

NOTE DE RECHERCHE

Enjeux fiscaux et commerciaux actuels en matière de rémunération des gestionnaires des fonds d'investissement constitués en société en commandite

No 2023/01

Etienne C. Laplante

17 mars 2023



BOURSE D'EXCELLENCE POUR LA PRÉPARATION ET LA PUBLICATION D'UNE NOTE DE RECHERCHE

La Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques offre la possibilité aux étudiantes et étudiants sélectionnés d'obtenir une bourse pour souligner la qualité d'un essai, d'une part, et de permettre sa transformation en vue d'une publication sur le site de la Chaire, d'autre part, et sous la forme d'une note de recherche.

Étienne C. Laplante, avocat, M. Fisc., McCarthy Tétrault, s.e.n.c.r.l., s.r.l. a rédigé cette note de recherche pour la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke.

L'auteur remercie la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques pour le soutien financier qui a rendu possible la réalisation de cette étude.

Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

École de gestion, Université de Sherbrooke

2500, boulevard de l'Université

Sherbrooke (Québec) J1K 2R1

cffp.eg@usherbrooke.ca

L'Association de planification fiscale et financière (APFF) et la Chaire en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke ont convenu de publier ce texte à la fois dans la Revue de planification fiscale et financière et comme « note de recherche » dans les documents de la Chaire. La référence complète dans Revue de l'APFF est : Étienne C. LAPLANTE, « Les enjeux fiscaux et commerciaux actuels en matière de rémunération des gestionnaires des fonds d'investissement constitués en société en commandite », (2023), vol. 43, n°1, *Revue de planification fiscale et financière*.

Merci de citer ainsi :

C. Laplante, Étienne « Les enjeux fiscaux et commerciaux actuels en matière de rémunération des gestionnaires des fonds d'investissement constitués en société en commandite », Note de recherche 2023-01, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, 2023, 57 p.

RÉSUMÉ

L'auteur effectue une revue des pratiques courantes en matière de rémunération des gestionnaires de fonds de capital-investissement et expose certains enjeux commerciaux et fiscaux, tant en matière d'impôt sur le revenu que de taxes à la consommation, relatifs à chacun des deux volets habituels de cette rémunération, soit les frais de gestion et l'intérêt différé (*carried interest*), en distinguant les deux principaux types de structure de rémunération utilisés par les fonds d'investissement, c'est-à-dire la « méthode de l'attribution » et la « méthode de la facturation ».

Ce faisant, l'auteur tente de mettre en lumière certaines zones d'ambiguïté où l'attention des praticiens chargés d'assister les investisseurs ou les gestionnaires dans la mise en place et la négociation de structures de fonds de capital-investissement se doit d'être particulièrement mobilisée.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. STRUCTURE JURIDIQUE ET COMMERCIALE HABITUELLE DES FONDS DE CAPITAL-INVESTISSEMENT .	4
1.1. LES PARTIES PRENANTES À UN FONDS DE CAPITAL-INVESTISSEMENT ET LEURS FORMES JURIDIQUES HABITUELLES	4
1.2. LA RÉMUNÉRATION DU COMMANDITÉ ET DES GESTIONNAIRES : PRATIQUES COMMERCIALES COURANTES.....	8
1.3. FISCALITÉ DES FONDS D'INVESTISSEMENT : UN SURVOL.....	13
2. ENJEUX FISCAUX RELATIFS AUX FRAIS DE GESTION	16
2.1. L'APPLICATION DES TAXES À LA CONSOMMATION AUX FRAIS DE GESTION	16
2.2. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE GESTION DANS LE REVENU DU FONDS EN FONCTION DE L'ARRANGEMENT CONTRACTUEL ENTRE LES PARTIES	28
2.3. MODE DE FINANCEMENT DES FRAIS DE GESTION : INCIDENCES FISCALES ET COMMERCIALES	43
3. ENJEUX FISCAUX ET COMMERCIAUX RELATIFS À L'INTÉRÊT DIFFÉRÉ	47
3.1. DISTINCTION FONDAMENTALE ENTRE L'INTÉRÊT DIFFÉRÉ ET LES FRAIS DE GESTION AUX FINS DES TAXES À LA CONSOMMATION	47
3.2. COMMANDITAIRE SPÉCIAL : ENJEUX FISCAUX ET COMMERCIAUX.....	51
CONCLUSION	57

INTRODUCTION

À l'échelle de l'Amérique du Nord, l'industrie du capital-investissement a connu d'excellents résultats et d'importantes collectes de capitaux dans les dernières années¹ et elle fait preuve de résilience malgré l'incertitude économique actuelle².

En dépit du succès et de la popularité des fonds de capital-investissement au Canada et de la relative homogénéité de leurs structures juridiques et de leurs pratiques commerciales, plusieurs ambiguïtés subsistent dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³, du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴ et de la partie IX L.T.A.⁵ dont ils font l'objet. La nature contractuelle des documents constitutifs des fonds d'investissement procure en effet aux investisseurs et aux gestionnaires une grande liberté dans l'établissement de leur entente commerciale, entraînant une grande diversité de subtilités et de variations d'un fonds à l'autre.

Le présent texte vise à attirer l'attention des praticiens chargés d'accompagner les investisseurs et les gestionnaires de fonds dans le processus de négociation menant à la formation d'un fonds d'investissement sur certaines ambiguïtés dans l'application des lois fiscales⁶ à diverses pratiques en matière de rémunération des gestionnaires de fonds d'investissement pour leurs rôles de promoteurs et de gestionnaires de fonds. Afin de poser les bases d'une réflexion sur ces enjeux, la structure juridique habituelle d'un groupe de capital-investissement sera d'abord exposée, de même que seront examinées les pratiques commerciales courantes en matière de répartition des bénéfices et des pertes de fonds d'investissement entre les investisseurs et les gestionnaires. Le fonctionnement général de la fiscalité des sociétés en commandite de droit civil (*limited partnerships* dans les juridictions de common law), véhicule juridique par excellence des fonds d'investissement en Amérique du Nord, sera également abordé. Finalement, certaines variations courantes concernant le mode habituel de rémunération des gestionnaires de fonds de capital-investissement⁷ feront

¹ Alejandro BELTRAN DE MIGUEL, Paul MAIA, Gary PINSHAW, Matt PORTNER, David QUIGLEY, John SPIVEY et Brian VICKERY, *Private Markets Rally to New Heights*, McKinsey Global Private Markets Review 2022, McKinsey & Company, en ligne : <https://www.mckinsey.com/industries/private-equity-and-principal-investors/our-insights/mckinseys-private-markets-annual-review>.

² Christiane WHERRY, David KORNACKI, Jon JACKSON et Izabella STA. ROMANA, *Canadian Private Equity Market Overview H1 2022*, Toronto, Canadian Venture Capital & Private Equity Association, 2022, en ligne : <https://online.fliphtml5.com/lqhtv/sdcx/#p=2>.

³ L.R.C. (1985), ch.1 (5^e suppl.) (« L.I.R. »).

⁴ C.R.C., ch. 945 (« R.I.R. »).

⁵ L.R.C. (1985), ch. E-15 (« L.T.A. »), partie IX - Taxe sur les produits et services.

⁶ La législation québécoise est généralement harmonisée à la législation fédérale, de sorte que toute mention de la législation fédérale vaut également mention de la législation québécoise aux fins du présent texte. Les dispositions législatives québécoises équivalentes aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont contenues dans la *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3 et la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002. Les dispositions législatives québécoises équivalentes aux dispositions de la partie IX L.T.A. sont contenues dans le titre I de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1 (« L.T.V.Q. »).

⁷ Les termes « fonds », « fonds d'investissement » et « fonds de capital-investissement » seront utilisés de façon interchangeable dans le présent texte. De plus, le terme « rémunération » désigne, aux fins du présent texte, les sommes d'argent reçues ou à recevoir de la part d'un fonds d'investissement par les gestionnaires de celui-ci pour leurs rôles de promoteurs et de gestionnaires de ce fonds.

l'objet d'une étude détaillée, en raison des considérations commerciales qu'elles soulèvent et des conséquences fiscales parfois ambiguës qui s'y rattachent.

Il convient de noter que le présent texte porte exclusivement sur les fonds de capital-investissement⁸ (fonds de *private equity*⁹ ainsi que de *venture capital*¹⁰) dont les titres ne sont pas négociés en Bourse¹¹ (les investissements, par voie de dette ou de capitaux propres, se faisant dans des entreprises à capital fermé) et dont les gestionnaires, les investisseurs ainsi que les entreprises-cibles sont tous résidents du Canada¹², ne sont ni des institutions financières au sens du paragraphe 190(1) L.I.R., ni des abris fiscaux¹³, ni des entités dont les titres sont négociés en Bourse et n'ont, sauf exception détaillée à la sous-section 3.2.1.2. du présent texte, aucun lien de dépendance entre eux¹⁴.

La première section sera consacrée à la description de ce qu'est, sur le plan commercial et sur le plan juridique, un fonds de capital-investissement, en exposant d'abord les mécanismes et arrangements commerciaux habituels et leurs variations courantes, puis en effectuant un survol de certaines notions de base de la fiscalité des fonds d'investissement constitués en société en commandite nécessaires à la compréhension des enjeux étudiés.

La deuxième section portera sur les trois enjeux suivants relatifs aux frais de gestion : 1) l'application des taxes à la consommation aux frais de gestion; 2) la déductibilité des frais de gestion dans le calcul du revenu du fonds ou des investisseurs; 3) le prix de base rajusté (« PBR ») de la participation des associés du fonds dans celui-ci ainsi que la définition contractuelle de la contribution en capital d'un associé¹⁵.

La troisième section portera sur les deux enjeux suivants relatifs à l'intérêt différé : 1) l'incidence de l'intérêt différé sur les taxes à la consommation applicables aux frais de gestion; 2) les possibilités d'application de l'article 103 L.I.R. à l'attribution de l'intérêt différé dans certains cas.

⁸ La nomenclature française des termes propres à l'industrie des fonds d'investissement utilisée dans le présent texte est principalement empruntée au texte de François AUGER et Marc RICHARDSON ARNOULD, « Le capital de risque – Considérations fiscales », dans *Congrès 2015*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2016, p. 28:1-46.

⁹ La correspondance anglaise des termes utilisés est incluse pour plus de précision.

¹⁰ Pour une étude sur les différences entre les fonds de capital-investissement de type *private equity* et les fonds de capital de risque (*venture capital*) ainsi que sur leurs différentes stratégies d'investissement, voir *Private Equity and Venture Capital: Overview*, Practical Law, Thomson Reuters, 2022.

¹¹ Certains fonds de capital-investissement offrent leurs unités au public. Voir à ce sujet F. AUGER et M. RICHARDSON ARNOULD, précité, note 8, 28:4, note 9.

¹² Généralement, la présence d'un investisseur non résident du Canada dans un fonds d'investissement ou l'acquisition par un fonds d'investissement d'une entreprise non résidente du Canada emportera des obligations fiscales canadiennes et étrangères additionnelles et nécessitera une planification supplémentaire qui déborde le cadre du présent texte.

¹³ Les règles applicables aux abris fiscaux débordent le cadre du présent texte.

¹⁴ Sont donc notamment exclus du présent texte les fonds spéculatifs (*hedge funds*) ainsi que les fonds d'infrastructures. Pour une analyse des différences entre les principaux types de fonds au Canada, voir Jocelyn BLANCHET, Neil MARCOVITZ et Timothy WACH, « Structuring Private Equity, Infrastructure, and Hedge Funds », dans *2013 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2014, p. 28:1-36.

¹⁵ L'agrégat des contributions en capital d'un associé, moins certains ajustements, est généralement désigné comme le compte de capital de cet associé (*capital account*).

Chacun de ces aspects sera étudié dans le but de mettre en lumière les conséquences fiscales et commerciales découlant de différents arrangements commerciaux fréquents ou structures courantes qui seront comparés. Cette analyse permettra, à l'égard des aspects étudiés, d'exposer les ambiguïtés dans l'application des lois fiscales à ces différents arrangements commerciaux ou structures, en tenant compte notamment de la position administrative de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »).

Le présent texte vise à informer le lecteur de certaines zones d'intérêt où l'attention d'un professionnel de la fiscalité doit être particulièrement mobilisée dans le cours de l'établissement d'une structure de capital-investissement, sans aucune prétention d'exhaustivité face à la multitude d'enjeux juridiques à prendre en considération dans un tel processus.

1. STRUCTURE JURIDIQUE ET COMMERCIALE HABITUELLE DES FONDS DE CAPITAL-INVESTISSEMENT

Un fonds de capital-investissement est une entité par laquelle des investisseurs s'engagent à mettre en commun des sommes d'argent qu'un ou des gestionnaires s'engagent, contre rémunération, à administrer dans le but de les faire fructifier par le biais de diverses stratégies d'investissement, principalement par voie d'acquisition d'équité et parfois de dette, dans des entreprises dont les titres ne sont pas négociés en Bourse. Les fonds de capital-investissement ont pour la plupart une durée fixe, souvent de 10 ans suivant la fin de la clôture du financement initial auprès des investisseurs (*initial closing*), pouvant faire l'objet ou non d'une ou de plusieurs prolongations¹⁶. À la fin du terme, les investissements du fonds sont liquidés et les passifs réglés. Tout excédent est alors partagé entre les investisseurs et le gestionnaire selon l'entente initialement conclue entre les parties, habituellement établie par une formule dans l'acte constitutif du fonds¹⁷. Selon l'entente conclue entre les parties, les revenus et produits réalisés à même les investissements au cours de la vie du fonds peuvent être distribués aux associés du fonds au fur et à mesure de leur réalisation ou conservés dans le fonds pour être réinvestis jusqu'à sa liquidation¹⁸. Une structure de fonds d'investissement est donc nécessairement composée de plusieurs entités et parfois d'individus établissant entre eux une relation commerciale dont les modalités sont généralement semblables d'un fonds à l'autre, quoique plusieurs variations soient courantes.

1.1. LES PARTIES PRENANTES À UN FONDS DE CAPITAL-INVESTISSEMENT ET LEURS FORMES JURIDIQUES HABITUELLES

La majorité des fonds de capital-investissement au Canada partage la même structure juridique, sous réserve de certaines variations en fonction de l'entente commerciale entre le gestionnaire et les investisseurs de même que de la situation fiscale ou réglementaire de chacun de ceux-ci¹⁹.

1.1.1. Le fonds constitué en société en commandite

Dans la majorité des cas, les fonds d'investissement sont constitués en société en commandite (« SEC ») (*limited partnerships* dans les juridictions de common law), c'est-à-dire une société de personnes comportant deux classes d'associés : les associés commandités, d'une part, et les associés commanditaires, d'autre part.

¹⁶ James BEEBY, *Private Equity Fund Formation: Overview*, Practical Law, Thomson Reuters, 30 mai 2022; *Canada Tax Service – Analyse de McCarthy Tétrauld*, Taxnet Pro, Thomson Reuters, 29 janvier 2019, p. 15.

¹⁷ F. AUGER et M. RICHARDSON ARNOULD, précité, note 8, 28:14.

¹⁸ Il est de pratique courante que les revenus et produits réalisés au cours de la vie du fonds soient réinvestis, une pratique communément appelée « recyclage de capitaux » (*capital recycling*). Voir à ce sujet J. BEEBY, précité, note 16, p. 7.

¹⁹ La résidence fiscale des parties prenantes influera sur la structure mise en place. Certains statuts fiscaux spéciaux des investisseurs tels que l'exemption d'impôt sur le revenu pour les fonds de pension ou le régime applicable aux sociétés à capital de risque variable entraîneront aussi des impératifs à considérer dans la mise en place de la structure afin d'éviter des conséquences fiscales négatives, un alourdissement des obligations en matière de conformité ou en vue de respecter des exigences et limitations statutaires.

Au Québec, les SEC sont régies par le *Code civil du Québec*²⁰. Dans les juridictions de common law, les *limited partnerships* sont généralement des créatures régies par des lois particulières²¹ et assujetties à des formalités d'enregistrement²². Malgré des nuances entre le régime civiliste et la common law, dont l'étude déborde le cadre du présent texte, les règles applicables aux SEC et aux *limited partnerships* sont similaires²³.

Un fonds d'investissement constitué en SEC²⁴ comporte donc généralement un associé commandité dont la responsabilité à l'égard des tiers est illimitée et dont le rôle est d'administrer le fonds, ainsi que des associés commanditaires, soit les investisseurs, dont la responsabilité à l'égard des tiers est limitée²⁵ à condition de ne pas participer à la gestion du fonds²⁶ et dont le rôle est d'y fournir un apport²⁷, généralement en argent. Cette responsabilité limitée des investisseurs est l'une des sources de la popularité des SEC dans un contexte de capital-investissement.

Les SEC peuvent également être fiscalement avantageuses²⁸ puisqu'elles sont généralement fiscalement « transparentes » et servent de « conduits » vers leurs associés²⁹. En effet, les sociétés de personnes, dont les SEC, ne paient normalement pas d'impôt sur leur revenu. Leurs revenus et leurs pertes sont plutôt attribués à leurs associés, ce qui est généralement avantageux³⁰. Les principes généraux de la fiscalité des SEC seront abordés à la sous-section 1.3. du présent texte.

Finalement, la grande souplesse de la SEC en fait un véhicule de choix pour la constitution d'un fonds d'investissement³¹. Contrairement aux sociétés par actions, lesquelles sont des personnes morales

²⁰ RLRQ (« C.c.Q. »). Les dispositions applicables à la SEC sont les articles 2236 à 2249 C.c.Q. et, de façon supplétive, les articles 2186 à 2248 C.c.Q.

²¹ Voir à titre d'exemples, pour l'Ontario, le *Limited Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. L. 16 (« *Ontario Limited Partnership Act* ») et pour le Delaware, le *Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act*, Chapter 17 of Title 6 of the Delaware Code (« *Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act* »). Les *limited partnerships* formées selon le *Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act* sont considérées par l'ARC comme des sociétés de personnes aux fins de la fiscalité canadienne, comme cela a été énoncé dans le document AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, « Delaware Revised Uniform Partnership Act », 27 avril 2006.

²² Alison R. MANZER et coll. Christopher NORTON et David S. WARD, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Reuters, 2022, § 9:1. À titre d'exemples, voir aussi l'*Ontario Limited Partnership Act*, art. 3 et le *Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act*, art. 201.

²³ A. R. MANZER et coll. C. NORTON et D. S. WARD, précité, note 22.

