agreement's provisions that would support a finding that the appellant was paying the consideration that it did for the issuance of Aeroplan Miles to credit card holders. These provisions do not contradict the statement in section 9 and Appendix D that the other obligations of Aeroplan (including the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of the appellant's customers) were incidental to Aeroplan referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications. The appellant challenged the weight that the Tax Court Judge gave to its agreement with Aeroplan. To suggest that the agreement between the parties under which the consideration for the supply is payable should not play a dominant role in the determination of the tax implications arising under the Act was not consistent with the Act. Tax is imposed on a recipient of a taxable supply (section 165 of the Act) and the recipient is the person who is liable to pay the consideration for that supply under the applicable agreement (definition of "recipient" in section 123 of the Act). Therefore, it is logical that the agreement under which such consideration is payable will play a dominant role in determining the tax implications arising under the Act. The issuance of Aeroplan Miles to the appellant's customers was not included in any of the referral activities at issue and therefore could not be considered as part of the obligation of Aeroplan to refer or arrange for Aeroplan Members and other members of the public to make card applications. Hence, the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of the appellant's cardholders was not part of the marketing and promotional services that were identified by the Tax Court Judge as the predominant element of the supply. The issuance of Aeroplan Miles to the appellant's customers could not be elevated to be the predominant supply when such issuance of Aeroplan Miles was not even mentioned in the referral activities for which the consideration was payable. The legal relationship between the appellant and Aeroplan was defined by the agreement between these two parties. There was nothing to suggest that this agreement was not a *bona fide* agreement. Also, there was nothing in the record that would suggest that the words chosen by the parties for section 9 and

La convention en cause établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires. Il est évident que l'article 9 de la convention lie le paiement de la contrepartie à l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider [TRADUCTION] « les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte » (les services de promotion et de mise en marché fournis par Aéroplan à l'appelante). Le texte de l'annexe D de la convention est conforme à celui de l'article 9. Tant l'article 9 que l'annexe D lient l'obligation de payer la contrepartie aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan doit fournir à l'appelante. De plus, tant l'article 9 de la convention que l'annexe D indiquent expressément que les autres obligations d'Aéroplan (ce qui inclurait la délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante) sont accessoires aux services de promotion et de mise en marché. Rien dans les dispositions de la convention ne permettrait de conclure que l'appelante payait la contrepartie qu'elle versait pour la simple délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit. Ces dispositions ne sont pas incompatibles avec l'article 9 et l'annexe D selon lesquels les autres obligations d'Aéroplan (y compris l'obligation d'Aéroplan de porter les milles au crédit des comptes Aéroplan des clients de l'appelante) étaient accessoires à l'obligation d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte de crédit. L'appelante a contesté l'importance que le juge de la Cour de l'impôt a accordée à la convention conclue entre elle et Aéroplan. La thèse selon laquelle la convention qui lie les parties et aux termes de laquelle est versée une contrepartie pour une fourniture ne doit pas jouer de rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi était incompatible avec la Loi. Il incombe à l'acquéreur d'une fourniture taxable de payer la taxe (article 165 de la Loi), et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s'applique (définition du terme « acquéreur » à l'article 123 de la Loi). Par conséquent, il s'ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne faisait partie d'aucune des activités d'aiguillage en cause et, par conséquent, ne pouvait être considérée comme faisant partie de l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan ou d'autres personnes à présenter une demande de carte. Par conséquent, l'obligation d'Aéroplan de porter des milles Aéroplan au crédit des comptes Aéroplan des titulaires de carte de l'appelante ne faisait pas partie des services de promotion et de mise en marché que le juge de la Cour de l'impôt a reconnus comme étant l'élément prédominant de la fourniture. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne pouvait se hisser au rang de fourniture prédominante lorsque l'attribution de ces milles Aéroplan ne figurait même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie était à payer. Les rapports juridiques unissant

Appendix D did not reflect what was intended by the parties or that the actual legal effect of those provisions differed from what the words stipulated. There was no basis to find that the Tax Court Judge erred in his interpretation of the agreement between Aeroplan and the appellant and, therefore, there was no basis to conclude that he erred in finding that the predominant supply that was made by Aeroplan to the appellant was the supply of promotional and marketing services.

Per Stratas J.A. (dissenting): To determine the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply, one must identify all of the elements of the supply and ask what element gives the supply its commercial efficacy or which element, in a practical or commercial sense, caused the payment of the consideration. This question gets at more than just the technical content of the legal obligations found in a contract. The majority focussed on literal contractual language and exclusively so. They stated that it is not necessary to consider commercial efficacy because the contract says one obligation is incidental to another. This approach deviated from the test in *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada* and *Great-West Life Assurance Company v. Canada*, cases that are binding and that encourage the courts to get to the practical, commercial substance of the supply. The predominant element is the element that gives the supply commercial efficacy or, in other words, the reason for the consideration. On this point, the reasons of the Tax Court were diffuse and opaque and the basis for its decision on this point could not be determined. This permitted the Court to make its own assessment and, if necessary, interfere with the Tax Court's decision. The element that gives the supply commercial efficacy—the predominant element of the supply—is the right to allocate Miles. The mere fact that the appellant planned to use its property, the rights to allocate Miles, to make money did not support the view that what was being dealt with were promotional and marketing services. For a number of reasons, the Miles were the predominant element of the supply. In the commercial world, Miles function as gift certificates. In this case, since the appellant paid consideration for the Miles, for GST purposes, the Miles constituted gift certificates, consistent with the scheme of the *Excise Tax Act*. As a result, section 181.2 of the Act applied to deem the appellant's acquisition of the Miles not to be a supply. Thus, the appellant paid GST in error. It was entitled to the rebates it claimed.

l'appelante et Aéroplan ont été définis par la convention conclue entre les deux parties. Rien ne montrait que la convention ne constituait pas un rapport juridique véritable. En outre, il n'y avait rien dans le dossier qui laisserait croire que les mots choisis par les parties pour libeller l'article 9 et l'annexe D ne traduisaient pas l'intention des parties ni qui montrerait que les effets juridiques véritables de ces clauses différaient de ce que les mots indiquaient. Rien ne permettait de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et l'appelante et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan en faveur de l'appelante était des services de promotion et de mise en marché.

Le juge Stratas J.C.A. (dissident) : Pour déterminer quel est l'élément prédominant d'une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite, il faut isoler les éléments de la fourniture et se demander lequel donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou lequel, sur le plan pratique ou commercial, entraîne le paiement de la contrepartie. Cette question nous fait sortir de l'aspect purement technique des obligations juridiques stipulées dans un contrat. Les juges majoritaires ont dirigé leur attention sur le libellé des clauses du contrat, à l'exclusion de toute autre chose. Ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre. Cette approche s'est écartée du critère établi dans les arrêts *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada* et *Great-West, Compagnie d'assurance-vie c. Canada*, qui nous lient et qui nous encouragent à nous pencher sur l'aspect pratique et commercial de la fourniture. L'élément qui prédomine est celui qui donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou, en d'autres mots, la raison justifiant la contrepartie. Les motifs de la Cour de l'impôt à cet égard étaient diffus et obscurs et il était impossible de voir le fondement de sa décision sur ce point. Cela a permis à la Cour de procéder à sa propre analyse et, au besoin, de modifier la décision de la Cour de l'impôt. L'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial, l'élément prédominant de la fourniture, est le droit d'attribuer des milles. Le simple fait que l'appelante prévoyait de se servir de son bien, c'est-à-dire le droit d'attribuer des milles, pour faire de l'argent n'était pas le point de vue selon lequel il s'agissait de services de promotion et de mise en marché. Pour un certain nombre de raisons, les milles étaient l'élément prédominant de la fourniture. Dans le monde du commerce, les milles fonctionnent comme des certificats-cadeaux. En l'espèce, puisque l'appelante payait une contrepartie pour les milles; pour l'application de la TPS, les milles constituaient des certificats-cadeaux, conformément au régime prévu par la *Loi sur la taxe d'accise*. Il s'en est suivi que l'article 181.2 de la Loi s'appliquait, de sorte que l'acquisition de milles par l'appelante ne constituait pas une fourniture. L'appelante a

donc payé la TPS par erreur. Elle avait droit au remboursement qu'elle demandait.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123 “financial service”, “property”, “recipient”, “service”, 165, 181–181.3, 181.2, 261.

CASES CITED

APPLIED:

Great-West Life Assurance Company v. Canada, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118; *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358; *Sattva Capital Corporation v. Creston Moly Corporation*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 2016 D.T.C. 5039; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993) 110 D.L.R. (4th) 470; *MacDonald v. Canada*, 2020 SCC 6, 443 D.L.R. (4th) 124; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999) 178 D.L.R. (4th) 26; *Hammill v. Canada*, 2005 FCA 252, 257 D.L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Club Intrawest v. Canada, 2017 FCA 151, [2017] G.S.T.C. 51.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 2016 D.T.C. 5062; *Camp Mini-Yo-We Inc. v. Canada*, 2006 FCA 413, 357 N.R. 3181; *Royal Bank v. The Queen*, 2007 TCC 281, [2007] G.S.T.C. 122; *Canasia Industries Ltd. v. The Queen*, 2003 TCC 33, 2003 G.T.C. 647.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2019 TCC 79) dismissing the appellant’s appeal from the Minister of National Revenue’s decision denying the appellant’s application for a rebate of GST paid. Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

APPEARANCES

Al Meghji, Al-Nawaz Nanji and D’Arcy Schieman for appellant.
Marilyn Vardy and Craig Maw for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123 « acquéreur », « bien », « service », « service financier », 165, 181–181.3, 181.2, 261.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL); *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2013] A.C.F. n° 1271 (QL); *Sattva Capital Corporation c. Creston Moly Corporation*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76, [2016] A.C.F. n° 250 (QL); *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55; *MacDonald c. Canada*, 2020 CSC 6, [2020] A.C.S. n° 6 (QL); *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647; *Hammill c. Canada*, 2005 CAF 252, [2005] A.C.F. n° 1197 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Club Intrawest c. Canada, 2017 CAF 151, [2017] A.C.F. n° 702 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150, [2016] A.C.F. n° 516 (QL); *Camp Mini-Yo-We Inc. c. Canada*, 2006 CAF 413, [2006] A.C.F. n° 1942 (QL); *Banque Royale du Canada c. La Reine*, 2007 CCI 281, [2007] A.C.I. n° 361 (QL); *Canasia Industries Ltd. c. La Reine*, 2003 CCI 33.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (2019 CCI 79), rejetant l’appel de l’appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l’appelante. Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Al Meghji, Al-Nawaz Nanji et D’Arcy Schieman pour l’appelante.
Marilyn Vardy et Craig Maw pour l’intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the public reasons for judgment rendered in English by

[1] WEBB J.A.: The Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC) made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan) under the agreement between these companies related to the Aeroplan credit cards issued by CIBC. CIBC paid GST to Aeroplan based on the amount paid by CIBC. CIBC submitted an application to the Minister of National Revenue (Minister) for a rebate of this GST, which was denied by the Minister. CIBC filed an appeal to the Tax Court of Canada. Its appeal was dismissed ([*Canadian Imperial Bank of Commerce v. The Queen*] 2019 TCC 79, *per* Visser J.). CIBC then appealed from that judgment to this Court.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss this appeal.

I. Background

[3] CIBC initially entered into an agreement with Air Canada, which agreement was subsequently assigned to Aeroplan. CIBC entered into this agreement because it wanted to increase its credit card and retail banking business. The main focus of the statement of agreed facts (partial) that was submitted at the Tax Court hearing is on the credit card business of CIBC, with a notation in paragraph 10 that, in addition to using certain CIBC credit cards to earn Aeroplan Miles, other activities (including paying interest on certain mortgages) could result in a customer earning Aeroplan Miles. The focus of the reasons of the Tax Court and the submissions made in this appeal were related to the credit card business. Therefore, these reasons will focus on the credit card business.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto, pour l'appelante.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs publics du jugement rendus par

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : La Banque canadienne impériale de commerce (la CIBC) a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) en application de la convention liant ces sociétés et portant sur les cartes de crédit Aéroplan émises par la CIBC. La CIBC a payé à Aéroplan la taxe sur les produits et services (la TPS), calculée sur la base des sommes versées par la CIBC. Cette dernière a présenté au ministre du Revenu national (le ministre) une demande de remboursement de la TPS, qu'il a rejetée. La CIBC a interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt. L'appel a été rejeté ([*Banque canadienne impériale de commerce c. La Reine*] 2019 CCI 79, motifs du juge Visser). La CIBC a ensuite interjeté appel de ce jugement auprès de notre Cour.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je rejetterais le présent appel.