²⁴ Toute mention d'une SEC vaut également mention d'un *limited partnership* au sein du présent texte. À moins d'indication expresse à l'effet contraire, les règles contenues dans les dispositions du *Code civil du Québec* auxquelles la référence est faite trouvent un équivalent dans les juridictions de common law.

²⁵ Art. 2246, al. 1 C.c.Q. Les commanditaires demeurent cependant responsables à l'égard des tiers jusqu'à hauteur de leur contribution au fonds, de sorte que le montant investi est à risque.

²⁶ Art. 2244 C.c.Q. Les associés commanditaires peuvent toutefois fournir à l'associé commandité des avis de nature consultative concernant les affaires de la SEC.

²⁷ Art. 2236 C.c.Q.

²⁸ Sophie LAMONDE, Kim LE, Mario NIGRO, Warren SILVERSMITH et Trevor ROWLES, *Private Equity in Canada: Market and Regulatory Overview*, Practical Law, Thomson Reuters, 1^{er} septembre 2021.

²⁹ La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient certaines exceptions à ce principe, dont l'impôt de la partie IX.1 L.I.R. qui vise les « sociétés de personnes intermédiaires de placement déterminées ».

³⁰ C'est le cas par exemple lorsque l'investisseur est une entité exonérée d'impôt sur le revenu.

³¹ Ed VANDENBERG, Shahir GUINDI et Chima UBANI, *Venture Capital Fund Formation in Canada: Overview*, Practical Law, Thomson Reuters, 8 juin 2022, p. 4.

constituées en vertu d'une loi³² et régies par un corpus de règles détaillées³³, les SEC, comme toutes les sociétés de personnes, sont d'abord et avant tout des ententes contractuelles entre deux ou plusieurs parties³⁴. Celles-ci ont donc, sous réserve de certaines limites posées par le droit civil ou la common law et par le droit fiscal³⁵ une très grande liberté dans la fixation des modalités commerciales de leur relation, notamment en matière de répartition des revenus et des pertes entre les associés. Cette flexibilité permet l'élaboration de formules de rémunération des gestionnaires de fonds plus ou moins complexes, en fonction des variations souhaitées par les parties. Le mode habituel de rémunération des gestionnaires de fonds pour leurs rôles de promoteurs et de gestionnaires sera détaillé à la sous-section 1.2. du présent texte.

1.1.2. Les investisseurs

Les investisseurs d'un fonds d'investissement acquièrent leur participation dans le fonds à titre d'associés commanditaires en s'engageant à verser, selon un échéancier établi à l'avance ou à la demande de la personne chargée de la gestion du fonds, un montant d'argent constituant l'engagement en capital (*capital commitment*) de chaque investisseur³⁶.

Les investisseurs dans les fonds de capital-investissement sont généralement des régimes de retraite, des compagnies d'assurance, des fonds de fonds, des gestionnaires de grandes fortunes (*family offices*), des institutions financières, des organismes de bienfaisance enregistrés et des particuliers à valeur nette élevée³⁷ (*high net worth individuals*). Les investisseurs d'un même fonds sont généralement eux-mêmes constitués sous diverses formes juridiques (société par actions, fiducie, particulier, SEC, etc.) et soumis à des réalités fiscales et commerciales très différentes, lesquelles réalités influencent les exigences respectives des investisseurs à l'égard du fonds.

1.1.3. Le commandité et les gestionnaires

Il est nécessaire de distinguer l'associé commandité d'un fonds d'investissement de son gestionnaire ou de ses gestionnaires, ceux-ci n'étant souvent pas la même personne.

L'associé commandité d'un fonds d'investissement, est le seul associé³⁸ autorisé à administrer le fonds en vertu du droit civil³⁹ : sa responsabilité à l'égard des tiers est illimitée⁴⁰ et ne peut pas faire l'objet d'une

³² Art. 299 C.c.Q.

³³ À titre d'exemple, *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44.

³⁴ Art. 2186, al. 1 C.c.Q.

³⁵ L'article 103 L.I.R. est la principale disposition fiscale qui limite la liberté contractuelle des parties dans l'établissement de la répartition du revenu d'une société de personnes entre les associés. Cet article sera étudié à la troisième section du présent texte.

³⁶ E. VANDENBERG, S. GUINDI et C. UBANI, précité, note 31, p. 5.

³⁷ *Private Equity and Venture Capital: Overview*, précité, note 10, p. 4.

³⁸ Une SEC peut compter plusieurs associés commandités responsables solidairement et de façon illimitée à l'égard des tiers, en vertu de l'alinéa 1 de l'article 2236 C.c.Q. et de l'alinéa 1 de l'article 2246 C.c.Q.

³⁹ Art. 2236 C.c.Q.

⁴⁰ Art. 2246, al. 1 C.c.Q.

limitation contractuelle⁴¹. L'associé commandité peut toutefois déléguer à un tiers la gestion des affaires du fonds⁴². Cette délégation n'a pas pour effet de relever l'associé commandité de ses pouvoirs, devoirs et obligations⁴³ à l'égard du fonds et des investisseurs, au même titre que l'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration⁴⁴, ni à l'égard des tiers⁴⁵.

Les gestionnaires (*fund managers*) sont aussi appelés promoteurs (*sponsors*⁴⁶) en raison du double rôle que ceux-ci jouent au sein d'un fonds d'investissement. Les gestionnaires et les promoteurs d'un fonds d'investissement sont généralement le même groupe d'individus, lesquels cumulent deux rôles distincts. Dans un premier temps, leur rôle est d'agir à titre de promoteurs du fonds d'investissement en élaborant le plan d'affaires du fonds, en organisant la levée des capitaux auprès des investisseurs et en mettant en place la structure du fonds. Les activités de promotion d'un potentiel fonds d'investissement sont menées par les promoteurs bien avant la création de la structure juridique du fonds projeté. Dans un second temps, une fois le fonds mis en place, le rôle de ces individus est d'agir à titre de gestionnaires du fonds, c'est-à-dire d'administrer et de gérer le fonds et ses investissements en sélectionnant les entreprises-cibles dans lesquelles le fonds investit ainsi que les stratégies de mise en valeur et de désinvestissement. Puisque ces termes désignent généralement le même groupe d'individus à l'égard d'un fonds, le terme « gestionnaires » vaut mention du terme « promoteurs » aux fins du présent texte.

Les gestionnaires de fonds courent d'importants risques commerciaux à titre de promoteurs d'un fonds projeté : la conceptualisation d'un fonds d'investissement, l'établissement et l'utilisation de réseaux d'affaires auprès d'investisseurs potentiels de même que l'engagement d'importantes dépenses, notamment en frais professionnels, exigent une quantité considérable d'efforts, de temps et d'argent de la part des promoteurs d'un fonds projeté, sans aucune garantie que ce projet intéressera suffisamment d'investisseurs pour permettre la naissance du fonds. Ces risques sont courus par les promoteurs bien avant la création de l'entité juridique du fonds.

En somme, les gestionnaires du fonds sont à la base de celui-ci, puisque c'est généralement en raison de leur réputation et de la confiance qui leur est accordée par les investisseurs que ces derniers acceptent d'investir au sein du fonds. Il n'est pas rare pour des gestionnaires de fonds d'agir à ce titre pour plusieurs fonds à la fois⁴⁷.

Pour mener leurs activités à titre de gestionnaires de fonds d'investissement, les gestionnaires de fonds engagent du personnel, acquièrent du matériel informatique et de bureau ainsi que des locaux : il est donc courant que les gestionnaires de fonds s'organisent en SEC ou en société par actions, dont les unités de

⁴¹ Art. 2238, al. 3 C.c.Q.

⁴² Art. 2213, al. 1 C.c.Q.

⁴³ Art. 2246, al. 1 C.c.Q.

⁴⁴ Art. 2238 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 2238, al. 3 C.c.Q.; art. 2246, al. 1 C.c.Q.

⁴⁶ Le terme anglais *sponsor*, dans le contexte d'un fonds d'investissement, ne correspond pas au terme juridique français « commanditaire ». Au contraire, dans ce contexte, le terme anglais *sponsor* désigne la ou les personnes derrière l'associé commandité.

⁴⁷ J. BEEBY, précité, note 16, p. 7.

participation ou les actions respectivement seront détenues par les gestionnaires soit personnellement, soit par le biais d'une société de portefeuille (*holding*) ou d'une fiducie personnelle⁴⁸.

Aux fins du présent texte, l'expression « entité gestionnaire » désigne la personne morale ou la SEC mandatée, le cas échéant, pour gérer les affaires d'un fonds, alors que l'expression « gestionnaires de fonds » désigne les individus détenant les actions ou les unités de participation de l'entité gestionnaire.

Il arrive parfois que l'entité gestionnaire soit également l'associé commandité d'un fonds d'investissement⁴⁹. Cependant, en raison des risques commerciaux inhérents aux activités de gestion d'un fonds d'investissement ainsi que de la responsabilité illimitée de l'associé commandité, il est souvent préférable que l'associé commandité soit un véhicule juridique *ad hoc*, telle une société par actions, habituellement détenue en totalité par l'entité gestionnaire ou par les gestionnaires du fonds, par le biais de leurs sociétés de portefeuille ou d'une fiducie familiale⁵⁰, le cas échéant. Un tel commandité créé *ad hoc* n'ayant généralement que peu d'actifs et d'employés, c'est l'entité gestionnaire qui est alors chargée de gérer le fonds d'investissement, en vertu d'une convention de gestion d'actifs (*investment management agreement*). Aux fins du présent texte, l'expression « commandité *ad hoc* » désigne l'associé commandité d'une SEC qui, n'ayant que peu d'actifs et d'employés⁵¹, ne se charge pas de la gestion des activités d'investissement de la SEC et n'effectue pas de tâches débordant le cadre de ses obligations légales d'administration du fonds⁵², cette gestion étant plutôt assumée par l'entité gestionnaire.

1.2. LA RÉMUNÉRATION DU COMMANDITÉ ET DES GESTIONNAIRES : PRATIQUES COMMERCIALES COURANTES

Habituellement, la rémunération reçue ou à recevoir par les gestionnaires de fonds d'investissement⁵³ pour leurs rôles de promoteurs et de gestionnaires de fonds a deux volets : les frais de gestion (*management fees*) et l'intérêt différé (*carried interest*). Ce type de rémunération est communément désigné par l'expression « deux-vingt », car les frais de gestion représentent généralement 2 % des engagements de capital du fonds, alors que l'intérêt différé représente souvent 20 % de toute distribution du fonds à ses associés effectuée au-delà d'un certain seuil de rendement (« rémunération 2-20 »).

Le principe de base de la rémunération 2-20 est simple et largement adopté par les fonds de capital-investissement. En pratique, cependant, ce modèle fait l'objet d'une multitude de variations résultant des

⁴⁸ Yvette MORELLI, « Structuring Venture Capital Funds », (2003), vol. 51, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 806.

⁴⁹ J. BLANCHET, N. MARCOVITZ et T. WACH, précité, note 14, 28:12.

⁵⁰ Y. MORELLI, précité, note 48, 812.

⁵¹ Un commandité *ad hoc* ne maintient généralement que le minimum d'actifs et, le cas échéant, d'employés nécessaires à l'accomplissement de son obligation légale d'administration de la SEC aux fins des articles 2236 et 2238 C.c.Q.

⁵² Art. 2236 et 2238 C.c.Q.

⁵³ Comme cela sera détaillé à la sous-section 1.2.2., la rémunération des gestionnaires de fonds peut être versée soit directement à ceux-ci, soit à une ou plusieurs entités détenues par ceux-ci, incluant l'entité gestionnaire, soit à plusieurs de ces personnes à la fois.

négociations entre les investisseurs et les gestionnaires de fonds, des parties habituellement compétentes et souvent promptes à imposer leurs préférences et méthodes.

Ces subtilités souvent d'apparence anodine peuvent entraîner des répercussions financières importantes pour les parties prenantes et créer des ambiguïtés dans le traitement fiscal applicable.

1.2.1. Les frais de gestion

La gestion d'un fonds d'investissement nécessite d'engager plusieurs dépenses dont des salaires, du matériel informatique et de bureau, des honoraires professionnels et d'autres dépenses courantes (« frais généraux »). Afin de couvrir ces frais généraux, le fonds verse un montant à titre de frais de gestion annuels⁵⁴ en faveur de l'associé commandité ou de l'entité gestionnaire, en fonction de l'arrangement commercial entre les parties. Les frais de gestion s'élèvent normalement à un montant équivalent à 2 % des engagements en capital du fonds⁵⁵. Les frais de gestion sont payés soit par le fonds lui-même, soit par ses investisseurs, et peuvent prendre la forme d'une attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital du fonds ou la forme d'une facturation d'honoraires comme cela sera détaillé à la deuxième section du présent texte.

1.2.2. L'intérêt différé

Alors que les frais de gestion ne servent qu'à financer l'exploitation de l'entreprise de fourniture de services de gestion effectuée par les gestionnaires de fonds, le principal potentiel de gain pour les gestionnaires de fonds se situe dans l'intérêt différé, c'est-à-dire une rémunération en cascade (*waterfall*) en fonction des résultats économiques du fonds d'investissement. L'intérêt différé est un montant versé lors de certaines occasions déterminées⁵⁶ ou à la survenance d'une liquidation partielle ou totale du portefeuille du fonds d'investissement. L'intérêt différé est fréquemment qualifié, dans le milieu du capital-investissement, d'intéressement à la performance pour les gestionnaires⁵⁷.

L'intérêt différé est calculé en fonction d'un pourcentage du rendement excédentaire des investissements, par rapport à un rendement-cible déterminé (*hurdle rate*). Une multitude de facteurs peut faire varier le taux

⁵⁴ Ces montants peuvent être versés trimestriellement ou selon les besoins de l'associé commandité.

⁵⁵ Pour un exemple, voir le modèle de convention de SEC suivant : *Limited Partnership Agreement: Private Equity Fund*, Practical Law, Thomson Reuters, 2022, par. 9.02.

⁵⁶ Par exemple, il est courant pour les fonds ou sociétés en commandite œuvrant dans le secteur immobilier d'effectuer une distribution d'intérêt différé lors de l'encaissement du produit d'un refinancement excédentaire.

⁵⁷ F. AUGER et M. RICHARDSON ARNOULD, précité, note 8, 28:14.

et les modalités du rendement-cible d'un fonds à l'autre. Cela dit, à titre indicatif, il est courant que le rendement-cible soit établi entre 6 et 8 %⁵⁸ par année et qu'il soit cumulatif et composé annuellement⁵⁹.

Les modalités de l'intérêt différé et la complexité de son calcul peuvent varier grandement d'un fonds à l'autre. Une formule d'intérêt différé courante consiste en une série de quatre distributions ou tranches⁶⁰ des liquidités disponibles du fonds à la suite de l'événement déclencheur de l'intérêt différé :

- première tranche dite de « remboursement de capital » (*return of capital*⁶¹) : 100 %⁶² en faveur des investisseurs jusqu'à concurrence du total de leurs contributions en capital;
- deuxième tranche dite de « rendement cible » : 100 % en faveur des investisseurs jusqu'à concurrence du rendement-cible sur le total de leurs contributions en capital;
- troisième tranche dite de « rattrapage » (*catch-up*) : 100 %⁶³ en faveur de l'associé commandité ou de l'entité gestionnaire, selon le cas, jusqu'à ce que les montants distribués en faveur du commandité ou de l'entité gestionnaire atteignent 20 % des distributions effectuées à la deuxième tranche et à la troisième tranche elle-même⁶⁴;
- quatrième tranche dite de « partage 80/20 » (*80/20 split*) : 80 % en faveur des investisseurs et 20 % en faveur de l'associé commandité ou de l'entité gestionnaire, selon le cas.

Lorsque le rendement du fonds est suffisant pour verser complètement les trois premières tranches, le résultat d'une telle formule de distribution est un partage global du rendement réalisé sur le capital investi de 80 % en faveur des investisseurs et de 20 % en faveur des gestionnaires.

⁵⁸ F. AUGER et M. RICHARDSON ARNOULD, précité, note 8, 28:14.

⁵⁹ *Limited Partnership Agreement: Private Equity Fund*, précité, note 55, art. I.

⁶⁰ *Id.*, art. VIII.

⁶¹ À des fins fiscales, la nature des allocations fiscales correspondant aux montants distribués dans chacune des tranches au titre du revenu ou du capital dépendra de facteurs détaillés à la deuxième section du présent texte. La tranche dite de « remboursement de capital », malgré son nom, peut donner lieu à une attribution de revenu pour l'investisseur.

⁶² Les pourcentages applicables dans chacune des tranches peuvent varier d'un fonds à l'autre et ne sont fournis ici qu'à titre indicatif.

⁶³ Cette troisième tranche sera parfois partagée (par exemple, à 50-50 %) entre les investisseurs et les gestionnaires, jusqu'à l'atteinte du montant visé par cette troisième tranche.

⁶⁴ En pratique, une telle troisième tranche consiste à verser 25 % du montant de la deuxième tranche en faveur du commandité ou de l'entité gestionnaire, puisque $20\% / (100\% - 20\%) = 25\%$.