I. Les faits

[3] La CIBC a d'abord conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan. La CIBC voulait par cette convention accroître ses activités de carte de crédit et de services bancaires. L'exposé conjoint (partiel) des faits produit pour l'audience devant la Cour de l'impôt portait principalement sur les activités de carte de crédit de la CIBC, le paragraphe 10 indiquant qu'en plus de l'utilisation de certaines cartes de crédit de la CIBC, d'autres activités permettaient aux clients d'accumuler des milles Aéroplan (notamment le paiement d'intérêts sur certains prêts hypothécaires). Les motifs de la Cour de l'impôt et les observations présentées dans le présent appel portaient principalement sur les activités de carte de crédit. Par conséquent, les présents motifs porteront principalement sur les activités de carte de crédit.

[4] During the period from March 25, 2005 to February 26, 2007, CIBC made substantial payments to Aeroplan and paid GST. If CIBC would have been carrying on a commercial activity, it could have claimed input tax credits for the GST that it paid. However, because CIBC was carrying on a financial services business, CIBC was unable to claim any input tax credits for the GST that it paid to Aeroplan. CIBC subsequently attempted to recover this GST by submitting a claim for a rebate under section 261 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act) on the basis that it had paid the GST in error. CIBC took the position that the supplies made by Aeroplan were financial services and therefore were exempt supplies. CIBC also advanced the alternate positions that it was carrying on a joint venture with Aeroplan or that it was paying to have gift certificates issued to its customers.

[5] When the matter was argued before the Tax Court, CIBC's position was reduced to its argument that it was paying Aeroplan to issue Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates. If Aeroplan Miles are gift certificates that are issued for consideration, then the issuance or sale of such miles would be deemed to not be a supply and there would be no GST payable by CIBC (section 181.2 of the Act).

[6] The facts on which the parties had agreed are set out in the statement of agreed facts (partial) attached to the Tax Court Judge's reasons. It is not necessary to repeat all of these facts. In essence, the arrangement between CIBC and Aeroplan was that Aeroplan would provide a list of its members to CIBC and promote CIBC's credit cards. Aeroplan Miles would be issued to the holders of these cards based on the eligible amounts that such holders charged to their cards each month. The eligible amounts would also be included in the formula used to determine the amount payable by CIBC to Aeroplan.

[7] The holders of the credit cards would accumulate Aeroplan Miles that could be redeemed for flights, merchandise or gift cards.

[4] Durant la période du 25 mars 2005 au 26 février 2007, la CIBC a fait des paiements considérables à Aéroplan et a payé la TPS. Si la CIBC avait exercé une activité commerciale, elle aurait pu demander des crédits de taxe sur les intrants pour les montants de TPS qu'elle payait. Or, parce que la CIBC exploitait une entreprise de services financiers, elle n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan. La CIBC a par la suite tenté de récupérer ces montants de TPS en présentant une demande de remboursement en vertu de l'article 261 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), au motif qu'elle aurait payé la TPS par erreur. Selon la thèse de la CIBC, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées. La CIBC a également présenté des thèses subsidiaires, à savoir qu'elle exploitait une coentreprise avec Aéroplan ou qu'elle payait pour que des certificats-cadeaux soient remis à ses clients.

[5] Lorsque l'affaire a été débattue devant la Cour de l'impôt, la CIBC a limité ses observations à la thèse selon laquelle elle payait Aéroplan pour que celle-ci délivre des milles Aéroplan à ses clients et que ces milles étaient des certificats-cadeaux. Si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux qui sont délivrés à titre onéreux, la délivrance ou la vente de ces milles serait réputée ne pas être une fourniture et la CIBC n'aurait pas à payer la TPS (article 181.2 de la Loi).

[6] Les faits sur lesquels il n'y a pas de controverse entre les parties figurent dans l'exposé conjoint (partiel) des faits joint aux motifs du juge de la Cour de l'impôt. Il n'est pas nécessaire de tous les répéter ici. Pour résumer, selon la convention conclue entre la CIBC et Aéroplan, Aéroplan devait fournir une liste de ses membres à la CIBC et faire la promotion des cartes de crédit de la CIBC. Des milles Aéroplan devaient être délivrés aux titulaires de ces cartes en fonction des sommes admissibles portées chaque mois par les titulaires sur leur carte. De plus, ces sommes admissibles serviraient de paramètre dans la formule servant à calculer la somme que la CIBC aurait à verser à Aéroplan.

[7] Les titulaires de carte de crédit accumulaient leurs milles Aéroplan pour les échanger contre des billets d'avion, des marchandises ou des cartes-cadeaux.

II. Decision of the Tax Court Judge

[8] Both parties submitted that there was a single supply that was made by Aeroplan to CIBC. The Tax Court Judge also found that there was a single supply and neither party has challenged that finding in this appeal.

[9] The dispute relates to the determination of what in particular was supplied as the single supply. The Tax Court Judge, in paragraph 32 of his reasons, found that “the true nature or raison d’être of the Aeroplan Mile Program, the 2003 Credit Card Agreement and the resulting Aeroplan Supplies is to market and promote applications for and increased use of participating CIBC credits cards (and other participating CIBC financial products such as mortgages).”

[10] The Tax Court Judge made this finding by determining what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC under the applicable agreement. In particular, section 9 of the agreement between Aeroplan and CIBC is set out in paragraph 22 of the Tax Court Judge’s reasons:

9. Referral Fees

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan] in respect of the Cardholders a fee calculated in accordance with Appendix “D”.

[11] Appendix D of the agreement, which is reproduced, in part, in paragraph 23 of the Tax Court Judge’s reasons, sets out the formula that was used to calculate the amount payable by CIBC to Aeroplan (to which GST was added and paid):

1. Referral Fees (Section 9(a))

II. La décision du juge de la Cour de l’impôt

[8] Les deux parties ont soutenu qu’une fourniture unique avait été effectuée par Aéroplan à la CIBC. Le juge de la Cour de l’impôt a aussi conclu qu’une fourniture unique avait été effectuée et ni l’une ni l’autre des parties ne conteste cette conclusion dans le présent appel.

[9] Le litige concerne la nature de ce qui a été fourni dans cette fourniture unique. Au paragraphe 32 de ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt conclut ceci : « La véritable nature ou la raison d’être du programme de milles Aéroplan, de la convention de 2003 et des fournitures d’Aéroplan y afférentes me paraît être l’incitation à demander des cartes de crédit participantes de la Banque de Commerce (et d’autres produits financiers de la Banque de Commerce, tels que les prêts hypothécaires) et l’accroissement de leur utilisation. »

[10] Le juge en est arrivé à cette conclusion en déterminant ce en quoi consistait la fourniture effectuée par Aéroplan envers la CIBC pour laquelle cette dernière versait une contrepartie en application de la convention en question. Plus précisément, l’article 9 de cette convention entre Aéroplan et la CIBC est reproduit au paragraphe 22 des motifs du juge de la Cour de l’impôt :

[TRADUCTION]

9. Frais d’aiguillage

La Banque de Commerce s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés selon l’annexe D en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes de présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités.

[11] L’annexe D de la convention, dont une partie est reproduite au paragraphe 23 des motifs du juge de la Cour de l’impôt, établit la formule qui a servi à calculer le montant que la CIBC devait payer à Aéroplan (auquel s’ajoutait la TPS qui a été payée) :

[TRADUCTION]

1. Frais d’aiguillage (alinéa 9a))

- (a) In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan], in respect of the Cardholders a fee calculated as follows:

the sum of:

- (i) the total dollars of purchased goods and services billed to all Card Accounts for which at least a minimum payment has been received (other than cash advances, interest, and Card fees and less credit vouchers);

less

- (ii) the total dollars outstanding of all Card Accounts for which CIBC has not received a minimum payment within 6 months of billing, all Card Accounts of Cardholders who have declared bankruptcy and all Card Accounts written off by CIBC in accordance with its usual practices other than outstanding dollars in respect of cash advances and Card fees;

multiplied by the “Cost of an Aeroplan Mile” as defined below: ...

[12] The Tax Court Judge also noted that section 1 of Appendix D stipulated that the amounts payable did not include taxes. Under paragraph 1(f) of Appendix D, CIBC was obligated to pay any applicable sales or value-added taxes imposed in relation to the purchase of goods and services by CIBC.

[13] The general description included in each invoice that was issued by Aeroplan, was “Participation of CIBC ... in the Aeroplan Program”. Following “CIBC” was a reference to the particular credit card (VISA AEROGOLD, AERO BUSINESS, AEROCORPORATE, or AERO CLASSIC). The amount owing was based on the number of Aeroplan Miles issued to CIBC’s customers and the amount charged per mile. GST was added to determine the total amount owing.

- a) La Banque de Commerce s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés comme suit en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes de présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités :

- (i) le montant des achats de biens et de services facturés à tous les comptes de carte pour lesquels le titulaire a payé au moins le paiement minimal, exception faite des avances de fonds, des intérêts et des frais de carte, et soustraction faite des notes de crédit,

moins

- (ii) le solde impayé de tous les comptes de carte pour lesquels la Banque de Commerce n’a pas reçu le paiement minimal dans les six mois suivant la facturation et de ceux dont le titulaire a fait faillite, et les soldes que la Banque de Commerce a radiés conformément à ses pratiques habituelles, sauf les montants impayés au titre des avances de fonds et des frais de cartes,

cette différence étant multipliée par le « coût d’un mille Aéroplan » entendu au sens suivant [...]

[12] Le juge de la Cour de l’impôt a également noté que l’article 1 de l’annexe D stipulait que les montants à payer n’incluaient pas les taxes. Au titre de l’alinéa 1f) de l’annexe D, la CIBC avait l’obligation de payer les taxes de vente et les taxes sur la valeur ajoutée applicables à l’achat de produits et services par la CIBC.

[13] Sur chaque facture d’Aéroplan figurait une mention générale : [TRADUCTION] « Participation de la CIBC [...] au programme Aéroplan ». Après le nom « CIBC », il était renvoyé à la carte de crédit visée (VISA, AEROGOLD, AERO BUSINESS, AEROCORPORATE ou AERO CLASSIC). La somme due dépendait du nombre de milles Aéroplan délivrés aux clients de la CIBC et de la somme facturée par mille. La TPS était ajoutée pour le calcul de la somme totale.

[14] The referral services that were to be provided by Aeroplan are summarized by the Tax Court Judge in paragraph 20 of his reasons:

c) section 5 — Aeroplan agreed to undertake various referral activities for CIBC, including:

- i. providing CIBC with information relating to Aeroplan members “as may be required by CIBC for promotion planning and model development ...”;
- ii. providing CIBC with its list of Aeroplan members at least three times per 12 month period for the purposes of enabling the parties to undertake mailings to the persons shown on the list of material related to CIBC’s cards;
- iii. allow CIBC to place insertions in four mailings per 12 month period to selected Aeroplan members and include CIBC card applications in Aeroplan Welcome Kits;
- iv. the insertion of articles about the CIBC cards would be placed in three of the six Aeroplan Bulletins issued per year;
- v. providing space for CIBC card applications to be displayed at Maple Leaf Lounges and other Air Canada counter locations; and
- vi. providing space for advertising of the cards at airport bridge poster locations.