Le tableau suivant contient un **exemple chiffré d'une distribution d'intérêt différé**⁶⁵ :

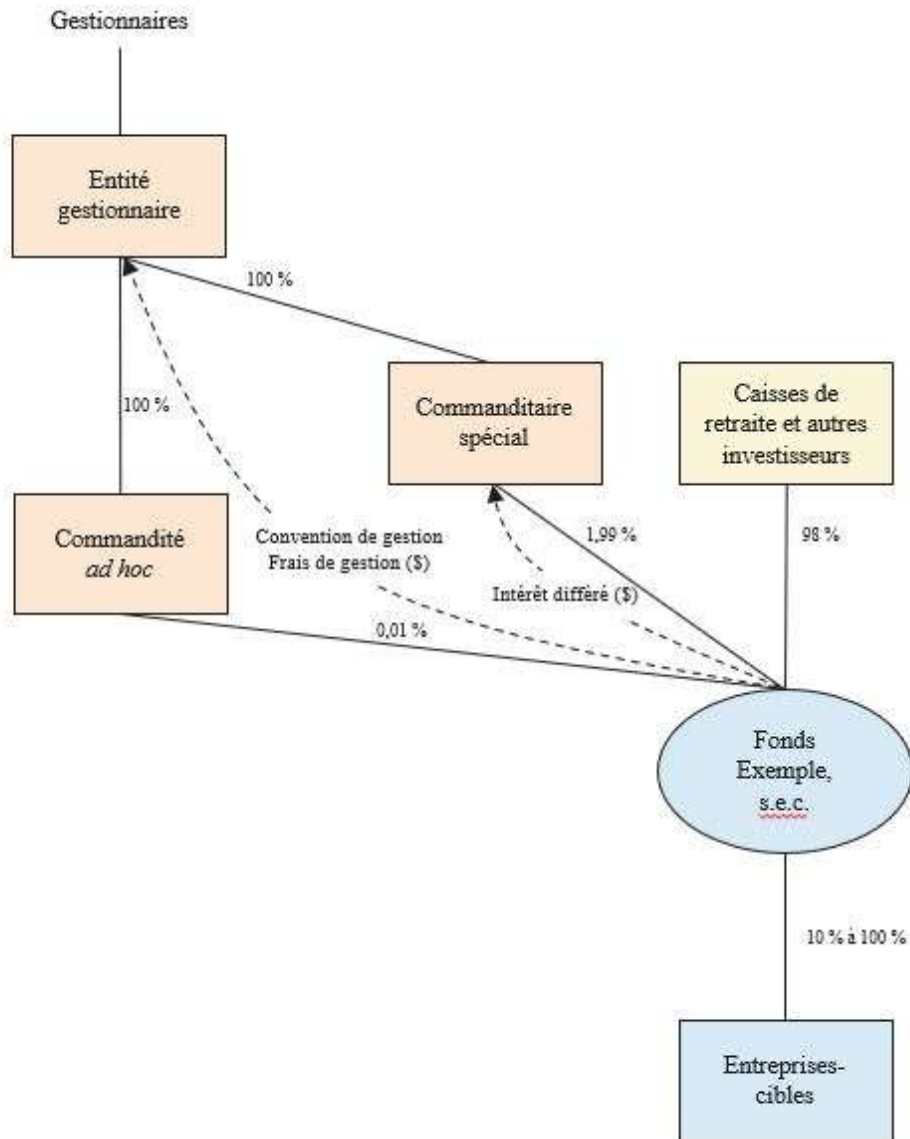
Hypothèses – Fonds Exemple s.e.c.		
Contributions en capital des investisseurs	100 000 \$	
Taux de rendement-cible, capitalisé annuellement	8 %	
Durée du fonds	10 ans	
Liquidités disponibles pour l'intérêt différé	1 000 000 \$	
Rendement net avant impôts	900 000 \$	
Intérêt différé – Fonds Exemple s.e.c.		
	Investisseurs	Gestionnaires
1 ^{re} tranche	100 000 \$	0 \$
2 ^e tranche	115 892 \$	0 \$
3 ^e tranche	0 \$	28 973 \$
4 ^e tranche	604 108 \$	151 027 \$
Total des distributions	820 000 \$	180 000 \$
Rendement net avant impôts	720 000 \$	180 000 \$
Répartition du rendement net avant impôts	80 %	20 %

C'est la perspective de l'intérêt différé qui incite généralement les gestionnaires de fonds à élaborer et mettre en place un fonds d'investissement et à courir les risques commerciaux liés à la mise en place d'un fonds d'investissement, dont notamment les risques de perte des frais professionnels engagés préalablement, parfois longtemps avant, la création de la structure du fonds. Bien plus qu'un intéressement à la performance du fonds, l'intérêt différé est un intéressement à la création du fonds, justifiant et rémunérant la prise des risques susmentionnés par les promoteurs. Il est courant par ailleurs que cet intérêt différé soit versé à un commanditaire spécial, constitué *ad hoc*, détenu par les promoteurs, c'est-à-dire les gestionnaires, du fonds et ayant pour fonctions d'apporter un capital nominal au fonds et de recevoir l'intérêt différé⁶⁶.

⁶⁵ Il s'agit d'un exemple de distribution en cascade de type européen, dans le cadre duquel l'intérêt différé n'est versé aux gestionnaires qu'une fois la totalité du capital et du rendement-cible versée aux investisseurs. Une distribution en cascade de type américain prévoira plutôt un versement de l'intérêt différé basé sur un calcul du remboursement du capital et du rendement-cible aux investisseurs au prorata du produit d'un désinvestissement. Les distributions en cascade de type américain sont donc généralement favorables aux gestionnaires, ceux-ci pouvant toucher des montants d'intérêt différé plus rapidement. Au Canada, la plupart des fonds d'investissement utilisent une distribution en cascade de type européen. Pour plus de détails à ce sujet, voir les commentaires joints au document *Limited Partnership Agreement: Private Equity Fund*, précité, note 55, art. VIII.

⁶⁶ Les enjeux relatifs à une telle structure seront abordés dans la troisième section du présent texte.

L'organigramme ci-dessous présente un **exemple de structure habituelle de fonds de capital-investissement** :



1.3. FISCALITÉ DES FONDS D'INVESTISSEMENT : UN SURVOL

Les fonds de capital-investissement constitués en SEC sont assujettis aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives à toutes les sociétés de personnes. Les investisseurs d'un fonds sont généralement assujettis aux dispositions visant les commanditaires⁶⁷ des SEC. Ces règles visent notamment la restriction de l'utilisation des pertes⁶⁸ d'une société de personnes par certains associés dont notamment, mais pas exclusivement, les commanditaires d'une SEC.

Les règles applicables aux sociétés de personnes et à leurs associés sont nombreuses et complexes et la synthèse de celles-ci déborde le cadre du présent texte⁶⁹. Il est toutefois nécessaire de rappeler que les sociétés de personnes, dont les SEC, ne sont pas des personnes morales selon le droit privé. Aux fins de l'impôt sur le revenu, les sociétés de personnes ne sont pas des « personnes⁷⁰ » ni des « contribuables⁷¹ » et ne paient pas d'impôt sur leur revenu⁷². Les revenus et les pertes tirés d'une entreprise ou d'un bien d'une société de personnes seront plutôt inclus dans le calcul du revenu de ses associés, en vertu de l'alinéa 12(1)l) L.I.R., pour leur année d'imposition au cours de laquelle se termine l'exercice de la société de personnes⁷³, en fonction de la part de chaque associé dans les revenus et les pertes de la société de personnes au sens de l'alinéa 96(1)f) L.I.R. La détermination de la part de chaque associé dans les revenus et les pertes de la société de personnes aux fins fiscales est communément désignée comme l'« attribution » aux associés des revenus et des pertes de la société de personnes.

⁶⁷ Les définitions de « commanditaire » aux paragraphes 40(3.14) et 96(2.4) L.I.R. sont larges et incluent *inter alia* les associés commanditaires d'une SEC créée en vertu du *Code civil du Québec*. L'étude des applications possibles de ces définitions de « commanditaire » déborde le cadre du présent texte.

⁶⁸ Les règles sur les « pertes de commanditaire » et la « fraction à risque » sont prévues aux paragraphes 96(2.2) et 96(2.4) L.I.R.

⁶⁹ Pour un résumé détaillé des multiples règles applicables aux sociétés de personnes et, en particulier, aux SEC, le lecteur est invité à se référer aux documents suivants : *Canada Tax Service – Analyse de McCarthy Tétrault*, précité, note 16, art. 96; *Canada Tax Service – Analyse de McCarthy Tétrault*, Taxnet Pro, Thomson Reuters, 9 janvier 2018, art. 53; Didier FRÉCHETTE, « La répartition du revenu dans une société de personnes », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, p. 25:1-64.

⁷⁰ Par. 248(1) « personne » L.I.R.

⁷¹ Par. 248(1) « contribuable » L.I.R.

⁷² La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit quelques exceptions à ce principe dans le cadre desquelles les sociétés de personnes sont réputées constituer une personne aux fins de l'application de certaines dispositions de cette loi.

Notamment, une société de personnes est réputée, en vertu de l'alinéa 212(13.1)a) L.I.R., tel que cet alinéa se lit à la date du présent texte, être une personne aux fins de l'impôt de la partie XIII L.I.R., de sorte qu'elle est tenue d'effectuer une retenue d'impôt de la partie XIII lorsqu'elle effectue ou est réputée effectuer certains paiements à un non-résident du Canada. Dans ce cas, même si la société de personnes payeuse n'est pas la personne ultimement visée par l'impôt de la partie XIII (cette personne étant le bénéficiaire du paiement), elle est tenue de retenir et remettre l'impôt de la partie XIII en vertu du paragraphe 215(6) L.I.R. Ces règles font par ailleurs l'objet de propositions législatives (modifications techniques) publiées le 9 août 2022 visant à élargir leur portée : CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives relatives à la Loi de l'impôt sur le revenu et au Règlement de l'impôt sur le revenu*, 9 août 2022, art. 41.

L'impôt de la partie IX.1 L.I.R. est une autre exception notable à ce principe, car il vise directement certaines sociétés de personnes comme si elles constituaient une personne aux fins de cette partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cet impôt vise les « sociétés de personnes intermédiaires de placement déterminées », telle que cette expression est définie au paragraphe 197(1) L.I.R., soit des sociétés de personnes qui à la fois investissent dans des titres négociés en Bourse et détiennent des biens hors portefeuille. L'étude des règles applicables aux fonds d'investissement qui détiennent des titres négociés en Bourse déborde le cadre du présent texte.

⁷³ Al. 96(1)f) L.I.R.

Les attributions des revenus et des pertes d'une société de personnes à ses associés aux fins fiscales doivent être distinguées des distributions économiques des bénéficiaires ou du capital de la société de personnes en faveur de ses associés. Les « attributions » sont notionnelles et ne servent qu'aux fins des lois fiscales, alors que les « distributions » constituent les versements d'argent de la société de personnes en faveur de ses associés. Il arrive donc qu'un associé s'impose sur des revenus fiscaux sans avoir reçu de distribution d'argent correspondante. Selon l'auteure Geneviève Lille, il est courant que les contrats de sociétés prévoient de façon distincte⁷⁴ les méthodes d'allocation des revenus et des pertes aux fins fiscales, de distribution des liquidités et des biens de la société de personnes en faveur des associés (en cas de dissolution ou autrement) ainsi que de comptabilisation des revenus et des pertes aux fins comptables⁷⁵. Dans un contexte de fonds d'investissement, ces distinctions sont d'une grande importance, notamment aux fins des arrangements commerciaux qui feront l'objet d'une analyse dans les deuxième et troisième sections du présent texte.

Finalement, le PBR⁷⁶ d'une participation dans une société de personnes est un élément essentiel de la mécanique fiscale applicable à ce type d'entité. Il importe d'abord de mentionner que, malgré le fait qu'il soit courant que les conventions de société de personnes prévoient l'existence de plusieurs catégories d'unités⁷⁷ de la société de personnes, la position administrative de l'ARC veut qu'un associé d'une société de personnes détenant plus d'une catégorie d'unités de celle-ci soit considéré ne détenir qu'une seule participation dans cette société de personnes aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷⁸. Cette nuance est importante pour la détermination du PBR de la participation d'un associé dans une société de personnes, car le PBR doit être calculé en agrégeant les unités de toutes les catégories détenues par l'associé comme s'il ne s'agissait que d'un seul bien de sorte que l'associé n'a qu'un seul PBR à l'égard de sa participation dans la société de personnes. Une telle participation est généralement un bien de nature capital⁷⁹. Les ajustements au PBR d'une participation dans une société de personnes prévus à l'article 53 L.I.R.⁸⁰ visent entre autres à éviter la double imposition à l'égard des revenus déjà attribués et imposés entre les mains des associés. En vertu de ce mécanisme, un associé d'une société de personnes peut recevoir des distributions, au titre des bénéficiaires ou du capital, en argent ou en biens, sans incidence fiscale⁸¹, jusqu'à concurrence du PBR de sa participation dans la société de personnes. Pour les commanditaires⁸² d'une SEC, une distribution en argent ou en bien

⁷⁴ En s'assurant de respecter les limites posées par l'article 103 L.I.R. qui seront étudiées à la troisième section du présent texte.

⁷⁵ Geneviève C. LILLE, *Understanding the Taxation of Partnerships*, 8^e éd., Toronto, Wolters Kluwer, 2022, par. 206.

⁷⁶ Cette expression est définie à l'article 54 L.I.R. et les principales règles de calcul concernant le PBR sont contenues à l'article 53 L.I.R.

⁷⁷ Par exemple, il est courant que, par analogie avec le régime juridique des sociétés par actions, une convention de société de personnes prévoit des unités « privilégiées » et des unités « ordinaires ».

⁷⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, « Sociétés de personnes », 30 octobre 2002, questions 1 à 6; AGENCE DU REVENU DU CANADA, Conférence (table ronde) 2010-0373371C6, « Souscription des unités d'une SEC », 8 octobre 2010.

⁷⁹ *Walchuk c. La Reine*, 2004 CCI 42.

⁸⁰ Les ajustements à la hausse du PBR d'une participation dans une société de personnes sont prévus à l'alinéa 53(1)e) L.I.R., alors que les ajustements à la baisse du PBR d'une participation dans une société de personnes sont prévus à l'alinéa 53(2)c) L.I.R.

⁸¹ Autre que la réduction de son PBR du montant de la distribution, en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R.

⁸² Ce terme est défini au paragraphe 40(3.14) L.I.R. aux fins des règles sur le « PBR négatif » et au paragraphe 96(2.4) L.I.R. aux fins des règles sur la « fraction à risque » et sur la limitation de déductibilité des pertes de la société de personnes. Ces définitions englobent généralement les associés commanditaires d'une SEC, incluant les investisseurs d'un fonds d'investissement. N'étant

excédentaire au PBR de leur participation dans une SEC peut engendrer un gain en capital dès la fin de l'exercice de la SEC en vertu des règles du paragraphe 40(3.1) L.I.R.

pas assujettis à ces règles, les associés d'une société de personnes qui ne sont pas des commanditaires de celle-ci au sens du paragraphe 40(3.14) L.I.R., peuvent recevoir des distributions au-delà de la valeur du PBR de leur participation dans la société de personnes sans subir de gain en capital avant la disposition de cette participation.

2. ENJEUX FISCAUX RELATIFS AUX FRAIS DE GESTION

2.1. L'APPLICATION DES TAXES À LA CONSOMMATION AUX FRAIS DE GESTION

2.1.1. Les modifications, rétroactives au 8 septembre 2017, à l'article 272.1 L.T.A. (par. 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A.) et aux dispositions correspondantes de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*

Les fonds d'investissement ont généralement comme activité la fourniture de « services financiers » au sens du paragraphe 123(1) L.T.A. et de l'article 1 L.T.V.Q.

Les activités d'un fonds d'investissement consistent habituellement à souscrire à des effets financiers, les détenir et en tirer des revenus pour éventuellement en disposer, ce qui constitue la fourniture de services financiers⁸³ et donc, sauf exception⁸⁴, de fournitures exonérées⁸⁵. La qualification de fourniture de services financiers exonérés des activités d'un fonds d'investissement ne donne donc normalement pas le droit à un fonds d'investissement d'obtenir de crédits de taxes sur les intrants ni de remboursements de taxes sur les intrants (« CTI/RTI ») à l'égard de la taxe sur les produits et services (TPS) et de la taxe de vente du Québec⁸⁶ (TVQ) (appelées « taxes à la consommation » aux fins du présent texte) payées par le fonds sur les dépenses engagées par le fonds dans le cadre de ses activités⁸⁷.

En vertu des articles 2236 C.c.Q. et 2238 C.c.Q., les associés commandités d'une SEC sont tenus d'administrer eux-mêmes la société. Un service de gestion est généralement une fourniture taxable au sens du paragraphe 123(1) L.T.A. et de l'article 1 L.T.V.Q. à laquelle les taxes à la consommation sont applicables.

Avant la sanction, le 13 décembre 2018, de la loi modifiant le paragraphe 272.1(3) L.T.A. et ajoutant le paragraphe 272.1(8) L.T.A.⁸⁸, avec entrée en vigueur rétroactive au 8 septembre 2017⁸⁹, il était commun pour

⁸³ Par. 123(1) « service financier », al. f) et h) L.T.A. Effectivement, les titres de créance et de participations de même que les participations dans des sociétés de personnes ou des fiducies constituent des effets financiers aux fins de la partie IX L.T.A., en vertu des alinéas a), b) et d) de la définition d'« effet financier » au paragraphe 123(1) L.T.A. Voir aussi art. 1 « service financier » L.T.V.Q. et paragraphes 1^o, 2^o et 4^o de la définition d'« effet financier » à l'article 1 L.T.V.Q.

⁸⁴ Partie IX de l'annexe VI L.T.A. et section VII.2 du chapitre IV L.T.V.Q.

⁸⁵ Art. 1 de la partie VII de l'annexe V L.T.A. et art. 169.3 L.T.V.Q.

⁸⁶ Antérieurement au 1^{er} janvier 2013, les services financiers étaient des fournitures détaxées en vertu de l'article 198 paragraphe 1 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, de sorte que les fonds d'investissement pouvaient généralement réclamer des remboursements de taxes sur les intrants (RTI) pour récupérer la TVQ payée sur les biens et services acquis dans le cadre de leurs activités. Les dispositions de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* relatives aux services financiers ont été harmonisées aux dispositions de la partie IX L.T.A. par la *Loi modifiant la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2012, c. 28. Notamment, les services financiers sont devenus exonérés, sauf exception dans le cas de certains services financiers détaxés fournis à des non-résidents du Canada, en vertu de L.Q. 2012, c. 28, art. 57 ajoutant les articles 169.3 et 169.4 à la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, art. 61 ajoutant les articles 197.3, 197.4 et 197.5 à la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et art. 62 supprimant le paragraphe 1 de l'article 198 L.T.A., avec prise d'effet pour les fournitures effectuées après le 31 décembre 2012.

⁸⁷ Par. 169(1) L.T.A. En effet, la réalisation de fournitures exonérées est expressément exclue de la définition d'« activité commerciale » du paragraphe 123(1) L.T.A., condition nécessaire à l'obtention des CTI/RTI. Voir aussi art. 1 « activité commerciale » L.T.V.Q. et art. 199 L.T.V.Q.

⁸⁸ *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, ch. 27, par. 49(1) et 49(2).

⁸⁹ Pour plus de détails sur l'entrée en vigueur rétroactive au 8 septembre 2017, notamment sur la disposition transitoire. *Id.*, par. 49(3) à 49(6).

les fonds d'investissement formés en SEC de structurer la rémunération de l'associé commandité au titre des frais de gestion de façon à éviter de soumettre celle-ci aux taxes à la consommation en se basant sur une interprétation de l'article 272.1 L.T.A. partagée par plusieurs praticiens, mais ne faisant pas l'unanimité au sein de la communauté fiscale, particulièrement auprès de l'administration fiscale⁹⁰. Cette structure consiste à insérer les modalités relatives à la gestion du fonds à même la convention de SEC du fonds, plutôt que dans une convention de gestion distincte et à prévoir au sein de la convention de SEC du fonds la portion de la rémunération de l'associé commandité au titre des frais de gestion, sous la forme d'attributions et de distributions prioritaires de revenu et de capital du fonds en faveur de l'associé commandité⁹¹. Aucuns honoraires ni frais de gestion ne sont facturés au fonds par l'associé commandité dans le cadre de cette structure.

L'interprétation de l'article 272.1 L.T.A., tel qu'il se lisait à l'époque, soutenant la mise en place d'une telle structure voulait que le paragraphe 272.1(1) L.T.A. pouvait trouver application de façon à réputer les services de gestion rendus par l'associé commandité au fonds à titre d'associé de celui-ci⁹² comme ayant été accomplis par le fonds lui-même dans le cadre des activités du fonds. Cette interprétation emportait la conclusion que les services de gestion rendus au fonds par son associé commandité étaient fournis dans le cadre des activités du fonds et non pas en dehors du cadre celles-ci (c'est-à-dire, par exemple, dans le cadre d'une entreprise de l'associé commandité distincte des activités du fonds), de sorte que c'était le paragraphe 272.1(1) L.T.A., et non pas le paragraphe 272.1(3) L.T.A., qui s'appliquait à de telles structures. Ainsi, aucune fourniture n'avait lieu aux fins de la partie IX L.T.A. (ni aux fins du titre I L.T.V.Q.⁹³) et les taxes à la consommation n'étaient donc pas applicables à la portion de la rémunération des gestionnaires du fonds au titre des frais de gestion⁹⁴.

De nombreux fonds d'investissement ont eu recours à de telles structures et ont considéré que l'interprétation de l'article 272.1 L.T.A. les soutenant respectait la lettre de la partie IX L.T.A. telle qu'elle se lisait à l'époque. Cette interprétation ne faisait cependant pas l'unanimité alors, notamment auprès de l'administration fiscale. En effet, la position administrative de l'ARC relative à l'application de l'article 272.1 L.T.A. dans sa forme antérieure aux services rendus à une SEC par son associé commandité s'est resserrée au

⁹⁰ Robert G. KREKLEWETZ et Simon THANG, « Ten Things About Commodity Taxes and Trade That Income Tax Practitioners Need To Know for 2006 », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2006, p. 30:42, aux pages 30:17-20; Danny CISTERNA et Winxie TSE, « GST Essentials in Corporate Reorganizations », dans *2006 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2007, p. 20:1-22, aux pages 20:13-17; Thomas W. COPELAN, « Use of Partnerships for Investment Purposes: Pushing the Limits of What Constitutes a Partnership », dans *2011 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2012, p. 41:1-16, aux pages 41:14-15; J. BLANCHET, N. MARCOVITZ et T. WACH, précité, note 14, 28:13.

⁹¹ Une telle méthode ajoute de la complexité aux fins de l'impôt sur le revenu, comme cela sera étudié à la sous-section 2.2.1. du présent texte.

⁹² C'est-à-dire en vertu de la convention de SEC du fonds et non pas en vertu d'une convention de gestion.

⁹³ Art. 345.1 L.T.V.Q. Toutefois, antérieurement au 1^{er} janvier 2013, l'application de la TVQ aux frais de gestion payés par un fonds d'investissement (dont l'activité consiste à fournir des services financiers) ne constituait pas un enjeu important, puisque ces montants de TVQ ne représentaient pas un coût net pour le fonds, lequel pouvait les récupérer sous forme de remboursements de taxes sur les intrants (RTI).

⁹⁴ F. AUGER et M. RICHARDSON ARNOULD, précité, note 8, 28:16.

fil du temps⁹⁵ afin de limiter de telles planifications et tenter d'assujettir les frais de gestion⁹⁶ payés par les fonds d'investissement à leur associé commandité aux taxes à la consommation, autant que possible.

Depuis les modifications au paragraphe 272.1(3) L.T.A. et l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A., rétroactifs au 8 septembre 2017⁹⁷, et les modifications de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁹⁸ harmonisées avec les dispositions fédérales, les taxes à la consommation sont applicables à la juste valeur marchande (« JVM ») des services de gestion ou d'administration rendus par un associé commandité à un fonds d'investissement. Cette JVM inclut la rémunération périodique du commandité d'un fonds d'investissement relative aux frais de gestion.

Ces versements sont donc dorénavant assujettis aux taxes à la consommation, peu importe que ces versements soient qualifiés de distributions prioritaires de revenu et de capital en vertu de la convention de SEC du fonds ou de frais de gestion facturés en vertu d'une convention de gestion. En effet, les paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. s'appliquent aux fonds de capital-investissement, puisque la définition de « société en commandite de placement » aux fins de ces paragraphes vise expressément les fonds de capital-investissement⁹⁹.

Les règles des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. s'appliquent à tout fonds d'investissement qui reçoit de la part de son associé commandité un « service de gestion ou d'administration », cette expression étant définie au paragraphe 123(1) L.T.A. comme comprenant un « service de gestion des actifs », expression définie au même paragraphe comme suit :

⁹⁵ Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, Conférence (table ronde) « CBA/CRA GST Round Table », « Partnerships: Supply from General Partner to Limited Partnership », question 13, ainsi que « The Factors to Determine Whether Subsection 272.1(1) or 272.1(3) Applies to Partner Distributions », question 21, 9 mars 2006; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques en matière de TPS/TVH 36728, « Partnerships », 26 mai 2004; 49475, « Application of Subsection 272.1(1) of the Excise Tax Act », 26 mai 2004, ainsi que 57840, « Supplies to Partnership », 30 juin 2005.

⁹⁶ Que ces frais de gestion aient été prévus à même la convention de SEC du fonds ou ailleurs.

⁹⁷ Voir à ce sujet *supra*, note 88 et note 89 ainsi que CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives* d'octobre 2018, p. 12 à 15, déposées en même temps que l'*Avis de motion de voies et moyens portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*; en ligne : [bia-leb-1018-n2-fra.pdf](#).

⁹⁸ *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions*, L.Q. 2022, c. 23, art. 195 modifiant l'article 345.3 L.T.V.Q. et art. 196 ajoutant l'article 345.8 à la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, avec prise d'effet le 8 septembre 2017. Voir aussi les notes explicatives accompagnant le Projet de loi n° 33 présenté en 2022, p. 154 à 157, en ligne : [Recueil_PL33_2022c23_public.pdf](#).

⁹⁹ Par. 123(1) « société en commandite de placement » L.T.A. Cette définition vise les SEC qui investissent dans des actions de sociétés et dans des participations dans des sociétés de personnes (sous forme d'unités ou autrement), ce qui inclut évidemment les fonds de capital-investissement. Cependant, cette définition est si large qu'elle englobe plusieurs autres types de SEC, notamment dans le secteur du développement immobilier. Voir aussi art. 1 « société en commandite de placement » L.T.V.Q. (définition ajoutée par L.Q. 2022, c. 23, art. 178). Pour une étude sur les nombreux cas d'application potentielle de cette définition aux fins de la partie IX L.T.A., voir Marie-Ève CÔTÉ et Cassandra GRENIER, « Mise à jour concernant les sociétés en commandite et application de l'article 272.1 L.T.A. », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 272, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2018. Par ailleurs, la qualification d'une SEC à titre de « société en commandite de placement » a d'autres conséquences aux fins de la partie IX L.T.A., dont la qualification à titre de « régime de placement » en vertu de l'alinéa 149(5)f.1) L.T.A., d'« institution financière désignée » en vertu du sous-alinéa 149(1)a)(ix) L.T.A. et possiblement, lorsque la SEC a des activités ou un associé dans plusieurs provinces du Canada, d'« institution financière désignée particulière » en vertu des paragraphes 123(1) et 225.2(1) L.T.A. Les conséquences de telles qualifications aux fins de la partie IX L.T.A. débordent le cadre du présent texte.

« “service de gestion des actifs” Service, sauf un service visé par règlement, qui est rendu par une personne donnée relativement aux éléments d'actif ou de passif d'une autre personne et qui consiste, selon le cas :

- a) à gérer ou à administrer ces éléments d'actif ou de passif, indépendamment du niveau de pouvoir discrétionnaire dont la personne donnée dispose pour la gestion de tout ou partie de ces éléments;
- b) à effectuer des recherches ou des analyses, à donner des conseils ou à établir des rapports relativement aux éléments d'actif ou de passif;
- c) à prendre des décisions quant à l'acquisition ou à la disposition d'éléments d'actif ou de passif;
- d) à agir de façon à atteindre les objectifs de rendement ou d'autres objectifs relatifs aux éléments d'actif ou de passif¹⁰⁰. »

Les « services de gestion des actifs » de même que les « services de gestion ou d'administration » rendus à un fonds d'investissement sont des fournitures taxables expressément exclues de la définition de « service financier¹⁰¹ ».

Lorsqu'un associé commandité fournit, aux termes d'une convention, un « service de gestion ou d'administration » au fonds d'investissement dont il est l'associé commandité, cet associé commandité est, en vertu de l'alinéa 272.1(8)a) L.T.A., réputé ne pas avoir accompli le service de gestion à titre d'associé de ce fonds, de sorte que le paragraphe 272.1(1) L.T.A. ne pourra pas trouver application¹⁰². En vertu du sous-alinéa 272.1(3)b)(i) L.T.A., ce commandité sera alors réputé avoir effectué, et ce fonds d'investissement avoir reçu, une fourniture distincte de service de gestion pour chaque « période de facturation¹⁰³ » en échange d'une contrepartie payable le dernier jour de chaque période de facturation¹⁰⁴ égale à la JVM des services de

¹⁰⁰ Par. 123(1) « service de gestion des actifs » L.T.A. Voir aussi l'article 1 « service de gestion des actifs » L.T.V.Q.

¹⁰¹ En effet, l'alinéa q.1) de la définition de « service financier » au paragraphe 123(1) L.T.A. exclut les « services de gestion des actifs » alors que le sous-alinéa q)(i) de cette définition exclut les « services de gestion ou d'administration » rendus à un « régime de placement ». En vertu de l'alinéa 149(5)f.1) L.T.A., les « sociétés en commandite de placement », lesquelles incluent généralement les fonds d'investissement, sont réputées être un « régime de placement » aux fins de la partie IX L.T.A. Par ailleurs, tout autre service (sauf un service prévu par règlement) rendu à un fonds d'investissement par un fournisseur qui fournit également à ce fonds un « service de gestion ou d'administration » sera exclu de la définition de « service financier » en vertu du sous-alinéa q)(ii) de cette définition au paragraphe 123(1) L.T.A. Voir aussi les paragraphes 17° et 17.1° de la définition de « service financier » à l'article 1 L.T.V.Q.

¹⁰² En raison de l'application du paragraphe 272.1(8) L.T.A., lequel a préséance sur le paragraphe 272.1(1) L.T.A.

¹⁰³ Le paragraphe 272.1(3) L.T.A. renvoie au paragraphe 136.1(2) L.T.A. afin de définir l'expression « période de facturation » comme étant une période représentant tout ou une partie d'une période pendant laquelle un service est rendu et à l'égard de laquelle un paiement est attribuable. En résumé, l'expression « période de facturation » signifie la période pour laquelle les services de gestion rendus à un fonds d'investissement par son commandité sont facturés sur une base périodique (qu'elle soit mensuelle, trimestrielle ou annuelle).

¹⁰⁴ Advenant le cas où aucune période de facturation n'est prévue relativement aux services de gestion rendus en faveur d'un fonds d'investissement par son commandité, dans la convention de SEC de ce fonds, ou dans la convention de gestion ou ailleurs, c'est plutôt le sous-alinéa 272.1(3)b)(ii) L.T.A. qui trouve alors application et en vertu duquel le commandité est réputé avoir effectué, et le fonds avoir reçu, des services de gestion rendus le premier jour de la période de déclaration de taxes à la consommation de ce commandité pour une contrepartie devenant due le dernier jour de la période de déclaration de taxes à la consommation de ce même commandité. Ces règles sont parfois d'application difficile dans certaines situations.

gestion rendus par l'associé commandité au fonds d'investissement au cours de la période de facturation, déterminée comme si cet associé commandité n'était pas un associé de ce fonds et n'avait aucun lien de dépendance avec ce dernier. Les taxes à la consommation sont ainsi applicables à la JVM de ces services.

Les frais de gestion versés à un associé commandité ou, le cas échéant, directement à l'entité gestionnaire du fonds, sont la contrepartie d'un « service de gestion des actifs » au sens du paragraphe 123(1) L.T.A. En effet, ces frais de gestion servent précisément à rémunérer les gestionnaires du fonds pour leurs actes posés dans le cadre de leur rôle à titre de gestionnaire du fonds, c'est-à-dire pour la gestion du portefeuille du fonds, l'exécution de recherches et la fourniture de conseils ainsi que la prise de décision relativement aux investissements du fonds.

Les taxes à la consommation étant applicables à la JVM des services de gestion, en vertu des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A., elles seront payables par le fonds peu importe que l'associé commandité ait reçu ou non une contrepartie pour ces services, que ce soit sous forme de versement de frais de gestion, d'attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital du fonds ou autrement¹⁰⁵.

En vertu de l'alinéa 272.1(8)b) L.T.A., le fonds d'investissement sera réputé avoir acquis le service de gestion en dehors du cadre de ses activités, de sorte qu'aucun CTI/RTI ne pourra être réclamé à l'égard des taxes à la consommation applicables aux frais de gestion. Ces taxes à la consommation constituent donc un coût net pour le fonds¹⁰⁶.

L'alinéa 272.1(3)c) L.T.A., lequel contient une règle analogue à l'alinéa 272.1(3)b) L.T.A., trouve application lorsqu'aucune convention ou aucun autre document ne prévoit les modalités des services de gestion rendus en faveur d'un fonds par son associé commandité. Dans de tels cas, l'alinéa 272.1(3)c) L.T.A. s'appliquera pour réputer la fourniture de services de gestion comme étant effectuée pour une contrepartie égale à la JVM de ces services, déterminée comme si l'associé commandité n'était pas un associé du fonds et n'avait avec lui aucun lien de dépendance, qui deviendrait due au moment de la fourniture des services de gestion.

Ainsi, que les frais de gestion soient versés sous forme d'attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital ou sous forme d'honoraires facturés au fonds, l'associé commandité d'un fonds d'investissement devra percevoir et remettre les taxes à la consommation sur la JVM des services de gestion rendus au fonds à titre de mandataire de la Couronne en vertu du paragraphe 221(1) L.T.A. Ladite JVM des services de gestion comprend les montants versés à l'associé commandité à titre de frais de gestion¹⁰⁷, mais pourrait être plus

¹⁰⁵ Les difficultés d'interprétation et d'application de ces dispositions, notamment en ce qui a trait à la détermination de la JVM des services de gestion, seront étudiées aux sous-sections 2.1.2. et 2.1.3.

¹⁰⁶ Par conséquent, les pratiques de rémunération du commandité par des attributions prioritaires de revenu et de capital du fonds fréquemment utilisées avant les modifications de 2018 à la partie IX L.T.A. n'offrent plus d'avantages aux fonds d'investissement en matière de taxes à la consommation.

¹⁰⁷ Que ces montants soient versés à titre d'honoraires de gestion facturés par l'associé commandité au fonds ou plutôt à titre d'attributions et distributions de revenu et de capital du fonds relatives aux services de gestion.

élevée¹⁰⁸. Il n'est donc plus possible d'éviter l'application des taxes à la consommation aux frais de gestion, de quelque façon que ce soit.

2.1.2. L'obligation d'administration du commandité *ad hoc* et l'interprétation technique 197267a de l'ARC : un potentiel doublement des taxes à la consommation?

Comme cela a été mentionné à la première section du présent texte, plusieurs fonds d'investissement délèguent la gestion du fonds à une entité gestionnaire, de sorte que cette entité gestionnaire facture des frais de gestion directement au fonds¹⁰⁹ et perçoit les taxes à la consommation, alors que l'associé commandité du fonds est un commandité *ad hoc*, n'ayant que peu d'actifs et d'employés et n'effectuant pas de tâches débordant le cadre de ses obligations légales d'administration du fonds¹¹⁰. Certains gestionnaires de fonds particulièrement sensibles aux enjeux en matière de taxes à la consommation craignent une forme de doublement des taxes à la consommation si les frais de gestion sont directement facturés au fonds par une entité gestionnaire qui n'est pas le commandité du fonds.

Cette crainte se fonde sur le libellé des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. qui fait référence à des « services de gestion ou d'administration » et sur l'impossibilité pour le commandité *ad hoc*, même s'il n'a que peu d'actifs et d'employés, qu'il ne se charge pas de la gestion des investissements du fonds et qu'il ne reçoit aucuns frais de gestion¹¹¹, de se libérer de son obligation légale d'administrer le fonds¹¹², c'est-à-dire l'obligation d'administration de la SEC incombant à tout associé commandité d'une SEC en vertu du droit civil ou de la common law. Une cotisation en vertu d'une interprétation littérale des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. pourrait donc théoriquement être établie à l'encontre d'un commandité *ad hoc* qui n'a jamais reçu de sommes au titre des frais de gestion, ni remis de taxes à la consommation y afférentes, au motif que les taxes à la consommation applicables à la JVM de ces services d'administration n'ont pas été perçues ni remises.

Il y aurait alors, dans un tel cas, double imposition potentielle des taxes à la consommation pour le fonds puisque le fonds aurait, d'une part, payé les taxes à la consommation applicables aux frais de gestion facturés

¹⁰⁸ Les difficultés dans la détermination de la JVM des services de gestion d'un fonds d'investissement seront étudiées à la sous-section 2.1.3. du présent texte ainsi qu'à la troisième section du présent texte.

¹⁰⁹ Dans certaines structures, le commandité *ad hoc* du fonds sous-contracte la gestion de celui-ci à une entité gestionnaire, de sorte que l'entité gestionnaire facture le commandité *ad hoc* et ne facture pas le fonds. Une telle structure sera étudiée à la sous-section 2.1.4. du présent texte.

¹¹⁰ Art. 2236 et 2238 C.c.Q.

¹¹¹ Ces frais de gestion étant alors perçus par l'entité gestionnaire.