[15] The Tax Court Judge concluded at paragraph 35 of his reasons that the single supply was promotional and marketing services provided by Aeroplan to CIBC. Since this was a taxable supply, CIBC was not entitled to a rebate of the GST that it paid. Having found that the single supply made by Aeroplan to CIBC for which the consideration was paid by CIBC was promotional and marketing services, this was a sufficient basis to dismiss CIBC’s appeal. However, the Tax Court Judge chose to

[14] Les services d’aiguillage qu’Aéroplan devait fournir ont été résumés par le juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 20 des motifs :

c) article 5 — Aéroplan s’engageait à exercer diverses activités de commercialisation pour la Banque de Commerce, notamment :

- i. communiquer à la Banque de Commerce des renseignements sur les membres d’Aéroplan [TRADUCTION] « dont la Banque de Commerce pourrait avoir besoin aux fins de la planification de ses activités de commercialisation et du développement de modèles [...] »;
- ii. communiquer à la Banque de Commerce la liste des membres d’Aéroplan au moins trois fois par période de douze mois afin de permettre aux parties d’envoyer de la publicité au sujet des cartes de crédit de la Banque de Commerce aux personnes figurant sur cette liste;
- iii. permettre à la Banque de Commerce d’insérer des annonces dans quatre lettres à certains membres d’Aéroplan par période de douze mois et d’inclure des formulaires de demande de carte de la Banque de Commerce dans les trousseaux de bienvenue d’Aéroplan;
- iv. insérer des articles sur les cartes de la Banque de Commerce dans trois des six bulletins d’Aéroplan publiés chaque année;
- v. réserver de l’espace pour la présentation des formulaires de demande de carte de la Banque de Commerce dans les salons Feuille d’érable et d’autres comptoirs d’Air Canada;
- vi. réserver de l’espace d’affichage publicitaire pour les cartes de crédit dans les passerelles d’embarquement.

[15] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu au paragraphe 35 de ses motifs que la fourniture unique consistait en des services de promotion et de mise en marché offerts par Aéroplan à la CIBC. Ces services étant une fourniture taxable, la CIBC n’avait pas droit au remboursement de la TPS qu’elle avait payée. Ayant conclu que la fourniture unique effectuée par Aéroplan pour laquelle la CIBC avait payé une contrepartie constituait en des services de promotion et de mise en marché, le juge disposait d’un

also address the issue of whether the Aeroplan Miles were gift certificates. In essence, he concluded that since Aeroplan Miles do not have attributes similar to money, Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

III. Issue and standards of review

[16] The issue in this appeal is whether the Tax Court Judge erred in finding that CIBC acquired promotional and marketing services from Aeroplan and not Aeroplan Miles. If the Tax Court Judge so erred, the next issue would be whether he erred in finding that Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

[17] The standard of review for any question of fact or mixed fact and law is palpable and overriding error and for any question of law is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[18] CIBC, in paragraph 24 of its memorandum, submits that “[t]he character of a single composite supply is determined by reference to its predominant element, which is a question of law”. The authority cited for the proposition that the determination of the predominant element is a question of law is *Club Intrawest v. Canada*, 2017 FCA 151, [2017] G.S.T.C. 51 (*Club Intrawest*), at paragraph 82:

What I take from *Global Cash Access* is that when applying the Act regard must be had to the predominant element of a single supply. It is an error of law to apply the Act having regard to services that do not form the predominant element of a single supply (see also: *Great-West Life Assurance Company v. Her Majesty The Queen*, 2016 FCA 316, [2016] F.C.J. No. 1408, at paragraph 43).

[19] In *Great-West Life Assurance Company v. Canada*, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118 (*Great-West Life*), this Court stated [at paragraph 43]:

fondement suffisant pour rejeter l’appel de la CIBC. Toutefois, le juge de la Cour de l’impôt a choisi d’examiner quand même la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. Il a essentiellement conclu que, puisque leurs attributs ne sont pas semblables à ceux de l’argent, les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi.

III. La question en litige et les normes de contrôle

[16] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la CIBC recevait d’Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan. Si le juge a commis une erreur, la question suivante serait de savoir s’il a commis une erreur en concluant que les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi.

[17] La norme de contrôle applicable aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit est celle de l’erreur manifeste et dominante, et la norme applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[18] Au paragraphe 24 de son mémoire, la CIBC soutient que [TRADUCTION] « la nature d’une fourniture mixte unique est déterminée par son élément prédominant, ce qui en fait une question de droit ». À l’appui de son affirmation voulant que la conclusion sur l’élément prédominant soit une question de droit, la CIBC a invoqué le paragraphe 82 de l’arrêt *Club Intrawest c. Canada*, 2017 CAF 151, [2017] A.C.F. n° 702 (QL) (*Club Intrawest*) :

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 (voir également la décision *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408, au paragraphe 43).

[19] Dans l’arrêt *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL) (*Great-West Life*), notre Cour a affirmé ceci [au paragraphe 43] :

In *Global Cash*, this Court held that the inclusions and exclusions in the “financial service” definition should be determined by the predominant elements of the supply. This principle is important because it would be an error to interpret the inclusions and the exclusions by having regard to services that are not predominant elements.

[20] Both *Club Intrawest* and *Great-West Life* refer to and rely upon *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358 (*Global Cash*). In *Global Cash*, the issue and the standard of review are set out in paragraphs 3 and 4:

The parties agree that the total amount of the commissions should be treated the same way, without allocation. Global argues that the commissions are entirely exempt from GST because they are consideration for a supply that falls within the statutory definition of “financial service”. The Crown argues that the commissions are entirely taxable because they are not consideration for a “financial service” as defined.

Standard of review

As this is an appeal from a judgment after a trial, the standard of review is governed by the principles in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The resolution of this appeal requires an interpretation of the statutory definition of “financial service”, and an interpretation of the contracts under which Global paid the commissions in issue. These are questions of law that are reviewable on the standard of correctness (*City of Calgary v. Canada*, 2010 FCA 127, affirmed 2012 SCC 20 with no discussion on this point); *McNeil v. Canada (Employment Insurance Commission)*, 2009 FCA 306.

[21] The analytical framework followed by this Court in *Global Cash* to resolve the issues was further refined in paragraph 26:

To determine whether that single supply falls within the statutory definition of “financial service”, the questions to be asked are these: (1) Based on an interpretation of the contracts between the Casinos and Global, what did the Casinos provide to Global to earn the commissions

Dans l’arrêt *Global Cash*, la Cour a conclu que les fournitures sont jugées incluses ou non dans la définition de « service financier » en fonction de leurs éléments prédominants. Il s’agit là d’un principe important, car il serait fautif de se prononcer sur l’inclusion ou l’exclusion en tenant compte de services qui ne sont pas des éléments prédominants.

[20] Tant dans l’arrêt *Club Intrawest* que dans l’arrêt *Great-West Life*, on invoque l’arrêt *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2013] A.C.F. n° 1271 (QL) (*Global Cash*), et on se fonde sur lui. Dans les motifs de *Global Cash*, la question en litige et la norme de contrôle sont énoncées aux paragraphes 3 et 4 :

Il n’est pas controversé entre les parties que le montant total des commissions doit être traité d’une seule et même manière, sans répartition. Global fait valoir que les commissions sont totalement exonérées de la TPS parce qu’elles doivent être considérées comme une prestation de service qui répond à la définition de « service financier » consacrée par la loi. La Couronne fait valoir que les commissions sont taxables dans leur intégralité parce qu’elles ne constituent pas des contreparties à la prestation de « services financiers » au sens de la loi.

La norme de contrôle

Comme il s’agit en l’espèce de l’appel d’un jugement rendu à la suite d’un procès, la norme de contrôle applicable est régie par les principes consacrés par la jurisprudence *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Le présent appel nécessite une interprétation de la définition des mots « service financier » retenue par la Loi ainsi qu’une interprétation des contrats en vertu desquels Global a payé les commissions en question. Il s’agit de questions de droit qui sont susceptibles d’examen selon la norme de la décision correcte (*Ville de Calgary c. Canada*, 2010 CAF 127, confirmé par 2012 CSC 20 sans aucune discussion sur ce point); *McNeil c. Canada (Commission de l’assurance-emploi du Canada)*, 2009 CAF 306.

[21] Le cadre d’analyse que notre Cour a appliqué dans la décision *Global Cash* pour résoudre ces questions est affiné au paragraphe 26 :

Pour rechercher si la fourniture unique est visée par la définition énoncée dans la loi de ce qui constitue le « service financier », il faut répondre aux questions suivantes : 1) Après interprétation des contrats conclus entre les casinos et Global, quels sont les services fournis par

payable by Global? (2) Does that service fall within the statutory definition of “financial service”?

[22] The determination of what was supplied for the consideration that was paid was based on the interpretation of the relevant contracts. At that time, the interpretation of the relevant contracts was a question of law. However, *Global Cash* was decided in 2013, which was before the Supreme Court of Canada released its decision in *Sattva Capital Corporation v. Creston Moly Corporation*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 (*Sattva*). In that case, the Supreme Court found, at paragraph 50, that the interpretation of a contract is a question of mixed fact and law. The principle as set out in *Sattva* is not restricted to only cases involving a contractual dispute between the parties to the contract. In *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 2016 D.T.C. 5039, at paragraph 5, this Court confirmed that the principle as set out in *Sattva* also applies when this Court is reviewing a Tax Court Judge’s interpretation of a contract where only one of the parties to the contract is before the court.

[23] In this case, CIBC argues that the determination of the predominant element of the supply should be determined based on the testimony of Mr. Webster (which is discussed further below) and certain provisions of the agreement between CIBC and Aeroplan (paragraph 36 of its memorandum). This would mean that the determination of the predominant element of the supply in this case is a question of fact or mixed fact and law.

[24] Just as in *Global Cash*, the first issue that is to be decided is what was supplied by Aeroplan for the consideration paid by CIBC. To the extent that this determination will be based on the interpretation of the agreement between CIBC and Aeroplan and an assessment of the testimony of Mr. Webster, it will be a question of mixed fact and law for the interpretation of the agreement and a question of fact for the assessment of the testimony of Mr. Webster.

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 »?

[22] La conclusion sur la nature de ce qui avait été fourni en contrepartie de la somme payée dépendait de l’interprétation des contrats pertinents. À cette époque, l’interprétation des contrats pertinents était une question de droit. Toutefois, l’arrêt *Global Cash* remonte à 2013, soit avant que la Cour suprême du Canada ne rende l’arrêt *Sattva Capital Corporation c. Creston Moly Corporation*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 (*Sattva*). Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu, au paragraphe 50 de ses motifs, que l’interprétation d’un contrat était une question mixte de fait et de droit. Le principe énoncé dans l’arrêt *Sattva* ne se limite pas aux seuls cas impliquant un litige de nature contractuelle entre les parties contractantes. Dans l’arrêt *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76, [2016] A.C.F. n° 250 (QL), au paragraphe 5, notre Cour a confirmé que le principe énoncé dans l’arrêt *Sattva* s’applique également lorsqu’elle examine l’interprétation de contrats par un juge de la Cour de l’impôt alors qu’une seule des parties contractantes se trouve devant la Cour.

[23] En l’espèce, la CIBC soutient que l’élément prédominant de la fourniture doit être défini sur le fondement du témoignage de M. Webster (lequel est examiné plus loin) et de certaines dispositions de la convention conclue entre la CIBC et Aeroplan (paragraphe 36 de son mémoire). Cela voudrait dire que la conclusion sur l’élément prédominant de la fourniture en l’espèce serait une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[24] Comme dans l’affaire *Global Cash*, la première question est de savoir en quoi consiste la fourniture d’Aeroplan pour laquelle la CIBC a payé une contrepartie. Cette conclusion découlant d’une part de l’interprétation de la convention liant la CIBC et Aeroplan et d’autre part de l’appréciation du témoignage de M. Webster, il s’agit, pour l’interprétation de la convention, d’une question mixte de fait et de droit et, pour l’appréciation du témoignage de M. Webster, d’une question de fait.

[25] As a result, the standard of review for the determination of what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC is palpable and overriding error.

[26] Palpable and overriding error is a high standard. In *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, the majority of the Supreme Court noted [at paragraphs 38–39]:

It is equally useful to recall what is meant by “palpable and overriding error”. Stratas J.A. described the deferential standard as follows in *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46:

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

Or, as Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] “a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions.”

[27] If the single supply was the purchase of Aeroplan Miles, then the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates would require an interpretation of “gift certificate” for the purposes of the Act, which is a question of law.

IV. Analysis

[28] GST is payable by recipients of taxable supplies:

Imposition of goods and services tax

165 (1) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

[25] Par conséquent, la norme de contrôle qui s’applique à la conclusion sur ce en quoi consiste la fourniture effectuée par Aéroplan envers la CIBC pour laquelle cette dernière a versé une contrepartie est celle de l’erreur manifeste et dominante.

[26] L’erreur manifeste et dominante est une norme rigoureuse. Dans l’arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, les juges majoritaires de la Cour suprême ont formulé les observations suivantes [aux paragraphes 38 et 39] :

Il est tout aussi utile de rappeler ce qu’on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déferente en ces termes dans l’arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46 :

L’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout entier.

Ou, comme le dit le juge Morissette dans l’arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l’aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l’œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

[27] Si la fourniture unique consistait en l’achat de milles Aéroplan, la question de savoir si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux nécessiterait alors que le terme « certificat-cadeau » soit interprété pour l’application de la Loi, ce qui serait une question de droit.

IV. Analyse

[28] La TPS doit être payée par les acquéreurs de fournitures taxables :

Taux de la taxe sur les produits et services

165 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l’acquéreur d’une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

[29] A recipient is defined in section 123 of the Act:

123 (1) ...

recipient of a supply of property or a service means

(a) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,

...

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply; (*acquéreur*)

[30] In this case, CIBC is the person who was liable to pay the consideration under the agreement with Aeroplan. Therefore, the question is what supply of property or services was made to CIBC? The Tax Court Judge found that a single supply was made to CIBC by Aeroplan and this was the supply of promotional and marketing services. The Tax Court Judge's finding that the supply that was made to CIBC was promotional and marketing services was based on his interpretation of the agreement under which the consideration was payable.

[31] CIBC does not dispute that a single supply was made by Aeroplan but contends that the supply that was made to CIBC by Aeroplan was the provision of Aeroplan Miles to CIBC's customers and that Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. CIBC describes the supply as "the provision of Aeroplan Miles to CIBC's customers" (paragraph 15(a) of its memorandum) and in paragraph 21 it states that it "purchases them to reward its customers".

[32] CIBC does not argue in either its notice of appeal or its memorandum that the Tax Court Judge made any palpable and overriding error in interpreting paragraph 9 and Appendix D of the agreement between CIBC and Aeroplan. Rather, CIBC's submissions focus on the value of the Aeroplan Miles to CIBC's customers. Essentially, its submission is that since these points have value because they can be redeemed for goods or services, the

[29] Le terme « acquéreur » est défini à l'article 123 de la Loi :

123 (1) ...

acquéreur

a) Personne qui est tenue, aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;

[...]

Par ailleurs, la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture. (*recipient*)

[30] En l'espèce, la CIBC est la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention conclue avec Aeroplan. Il s'ensuit que la question à trancher est de savoir en quoi consistaient les biens ou les services fournis à la CIBC. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'Aeroplan avait effectué une fourniture unique envers la CIBC et que cette fourniture consistait en des services de promotion et de mise en marché. Le juge de la Cour de l'impôt a tiré cette conclusion en se fondant sur son interprétation de la convention aux termes de laquelle la contrepartie était à payer.

[31] La CIBC ne conteste pas qu'Aeroplan a effectué une fourniture unique, mais elle soutient que la fourniture qu'Aeroplan a effectuée à son endroit était la fourniture de milles Aeroplan délivrés aux clients de la CIBC et que les milles Aeroplan sont des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi. La CIBC a décrit cette fourniture comme étant [TRADUCTION] « la délivrance de milles Aeroplan aux clients de la CIBC », à l'alinéa 15a) de son mémoire, et elle a affirmé, au paragraphe 21 de son mémoire, qu'elle [TRADUCTION] « les achetait pour récompenser ses clients ».

[32] La CIBC ne soutient ni dans son avis d'appel ni dans son mémoire que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur manifeste et dominante en interprétant le paragraphe 9 et l'annexe D de la convention liant la CIBC et Aeroplan. Au contraire, la CIBC fait porter ses observations surtout sur la valeur des milles Aeroplan pour ses clients. Essentiellement, elle soutient que ces milles ont de la valeur parce qu'ils peuvent être échangés

Aeroplan Miles must have been the predominant supply made by Aeroplan under the agreement.

[33] However, this submission is based on viewing the agreement from the perspective of CIBC's customers, not CIBC. CIBC's customers were not the persons who were liable to pay the consideration under the agreement between CIBC and Aeroplan and, hence, they were not the persons who were obligated to pay GST in relation to the supplies made under this agreement. Instead, CIBC is the person who was liable to pay the consideration under this agreement, and hence was liable to pay the GST. The focus is therefore on CIBC and its perspective of what it was being supplied under the agreement.

[34] In *Global Cash* the test for determining what is the dominant supply was succinctly stated in paragraph 26: "what did the Casinos provide to Global to earn the commissions payable by Global?" To adopt this question for this appeal: what did Aeroplan provide to CIBC to earn the amounts payable by CIBC?

[35] To determine what was supplied for the commissions payable in *Global Cash*, this Court found that the "commercial efficacy of the arrangement depends critically on access to the Casinos' cash" (paragraph 28). It was necessary to consider the commercial efficacy of the arrangement because the commissions were paid for completed transactions (without any indication of which element was the predominant element) and, as noted in paragraph 27 of *Global Cash*, there were three elements to the supply:

The Casinos earned commissions for completed Funds Access Service transactions. To complete those transactions, the Casinos were required to provide (1) access to the physical premises of the Casino for Global's equipment (such as its dedicated computer terminals and kiosks), (2) the clerical services of the cashiers, and (3) the cash required to pay the patrons.

contre des produits ou des services et que, par conséquent, les milles devaient être la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan aux termes de la convention.

[33] Cependant, cette observation est fondée sur une interprétation de la convention faite du point de vue des clients de la CIBC et non du point de vue de la CIBC elle-même. Les clients de la CIBC ne sont pas les personnes qui étaient tenues de payer la contrepartie aux termes de la convention entre la CIBC et Aéroplan; il s'ensuit qu'ils ne sont pas les personnes tenues de payer la TPS sur les fournitures effectuées en application de la convention. C'est plutôt la CIBC qui est la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention et qui, par conséquent, est tenue de payer la TPS. Il faut donc se concentrer sur la CIBC et sur ce qui, de son point de vue, était fourni aux termes de la convention.

[34] Dans l'arrêt *Global Cash*, le critère servant à déterminer ce qu'est la fourniture prédominante est énoncé succinctement au paragraphe 26 : « quels sont les services fournis par les casinos à Global qui ont justifié le versement de commissions par Global? » Cette question, après adaptation aux faits en l'espèce, devient la suivante : qu'est-ce qu'Aéroplan a fourni à la CIBC qui justifie le versement des sommes payées par la CIBC?

[35] Lorsqu'elle a déterminé quelle était la fourniture pour laquelle des commissions avaient été payées dans l'affaire *Global Cash*, notre Cour a conclu que « l'efficacité sur le plan commercial de l'arrangement dépend essentiellement de l'accès à l'argent des casinos » (paragraphe 28). Il était nécessaire d'examiner l'efficacité de l'arrangement sur le plan commercial parce que le paiement des commissions se faisait lorsque les transactions étaient réalisées (sans que soit précisé quel était l'élément prédominant) et, comme il est mentionné au paragraphe 27 de l'arrêt *Global Cash*, la fourniture était composée de trois éléments :

Les casinos ont perçu des commissions pour des transactions effectuées dans le cadre du service d'accès à des fonds. Pour effectuer ces transactions, les casinos devaient fournir 1) l'accès à leurs locaux afin qu'y soient installés le matériel de Global (comme les terminaux informatiques et les kiosques), 2) des services administratifs, exécutés par les caissiers, et 3) l'argent devant être remis aux clients.

[36] The issue was which one of these elements would justify or warrant, on a commercially reasonable basis, the payment of the commissions. This Court then concluded, at paragraphs 29 and 30, that the transactions fell within paragraph (g) [123(g)] of the definition of “financial service” in the Act “(‘the making of any advance, the granting of any credit or the lending of money’...) ... because the heart of each transaction is an advance of money by the Casinos, disbursed to casino patrons at Global’s direction, and repayable by Global.”

[37] In *Great-West Life*, this Court also posed the same question as set out in paragraph 26 of *Global Cash* [at paragraph 47]:

The first question is simply to determine what services were provided for the consideration received.

[38] In paragraph 50 of *Great-West Life*, this Court confirmed that the appropriate test for determining the predominant elements of a supply was to determine “the parts of the service that resulted in the payment of the benefits.”

[39] Therefore, the question to be addressed is what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC? To answer that question it is not necessary to consider the commercial efficacy of the agreement between CIBC and Aeroplan because the applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto.

[40] Section 9 of the agreement clearly links the payment of the consideration to Aeroplan’s obligation to refer or arrange “for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” (the promotional and marketing services provided by Aeroplan to CIBC):

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan] in respect of the Cardholders a fee calculated in accordance with Appendix “D”.

[36] Il s’agissait de déterminer lequel parmi ces trois éléments justifiait raisonnablement sur le plan commercial le paiement des commissions. Notre Cour a par la suite conclu aux paragraphes 29 et 30 que les transactions effectuées étaient visées par l’alinéa g) [de l’article 123] de la définition du terme « service financier » de la Loi « (‘l’octroi d’une avance ou de crédit ou le prêt d’argent’ [...]) » « parce que chaque transaction consiste essentiellement en une avance d’argent par les casinos, versée aux clients à la demande de Global et que Global doit rembourser. »

[37] Dans l’arrêt *Great-West Life* [au paragraphe 47], notre Cour a là aussi posé la même question, soit celle du paragraphe 26 de *Global Cash* :

La première question consiste simplement à déterminer quels services ont été fournis pour la contrepartie reçue.

[38] Au paragraphe 50 de l’arrêt *Great-West Life*, notre Cour a confirmé que le critère à appliquer pour déterminer quels étaient les éléments prédominants de la fourniture était d’établir quels étaient « les éléments du service qui donnaient lieu au paiement des prestations. »

[39] Par conséquent, la question qui doit être examinée est de savoir ce qu’a fourni Aéroplan à la CIBC pour la contrepartie versée. Pour répondre à cette question, il n’est pas nécessaire d’examiner l’efficacité sur le plan commercial de la convention entre la CIBC et Aéroplan parce que cette convention établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires.

[40] Il est évident que l’article 9 de la convention lie le paiement de la contrepartie à l’obligation d’Aéroplan d’encourager ou d’aider [TRADUCTION] « les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte » (les services de promotion et de mise en marché fournis par Aéroplan à la CIBC) :

[TRADUCTION] La CIBC s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés selon l’annexe D en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités.

[41] Appendix D is consistent with section 9:

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing

[42] In both section 9 and Appendix D, the obligation to pay the consideration is linked to the promotional and marketing services to be provided by Aeroplan to CIBC. Both section 9 of the agreement and Appendix D also specifically state that the other obligations of Aeroplan (which would include issuing Aeroplan Miles to CIBC's customers) are incidental to the promotional and marketing services.

[43] The formula itself in Appendix D also confirms this. The focus of the formula is on the amounts charged to the Aeroplan credit cards issued by CIBC. In effect, the consideration payable by CIBC is linked to the success of the promotional and marketing services.

[44] CIBC acknowledged, during the hearing of this appeal, that there is nothing in the agreement with Aeroplan to indicate that CIBC was purchasing Aeroplan Miles. Likewise, there is no direct statement in this agreement that the amounts were paid by CIBC as consideration for Aeroplan issuing Aeroplan Miles.

[45] Article 13 of the agreement between CIBC and Aeroplan addresses the "Aeroplan Accounts" and, in particular, the crediting of Aeroplan Miles to CIBC credit card holders. Articles 13(a)(i) and (ii) state:

[***]

(ii) Thereafter, [Aeroplan] at its own cost shall credit the mileage points to the Aeroplan Account of a Cardholder as reported and calculated by CIBC pursuant to Subsection 13(c) hereof 2 Business Days following receipt

[41] Le texte de l'annexe D est conforme à celui de l'article 9.

[TRADUCTION] La CIBC s'engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés comme suit en contrepartie d'activités encourageant ou aidant les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités [...]

[42] Tant l'article 9 que l'annexe D de la convention lient l'obligation de payer la contrepartie aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan doit fournir à la CIBC. De plus, tant l'article 9 que l'annexe D indiquent expressément que les autres obligations d'Aéroplan (ce qui inclurait la délivrance de milles Aéroplan aux clients de la CIBC) sont accessoires aux services de promotion et de mise en marché.