¹¹² Art. 2236 à 2249 C.c.Q.

par l'entité gestionnaire et serait tenu, d'autre part, d'assumer¹¹³ les taxes à la consommation¹¹⁴ applicables à la JVM des services de gestion ou d'administration rendus (ou considérés, par l'administration fiscale, comme étant rendus) au fonds par le commandité *ad hoc*, laquelle JVM serait déterminée par l'administration fiscale dans le cadre de la cotisation en vertu des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A.

Le potentiel de double imposition dans un tel cas repose sur l'ambiguïté de la position administrative de l'ARC quant à la détermination de la JVM des services de gestion ou d'administration rendus à un fonds par le commandité *ad hoc* en vertu du droit applicable aux SEC¹¹⁵. En effet, il n'est actuellement pas certain que la JVM des services rendus par le commandité *ad hoc*, qui doit servir de base à l'établissement d'une cotisation en vertu des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A., sera ajustée à la baisse afin de tenir compte des frais de gestion facturés au fonds par l'entité gestionnaire, qui gère le fonds dans les faits, et des taxes à la consommation y afférentes déjà payées par le fonds.

Dans le cadre de l'interprétation technique 197267a du 27 juillet 2021¹¹⁶, l'ARC a tenu des propos qui laissent penser qu'elle considère qu'une double imposition des taxes à la consommation relatives aux frais de gestion serait possible, ce qui a exacerbé la prudence de certains gestionnaires de fonds d'investissement.

À tout le moins l'ARC semble prendre comme position que la délégation par un commandité *ad hoc* de la gestion d'un fonds à une entité gestionnaire ne met pas fin à l'obligation légale du commandité *ad hoc* d'administrer le fonds et qu'une telle administration constitue en soi une fourniture de service de gestion ou d'administration au sens de la partie IX L.T.A. Un associé *ad hoc* d'un fonds d'investissement pourrait être considéré par l'ARC comme effectuant une fourniture d'un service de gestion ou d'administration en faveur du fonds dont il est l'associé commandité, en dépit du fait qu'il n'a que peu d'actifs et d'employés et qu'il n'effectue aucune tâche de gestion des investissements au-delà de l'accomplissement de ses obligations légales d'administration du fonds. Le passage ci-dessous de l'interprétation technique 197267a de l'ARC laisse planer une certaine ambiguïté quant à la détermination de la JVM de ces services de gestion ou

¹¹³ Il est courant que la convention de SEC d'un fonds d'investissement prévoit que le fonds et/ou ses associés devront indemniser tout associé assujéti à un fardeau fiscal, incluant intérêts et pénalités, découlant de l'omission, par le fonds, de retenir, de remettre ou de payer tout montant d'impôt ou de taxes. Le fonds et/ou ses associés se verraient alors tenus d'indemniser le commandité *ad hoc* ayant fait l'objet d'une cotisation en vertu des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. et d'ainsi d'assumer les montants payables à l'administration fiscale par le commandité *ad hoc* en vertu de cette cotisation. En l'absence d'une telle clause dans la convention de SEC, le commandité *ad hoc* aurait tout de même un recours à l'encontre du fonds en vertu de l'article 224 L.T.A. afin de recouvrer de celui-ci les taxes payables. De plus, puisque le fonds, à titre d'acquéreur de la fourniture réputée en vertu des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A., est légalement tenu au paiement des taxes à la consommation en vertu de l'article 165 L.T.A., l'administration fiscale pourrait directement cotiser le fonds, plutôt que de cotiser le commandité *ad hoc*, en vertu de l'alinéa 296(1)b) L.T.A.

¹¹⁴ Il importe de rappeler que ces taxes à la consommation ne pourront être récupérées par le fonds d'investissement sous la forme de CTI/RTI et représentent un coût net pour celui-ci.

¹¹⁵ Comme cela est étudié dans la sous-section 2.1.2. du présent texte, l'ARC est d'avis que l'obligation légale pour un associé commandité d'une SEC d'administrer la SEC emporte une fourniture d'un service de gestion ou d'administration de la SEC par cet associé commandité en faveur de la SEC. Il semble donc qu'un commandité *ad hoc* d'un fonds, bien que n'ayant que peu d'actifs et d'employés et ne se chargeant pas de la gestion des investissements du fonds, fournirait un service de gestion ou d'administration en faveur du fonds selon l'ARC. Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique en matière de TPS/TVH 197267a, « Allocation to a General Partner », 27 juillet 2021 (« interprétation technique 197267a »).

¹¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 197267a, précité, note 115.

d'administration, qui pourrait ouvrir la porte à une potentielle double imposition des taxes à la consommation :

« Generally, partnership law and the terms of the limited partnership agreement set out the responsibilities of the general partner to carry on the business of the limited partnership, as well as the general partner's fiduciary duty to the limited partners because of its agency role. The general partner manages, administers and controls the business of the limited partnership for and on behalf of the limited partnership. This includes the management by the general partner of the assets of the limited partnership. The general partner is expected to exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent administrator would exercise in comparable circumstances and is entitled to retain advisors, experts or consultants to assist in the exercise of its powers and the performance of its duties.

The limited partnership agreement may provide for the general partner to engage others to assist the general partner in carrying out its duties. If the general partner appoints a third party manager to manage or administer business or assets of the limited partnership, this appointment does not negate the general partner's responsibilities and fiduciary duties to the limited partnership as well as to the limited partners. Under the legal structure of a limited partnership, the general partner is the only person with authority to implement any advice provided by a third party manager and to make decisions related to the business of the limited partnership. The general partner is also typically responsible for overseeing or monitoring the services performed by the third party manager. The actions performed by a third party manager under a contract for services made between the general partner and the manager form part of the management and administrative services rendered by the general partner to the limited partnership pursuant to the terms of the limited partnership agreement¹¹⁷. »
(Notre soulignement)

Dans la dernière phrase du passage cité ci-dessus, l'ARC semble indiquer qu'elle considère que la JVM des services de gestion rendus en vertu d'une convention de gestion avec une entité de gestion doit être incluse dans la JVM du service de gestion ou d'administration rendu par le commandité d'un fonds, même si ce service ne consiste en fait qu'à exercer ses devoirs fiduciaires à titre d'administrateur du bien d'autrui, en vertu du droit civil ou de la common law applicable aux SEC.

Le contenu de l'interprétation technique 197267a ne semble pas directement aborder le problème de double imposition potentielle découlant d'une situation dans le cadre de laquelle un fonds d'investissement aurait lui-même payé des frais de gestion et les taxes y afférentes à une entité de gestion. Cependant, la position de l'ARC exprimée dans cette interprétation technique est ambiguë en ce sens que l'interprétation de l'article 272.1 L.T.A. que l'ARC semble proposer lui permettrait d'imposer les taxes à la consommation sur des fournitures réputées (rendues par le commandité *ad hoc*) qui correspondraient à des fournitures (réellement

¹¹⁷ *Id.*

rendues par l'entité gestionnaire ou toute autre tierce partie) à l'égard desquelles les taxes auraient déjà été perçues.

Une telle conclusion semble peu probable puisqu'elle pourrait être considérée comme n'étant pas raisonnable : les taxes à la consommation seraient alors appliquées deux fois, soit une première fois sur les fournitures réelles de services de gestion effectuées par l'entité gestionnaire et une seconde fois sur les fournitures réputées (dont la JVM doit inclure la JVM des fournitures réelles¹¹⁸) rendues par le commandité *ad hoc*. Dans les cas où l'acquéreur des fournitures réelles de services de gestion est le fonds lui-même (et non pas le commandité *ad hoc*), il y aurait alors effectivement double imposition des taxes à la consommation, le fonds n'ayant généralement pas la possibilité de récupérer ces taxes par le biais de CTI/RTI¹¹⁹.

L'ARC semble tout de même avoir comme position qu'une nouvelle cotisation, sur la base d'une détermination par l'ARC d'une JVM des services de gestion réputés rendus par un commandité *ad hoc* alors que celui-ci a complètement délégué la gestion du fonds à un tiers, serait possible, notamment sur la base de l'exercice par ce commandité *ad hoc* de sa responsabilité fiduciaire à titre d'administrateur du bien d'autrui, laissant planer une incertitude quant à la portée de l'article 272.1 L.T.A. et quant aux conséquences de son application à une structure de fonds d'investissement comportant un commandité *ad hoc*.

2.1.3. **Juste valeur marchande des services de gestion ou d'administration et autres difficultés d'application de l'interprétation de l'ARC**

L'interprétation de l'ARC de l'article 272.1 L.T.A. exprimée dans l'interprétation technique 197267a pose le problème de la détermination de la JVM du service rendu par le commandité *ad hoc*, c'est-à-dire de l'exercice de son devoir d'administration du fonds et de supervision de la convention de gestion conclue avec une entité gestionnaire, comme si le commandité n'était pas un associé de la société et n'avait avec elle aucun lien de dépendance¹²⁰. Il s'agit là d'une question particulièrement difficile à résoudre, notamment à la lumière de la définition jurisprudentielle de la JVM établie depuis longtemps par le juge Cattanach de la Cour fédérale :

« ... That common understanding I take to mean the highest price an asset might reasonably be expected to bring if sold by the owner in the normal method applicable to the asset in question in the ordinary course of business in a market not exposed to any undue stresses and composed of willing buyers and sellers dealing at arm's length and under no compulsion to buy or sell¹²¹ ... »

[TRADUCTION] Dans son sens courant, me semble-t-il, cette expression désigne le prix le plus élevé que le propriétaire d'un bien peut raisonnablement s'attendre à en tirer s'il le vend de façon normale et dans le cours ordinaire des affaires, le marché n'étant pas soumis à des

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Une structure parfois mise en place pour tenter de pallier ce problème de double imposition potentielle des taxes à la consommation sera abordée à la sous-section 2.1.4. du présent texte.

¹²⁰ Par. 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A.

¹²¹ *Henderson Estate and Bank of New York c. MRN*, 73 D.T.C. 5471, 5476 (C.F.).

pressions inhabituelles et étant constitué d'acheteurs disposés à acheter et des vendeurs disposés à vendre, qui n'ont entre eux aucun lien de dépendance et qui ne sont en aucune façon obligés d'acheter ou de vendre¹²².

Il est quelque peu paradoxal de devoir définir la JVM d'une administration menée exclusivement dans le cadre de la relation établie par la loi entre le seul associé d'une SEC autorisé à l'administrer¹²³ et cette même SEC, « comme si cet associé n'était pas membre de la SEC » et comme si cette opération s'effectuait dans un marché libre et sans contrainte. En effet, il est difficile d'imaginer le prix qu'une entité serait prête à payer pour qu'un tiers sans lien de dépendance obtienne et exerce les pouvoirs d'administration les plus fondamentaux de cette entité, *a fortiori* dans un contexte où une telle délégation ne serait pas permise par la loi¹²⁴.

Il est utile de mentionner que l'interprétation technique 197267a est une réponse de l'ARC à une demande de décision anticipée relative à l'application de l'article 272.1 L.T.A., dans le cadre de laquelle l'ARC a refusé de rendre la décision anticipée sur la base du *Mémorandum sur la TPS/TVH 1-4*¹²⁵, lequel précise que l'ARC ne rendra pas de décision anticipée visant l'établissement de la JVM de biens¹²⁶. Il semble que l'ARC ait étendu l'application de la politique énoncée à ce mémorandum relative à l'établissement de la JVM de biens à l'établissement de la JVM de services tels que les services de gestion ou d'administration, ce qui suggère que le dépôt d'une demande de décision anticipée relative à la portée du nouveau libellé des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. ne sera généralement pas une avenue fructueuse pour les contribuables en quête de prévisibilité ou d'éclaircissements quant à l'application de ces paragraphes.

À la suite des modifications au paragraphe 272.1(3) L.T.A. et de l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A. et de l'ambiguïté entourant la détermination de la JVM des services de gestion ou d'administration rendus à un fonds d'investissement, certains gestionnaires de fonds et membres de la communauté fiscale ont craint que les montants d'intérêt différé attribués et distribués à un associé commandité ou à un commanditaire spécial d'un fonds puissent être pris en compte dans la détermination de la JVM des services de gestion ou d'administration et ainsi être indirectement assujettis aux taxes à la consommation. Cet enjeu sera étudié à la troisième section du présent texte.

¹²² Traduction tirée du jugement *Carvest Properties Limited c. La Reine*, 2021 CCI 21, par. 81, conf. par 2022 CAF 124.

¹²³ Art. 2236 C.c.Q.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum sur la TPS/TVH 1-4*, « Service de décisions et d'interprétations en matière d'accise et de TPS/TVH », mai 2021.

¹²⁶ *Id.*, n° 30.

2.1.4. Structure alternative : une solution potentielle à l'ambiguïté entourant la juste valeur marchande des services de gestion ou d'administration

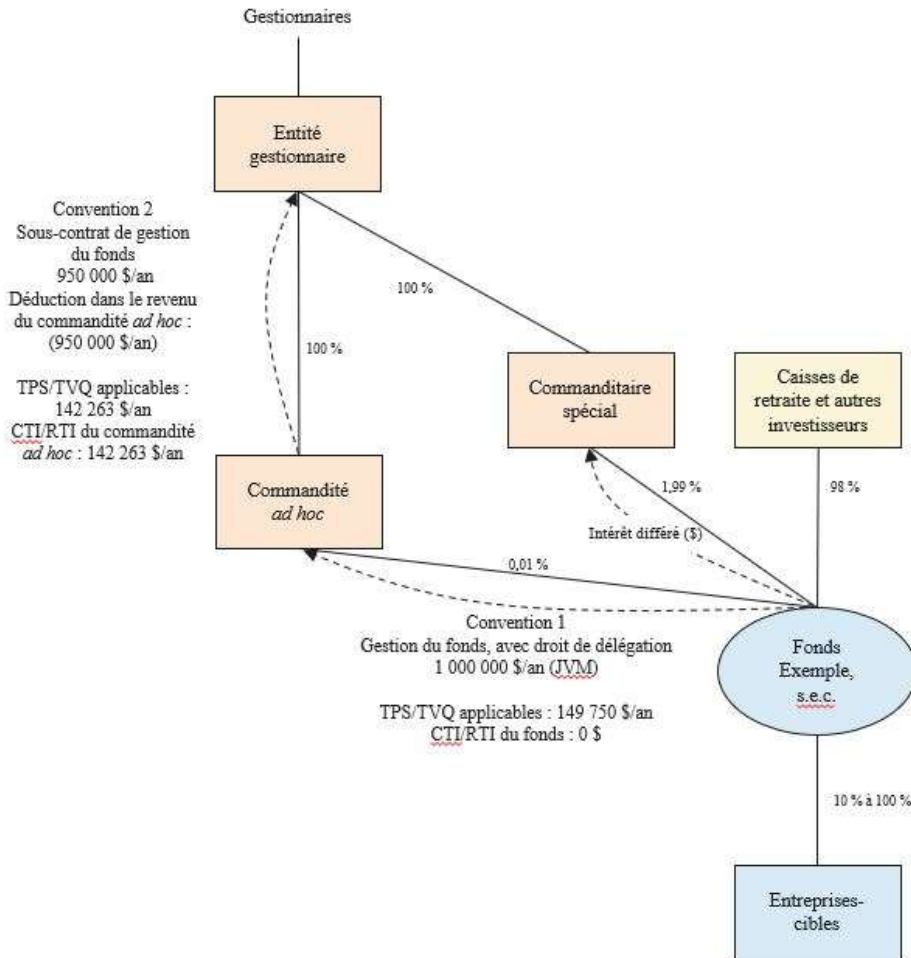
En raison de la politique administrative de l'ARC publiée à ce jour, laquelle est peu volumineuse¹²⁷ et relativement ambiguë, certains gestionnaires de fonds préfèrent s'assurer que des taxes à la consommation soient payées à l'égard d'une fourniture rendue au fonds par le commandité *ad hoc* afin de tenter de minimiser les risques d'une nouvelle cotisation établie sur la base des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. quant à la JVM des services de gestion que constitue l'administration du fonds effectuée par le commandité *ad hoc*. Pour ce faire, une première convention de gestion est conclue entre le fonds et le commandité *ad hoc*, prévoyant un pouvoir de délégation, puis une seconde convention de gestion est conclue entre le commandité *ad hoc* et l'entité gestionnaire, par le biais de laquelle le commandité *ad hoc* sous-contracte à l'entité gestionnaire la gestion du fonds. La seconde convention de gestion prévoit des frais de gestion légèrement inférieurs¹²⁸ à ceux reçus du fonds par le commandité *ad hoc*¹²⁹ en vertu de la première convention.

¹²⁷ À la date du présent texte, les seuls documents publiés par l'ARC quant à l'interprétation des nouveaux paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. et leur application aux sociétés en commandite de placement sont les deux suivants : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 197267a, précité, note 115; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Avis sur la TPS/TVH – Avis 308*, « La TPS/TVH et les sociétés en commandite de placement », juillet 2018. Ce dernier document n'éclaire pas particulièrement la portée de l'article 272.1 L.T.A. et la nature des services d'administration ou de gestion visés par cette disposition.

¹²⁸ Ces frais étant alors généralement déductibles dans le calcul du revenu du commandité *ad hoc* en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R., mais insuffisants pour réduire son revenu à zéro, puisqu'ils sont inférieurs aux frais de gestion versés à celui-ci par le fonds.

¹²⁹ Cette différence permet de justifier la JVM relative à la fourniture de service de gestion réputée rendue par le commandité *ad hoc*, selon l'interprétation décrite à la sous-section 2.1.3. de l'expression « service de gestion ou d'administration ». Cependant, la détermination de la JVM d'une telle fourniture est nébuleuse et devra être établie par le fonds lui-même, mais pourra être contestée par l'ARC.

L'organigramme ci-dessous présente un **exemple d'une structure alternative de fonds de capital-investissement** :



Cette structure ne devrait pas causer d'augmentation des taxes à la consommation à remettre globalement en ce qui concerne les frais de gestion, à condition que des CTI/RTI puissent être réclamés par le commandité *ad hoc*¹³⁰ à l'égard des taxes à la consommation applicables aux frais de gestion payables par le commandité *ad hoc* en vertu de la convention de gestion conclue entre celui-ci et l'entité gestionnaire, ce qui est souvent possible. En effet, ces services de gestion fournis par l'entité gestionnaire sont normalement acquis par le commandité *ad hoc* dans le cadre de ses activités commerciales, c'est-à-dire la fourniture, par le commandité *ad hoc*, de services de gestion des actifs en faveur du fonds, ce qui constitue une fourniture taxable comme cela a été détaillé à la sous-section 2.1.1. du présent texte¹³¹. Ainsi, seules les taxes à la consommation payées par le fonds lui-même¹³², relativement aux frais de gestion facturés à celui-ci par le commandité *ad hoc*,

¹³⁰ En vertu du paragraphe 169(1) L.T.A.