[43] La formule même prévue à l'annexe D le confirme également. La formule est axée sur les sommes facturées sur les cartes de crédit Aéroplan émises par la CIBC. Dans les faits, la contrepartie que doit payer la CIBC est liée au succès des services de promotion et de mise en marché.

[44] La CIBC a reconnu lors de l'audience pour le présent appel que rien dans la convention conclue avec Aeroplan n'indiquait que la CIBC achetait des milles Aéroplan. De même, il n'existe dans la convention aucun passage indiquant explicitement que la CIBC payait les sommes en contrepartie des milles Aéroplan délivrés par Aéroplan.

[45] L'article 13 de la convention liant la CIBC et Aéroplan porte sur les comptes Aéroplan et plus précisément sur l'attribution de milles Aéroplan aux titulaires de cartes de crédit émises par la CIBC. Les sous-alinéas 13a)(i) et (ii) de la convention sont rédigés ainsi :

[TRADUCTION]

[***]

(ii) Par la suite, [Aéroplan], à ses propres frais, porte les points en milles au crédit du compte Aéroplan du titulaire de carte en fonction des rapports et calculs de la CIBC établis conformément au présent alinéa 13c) dans les deux

of CIBC’s tape or electronic transmission; provided that in the event the net number of mileage points for a Cardholder is a negative number, [Aeroplan] may deduct from such Cardholder’s Aeroplan Account such negative mileage points. [Emphasis added.]

[46] Article 13(c) provides for the “Calculation of Aeroplan Points”. The number of mileage points is based on the amounts charged to the credit card accounts of CIBC’s customers less amounts outstanding on these accounts.

[47] [***] In any event, there is nothing in these provisions that would support a finding that CIBC was paying the consideration that it did for the issuance of Aeroplan Miles to credit card holders. These provisions do not contradict the statement in section 9 and Appendix D, that the other obligations of Aeroplan (which would include the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of CIBC’s customers) were incidental to “[Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications”.

[48] CIBC submitted that the testimony of its witness, Mr. Webster, at the Tax Court hearing, supported CIBC’s position that it was purchasing Aeroplan Miles and that this was the predominant element of the supply. The excerpts from the testimony that are identified by CIBC at paragraph 31 of its memorandum, are from pages 26, 27 and 33 of the transcript from the Tax Court hearing:

From pages 26 and 27:

Q. What is your understanding of why CIBC chose Aeroplan?

A. CIBC chose Aeroplan, I think, for two key reasons and these have remained, I think, pretty constant throughout the time we have offered Aeroplan.

One is that the Air Canada Frequent Flyer Programme [*sic*], Aeroplan, is appealing to frequent flyers, and frequent flyers are an appealing demographic group for CIBC, in that they tend to spend more money and they are a profitable group of clients from a credit card perspective.

jours ouvrables après avoir reçu la bande ou la transmission électronique de la CIBC; dans le cas où le nombre de points en milles d’un titulaire serait négatif, [Aéroplan] pourra déduire ce nombre points en milles du compte Aéroplan de ce titulaire. [Non souligné dans l’original.]

[46] L’alinéa 13c) porte sur le calcul des points Aéroplan. Le nombre de points en milles se calcule en fonction des sommes facturées sur une carte de crédit appartenant à un client de la CIBC, duquel on retire les sommes en souffrance.

[47] [***] Quoi qu’il en soit, rien dans ces dispositions ne permet de conclure que la CIBC payait la contrepartie qu’elle versait pour la simple délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit. Ces dispositions ne sont pas incompatibles avec l’article 9 et l’annexe D selon lesquels les autres obligations d’Aéroplan (ce qui comprendrait l’obligation d’Aéroplan de porter les milles au crédit des comptes Aéroplan des clients de la CIBC) sont accessoires à l’obligation d’encourager ou d’aider les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte de crédit.

[48] La CIBC soutient que le témoignage de son témoin, M. Webster, à l’audience devant la Cour de l’impôt corroborait sa thèse, à savoir qu’elle achetait des milles Aéroplan et qu’il s’agissait de l’élément prédominant de la fourniture. La CIBC cite des extraits de ce témoignage au paragraphe 31 de son mémoire, lesquels sont tirés des pages 26 et 27 puis de la page 33 de la transcription de l’audience devant la Cour de l’impôt :

Extrait tiré des pages 26 et 27 :

[TRADUCTION]

Q. D’après vous, pourquoi la CIBC a-t-elle choisi Aéroplan?

R. CIBC a choisi Aéroplan, je crois, pour deux raisons principales, qui, je crois, sont demeurées les mêmes aussi longtemps que nous avons offert Aéroplan.

La première est que le programme pour grands voyageurs d’Air Canada, le programme Aéroplan, est attrayant pour les grands voyageurs et que ces grands voyageurs forment un groupe démographique attrayant pour la CIBC du fait que ce groupe tend à dépenser plus d’argent et est un groupe profitable du point de vue des cartes de crédit.

The second reason which is closely related to the first is that by offering Aeroplan Miles when you use your credit card it encourages clients to consolidate their spending on our card, rather than spending on competitive credit cards.

So, by offering Aeroplan Miles, we are able to get more business from these clients who we've attracted.

Q. How do you know that you are able to get more business?

A. We know that we are able to get more business because we can see that these clients spend more money on their credit card, when you see that each and every month that they use their card.

From page 33:

Q. What is your understanding of CIBC's business rationale for awarding Aeroplan Miles?

A. So our business rationale was that they were a very attractive reward that clients wanted, and so would allow us, as I said, to attract more customers to CIBC, which we did, and that they would use their card more which they did.

[49] Although Mr. Webster spoke in general terms about the objectives of CIBC (to increase its credit card business by having frequent flyers acquire and use its credit cards), he does not state that CIBC was purchasing Aeroplan Miles, or that the issuance of Aeroplan Miles by Aeroplan to CIBC's customers was not incidental to having access to Aeroplan's members.

[50] Rather Mr. Webster's statement that "frequent flyers are an appealing demographic group for CIBC, in that they tend to spend more money and they are a profitable group of clients from a credit card perspective" supports a finding that CIBC's primary objective was to have access to Aeroplan's database of its members by having Aeroplan provide a list of its members and send credit card applications to its members. This was described in the agreement as Aeroplan "referring or arranging for

La deuxième raison, assez proche de la première, est que le fait qu'on offre des milles Aéroplan chaque fois qu'est utilisée une carte de crédit encourage les clients à regrouper leurs dépenses sur notre carte plutôt que de les disperser sur les cartes de crédit de nos compétiteurs.

Nous avons donc pu, en offrant des milles Aéroplan, faire plus d'affaires avec ces clients que nous avons attirés.

Q. Comment savez-vous que vous avez pu faire plus d'affaires?

R. Nous savons que nous avons fait davantage d'affaires parce que nous pouvons voir que ces clients dépensent plus d'argent sur leur carte de crédit, lorsqu'on constate qu'ils utilisent chaque mois leur carte de crédit.

Extrait tiré de la page 33 :

[TRADUCTION]

Q. Selon vous, qu'est-ce qui justifie sur le plan commercial l'attribution de milles Aéroplan par la CIBC?

R. Sur le plan commercial, l'idée était qu'ils constituaient une récompense très attrayante que les clients désiraient et qui nous permettrait, comme je l'ai dit, d'attirer un plus grand nombre de clients à la CIBC — ce qui fut le cas — et qui les pousserait à se servir de leur carte plus souvent — ce qui fut aussi le cas.

[49] Bien que M. Webster ait parlé en termes généraux des objectifs de la CIBC (accroître les activités liées aux cartes de crédit en incitant les grands voyageurs à se procurer une carte et à l'utiliser), il n'affirme pas que la CIBC achetait des milles Aéroplan ni que la délivrance de milles par Aéroplan aux clients de la CIBC ne constituait pas une activité accessoire à l'accès à la liste des membres d'Aéroplan.

[50] La déclaration de M. Webster selon laquelle les [TRADUCTION] « grands voyageurs forment un groupe démographique attrayant pour la CIBC du fait que ce groupe tend à dépenser plus d'argent et est un groupe profitable du point de vue des cartes de crédit » étaye plutôt la conclusion que l'objectif principal de la CIBC était d'accéder à la base de données des membres d'Aéroplan, c'est-à-dire qu'Aéroplan fournirait la liste de ses membres, auxquels seraient envoyées des demandes de carte de crédit. Cette

Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” and more specifically in section 5 (as described in paragraph 14 above). His testimony in general confirms CIBC’s objective of increasing its credit card business, which would be accomplished by having more people apply for and use its credit cards.

[51] To the extent that Mr. Webster’s testimony could be interpreted as elevating the significance of the issuance of the Aeroplan Miles, this would conflict with section 9 and Appendix D of the agreement which clearly state that the “other obligations” of Aeroplan (which would include Aeroplan’s obligation to issue Aeroplan Miles to the customers of CIBC) were incidental to its obligations to refer or arrange “for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”.

[52] As noted by Justice Iacobucci, writing on behalf of the majority of the Supreme Court in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, [at page 736], (1993) 110 D.L.R. (4th) 470, at page 538:

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances....

[53] In *MacDonald v. Canada*, 2020 SCC 6, 443 D.L.R. (4th) 124, Justice Abella, writing on behalf of the majority of the Supreme Court noted [at paragraph 43]:

Mr. MacDonald’s *ex-post facto* testimony regarding his intentions cannot overwhelm the manifestations of a different purpose objectively ascertainable from the record.

[54] Any statements made by Mr. Webster at the Tax Court hearing that could be interpreted as changing the

idée figure dans la convention, où il est écrit qu’Aéropian doit exercer diverses activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéropian et d’autres personnes à présenter des demandes de carte », et se trouve également explicitée plus en détail à l’article 5 (voir le paragraphe 14 des présents motifs). Le témoignage de M. Webster confirme en général l’objectif de la CIBC, à savoir l’accroissement de ses activités de carte de crédit, qui serait réalisé par une hausse des demandes de carte et de l’utilisation de ces cartes.

[51] Si on interprétait le témoignage de M. Webster comme rehaussant l’importance des milles Aéropian délivrés, ce témoignage serait incompatible avec l’article 9 et l’annexe D de la convention, où il est énoncé explicitement que les autres obligations d’Aéropian (lesquelles incluraient l’obligation de délivrer les milles Aéropian aux clients de la CIBC) sont accessoires aux obligations d’exercer des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéropian et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[52] Comme l’a fait observer le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême, dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55, à la page 736 :

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances.

[53] Dans l’arrêt *MacDonald c. Canada*, 2020 CSC 6, [2020] A.C.S. n° 6 (QL), la juge Abella, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, a fait observer ce qui suit [au paragraphe 43] :

Le témoignage *ex-post facto* de M. MacDonald quant à ses intentions ne saurait supplanter les manifestations d’un objet différent qui ressort objectivement du dossier.

[54] Toute déclaration faite par M. Webster à l’audience devant la Cour de l’impôt qui pourrait être interprétée

basis for the payment of the consideration by CIBC to Aeroplan from that as set out in the agreement, cannot override the statement in the agreement that CIBC was paying for Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” and that the other obligations were incidental.

[55] CIBC submits that the Tax Court Judge placed too much weight on the agreement. In its memorandum, CIBC stated [at paragraphs 34–35]:

The Judge concluded as he did mainly on the basis of the contractual provisions that described the CIBC payments as “referral fees” or consideration for Aeroplan LP referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to apply for CIBC Visa cards, and the contractual provisions that described the performance of Aeroplan LP’s other obligations as being “incidental thereto” (Reasons, 32-33).

The Judge’s conclusion is based on two errors of law:

(a) The Judge erred when he gave determinative weight to what he took to be the parties’ agreement as to the predominant element of the supply.

(b) The Judge erred when he failed to ask himself the question he should have asked, which was whether the linchpin of the Aeroplan LP supply—the one element of the supply that resulted in the payment of the consideration or upon which the commercial efficacy of the contract depended—was the Aeroplan Miles purchased for CIBC’s customers, or Aeroplan LP’s marketing and promotional services.