¹³¹ La fourniture de services taxables constitue généralement une activité commerciale au sens du paragraphe 123(1) « activité commerciale » L.T.A.

¹³² Lesquelles ne pourront pas être récupérées par le fonds par le biais de CTI/RTI, comme cela a déjà été mentionné à la sous-section 2.1.1. du présent texte.

devraient constituer un coût net pour le fonds. Une analyse détaillée de la situation de chaque fonds souhaitant mettre en place une telle structure doit cependant être effectuée au préalable, afin notamment de s'assurer que le commandité *ad hoc* aura bel et bien droit à des CTI/RTI et que la structure ne risque pas d'accroître le passif de taxes à la consommation global du fonds.

Cette structure peut entraîner un fardeau supplémentaire d'impôt sur le revenu¹³³ à l'égard de la portion des frais de gestion encaissés par le commandité *ad hoc*, si les dépenses de celui-ci ne sont pas suffisantes pour réduire son revenu à zéro, ce qui risque fréquemment d'être le cas. En effet, le commandité *ad hoc*, n'ayant souvent que peu d'actifs et d'employés, n'a généralement que peu de dépenses déductibles dans le calcul de son revenu autres que le paiement des frais de gestion en faveur de l'entité gestionnaire en vertu de la seconde convention de gestion. Il est donc possible que le commandité *ad hoc* ait un impôt sur le revenu payable chaque année. Or, l'entité gestionnaire, laquelle assume effectivement les frais généraux liés à la gestion du fonds, pourrait vraisemblablement avoir assez de dépenses déductibles dans le calcul de son revenu afin de réduire, voire d'annuler, l'impôt qui aurait été payable relativement aux frais de gestion chaque année, si elle avait reçu directement de la part du fonds le plein montant des frais de gestion payés par celui-ci. Cette structure alourdit donc potentiellement le passif global d'impôt sur le revenu du groupe composé des gestionnaires du fonds¹³⁴ et des diverses entités qu'ils détiennent.

De plus, cette structure est complexe, notamment en raison de la nécessité de conclure deux conventions de gestion distinctes. Elle n'est pas non plus sans faille, car le fait d'établir une contrepartie payable au commandité *ad hoc* en vertu de la première convention de gestion ne garantit pas que cette contrepartie sera jugée par l'ARC¹³⁵ comme égale à la JVM des services de gestion ou d'administration rendus au fonds par ce commandité *ad hoc*. En effet, le paragraphe 272.1(3) L.I.R. donne la discrétion à l'administration fiscale de cotiser le fonds¹³⁶ ou le commandité *ad hoc* à titre d'agent perceuteur¹³⁷ sur la base d'une JVM déterminée par l'administration fiscale.

2.2. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE GESTION DANS LE REVENU DU FONDS EN FONCTION DE L'ARRANGEMENT CONTRACTUEL ENTRE LES PARTIES

Il était courant, pour les fonds d'investissement constitués avant les modifications au paragraphe 272.1(3) L.T.A. et l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A., de structurer les frais de gestion sous forme d'attributions et distributions prioritaires de revenu et de capital du fonds en faveur de son associé commandité afin de bénéficier de l'application du paragraphe 272.1(1) L.T.A. et d'éviter l'application des taxes à la consommation

¹³³ Comme cela sera analysé en détail à la sous-section 2.2. du présent texte, les frais de gestion facturés au fonds sous forme d'honoraires par le commandité *ad hoc* dans le cadre de la première convention de gestion devraient généralement être déductibles dans le calcul du revenu du fonds et inclus dans le revenu du commandité *ad hoc* en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Les frais de gestion facturés par l'entité gestionnaire au commandité *ad hoc* dans le cadre de la seconde convention de gestion devraient généralement être déductibles dans le calcul du revenu du commandité *ad hoc* et inclus dans le revenu de l'entité gestionnaire en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

¹³⁴ Lequel groupe inclut généralement le commandité *ad hoc* ainsi que l'entité gestionnaire.

¹³⁵ Au Québec, c'est Revenu Québec qui se charge d'administrer la perception des taxes à la consommation.

¹³⁶ Al. 296(1)b) L.T.A.

¹³⁷ Par. 221(1) L.T.A.

aux frais de gestion, ce qui n'est désormais plus efficace sur le plan des taxes à la consommation en raison des modifications législatives susmentionnées. Une telle structure, utilisant une méthode de rémunération pour frais de gestion par voie d'attribution et de distribution de revenu et de capital du fonds (« méthode de l'attribution »), entraînait cependant, et entraîne encore, pour les fonds d'investissement antérieurement structurés de la sorte et qui n'ont pas été modifiés ou pour les nouveaux fonds qui seraient structurés ainsi, des difficultés d'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* desquelles découlent des enjeux commerciaux devant faire l'objet d'une étude approfondie lors de la création d'un fonds d'investissement. Ces enjeux fiscaux et commerciaux seront étudiés à la sous-section 2.2.1. du présent texte.

Depuis les modifications au paragraphe 272.1(3) L.T.A. et l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A., plusieurs fonds d'investissement ont adopté une méthode plus directe de rémunération des frais de gestion par voie de facturation d'honoraires en vertu d'une convention de gestion d'actifs (« méthode de la facturation »). Dans le cadre de cette méthode, les frais de gestion sont facturés au fonds en vertu d'une convention de gestion à titre d'honoraires généralement déductibles dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. et imposables à titre de revenu d'entreprise¹³⁸ pour l'entité¹³⁹ les facturant. Il est utile de souligner que la structure alternative proposée à la sous-section 2.1.4. du présent texte et illustrée dans l'organigramme figurant à cette sous-section repose sur cette méthode de la facturation. La méthode de la facturation souffre cependant d'une ambiguïté, qui sera étudiée à la sous-section 2.2.2. du présent texte, concernant la déductibilité des honoraires de gestion qui sont facturés à un fonds d'investissement par son associé commandité dans le calcul du revenu du fonds en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.2.1. La méthode de l'attribution de revenu et de capital du fonds : enjeux fiscaux et commerciaux

Dans le cas de l'utilisation de la méthode de l'attribution, la rémunération au titre des frais de gestion de l'associé commandité ne prend pas la forme d'honoraires facturés au fonds, mais plutôt la forme d'attributions et de distributions prioritaires de revenu et de capital du fonds à cet associé commandité, lesquelles ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu du fonds¹⁴⁰. Ces sommes réduiront plutôt le PBR de la participation de l'associé commandité dans le fonds en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R., ce qui n'entraîne aucune incidence fiscale immédiate pour l'associé commandité, car les associés commandités ne sont généralement pas assujettis aux règles des paragraphes 40(3.1) et suivants L.I.R. sur la reconnaissance immédiate du gain en capital sur un « PBR négatif » pour un commanditaire¹⁴¹ ni aux règles¹⁴² relatives à la « fraction à risque ». Ce mécanisme fiscal entraîne généralement des conséquences commerciales

¹³⁸ Par. 9(1) L.I.R.

¹³⁹ Cette entité peut être l'entité gestionnaire, l'associé commandité gérant lui-même le fonds ou le commandité *ad hoc*, selon l'arrangement contractuel choisi par le fonds.

¹⁴⁰ La méthode de l'attribution implique que le fonds ne verse les frais de gestion qu'en faveur de l'associé commandité. Cela dit, il est possible pour l'associé commandité, à qui les frais de gestion sont distribués selon cette méthode, lorsque celui-ci est un commandité *ad hoc*, de sous-contracter la gestion à une entité gestionnaire en vertu d'une convention de gestion de façon analogue à la structure proposée à la sous-section 2.1. du présent texte et illustrée à l'organigramme figurant à la sous-section 2.1.4. du présent texte. Les frais de gestion payés par le commandité *ad hoc* sont alors déductibles dans le calcul du revenu de celui-ci, créant alors généralement une perte lorsqu'aucun revenu du fonds n'a été attribué au commandité *ad hoc*.

¹⁴¹ Par. 40(3) L.I.R.

¹⁴² Par. 96(2.2) et 96(2.4) L.I.R.

importantes lorsqu'un fonds subit une perte fiscale, ce qui arrive couramment durant les premières années d'existence d'un fonds d'investissement.

En effet, les frais de gestion servent à financer les frais généraux de l'associé commandité, particulièrement durant les premiers exercices du fonds au cours desquels la gestion du déploiement du capital du fonds est intensive et où la perspective de réaliser un revenu à court terme est faible. La réception de produits de désinvestissement et la génération de revenu auront habituellement lieu plus tard dans la vie du fonds, voire seulement à la fin de celle-ci.

Par conséquent, il est courant qu'un fonds n'ait aucun revenu fiscal durant ses premiers exercices, mais doit tout de même attribuer et distribuer des frais de gestion à l'associé commandité. Cette situation peut créer des difficultés d'application de la convention de SEC¹⁴³ lorsque la rémunération de l'associé commandité d'un fonds au titre des frais de gestion est effectuée au moyen de la méthode de l'attribution¹⁴⁴. Cette situation crée une distorsion entre le revenu fiscal du fonds, les montants d'argent distribués au commandité et les pertes économiques subies par le fonds. En effet, l'associé commandité recevra les sommes relatives aux frais de gestion sans qu'un revenu fiscal lui soit attribué et les commanditaires n'auront pas droit à une perte fiscale en lien avec cette distribution prioritaire, puisque les frais de gestion ne seront pas déductibles dans le calcul du revenu du fonds, bien que le fonds soit alors déficitaire d'un point de vue comptable. Plutôt, le PBR de la participation de l'associé commandité dans le fonds sera réduit et deviendra généralement négatif, ce qui n'aura aucun effet immédiat pour l'associé commandité.

Par souci d'équité, la convention de SEC d'un fonds structuré selon la méthode de l'attribution devrait donc prévoir une attribution prioritaire du revenu fiscal à l'associé commandité jusqu'à la hauteur des distributions prioritaires de revenu et de capital effectuées en sa faveur au titre des frais de gestion¹⁴⁵, au fur et à mesure que le fonds générera du revenu aux fins fiscales. La rédaction d'une telle « clause de rattrapage d'attributions fiscales » (*tax allocations catch-up clause*) est à la fois ardue et très importante, car l'appariement des revenus fiscaux aux résultats économiques d'un fonds est une considération d'ordre commercial d'importance pour les investisseurs. Sans une telle clause, les investisseurs se trouvent à favoriser le commandité en subissant à sa place l'imposition sur les frais de gestion, jusqu'à ce que les attributions de revenus soient devenues suffisantes pour être appariées aux distributions¹⁴⁶.

La méthode de l'attribution implique aussi que le montant des taxes à la consommation applicable aux frais de gestion¹⁴⁷ soit traité différemment du montant des frais de gestion. En effet, ces derniers sont traités comme une attribution et distribution de revenu et de capital du fonds alors que les taxes à la consommation applicables, lesquelles ne peuvent être récupérées par le fonds à titre de CTI/RTI¹⁴⁸, constituent une dépense

¹⁴³ Une rédaction de convention de SEC particulièrement complexe est nécessaire pour répondre adéquatement à de tels cas.

¹⁴⁴ Plutôt que par la facturation d'honoraires déductibles du revenu du fonds.

¹⁴⁵ Le « PBR négatif » du commandité augmentera au fil des attributions, en vertu du sous-alinéa 53(1)e)(i) L.I.R.

¹⁴⁶ Ce qui, économiquement du moins, s'apparente à une avance.

¹⁴⁷ Il a été mentionné à la sous-section 2.1. du présent texte que les montants de frais de gestion distribués en faveur de l'associé commandité sont désormais assujettis aux taxes à la consommation, nonobstant l'utilisation de la méthode de l'attribution.

¹⁴⁸ Par. 169(1) L.I.R.

déductible dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Cette déduction créera donc généralement une perte fiscale pour le fonds, si ce dernier n'a aucun revenu, cette perte devant être attribuée entre les associés du fonds en fonction de la convention de SEC. En effet, les taxes à la consommation perçues par l'associé commandité ne sont pas attribuées et distribuées à ce dernier au titre des bénéfices et du capital du fonds et doivent donc faire l'objet d'un traitement fiscal distinct, lequel traitement fiscal doit être pris en compte dans la rédaction de la clause d'attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital susmentionnée. Il s'agit là d'une distorsion dans le traitement fiscal de deux montants intimement liés, soit les frais de gestion et les taxes à la consommation y afférentes.

Le tableau ci-dessous illustre cette **distorsion fiscale créée par la méthode de l'attribution** qu'est l'impossibilité d'apparier parfaitement les distributions de capital du fonds au titre des frais de gestion en faveur de l'associé commandité et des allocations de revenu fiscal du fonds correspondantes.

Exemple de distorsion fiscale créée par la méthode de l'attribution

Exemple de répartition du revenu (perte) fiscal et des bénéfices économiques d'un fonds structuré selon la méthode de l'attribution		
<i>Calcul du revenu (perte) fiscal du fonds et des distributions au comptant à l'associé commandité</i>	An 1	An 10
Gain réalisé sur le désinvestissement (gain en capital aux fins fiscales)	- \$	200 000 000 \$
Distributions au comptant des frais de gestion à l'associé commandité de l'année (considérées comme étant des attributions et distributions de revenu et de capital)	1 000 000 \$	1 000 000 \$
Taxes à la consommation (déductibles) applicables aux attributions et distributions pour frais de gestion	149 750 ¹⁴⁹ \$	149 750 \$
Revenu (perte) fiscal du fonds d'investissement (taux d'inclusion du gain en capital de 50 %)	(149 750) \$	99 850 250 \$
Calcul du revenu de l'associé commandité et des attributions de revenu (perte) fiscal du fonds à l'associé commandité		
	An 1	An 10
Attribution fiscale de l'année (gain en capital imposable) à l'associé commandité pour les frais de gestion et le rattrapage d'attributions fiscales	- \$	10 000 000 \$
Frais généraux de l'associé commandité (salaires, loyers, etc., ou honoraires versés à l'entité gestionnaire en vertu d'un sous-contrat)	900 000 \$	900 000 \$
Revenu (perte) fiscal de l'année de l'associé commandité avant report de pertes	(900 000) \$	9 100 000 \$
PAQC reportables pour l'associé commandité (avant report de pertes)	(900 000) \$	(8 100 000) \$
Revenu (perte) fiscal de l'année de l'associé commandité après report de pertes	(900 000) \$	1 000 000 \$
Impôt payable approximatif par l'associé commandité sur le revenu imposable (gain en capital imposable au taux de 50,17 %)	- \$	501 700 \$

¹⁴⁹ Le taux combiné de la TPS et de la TVQ est de 14,975 %.

Pour ce qui est de l'exemple illustré dans le tableau ci-dessus, à des fins de simplicité, aucun bénéfice n'est réalisé par le fonds avant son désinvestissement complet ayant lieu dans la dernière année d'existence du fonds, soit l'an 10, ce qui est rare en pratique. Le bénéfice réalisé à l'an 10 se compose exclusivement d'un gain en capital de 200 M\$ aux fins fiscales.

Dans cet exemple, l'associé commandité se chargeant lui-même de la gestion du fonds reçoit une attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital du fonds d'un montant de 1 M\$ par année au titre des frais de gestion. Ce montant n'est pas déductible dans le calcul du revenu du fonds ni imposable dans les mains de l'associé commandité. À l'an 10, lorsque le fonds réalise un gain en capital, un montant de revenu fiscal de 10 M\$ est attribué à l'associé commandité. Ce montant correspond aux distributions de frais de gestion de l'an 10¹⁵⁰ auxquelles s'ajoute un rattrapage d'attributions fiscales pour les distributions de frais de gestion des années antérieures¹⁵¹.

Malgré ce rattrapage, les distributions en espèce et les attributions fiscales en faveur de l'associé commandité ne sont pas parfaitement appariées, en raison d'un décalage entre le moment de la réception de ces sommes d'argent par l'associé commandité et le moment de l'imposition de ces sommes. En effet, tandis que l'associé commandité reçoit 1 M\$ par année sous forme de distribution prioritaire de capital du fonds pendant 10 ans, pour un total de 10 M\$, le fonds ne réalise aucun revenu fiscal pendant les années 1 à 9, de sorte qu'aucune attribution prioritaire de revenu fiscal du fonds ne peut être effectuée pour ces exercices.

Plutôt, pendant les années 1 à 9, le fonds subit des pertes fiscales, car les taxes à la consommation applicables aux distributions prioritaires de capital du fonds en faveur de l'associé commandité au titre des frais de gestion sont déductibles dans le calcul du revenu du fonds et créent une perte autre qu'en capital pour le fonds de 149 750 \$ chaque année jusqu'à l'an 10. Ces pertes doivent donc être attribuées aux associés du fonds¹⁵² conformément à la convention de SEC du fonds.

De plus, l'associé commandité lui-même n'a, dans cet exemple, aucun revenu fiscal alors qu'il doit tout de même engager des frais généraux¹⁵³ de 900 000 \$ par an. Ces frais généraux sont généralement déductibles en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. dans le calcul du revenu d'entreprise de l'associé commandité pendant les années 1 à 9 de sorte que celui-ci accumule durant ces années, jusqu'à l'an 10, des pertes autres qu'en capital d'un montant de 8,1 M\$¹⁵⁴. Ces pertes sont reportables à l'an 10, à l'encontre du revenu de 10 M\$ lui étant alors attribué par le fonds. Le revenu fiscal de l'associé commandité pour l'an 10 est ainsi réduit à 1 M\$¹⁵⁵,

¹⁵⁰ Soit 1 M\$.

¹⁵¹ Soit 1 000 000 \$ multiplié par 9 années.

¹⁵² Dans cet exemple, les pertes sont attribuées exclusivement aux associés commanditaires afin de simplifier la démonstration.

¹⁵³ Si l'associé commandité avait plutôt sous-contracté la gestion du fonds en faveur d'une entité gestionnaire, les honoraires versés par celui-ci à l'entité gestionnaire auraient été tout autant déductibles dans le calcul de son revenu.

¹⁵⁴ Soit 900 000 \$ multiplié par 9.