[56] CIBC is challenging the weight that the Tax Court Judge gave to the agreement between CIBC and Aeroplan. In essence, CIBC is asking us to reweigh the evidence and assign less weight to this agreement. However, the weight to be given to any evidence is a matter for the trial judge. It is not the role of this Court to reweigh the evidence (*Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 2016 D.T.C. 5062, at paragraph 12).

comme conférant au paiement de la contrepartie à Aéroplan par la CIBC une raison autre que ce qui est énoncé dans la convention ne peut supplanter les mots de la convention selon lesquels la CIBC paie une contrepartie à Aéroplan pour qu’Aéroplan exerce des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[55] La CIBC soutient que le juge de la Cour de l’impôt a accordé trop d’importance à la convention. Dans son mémoire, la CIBC affirme ceci [aux paragraphes 34 et 35] :

[TRADUCTION] Le juge est arrivé à cette conclusion en se fondant principalement sur les clauses contractuelles qui présentent les paiements comme étant des « frais d’aiguillage » ou une contrepartie pour qu’Aéroplan encourage ou aide ses membres ou d’autres personnes à demander une carte Visa de la CIBC et aussi sur les clauses contractuelles qui présentent l’exécution des autres obligations d’Aéroplan comme étant accessoire (motifs, par. 32 et 33).

La conclusion du juge est fondée sur deux erreurs de droit :

a) Le juge a commis une erreur en accordant une importance déterminante à ce qu’il a estimé être l’arrangement entre les parties quant à ce qui constituait l’élément prédominant de la fourniture.

b) Le juge a commis une erreur lorsqu’il a omis de se demander, alors qu’il aurait dû le faire, ce qui constituait l’élément central de la fourniture de la société en commandite Aéroplan — l’élément de la fourniture qui à lui seul entraînait le paiement de la contrepartie ou sur lequel l’efficacité du contrat sur le plan commercial dépendait —, à savoir les milles Aéroplan que la CIBC achetait pour ses clients ou les services de promotion et de mise en marché de la société en commandite Aéroplan.

[56] La CIBC conteste l’importance que le juge de la Cour de l’impôt a accordée à la convention conclue entre la CIBC et Aéroplan. Essentiellement, la CIBC nous demande d’apprécier de nouveau les éléments de preuve et d’accorder moins d’importance à cette convention. Toutefois, juger de l’importance à accorder aux divers éléments de preuve est une tâche qui revient au juge de première instance. Ce n’est pas le rôle de notre Cour

[57] To suggest that the agreement between the parties under which the consideration for the supply is payable should not play a dominant role in the determination of the tax implications arising under the Act is not consistent with the Act. As noted, tax is imposed on a recipient of a taxable supply (section 165 of the Act) and the recipient is the person who is liable to pay the consideration for that supply under the applicable agreement (definition of “recipient” in section 123 of the Act). Therefore, it is logical that the agreement under which such consideration is payable will play a dominant role in determining the tax implications arising under the Act.

[58] In particular, in determining what was supplied in *Global Cash*, the agreement under which the consideration was paid played a dominant role. In *Global Cash*, the first question that was addressed [at paragraph 26] was “[b]ased on an interpretation of the contracts between the Casinos and Global, what did the Casinos provide to Global to earn the commissions payable by Global?” Just as in *Global Cash*, the agreement under which the consideration for the supply was paid by CIBC should play a dominant role in determining what was acquired for the amounts that were paid.

[59] CIBC, in paragraph 35(b) of its memorandum, submits that “the Aeroplan Miles purchased for CIBC’s customers” were “Aeroplan LP’s marketing and promotional services”. The “marketing and promotional services” are generally described in section 9 of the agreement as Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”. The referral activities, which were to be undertaken by Aeroplan, are set out in section 5 of the agreement and summarized in paragraph 14 above. The issuance of Aeroplan Miles to CIBC’s customers is not included in any of these referral activities and therefore cannot be considered as part of the obligation of Aeroplan

d’apprécier de nouveau les éléments de preuve (*Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150, [2016] A.C.F. n° 516 (QL), au paragraphe 12).

[57] La thèse selon laquelle la convention qui lie les parties et aux termes de laquelle est versée une contrepartie pour une fourniture ne doit pas jouer de rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi est incompatible avec la Loi. Comme il a été indiqué, il incombe à l’acquéreur d’une fourniture taxable de payer la taxe (article 165 de la Loi), et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s’applique (définition du terme « acquéreur » à l’article 123 de la Loi). Par conséquent, il s’ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi.

[58] Plus précisément dans l’arrêt *Global Cash*, quand il a fallu déterminer la nature de la fourniture, la convention aux termes de laquelle la contrepartie avait été versée a joué un rôle prépondérant. Dans cet arrêt, la première question examinée [au paragraphe 26] a été la suivante : « 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? » De la même manière que dans l’arrêt *Global Cash*, la convention aux termes de laquelle la CIBC a versé une contrepartie pour la fourniture doit jouer un rôle prépondérant lorsqu’il s’agit de déterminer ce qui a été acquis contre les sommes versées.

[59] Au paragraphe 35b) de son mémoire, la CIBC soutient que [TRADUCTION] « les milles Aéroplan que la CIBC achetait pour ses clients » étaient [TRADUCTION] « les services de promotion et de mise en marché de la société en commandite Aéroplan ». Ces services de promotion et de mise en marché sont décrits de manière générale à l’article 9 de la convention comme étant l’obligation pour Aéroplan d’exercer des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ». Ces activités d’aiguillage, qu’Aéroplan devait exécuter, sont énoncées à l’article 5 de la convention et résumées au paragraphe 14 des présents motifs. La délivrance de

to refer or arrange for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications. Hence, the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of CIBC cardholders (as provided in Article 13) is not part of the marketing and promotional services that were identified by the Tax Court Judge as the predominant element of the supply. The issuance of Aeroplan Miles to CIBC's customers cannot be elevated to be the predominant supply when such issuance of Aeroplan Miles is not even mentioned in the referral activities for which the consideration was payable.

[60] The Supreme Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999) 178 D.L.R. (4th) 26, at paragraph 39, confirmed that the *bona fide* legal relationships of taxpayers will be respected in tax cases.

[61] The legal relationship between CIBC and Aeroplan is defined by the agreement between these two parties. There is nothing to suggest that this agreement is not a *bona fide* agreement. In essence, CIBC is asking us to rewrite section 9 and Appendix D of the agreement to provide that CIBC was paying the consideration for the purchase of Aeroplan Miles and not for Aeroplan "referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications". There is nothing in the record that would suggest that the words chosen by the parties for section 9 and Appendix D do not reflect what was intended by the parties, or that the actual legal effect of these provisions differs from what the words stipulate.

[62] At the hearing of the appeal, CIBC raised an additional ground of appeal. CIBC submitted that the Tax Court Judge erred in finding that the predominant supply was promotional and marketing services because the Crown had not raised this argument before the Tax Court Judge. CIBC submitted that there are paragraphs in the Reply filed by the Crown with the Tax Court and the

milles Aéroplan aux clients de la CIBC ne fait partie d'aucune de ces activités d'aiguillage et, par conséquent, ne peut être considérée comme faisant partie de l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan ou d'autres personnes à présenter une demande de carte. Par conséquent, l'obligation d'Aéroplan de porter des milles Aéroplan au crédit des comptes Aéroplan des titulaires de carte de la CIBC (prévue à l'article 13) ne fait pas partie des services de promotion et de mise en marché que le juge de la Cour de l'impôt a reconnu comme étant l'élément prédominant de la fourniture. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de la CIBC ne peut se hisser au rang de fourniture prédominante lorsque l'attribution de ces milles Aéroplan ne figure même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie est à payer.

[60] La Cour suprême du Canada a confirmé dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647, au paragraphe 39, que les rapports juridiques véritables établis par les contribuables doivent être respectés dans les décisions fiscales.

[61] Les rapports juridiques unissant la CIBC et Aéroplan sont définis par la convention conclue entre les deux parties. Rien ne montre que la convention ne constitue pas un rapport juridique véritable. Essentiellement, la CIBC nous demande de réécrire l'article 9 et l'annexe D de la convention pour qu'ils stipulent que la CIBC paie la contrepartie pour l'achat de milles Aéroplan et non pour qu'Aéroplan exerce des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte ». Je ne vois rien dans le dossier qui laisserait croire que les mots choisis par les parties pour libeller l'article 9 et de l'annexe D ne traduisent pas l'intention des parties, ni qui montrerait que les effets juridiques véritables de ces clauses diffèrent de ce que les mots indiquent.

[62] Lors de l'audience pour le présent appel, la CIBC a soulevé un autre motif d'appel. Elle a soutenu que le juge de la Cour de l'impôt avait commis une erreur en concluant que la fourniture prédominante était des services de promotion et de mise en marché parce que la Couronne n'avait pas invoqué cet argument devant lui. La CIBC a soutenu que des paragraphes de la réponse

statement of agreed facts (partial) submitted at the Tax Court hearing that indicate that the Crown was admitting that CIBC was paying for Aeroplan Miles.

[63] However, CIBC did not raise this ground of appeal in either its notice of appeal or in its memorandum. If CIBC was of the view that the Tax Court Judge had made a decision that was not based on the submissions of the parties or contrary to any admitted facts, this should have been raised in its notice of appeal and its memorandum.

[64] While this Court may permit a party to raise a new arguments during the hearing of an appeal if the opposing party has a fair opportunity to respond, this is not such a case. This new ground is significantly different from the grounds as raised by CIBC. There is also no reason why CIBC could not have raised this ground in its notice of appeal and memorandum. In my view, it was not appropriate for CIBC to raise this ground during the oral argument and I would not address it.

[65] In any event, the Tax Court was not bound by any admissions that may have been made by the Crown. This Court, in *Hammill v. Canada*, 2005 FCA 252, 257 D.L.R. (4th) 1, noted [at paragraph 31]:

In an appeal against an assessment under the Act, the outcome does not belong to the parties. Public funds are involved and the Tax Court is given, in the first instance, the statutory mandate to confirm or vary the assessment based on the facts, proven or admitted. In this respect, while the Court will not generally look behind a formal admission, the parties cannot by agreement dictate the outcome of a tax appeal. The Tax Court is not bound by an admission which is shown, through properly tendered evidence, to be contrary to the facts.

[66] The Tax Court Judge was not bound by any admission that CIBC was paying for Aeroplan Miles in light of the agreement, which was properly tendered as

déposée par la Couronne auprès de la Cour de l'impôt et de l'exposé conjoint (partiel) des faits produit pour l'audience devant la Cour de l'impôt montrent que la Couronne a reconnu que la CIBC payait pour obtenir des milles Aéroplan.

[63] Cependant, la CIBC n'a invoqué ce motif d'appel ni dans son avis d'appel ni dans son mémoire. Si elle était d'avis que le juge de la Cour de l'impôt avait rendu une décision qui n'était pas fondée sur les observations des parties ou qui était contraire aux faits reconnus, la CIBC aurait dû soulever la question dans son avis d'appel et dans son mémoire.

[64] Bien que notre Cour puisse autoriser une partie à invoquer de nouveaux arguments à l'audience pour un appel lorsque la partie adverse a eu la possibilité d'y répondre, ce n'est pas le cas en l'espèce. Ce nouveau motif diffère grandement des autres motifs que la CIBC a soulevés. En outre, rien n'explique pourquoi la CIBC n'aurait pas pu invoquer ce motif dans son avis d'appel ou son mémoire. À mon avis, il n'était pas approprié que la CIBC soulève ce motif durant les observations orales et je n'examinerais pas la question.

[65] Quoiqu'il en soit, la Cour de l'impôt n'était pas liée par ce que la Couronne a pu reconnaître. Dans l'arrêt *Hammill c. Canada*, 2005 CAF 252, [2005] A.C.F. n° 1197 (QL), notre Cour a fait observer ce qui suit [au paragraphe 31] :

L'issue d'un appel interjeté contre une cotisation établie sous le régime de la Loi ne dépend pas de la volonté des parties. Les deniers publics sont en jeu, et la législation donne à la Cour canadienne de l'impôt le mandat de confirmer ou modifier une telle cotisation en première instance sur la base des faits, prouvés ou admis. C'est pourquoi, si la Cour, placée devant un fait formellement admis, ne cherchera pas en général plus loin, les parties ne peuvent par convention dicter l'issue d'un appel en matière fiscale. La Cour canadienne de l'impôt n'est pas liée par la reconnaissance d'une allégation que des éléments de preuve régulièrement produits révèlent être contraire aux faits.

[66] Le juge de la Cour de l'impôt n'était pas lié par la reconnaissance du fait que la CIBC a payé pour des milles Aéroplan étant donné que la convention, laquelle a été

evidence at the Tax Court hearing, and which clearly states that the payments made by CIBC were in consideration of Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”.

[67] There is no basis to find that the Tax Court Judge erred in his interpretation of the agreement between Aeroplan and CIBC and therefore there is no basis to conclude that he erred in finding that the predominant supply that was made by Aeroplan to CIBC was the supply of promotional and marketing services. As a result, I would dismiss this appeal.

[68] The Tax Court Judge also addressed the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates. The classification of Aeroplan Miles under the Act (whether as gift certificates or coupons or otherwise) will have an impact on the persons redeeming Aeroplan Miles and Aeroplan, who will be accepting such miles as consideration for goods or services. However, neither the persons redeeming Aeroplan Miles nor Aeroplan were parties to this appeal. The Tax Court Judge also noted, at paragraph 77 of his reasons, that it was not clear how the redemption of Aeroplan Miles was treated by Aeroplan.

[69] As a result, I would not address the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. Nothing in these reasons should be construed as an endorsement of the Tax Court Judge’s conclusion that Aeroplan Miles are not a gift certificate or that in order to qualify as a gift certificate, the property must have attributes similar to money.

V. Conclusion

[70] I would, therefore, dismiss this appeal with costs.

RENNIE J.A.: I agree.

* * *

produite en preuve devant la Cour de l’impôt, comme il le fallait, établit clairement que les paiements versés par la CIBC en contrepartie des activités d’Aéroplan [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[67] Rien ne permet de conclure que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et la CIBC et, par conséquent, rien ne permet de conclure qu’il a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la fourniture prédominante effectuée aux termes de cette convention était des services de promotion et de mise en marché. Par conséquent, je rejetterais le présent appel.

[68] Le juge de la Cour de l’impôt a également examiné la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. La classification des milles Aéroplan pour l’application de la Loi (qu’ils soient considérés comme étant des certificats-cadeaux, des bons ou autres choses) aura un effet sur les personnes qui veulent échanger leurs milles Aéroplan et sur Aéroplan, qui acceptera ces milles en contrepartie de produits ou de services. Cependant, ni les personnes qui échangent leurs milles Aéroplan ni Aéroplan ne sont des parties au présent appel. Le juge de la Cour de l’impôt a également noté, au paragraphe 77 de ses motifs, que la façon dont Aéroplan traitait le rachat de milles Aéroplan n’était pas claire.

[69] En conséquence de quoi, je n’examinerais pas la question de savoir si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi. Les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme confirmant la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux ni celle selon laquelle un bien, pour être considéré comme étant un certificat-cadeau, doit avoir des attributs semblables à ceux de l’argent.

V. Conclusion

[70] Par conséquent, je rejetterais le présent appel avec dépens.

LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Je suis d’accord.

* * *

The following are the public reasons for judgment rendered in English by

[71] STRATAS J.A. (dissenting): I reach a different result from my colleague.

[72] To determine the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply, one must identify all of the elements of the supply and ask what element gives the supply its commercial efficacy or which element, in a practical or commercial sense, caused the payment of the consideration: *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358, at paragraphs 26–30; *Great-West Life Assurance Company v. Canada*, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118, at paragraph 50. In other words, in a practical, commercial sense, what was the taxpayer really getting out of that part of the deal?

[73] This question gets at more than just the technical content of the legal obligations found in a contract. As the appellant submits, “the terms of the contract are relevant, but they cannot be determinative” and “[t]he parties cannot, by a contractual provision, bind each other or the Minister to a particular determination of the predominant element of a single composite supply for GST purposes”: see appellant’s memorandum, at paragraph 27. The legal obligations in a contract can tell us who can sue for what. But who can sue for what, at best, is just one clue to the larger issue of what the taxpayer was getting out of that part of the deal in a practical, commercial sense.

[74] My colleague focuses on literal contractual language and exclusively so. At paragraph 10 of his reasons, he relies upon contractual language that Aeroplan’s obligations are “incidental” to Aeroplan referring or arranging for Aeroplan members to make applications for CIBC card accounts. He also relies on Appendix D to the agreement that repeats this language and sets out the formula that was used to calculate the amount payable by

Ce qui suit est la version française des motifs public du jugement rendus par

[71] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (dissident) : Je ne parviens pas à la même conclusion que mon collègue.

[72] Pour déterminer quel est l’élément prédominant d’une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite, il faut isoler les éléments de la fourniture et se demander lequel donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou lequel, sur le plan pratique ou commercial, entraîne le paiement de la contrepartie : *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2016] A.C.F. n° 1271 (QL), paragraphes 26 à 30; *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL), paragraphe 50. Autrement dit, sur le plan pratique ou commercial, qu’est-ce que le contribuable obtient véritablement aux termes de cette partie de la convention?

[73] Cette question nous fait sortir de l’aspect purement technique des obligations juridiques stipulées dans un contrat. Comme le fait observer l’appelante, [TRADUCTION] « les modalités du contrat sont pertinentes, mais elles ne peuvent pas être déterminantes » et [TRADUCTION] « les parties ne peuvent pas, au moyen d’une clause, s’imposer mutuellement ni imposer au ministre une conclusion donnée sur l’élément prédominant d’une fourniture composite unique pour l’application de la TPS » : voir le paragraphe 27 du mémoire de l’appelante. Les obligations juridiques d’un contrat nous renseignent sur les poursuites, soit qui peut poursuivre et pour quel motif. Mais savoir qui peut poursuivre et pour quel motif constitue au mieux un indice quant à la question plus générale de ce que le contribuable obtenait véritablement, sur le plan pratique ou commercial, aux termes de cette partie de la convention.

[74] Mon collègue dirige son attention sur le libellé des clauses du contrat, à l’exclusion de toute autre chose. Au paragraphe 10 de ses motifs, il se fonde sur le libellé des clauses pour conclure que les obligations d’Aéropplan sont « accessoires » à l’obligation d’Aéropplan d’encourager ou d’aider les membres d’Aéropplan à présenter des demandes de carte à la CIBC. Il se fonde également sur l’annexe D de la convention, qui reprend ce même

CIBC to Aeroplan. The formula, put generally, largely relies upon the total dollars of purchased goods and services on CIBC card accounts. He adds (at paragraph 39) that he does not need to consider commercial efficacy because the contract says one obligation is incidental to another:

Therefore, the question to be addressed is what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC? To answer that question it is not necessary to consider the commercial efficacy of the agreement between CIBC and Aeroplan because the applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto.

In my view, this approach deviates from the test in *Global Cash* and *Great-West Life*, cases that bind us, cases that encourage us to get to the practical, commercial substance of the supply. Now that my colleague's approach is law, I fear that in the future parties will add words not to change their contractual obligations or the practical, commercial substance of the supply but merely to trigger favourable GST treatment. This may be a boon for cunning drafters and their bag of tricks. But it will be a bust for the important aims the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 [ETA] is meant to serve.

[75] We must follow the approach in paragraphs 72 and 73 above. Under this approach, the first step is to identify the various elements of the supply. The Tax Court did this (at paragraphs 20–22):

- CIBC received customer information from Aeroplan (see sections 5(i) and (ii) of the 2003 Credit Agreement);
- Both Aeroplan and CIBC received advertising opportunities, through flyers and in the other's place of business (see sections 5(iii)–(vi) and section 8(iv)–(v) of the 2003 Credit Agreement);

langage et établit la formule servant à calculer la somme que la CIBC devait payer à Aéroplan. Cette formule, dans les grandes lignes, est basée sur la valeur de l'ensemble des biens et services facturés sur les cartes de crédit de la CIBC. Mon collègue ajoute, au paragraphe 39 qu'il n'a pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre :

Par conséquent, la question qui doit être examinée est de savoir ce qu'a fourni Aéroplan à la CIBC pour la contrepartie versée. Pour répondre à cette question, il n'est pas nécessaire d'examiner l'efficacité sur le plan commercial de la convention entre la CIBC et Aéroplan parce que cette convention établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires.

À mon avis, cette approche s'écarte du critère établi dans les arrêts *Global Cash* et *Great-West*, qui nous lient et qui nous encouragent à nous pencher sur l'aspect pratique et commercial de la fourniture. À présent que l'approche de mon collègue entre dans le droit jurisprudentiel, je crains qu'à l'avenir les parties ajoutent des mots non pas pour modifier leurs obligations contractuelles ou l'aspect pratique et commercial de leur fourniture, mais bien pour obtenir un traitement plus favorable en matière de TPS. Les rédacteurs rusés et astucieux sauront sans doute en tirer avantage, mais cette brèche mettra à mal les objectifs importants que la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), est censée mettre en œuvre.

[75] Nous devons suivre l'approche présentée aux paragraphes 72 et 73 des présents motifs. Selon cette approche, la première étape consisterait à isoler les divers éléments de la fourniture. La Cour de l'impôt l'a déjà fait (aux paragraphes 20 à 22) :

- la CIBC a obtenu des renseignements sur les clients d'Aéroplan (voir les alinéas 5(i) et (ii) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);
- Aéroplan et la CIBC ont obtenu toutes les deux des occasions de faire de la promotion, au moyen de feuillets publicitaires ou dans l'établissement de l'autre partie (voir les alinéas 5(iii) à (vi) et les alinéas 8(iv) et (v) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);

- Aeroplan and CIBC agreed to develop an annual marketing plan for the CIBC Card and share promotion costs (see section 8(i) of the 2003 Credit Agreement);
- CIBC received the right to allocate Miles (see section 13 of the 2003 Credit Agreement).
- Aéroplan et la CIBC ont convenu d'élaborer un plan annuel de mise en marché pour la carte de la CIBC et de partager les coûts de promotion (voir l'alinéa 8(i) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);
- la CIBC a obtenu le droit d'attribuer des milles (voir l'article 13 de la convention de 2003 sur les cartes de crédit).

[76] Now to the predominant element. The predominant element is the element that gives the supply commercial efficacy or, in other words, the reason for the consideration. On this point, the reasons of the Tax Court are diffuse and opaque and I cannot determine the basis for its decision on this point. This permits this Court to make its own assessment and, if necessary, interfere with the Tax Court's decision.

[77] In my view, the element that gives the supply commercial efficacy—the predominant element of the supply—is the right to allocate Miles. But for the right to allocate Miles, there would have been no point in the parties performing their other obligations. For example, there would have been no point in CIBC receiving Aeroplan customer information, or advertising opportunities if CIBC were not able to offer Aeroplan Miles to its customers. This approach echoes this Court's finding on the facts in *Global Cash*, at paragraph 28 that but for the predominant element in that case, “there would have been no point in [the parties performing the other obligations]”.

[78] Both my colleague and the Tax Court are influenced by the fact that CIBC plans to use its right to allocate Miles to strengthen its credit card business. They both say that, because CIBC is going to use the Miles as a promotion, the Miles themselves are a promotional and marketing service.

[79] The mere fact that CIBC plans to use its property, the rights to allocate Miles, to make money does not support the view that we are dealing with promotional and marketing services. I offer four reasons.

[76] Voyons à présent quel est l'élément prédominant. L'élément qui prédomine est celui qui donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou, en d'autres mots, la raison justifiant la contrepartie. Les motifs de la Cour de l'impôt à cet égard sont diffus et obscurs et je n'arrive pas à voir le fondement de sa décision sur ce point, ce qui permet à notre Cour de procéder à sa propre analyse et, s'il le faut, de modifier la décision de la Cour de l'impôt.

[77] À mon avis, l'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial, l'élément prédominant de la fourniture, est le droit d'attribuer des milles. Sans ce droit d'attribuer des milles, les parties n'auraient aucun intérêt à exécuter les autres obligations. Par exemple, quel serait l'intérêt de la CIBC à recevoir des données sur les clients d'Aéroplan ou des occasions de faire de la publicité si elle n'était pas en mesure d'offrir des milles Aéroplan à ses clients? Cette approche fait écho à la conclusion que notre Cour a tirée sur les faits de l'affaire *Global Cash*, au paragraphe 28, selon laquelle, sans l'élément prédominant de l'affaire, les parties « n'aurai[ent] eu aucune raison [d'exécuter leurs autres obligations] ».