¹⁵⁵ Ce montant de 1 000 000 \$, obtenu ainsi [10 000 000 \$ - 900 000 \$ - 8 100 000 \$], équivaut bel et bien au montant des distributions annuelles de capital du fonds (1 000 000 \$) net des frais généraux de l'associé commandité (900 000 \$), accumulé pendant 10 exercices.

sur lequel un impôt calculé au taux applicable au gain en capital pour une « société privée sous contrôle canadien¹⁵⁶ » d'approximativement 501 700 \$ est payable.

Il ressort de ce tableau que la clause de rattrapage concernant les attributions prioritaires de revenu fiscal relatives aux distributions de capital versées au titre des frais de gestion ne répond que partiellement à la question de l'appariement des revenus fiscaux aux résultats économiques du fonds. En effet, dans cet exemple, l'imposition sur les distributions de capital au titre des frais de gestion pour l'associé commandité a été différée jusqu'à l'an 10 de la vie du fonds, ce qui constitue généralement un avantage financier non négligeable pour l'associé commandité ayant bénéficié de ce report de l'impôt.

Il ressort également de ce tableau que l'utilisation de la méthode de l'attribution réduit considérablement, dans le cadre de cet exemple, la perte du fonds qui aurait pu être attribuée aux associés du fonds chaque année jusqu'à l'an 10, si les frais de gestion avaient été déductibles dans le calcul du revenu du fonds. En pratique, les distorsions fiscales illustrées dans le tableau ci-dessus ainsi que l'application de la convention de SEC des fonds utilisant la méthode de l'attribution, notamment par rapport à la clause de rattrapage d'attribution fiscale concernant les frais de gestion, se complexifient encore davantage lorsque le fonds génère du revenu tout au long de son existence et lorsque ces revenus sont de différents types tels que, par exemple, des dividendes imposables reçus de sociétés privées rattachées ou non rattachées, des revenus de location de biens, des revenus d'entreprise, etc., lesquels peuvent être assujettis à des taux d'imposition différents¹⁵⁷.

L'utilisation de la méthode de l'attribution a pour conséquence que le revenu de l'associé commandité attribué au titre des frais de gestion ne constitue pas nécessairement du revenu d'entreprise : le revenu du fonds attribué à ses associés conserve sa nature en vertu de l'alinéa 96(1)f) L.I.R., de sorte que cette attribution peut donner lieu à une imposition à un taux pouvant être avantageux ou désavantageux, par rapport à une imposition des frais de gestion à titre de revenu d'entreprise pour l'associé commandité lorsque ce dernier est une société privée sous contrôle canadien. Par exemple, le revenu de location attribué par le fonds à l'associé commandité serait assujetti à l'impôt remboursable sur le revenu de placement des sociétés privées sous contrôle canadien, prévu à l'article 123.3 L.I.R., ce qui serait désavantageux par rapport à l'imposition des mêmes montants caractérisés à titre de revenu d'entreprise. En revanche, l'attribution de gain en capital pourrait s'avérer avantageuse¹⁵⁸. La nature du revenu à attribuer par le fonds est donc un aspect important de la stratégie d'investissement du fonds qui doit faire l'objet d'une planification plus détaillée lors de la mise en place d'une structure utilisant la méthode de l'attribution, afin notamment

¹⁵⁶ Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

¹⁵⁷ Dans le présent exemple, le montant de l'attribution de rattrapage aux fins des frais de gestion n'est pas ajusté à la baisse pour tenir compte de la nature fiscale du revenu attribué (gain en capital imposable), du taux d'inclusion de 50 % du gain en capital, ni afin de tenir compte de la valeur des pertes attribuées aux associés commanditaires pour les années 1 à 9 découlant des taxes à la consommation applicables aux frais de gestion. De tels ajustements seraient envisageables, mais complexifieraient encore davantage la convention de SEC du fonds.

¹⁵⁸ En effet, dans certains cas, selon la composition fiscale du revenu généré par un fonds d'investissement, la méthode de l'attribution peut être avantageuse pour l'associé commandité et les gestionnaires du fonds, notamment en raison des différents taux d'imposition applicables aux différents types de revenus. La méthode d'attribution demeure néanmoins plus difficile d'application et moins prévisible que la méthode de la facturation.

d'estimer le moment d'imposition des frais de gestion de même que le montant d'impôt y afférent payable par l'associé commandité.

Il est également intéressant de soulever que la position administrative de l'ARC relative à la fiscalité des sociétés de personnes n'est pas tout à fait uniforme et que certains documents peuvent parfois suggérer des interprétations qui, lorsqu'elles sont appliquées à une rémunération structurée selon la méthode de l'attribution, peuvent mener à des résultats incongrus. Par exemple, dans une interprétation technique de 2013¹⁵⁹ relative à un apport de services à une société de personnes par l'un de ses associés, l'ARC mentionne que lorsqu'un associé d'une société de personnes rend des services à cette société de personnes autrement que dans le cadre d'une entreprise distincte des activités de cette société de personnes¹⁶⁰, la JVM de ces services augmentera le PBR de la participation de cet associé dans la société de personnes. Bien que cela ne soit pas explicite dans cette interprétation technique, il est raisonnable de conclure qu'un tel raisonnement se base vraisemblablement sur la conclusion qu'un tel apport de services à une société de personnes par un associé de celle-ci constitue un apport en capital par cet associé. Conformément au sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R., le PBR de la participation de l'associé dans la société de personnes sera augmenté d'un montant égal à l'apport en capital, c'est-à-dire d'un montant égal à la JVM des services rendus par l'associé.

Si l'on porte plus loin le raisonnement de l'ARC susmentionné, il serait possible de conclure que toute distribution d'argent à l'associé en guise de rémunération pour ses services, réduirait de façon correspondante le PBR de la participation de l'associé dans la société de personnes en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R. Dans la mesure où la JVM des services rendus est égale aux distributions versées en contrepartie des services, le résultat de ce raisonnement, poussé à son aboutissement logique, voudrait qu'il soit possible de rémunérer l'associé fournissant ces services à la société de personnes sans que cet associé soit assujéti à l'impôt sur le revenu pour cette rémunération. En effet, l'associé pourrait recevoir cette rémunération sans incidence fiscale¹⁶¹ et sans attribution de revenu fiscal de la société de personnes, notamment lorsque celle-ci subit une perte pour une année d'imposition¹⁶². Plus encore, il serait possible, par exemple, de rédiger la convention de société de personnes de façon à ne pas attribuer de revenu, sur le plan fiscal, à l'associé fournissant des services à la société de personnes. Cet associé pourrait ainsi recevoir sa rémunération pour les services rendus à la société de personnes sans incidence fiscale, nonobstant le revenu de la société de personnes, en raison du mécanisme d'augmentation et de réduction du PBR de sa participation dans la société de personnes mentionné dans l'interprétation technique de 2013¹⁶³. Bien sûr, un tel arrangement, pour être mis en place, devrait avoir fait l'objet d'une entente entre les parties, ce qui est relativement peu probable en raison de l'iniquité que cet arrangement entraîne¹⁶⁴. De plus, cet

¹⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2013-047851117, « Distribution à un commanditaire », 25 avril 2013.

¹⁶⁰ C'est-à-dire dans les cas où la rémunération de cet associé à l'égard de ces services ne serait pas déductible dans le calcul du revenu de la société de personnes selon l'ARC.

¹⁶¹ En raison du mécanisme d'augmentation ou de réduction du PBR de sa participation dans la société de personnes.

¹⁶² Ce qui est souvent le cas dans les premières années d'existence d'un fonds d'investissement.

¹⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 159.

¹⁶⁴ Un tel arrangement serait effectivement difficilement envisageable commercialement, à moins, par exemple, que les autres associés de la société de personnes ne soient pas assujétiés à l'impôt sur le revenu ou bénéficient d'attributs fiscaux importants tels que des pertes reportables.

arrangement pourrait faire l'objet d'une contestation par l'administration fiscale sur les bases de la règle anti-évitement particulière de l'article 103 L.I.R.¹⁶⁵ ou de la règle générale anti-évitement de l'article 245 L.I.R. L'ambiguïté dans la position administrative relative à l'augmentation du PBR de la participation d'un associé effectuant un apport en service au fonds pourrait donc ouvrir la porte à certaines tentatives de planification qui semblent peu souhaitables du point de vue de la politique fiscale.

Il est toutefois possible que le commentaire de l'ARC exprimé dans l'interprétation technique de 2013¹⁶⁶ sur le mécanisme d'augmentation du PBR en cas d'apport de services à une société de personnes par un associé de celle-ci ne représente plus la position administrative de l'ARC actuellement en vigueur.

Le résultat incongru de l'interprétation exprimée dans ce commentaire témoigne de la complexité des règles fiscales applicables aux sociétés de personnes et de l'incertitude dans l'interprétation et l'application de ces règles, particulièrement dans le cadre de la prestation d'un service en faveur d'une société de personnes par l'un de ses associés, autrement que dans le cadre d'une entreprise distincte de l'entreprise de la société de personnes.

2.2.2. La méthode de la facturation d'honoraires

La méthode de la facturation consiste en la facturation au fonds, ou dans certains cas qui seront étudiés à la sous-section 2.3. du présent texte, aux investisseurs, des frais de gestion sous forme d'honoraires en vertu d'une convention de gestion¹⁶⁷. Selon la structure choisie par le fonds, l'entité qui facture ces honoraires peut être l'entité gestionnaire, l'associé commandité se chargeant de la gestion du fonds ou l'associé *ad hoc* qui sous-contracte subséquemment la gestion du fonds. L'entité qui encaisse les frais de gestion devra inclure les frais de gestion reçus dans son revenu d'entreprise¹⁶⁸. Il a été détaillé dans la sous-section 2.1. du présent texte que certains gestionnaires de fonds préfèrent, lorsque la gestion des activités d'investissement du fonds est effectuée par une entité gestionnaire qui n'est pas un associé du fonds, que le commandité *ad hoc* facture d'abord le fonds puis qu'il sous-contracte ensuite la gestion du fonds à l'entité gestionnaire, en raison d'incertitudes entourant l'application de l'article 272.1 L.T.A., malgré la complexité de cette structure et certains enjeux fiscaux qu'elle emporte.

La déductibilité des frais de gestion dans le calcul du revenu du fonds d'investissement est un mécanisme crucial de la méthode de la facturation. La déduction des frais de gestion dans le calcul du revenu du fonds crée généralement une perte fiscale pour le fonds, particulièrement dans ses premières années d'existence, laquelle perte est attribuée aux associés du fonds conformément à la convention de SEC du fonds. Les associés pourront ainsi déduire de leur revenu fiscal cette perte à titre de perte autre qu'en capital, dans les

¹⁶⁵ Cette disposition sera étudiée dans la troisième section du présent texte.

¹⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 159.

¹⁶⁷ Il est également possible que la convention de SEC du fonds prévoie que l'associé commandité facturera les frais de gestion du fonds à titre d'honoraires.

¹⁶⁸ Par. 9(1) L.I.R.

limites fixées par les règles relatives à la « fraction à risque¹⁶⁹ », ce qui est généralement avantageux, sous réserve notamment de l'application des règles sur le « PBR négatif » pour un commanditaire¹⁷⁰.

Lorsque les frais de gestion sont facturés au fonds par l'entité gestionnaire, laquelle n'est pas associée du fonds, les frais de gestion devraient généralement être déductibles dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

Lorsque les frais de gestion sont facturés au fonds par l'associé commandité ou le commandité *ad hoc*, les frais de gestion devraient généralement être déductibles dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R., quoique la position administrative de l'ARC soit quelque peu ambiguë à cet égard.

Plusieurs fonds de capital-investissement ont tout de même choisi la méthode de la facturation et traitent les frais de gestion facturés par l'associé commandité ou le commandité *ad hoc* comme une dépense déductible dans le calcul du revenu du fonds en dépit de cette incertitude relative.

La position administrative de l'ARC¹⁷¹ a longtemps été que tout paiement effectué par une société de personnes en faveur d'un associé représentait généralement une distribution au titre du revenu ou du capital de la société de personnes, peu importe que les montants versés soient qualifiés de salaires ou d'honoraires par les parties, de sorte qu'ils n'étaient pas déductibles pour la société de personnes. La position administrative de l'ARC semble toutefois avoir évolué au fil du temps et ne plus être aussi catégorique à cet égard.

La position administrative de l'ARC¹⁷² et la jurisprudence¹⁷³ ont longtemps été ambivalentes quant à la possibilité de déduire du revenu d'une société de personnes une dépense versée à un associé de celle-ci en contrepartie de services rendus par celui-ci¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Par. 96(2.2) et 96(2.4) L.I.R.

¹⁷⁰ Par. 40(3) L.I.R.

¹⁷¹ Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, « Calcul et attribution des revenus et pertes d'une société de personnes », 21 mai 2004 (archivé); AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0176917, « Partnerships and Income Allocation », 12 février 2003.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Par exemple, la Cour canadienne de l'impôt a reconnu, dans l'affaire *Archbold c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2872 (C.C.I.), [1995] A.C.I. n° 111 (« *Archbold* »), la déductibilité du salaire d'une associée d'une société de personnes. Cependant, en 2004, l'ARC a déclaré qu'elle n'appliquerait pas les conclusions de la Cour dans la décision *Archbold* dans son interprétation des cas à venir : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, questions 1 et 5 sur le calcul et l'attribution des revenus et pertes d'une société de personnes, précité, note 171.

¹⁷⁴ Voir à ce sujet D. FRÉCHETTE, précité, note 69, 25:6-10; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, question 5, précité, note 78; AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T4068 « Guide pour la déclaration de renseignements des sociétés de personnes (formulaires T5013) – 2021 », 28 avril 2022, ligne 150. Pour un exemple de la position administrative antérieure de l'ARC suggérant au contraire qu'un montant payable à un associé puisse être déductible du revenu de la société de personnes, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-138R, « Calcul et transmission du revenu d'une société », 29 janvier 1979, n°s 10-11. Ce bulletin d'interprétation a été retiré en 2000 et plusieurs fois démenti par l'ARC, notamment dans l'interprétation technique 2002-0176917, précité, note 171.

Il a souvent été conclu qu'un paiement par une société de personnes à l'un de ses associés, qualifié par les parties de « salaire » ou d'« honoraires » ne constituait pas une dépense déductible pour la société de personnes et un revenu pour l'associé, mais plutôt une distribution de capital en faveur de cet associé, non déductible pour la société de personnes¹⁷⁵, et ce, peu importe la qualification de « salaire » ou d'« honoraires » établie par les parties.

Dans un document daté du 26 juin 1990, l'ARC s'est exprimée spécifiquement sur le paiement de frais de gestion à un associé, qui est lui-même une société par actions, d'une société de personnes, en exprimant la position qu'un tel paiement ne constituait pas une dépense déductible dans le calcul du revenu de la société de personnes, mais plutôt qu'il s'agissait d'une distribution des revenus de la société de personnes à cet associé¹⁷⁶.

Dans un document daté de mai 1991, l'ARC a ensuite tempéré cette position en énonçant que des frais de gestion versés par une société de personnes à un associé, qui est lui-même une société par actions, ne seraient pas automatiquement considérés être une distribution des revenus de la société de personnes à cet associé et que cette détermination est une question de fait¹⁷⁷.

Puis, dans deux décisions anticipées datées respectivement de 1997¹⁷⁸ et de 2000¹⁷⁹, l'ARC a décidé que des frais de gestion versés par une SEC à son associé commandité étaient déductibles dans le calcul du revenu de la SEC en vertu de l'article 9 L.I.R., dans la mesure où ces frais de gestion ont été engagés dans le but de gagner du revenu et étaient raisonnables dans les circonstances, et a précisé que ces frais n'étaient pas considérés comme une attribution et une distribution des revenus de la SEC à cet associé commandité.

En 2004, l'ARC a réitéré, dans *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30¹⁸⁰, sa position établie de longue date relativement à la non-déductibilité, dans le revenu d'une société de personnes, d'un « salaire » versé à un associé. Toutefois, dans le cadre du même document, l'ARC a considéré la déductibilité, dans le revenu d'une société de personnes, d'honoraires versés à un associé lorsque ceux-ci sont versés en contrepartie de services rendus par l'associé à l'extérieur du cadre de l'entreprise exploitée par la société de personnes :

¹⁷⁵ Il faut noter que la plupart de ces cas d'espèce visaient des sociétés de personnes autres que des sociétés en commandite et que les dépenses en question étaient des « salaires » ou des « honoraires », souvent versés en contrepartie de services professionnels (médecine, comptabilité, etc.).

¹⁷⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, AC59524, « Management fee paid to corporate partner », 26 juin 1990.

¹⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, 1991-30, « Deductibility of management fees », mai 1991.

¹⁷⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, 971193, « Qualified limited partnership », 1997.

¹⁷⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, 9911433, « Qualified limited partnership », 2000.

¹⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, précité, note 171.

« **Calcul et attribution des revenus et pertes d'une société de personnes**

[...]

Question 4

Existe-t-il des circonstances dans lesquelles la somme versée à un associé serait déductible lors du calcul du revenu de la société de personnes?

Réponse 4

Il existe des circonstances dans lesquelles nous permettrions à une société de personnes de déduire une somme versée à un associé. Ainsi, nous serions disposés à permettre une déduction du calcul du revenu d'une société de personnes dans le cas des honoraires versés à un associé si les honoraires en question sont payés en contrepartie de services fournis à la société de personnes par l'associé à d'autres titres qu'en qualité d'associé (c. à-d. si les services ne sont pas reliés à la détention de sa participation dans la société de personnes). Autrement dit, les services sont fournis par l'associé dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise distincte de celle qui est exploitée par la société de personnes. En conséquence, le problème créé par le fait de tirer deux sources de revenu d'une seule entreprise ne se pose pas ici, étant donné que la somme versée à l'associé est incluse dans le revenu tiré par cet associé de l'entreprise distincte. De plus, lorsque l'associé fournit des services à la société de personnes autrement qu'en sa qualité d'associé, nous serions prêts à accepter que l'entente aux termes de laquelle ces services sont fournis ne contrevient pas au principe interdisant de conclure un contrat avec soi-même. Toutefois, pour éviter l'incertitude au sujet de la déductibilité de ces paiements, nous dissuadons les contribuables de conclure des contrats de services directement avec la société de personnes mais les encourageons à conclure de tels contrats par l'intermédiaire d'une entité distincte¹⁸¹. » (Notre soulignement)

Dans une interprétation technique de 2013¹⁸², l'ARC a de nouveau fait preuve d'ouverture en se référant à sa position exprimée dans *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30¹⁸³ quant à la déductibilité d'honoraires versés à un associé dans le revenu de la société de personnes. Selon l'ARC, la déductibilité des honoraires du revenu de la société de personnes, et l'inclusion correspondante de ces honoraires dans le revenu d'entreprise de l'associé en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R., serait possible lorsque les services rendus par l'associé à la société de personnes sont effectués dans le cadre d'une entreprise distincte de l'associé et non pas dans le cadre de la détention de cet associé de sa participation dans la société de personnes.