[78] Mon collègue et la Cour de l'impôt ont tous deux été influencés par le fait que la CIBC entend utiliser son droit d'attribuer des milles pour accroître ses activités de carte de crédit. Ils affirment tous deux que, parce que la CIBC utilisera les milles comme outil de promotion, ces milles constitueront en soi un service de promotion et de mise en marché.

[79] Le simple fait que la CIBC prévoit se servir de son bien, c'est-à-dire le droit d'attribuer des milles, pour faire de l'argent n'étaye pas le point de vue selon lequel il s'agit de services de promotion et de mise en marché. Je propose quatre motifs.

[80] First, the Miles—a form of property as defined in subsection 123(1) of the ETA—cannot become a service. Property cannot become a service because service is defined as “anything other than ... property”: ETA, subsection 123(1).

[81] Second, the mere intent to make money down the road, is too diffuse a basis to change the characteristics of the supply between CIBC and Aeroplan. In today’s economy, almost every pre-consumer transaction is done with an eye to attracting consumers and making money, i.e., marketing and promotion. For example, a repairer of all-terrain vehicles may pay for the right to use and display the trademarks of manufacturers to promote the fact that it can repair machines made by the manufacturers. The purpose is marketing and promotion but the fact remains that the repairer has obtained property. In the same way, CIBC has obtained the right to allocate Miles, which the Minister has pleaded is the same as obtaining the Miles themselves, to attract new customers for its cards.

[82] Third, it is contrary to the scheme of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, which taxes supplies. The tax treatment of a transaction or supply should be determined by analyzing that particular transaction or supply, not looking down the road to other transactions or supplies. Put another way, the focus must be on the nature of the particular supply, here the acquisition of a form of property, the right to allocate Miles: *Camp Mini-Yo-We Inc. v. Canada*, 2006 FCA 413, 357 N.R. 318, at paragraph 33.

[83] Finally, Mr. Webster’s evidence does not support the Tax Court’s conclusion that CIBC hoped to expand its business by relying primarily on the marketing and promotional services that Aeroplan was obliged to supply CIBC under the contract. Rather, it shows that CIBC was motivated to reward holders of CIBC cards with Miles because it believed this would attract new customers and expand its credit card business.

[80] Premièrement, les milles, qui sont un bien au sens du paragraphe 123(1) de la Loi, ne peuvent devenir un service. Un bien ne peut devenir un service parce qu’un service est, selon la définition, « [t]out ce qui n’est [pas] un bien » : paragraphe 123(1) de la Loi.

[81] Deuxièmement, la simple intention de faire de l’argent plus tard est un fondement trop diffus pour changer la nature de la fourniture dont ont convenu la CIBC et Aéroplan. Dans l’économie d’aujourd’hui, presque toutes les opérations avant consommation sont exécutées en vue d’attirer le consommateur et de faire de l’argent, c’est-à-dire à des fins de mise en marché et de promotion. Par exemple, un réparateur de véhicule tout-terrain peut payer pour avoir le droit d’utiliser et d’afficher les marques de commerce de fabricants afin de faire la promotion de sa capacité à réparer les véhicules de ces fabricants. L’objectif est bien la mise en marché et la promotion, mais il demeure que le réparateur a acquis un bien. De la même manière, la CIBC a obtenu le droit d’attribuer des milles, droit qui, selon le ministre, équivaldrait à l’acquisition des milles eux-mêmes, dans le but d’attirer de nouveaux clients pour ses cartes de crédit.

[82] Troisièmement, l’approche est contraire au régime de la Loi, qui taxe les fournitures. Le traitement fiscal d’une opération ou d’une fourniture doit être établi à la suite de l’analyse de l’opération ou de la fourniture elle-même et non pas en fonction d’opérations ou de fournitures qui seraient effectuées plus tard. Autrement dit, l’importance doit être placée sur la nature de la fourniture en question, en l’espèce l’acquisition d’une forme de bien, soit le droit d’attribuer des milles : *Camp Mini-Yo-We Inc. c. Canada*, 2006 CAF 413, [2006] A.C.F. n° 1942 (QL), au paragraphe 33.

[83] Enfin, le témoignage de M. Webster n’étaye pas la conclusion de la Cour de l’impôt selon laquelle la CIBC espérait étendre ses activités principalement au moyen des services de mise en marché et de promotion qu’Aéroplan avait l’obligation de fournir à la CIBC aux termes de la convention. Ce témoignage montre plutôt que la motivation de la CIBC était de récompenser avec des milles les titulaires de carte de crédit parce que la CIBC pensait pouvoir ainsi attirer de nouveaux clients et développer ses activités de carte de crédit.

[84] The above analysis has the virtue of being consistent with the assumptions pleaded by the Minister. Absent something in the evidence displacing an assumption—and there is nothing here—the Court should stick to those assumptions. As well, no one argued in this Court or before the Tax Court that the characterization of the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply should be based on the technical wording of the obligations in the contract, probably because they properly recognized that the approach of *Global Cash* and *Great-West Life* is binding on us.

[85] Since I have concluded that Miles were the predominant element of the supply, it is necessary to consider whether the Miles are gift certificates under the *Excise Tax Act*. As these reasons will not be the majority reasons of this Court, I will be brief.

[86] The Goods and Services Tax under the *Excise Tax Act* is imposed only on the consumption of taxable property and services acquired for consideration. No sales tax is imposed on money, which is a medium of exchange, not a consumable property or service: see the definitions of “service” and “property” in subsection 123(1) of the Act, both of which exclude money. And Parliament has specified unique treatment for other exchange devices such as coupons, gift certificates or barter units: see sections 181–181.3.

[87] The Act does not define a gift certificate. However, its ordinary meaning is a device, paper or electronic, that may be used, subject to its terms, as full or partial consideration for a supply offered by a supplier. This gives it very much the same quality as money and is nothing like a consumable property or services. On this definition, Miles qualify as gift certificates.

[88] The Tax Court found (at paragraph 83) that Miles cannot be gift certificates because they do not have a fixed dollar value. The requirement of a fixed dollar value does not have a foundation in the text, context or purpose

[84] L’analyse ci-dessus a l’avantage d’être compatible avec les hypothèses avancées par le ministre. S’il n’y a pas d’éléments de preuve infirmant une hypothèse, et je n’en vois aucun en l’espèce, la Cour doit y souscrire. De plus, personne n’a fait valoir devant notre Cour ni devant la Cour de l’impôt que la conclusion quant à l’élément prédominant d’une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite doit être fondée sur le libellé technique des obligations inscrites au contrat, sans doute parce que les parties reconnaissent à juste titre que nous sommes liés par l’approche établie dans les arrêts *Global Cash* et *Great-West*.

[85] Ayant déjà conclu que les milles étaient l’élément prédominant de la fourniture, je dois examiner la question de savoir si ces milles sont des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi. Les présents motifs ne faisant pas partie de la décision majoritaire, je serai bref.

[86] La taxe sur les produits et services prévue par la Loi n’est imposée que sur la consommation de biens ou de services taxables acquis à titre onéreux. Aucune taxe de vente n’est imposée sur l’argent, qui est un moyen d’échange et non un bien ou un service de consommation : voir les définitions des termes « service » et « bien » au paragraphe 123(1) de la Loi, qui excluent toutes deux l’argent. Qui plus est, le législateur a prévu un traitement unique pour d’autres moyens d’échange comme les bons, les certificats-cadeaux et les unités de troc : voir les articles 181 à 181.3 de la Loi.

[87] La Loi ne définit pas le terme « certificat-cadeau ». Cependant, dans son sens ordinaire, il s’agit d’une pièce, format papier ou électronique, pouvant être utilisée, sous réserve de conditions, en contrepartie pleine ou partielle d’une fourniture offerte par un fournisseur. Cette définition confère au certificat-cadeau des attributs fort semblables à ceux de l’argent et ne le fait en rien ressembler à des biens ou à des services de consommation. Selon cette définition, les milles peuvent être considérés comme étant des certificats-cadeaux.

[88] La Cour de l’impôt a conclu, au paragraphe 83 de ses motifs, que les milles ne pouvaient pas être des certificats-cadeaux parce qu’ils n’ont pas de valeur monétaire fixe. L’exigence qu’il existe une valeur monétaire

of the Act. It is noteworthy that the Act does not require a fixed dollar value on other exchange devices, such as foreign currency, whose value in Canadian dollars may change from time to time.

[89] I would affirm earlier decisions of the Tax Court of Canada and their supporting reasoning to the effect that reward points need not have a fixed dollar value in order to be considered a gift certificate: see *Royal Bank v. The Queen*, 2007 TCC 281, [2007] G.S.T.C. 122, at paragraphs 47–51. However, the mere fact that rewards points may be cancelled by the issuer does not mean they are not a gift certificate so I would not follow *Royal Bank v. The Queen* on that point.

[90] In the commercial world, Miles function as gift certificates. Miles are purchased by accumulation partners of Aeroplan to be used as rewards for their customers. They are an exchange device because they may be used as consideration for property or services in the same way as money or a gift certificate. Aeroplan accepts Miles as consideration for airline tickets, merchandise or gift cards with few conditions on their redemption. This is not a case like *Canasia Industries Ltd. v. The Queen*, 2003 TCC 33, 2003 G.T.C. 647, where the onerous conditions on redemption meant the reward points in that case did not function like exchange devices.

[91] In this case, as CIBC paid consideration for the Miles, for GST purposes the Miles constitute gift certificates, consistent with the scheme of the *Excise Tax Act*. As a result, section 181.2 applies to deem CIBC's acquisition of the Miles not to be a supply. Thus, CIBC paid GST in error. It is entitled to the rebates it claims.

[92] Therefore, I would allow CIBC's appeal with costs throughout and refer the assessments to the Minister for reassessment on the basis that CIBC is entitled to the rebates it claims.

fixe n'est fondée ni sur le texte, ni sur le contexte, ni sur l'objet de la Loi. Il convient de noter que la Loi n'exige pas non plus que les autres moyens d'échange aient une valeur monétaire fixe, comme les devises étrangères, dont la valeur en dollars canadiens varie dans le temps.

[89] Je confirmerais des décisions antérieures de la Cour canadienne de l'impôt, et les motifs les justifiant, selon lesquelles les points de récompense n'ont pas besoin d'avoir une valeur monétaire fixe pour être considérés comme étant des certificats-cadeaux : *Banque Royale du Canada c. La Reine*, 2007 CCI 281, [2007] A.C.I. n° 361 (QL), paragraphes 47 à 51. Cependant, le simple fait que les points de récompense peuvent être annulés par l'émetteur de ces points ne signifie pas qu'ils ne sont pas des certificats-cadeaux; je ne confirmerais pas la décision *Banque Royale du Canada c. La Reine* sur ce point.

[90] Dans le monde du commerce, les milles fonctionnent comme des certificats-cadeaux. Les milles sont achetés par les partenaires d'accumulation d'Aéroplan pour récompenser leurs clients. Ils sont un moyen d'échange parce qu'ils peuvent servir de contrepartie pour des biens ou des services de la même manière que de l'argent ou des certificats-cadeaux. Aéroplan accepte les milles en contrepartie de billets d'avion, de marchandises ou de cartes-cadeaux, sous réserve de quelques conditions. La présente affaire diffère de l'affaire *Canasia Industries Ltd. c. La Reine*, 2003 CCI 33, dans laquelle les conditions de rachat onéreuses avaient pour conséquence que les points de récompense ne fonctionnaient pas comme des moyens d'échange.

[91] En l'espèce, la CIBC payait une contrepartie pour les milles; pour l'application de la TPS, les milles constituent des certificats-cadeaux, ce qui est conforme au régime prévu par la Loi. Il s'ensuit que l'article 181.2 s'applique, de sorte que l'acquisition de milles par la CIBC ne constitue pas une fourniture. La CIBC a donc payé la TPS par erreur. Elle a droit au remboursement qu'elle demande.

[92] Par conséquent, j'accueillerais l'appel avec dépens devant toutes les cours et je renverrais les cotisations au ministre pour l'établissement de nouvelles cotisations, étant entendu que la CIBC a droit au remboursement qu'elle demande.