En matière de taxes à la consommation, la position administrative de l'ARC portant spécifiquement sur l'application du paragraphe 272.1(3) L.T.A. dans sa forme antérieure aux frais de gestion¹⁸⁴ versés par un fonds d'investissement en faveur d'un associé commandité¹⁸⁵ est claire quant au fait que les frais de gestion

¹⁸¹ *Id.*, question 4.

¹⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 159.

¹⁸³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, précité, note 171.

¹⁸⁴ Tendait généralement vers l'application des taxes à la consommation à ces frais de gestion.

¹⁸⁵ Voir à ce sujet *supra*, note 95.

constituent la contrepartie d'un service rendu au fonds par son associé commandité agissant à l'extérieur du cadre des activités du fonds et non pas une attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital du fonds. En effet, lors d'une table ronde en 2006, l'ARC a déclaré ceci :

« ... the corporate general partner of the limited partnership receives a fee for services it provides to the partnership (e.g., the fee based on the net value of partnership assets), which is in addition to its share of the profits or losses from the business of the partnership. This is an indication that the amount is remuneration for services provided by the corporate partner on its own account, i.e., in the course of its own business, and not for something done as a member of the partnership, even though the agreement to provide such services is included in the partnership agreement¹⁸⁶. »

Par ailleurs, afin d'appuyer cette distinction entre les frais de gestion reçus sous forme d'honoraires par l'associé commandité d'un fonds et la participation dans les revenus du fonds de ce même associé commandité, il est préférable que ce dernier bénéficie effectivement, en vertu de la convention de SEC du fonds, d'une participation distincte des frais de gestion dans les revenus du fonds.

Cette participation de l'associé commandité dans les revenus du fonds distincte des frais de gestion peut prendre la forme d'une participation au prorata du capital investi par l'associé commandité ou, dans les cas où l'associé commandité reçoit directement l'intérêt différé (ce qui n'est généralement pas le cas, l'intérêt différé étant souvent versé à un commanditaire spécial), cet intérêt différé peut être considéré comme constituant cette participation distincte.

Lorsque l'intérêt différé doit être versé en faveur d'un commanditaire spécial, comme c'est souvent le cas, il est courant et généralement préférable que l'associé commandité bénéficie également, en vertu de la convention de SEC du fonds, d'une participation dans les revenus du fonds, laquelle participation devrait être proportionnelle au poids relatif des contributions en capital de l'associé commandité dans le fonds, en plus, et de façon distincte, des frais de gestion. Les contributions en capital d'un associé commandité étant généralement peu élevées, voire nominales, cette participation distincte additionnelle ne devrait pas avoir une incidence significative sur l'entente commerciale entre les associés, ni désavantager significativement les investisseurs.

Cette participation distincte dans les revenus du fonds est, dans le contexte du droit civil québécois du moins, requise en vertu de l'article 2203 C.c.Q. qui prévoit que tout associé d'une société de personnes doit avoir droit à une participation dans les revenus de la société de personnes, toute stipulation à l'effet contraire dans le contrat de société étant sans effet.

Cette participation distincte dans les revenus du fonds permet d'appuyer la position selon laquelle les frais de gestion reçus sous forme d'honoraires par l'associé commandité ne constituent pas la participation de cet

¹⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Conférence (table ronde) « CBA/CRA GST Round Table », « The Factors to Determine Whether Subsection 272.1(1) or 272.1(3) Applies to Partner Distributions », question 21, précité, note 95.

associé commandité dans les revenus du fonds, qu'ils sont distincts de cette participation et qu'ils devraient être déductibles dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

La lecture croisée de la position administrative de l'ARC relative au paragraphe 9(1) L.I.R. exprimée dans *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30¹⁸⁷ et de la position administrative de l'ARC relative au paragraphe 272.1(1) L.T.A. ainsi qu'au paragraphe 272.1(3) L.T.A. dans sa forme antérieure¹⁸⁸, de même que la lecture de l'actuel libellé de l'article 272.1 L.T.A., suggère la conclusion que l'ARC maintient désormais une position cohérente sur la prestation de services en faveur d'une société de personnes par un associé de cette société de personnes, tant en matière d'impôt sur le revenu que de taxes à la consommation, à savoir :

- il est possible pour un associé d'une société de personnes de fournir des services à celle-ci autrement qu'à titre d'associé¹⁸⁹, c'est-à-dire à l'extérieur du cadre des activités de la société de personnes, et ce, même lorsque l'associé ne sert aucun autre client que la société de personnes;
- les frais relatifs à de tels services, incluant les taxes à la consommation y afférentes¹⁹⁰, sont distincts de la participation de l'associé dans les revenus de la société de personnes et constituent des frais déductibles dans le calcul du revenu de la société de personnes;
- plus spécifiquement, dans le cas des fonds d'investissement, les frais de gestion versés par un fonds à son associé commandité constituent une contrepartie versée pour de tels services effectués à l'extérieur du cadre des activités du fonds, de sorte que ces frais de gestion sont distincts de la participation de cet associé commandité dans les revenus du fonds, laquelle participation prend généralement la forme d'une participation au prorata du capital investi (à moins que cet intérêt différé ne soit versé à l'associé commandité plutôt qu'à un commanditaire spécial), et sont, de même que les taxes à la consommation y afférentes, déductibles dans le calcul du revenu du fonds.

Cette conclusion a d'ailleurs déjà été formulée dans la doctrine, et ce, bien avant l'adoption du paragraphe 272.1(8) L.T.A. En effet, l'auteur Didier Fréchette avait proposé en 2007 que « [...] dans la mesure où la taxe est exigible sur les services fournis par un associé à une société de personnes, la somme versée par la société devrait être une dépense déductible et non une attribution de revenu ou de capital¹⁹¹ ».

Il faut noter qu'une telle interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* basée, même en partie, sur une harmonisation de la politique fiscale en matière d'impôt sur le revenu et de la politique fiscale en matière de taxes à la consommation comporte, en l'espèce, deux importants points faibles.

¹⁸⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, précité, note 171.

¹⁸⁸ Voir à ce sujet *supra*, note 95.

¹⁸⁹ *A fortiori*, le paragraphe 272.1(8) L.T.A., lorsqu'il est applicable, contient une présomption à cet effet.

¹⁹⁰ Dans la mesure où ces services constituent une fourniture taxable.

¹⁹¹ D. FRÉCHETTE, précité, note 69, 25:6, 25:31.

Premièrement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la partie IX L.T.A. sont des régimes juridiques distincts qui, bien que souvent similaires, peuvent diverger de façon importante dans l'application et l'interprétation du libellé de leurs dispositions respectives.

Deuxièmement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* traite les sociétés de personnes, de façon générale, comme n'étant pas des personnes et n'étant pas distinctes de leurs associés. Or, la partie IX L.T.A. prévoit spécifiquement qu'aux fins de son régime, les sociétés de personnes sont des personnes distinctes de leurs associés¹⁹².

Malgré les limites de cette interprétation, il semble que l'évolution de la position administrative de l'ARC en matière d'impôt sur le revenu tende vers l'admissibilité, à titre de dépense déductible dans le revenu d'un fonds d'investissement, des frais de gestion versés à l'associé commandité de ce fonds.

À la lumière de la législation applicable et de la position administrative, les frais de gestion versés à un associé commandité d'un fonds d'investissement en vertu d'une convention de gestion entre celui-ci et le fonds devraient généralement être déductibles du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. et inclus dans le revenu d'entreprise de ce commandité en vertu de la même disposition¹⁹³. Cette position est tenue par plusieurs fonds d'investissement qui ont adopté la méthode de la facturation au sein de leur structure afin de s'adapter aux modifications du paragraphe 272.1(3) L.T.A. et à l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A. Plusieurs fonds ont adopté la méthode de la facturation lors de leur constitution, lorsque celle-ci a eu lieu après 2018, alors que d'autres fonds, constitués avant 2018, l'ont adoptée par le biais d'une modification de leur convention de SEC.

Il serait tout de même souhaitable que l'administration fiscale confirme publiquement, et de façon univoque, le bien-fondé de la méthode de la facturation en matière d'honoraires de gestion, soit spécifiquement à l'égard de l'associé commandité d'un fonds d'investissement, soit, plus généralement, à l'égard de tout associé d'une société de personnes.

Quoi qu'il en soit, dans l'attente de la publication d'une telle position de la part de l'administration fiscale, la convention de SEC d'un fonds d'investissement adoptant la méthode de la facturation pourrait prévoir qu'en cas de refus par l'administration fiscale de la déduction des frais de gestion payés par le fonds à l'associé commandité en vertu d'une convention de gestion¹⁹⁴ dans le calcul du revenu du fonds, ces montants payés seront considérés comme une distribution prioritaire de revenu et de capital en faveur de l'associé commandité. Pour plus de prudence, une telle clause pourrait également prévoir le rattrapage des attributions fiscales en fonction de ces distributions pour frais de gestion¹⁹⁵.

¹⁹² Par. 123(1) « personne » L.T.A.

¹⁹³ En effet, si les frais de gestion sont considérés comme déductibles du revenu du fonds et inclus à ce titre dans le revenu du commandité, la JVM des services de gestion ne devrait pas être ajoutée au PBR de la participation de ce commandité dans le fonds en vertu du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. puisque ces services auront été rendus sur la base du revenu et non du capital.

¹⁹⁴ Ou en vertu de la convention de SEC elle-même, si celle-ci prévoit les modalités de gestion du fonds et la facturation d'honoraires de gestion.

¹⁹⁵ L'utilité d'une telle clause a été détaillée à la sous-section 2.2.1. du présent texte.

Le choix entre la méthode de l'attribution et la méthode de la facturation lors de la mise en place ou de la réorganisation d'une structure de fonds d'investissement nécessite une connaissance approfondie du fonds, actuel ou projeté, et de sa stratégie d'investissement ainsi qu'une analyse des enjeux fiscaux et commerciaux découlant de chacune de ces méthodes, dont notamment les enjeux étudiés dans le cadre du présent texte. D'une part, adopter la méthode de l'attribution et considérer la rémunération au titre des frais de gestion d'un associé commandité d'un fonds comme étant une attribution et une distribution de revenu et de capital du fonds entraîne certaines distorsions et difficultés pratiques, mais peut parfois être avantageuse, comme cela a été étudié à la sous-section 2.2.1. du présent texte. D'autre part, adopter la méthode de la facturation et considérer les frais de gestion facturés au fonds à titre d'honoraires comme étant déductibles dans le calcul du revenu d'un fonds d'investissement et comme étant à inclure dans le revenu d'entreprise de l'associé commandité qui les reçoit¹⁹⁶ est une méthode plus directe, permettant une prévisibilité accrue de la nature fiscale des frais de gestion, sous réserve d'une certaine ambiguïté relative à la déductibilité des frais de gestion payés par le fonds en faveur de son associé commandité. La méthode de la facturation permet également d'harmoniser le traitement fiscal, dans le calcul du revenu du fonds en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, d'une part, des frais de gestion payés par le fonds et, d'autre part, des taxes à la consommation y afférentes également payées par le fonds, en permettant généralement leur déduction respective dans le calcul du revenu du fonds en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

2.3. MODE DE FINANCEMENT DES FRAIS DE GESTION : INCIDENCES FISCALES ET COMMERCIALES

2.3.1. Frais de gestion payés par le fonds à même les contributions en capital ou les contributions pour frais de gestion

Habituellement, les frais de gestion (qu'ils soient versés sous forme d'honoraires en vertu d'une convention de gestion ou bien par voie d'attribution et distribution prioritaire de revenu et de capital) sont payés par le fonds lui-même, à même les sommes recueillies par le fonds auprès de ses investisseurs par voie d'appel de capital ou par voie d'appel de contribution pour permettre au fonds d'acquitter les frais de gestion (« contribution pour frais de gestion »).

Certains fonds choisissent, pour les raisons commerciales détaillées ci-après, de procéder par voie d'appel de contribution pour frais de gestion et d'exclure les contributions pour frais de gestion de la définition de contribution en capital prévue à la convention de SEC de ces fonds. Les appels de capital utilisés par le fonds pour procéder à un investissement sont alors distincts des appels de contribution pour frais de gestion, par le biais desquels les investisseurs versent au fonds les sommes qui lui sont nécessaires pour acquitter les frais de gestion.

L'exclusion des contributions pour frais de gestion de la définition de contribution en capital, exclusion prévue à la convention de SEC d'un fonds, est avantageuse pour les gestionnaires, car le taux de rendement-cible prévu à la convention de SEC aux fins de la clause de distribution en cascade est généralement calculé sur le montant des contributions en capital des investisseurs. En excluant les frais de gestion de ces montants,

¹⁹⁶ En vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

les gestionnaires fondent le calcul du rendement-cible sur un montant moindre, ce qui leur permet d'atteindre plus rapidement les tranches de la distribution en cascade dans lesquelles ils ont droit de recevoir des distributions d'intérêt différé.

Sur le plan fiscal, toutefois, cette distinction commerciale ne donne pas lieu à un traitement fiscal différent entre une contribution en capital (à des fins commerciales) et une contribution pour frais de gestion : toutes deux constituent un apport de capital augmentant le PBR de la participation respective des investisseurs dans le fonds, en vertu du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R.

Cela dit, la décision d'inclure ou d'exclure les contributions pour frais de gestion de la définition de contribution en capital peut avoir des conséquences commerciales découlant d'une distorsion dans l'attribution fiscale des revenus et des pertes. L'appariement des attributions sur le plan fiscal aux distributions sur le plan économique des revenus et des pertes d'un fonds d'investissement est un enjeu commercial de premier ordre. Or, l'exclusion, dans la convention de SEC d'un fonds, des contributions pour frais de gestion de la définition de contribution en capital peut dans certains cas avantager fiscalement les investisseurs bénéficiant d'un rabais ou d'un congé de frais de gestion.

En effet, dans de tels cas, ces investisseurs bénéficiant d'un rabais ou d'un congé de frais de gestion ne voient pas leurs participations relatives dans les revenus et les pertes du fonds être diminuées par rapport aux participations des investisseurs qui ont versé le plein montant des frais de gestion¹⁹⁷. Or, lorsque la structure d'un fonds d'investissement permet que les frais de gestion soient traités comme une dépense généralement déductible dans le calcul du revenu du fonds¹⁹⁸, les investisseurs qui bénéficient d'un rabais ou d'un congé de frais de gestion bénéficieront également, dans la proportion de leur compte de capital respectif, de cette déduction fiscale dans le revenu du fonds et se verront donc attribuer, sur le plan fiscal, un revenu moins élevé ou même une perte fiscale¹⁹⁹ découlant de cette déduction pour frais de gestion, sans avoir contribué au financement de cette dépense dans la même proportion²⁰⁰.

Cette distorsion fiscale, découlant de l'inadéquation entre, d'une part, la participation proportionnelle d'un associé dans les revenus et pertes fiscaux du fonds²⁰¹ et, d'autre part, de la participation proportionnelle de ce même associé dans le financement des frais de gestion du fonds, peut être perçue comme une iniquité par les investisseurs ne bénéficiant pas d'un tel rabais ou congé de frais de gestion. Une rédaction complexe et précise de la convention de SEC est alors nécessaire afin d'attribuer, sur le plan fiscal uniquement, les

¹⁹⁷ Puisque ces montants ne sont pas inclus dans le compte de capital de la convention de SEC du fonds, lequel compte sert habituellement de base de calcul tant pour les attributions de revenus et de pertes fiscales que pour les distributions économiques du fonds.

¹⁹⁸ C'est-à-dire lorsque les frais de gestion sont facturés au fonds sous forme d'honoraires.

¹⁹⁹ Par exemple, il est courant que des pertes fiscales soient créées dans les premières années d'un fonds d'investissement lorsque celui-ci ne génère que peu ou pas de revenu et que les frais de gestion sont traités comme une dépense généralement déductible dans le calcul du revenu du fonds.

²⁰⁰ Dans le cas d'un investisseur bénéficiant d'un congé de frais de gestion, celui-ci bénéficiera de cette déduction ou de cette perte sans avoir contribué au financement de la dépense de frais de gestion y donnant lieu.

²⁰¹ Calculée habituellement sur la base du compte de capital de chaque associé.

revenus et les pertes du fonds à chaque investisseur en tenant compte de leur participation respective et proportionnelle dans le financement des frais de gestion²⁰².

2.3.2. Frais de gestion payés directement par les investisseurs

Dans certaines structures de fonds d'investissement moins courantes, les frais de gestion du fonds sont facturés, que ce soit par l'associé commandité qui gère lui-même le fonds, par le commandité *ad hoc*²⁰³ ou par l'entité gestionnaire, à titre d'honoraires perçus en vertu d'une convention de gestion conclue non pas avec le fonds, mais directement avec les investisseurs, chacun payant lui-même sa part des honoraires. La décision de mettre en place une telle structure est généralement motivée par des considérations commerciales, notamment lorsque certains investisseurs bénéficient de conditions avantageuses relativement aux frais de gestion, voire de congés de ceux-ci, et que les gestionnaires jugent souhaitables que ces traitements préférentiels soient octroyés avec discrétion²⁰⁴.

2.3.2.1. Déductibilité des frais de gestion dans le revenu des investisseurs

La position administrative de l'ARC veut qu'une dépense qu'un associé d'une société de personnes est tenu d'effectuer lui-même en vertu du contrat de société peut être déduite du revenu de cet associé à condition que la dépense ait été effectuée dans le but de générer du revenu de la société de personnes (*partnership income*)²⁰⁵.

De façon générale, une dépense effectuée par un associé ne serait déductible du revenu de cet associé que dans la mesure où elle aurait été déductible du revenu de la société de personnes si elle avait été effectuée directement par cette dernière. Cette dépense doit avoir été engagée dans le but de tirer du revenu de cette société de personnes²⁰⁶.

Les frais de gestion payés par les investisseurs d'un fonds d'investissement devraient généralement donner droit à une déduction dans le revenu des investisseurs pourvu notamment que la convention de SEC du fonds prévoie cette obligation pour les investisseurs d'assumer eux-mêmes ces frais de gestion. Il est souvent raisonnable de conclure que des frais de gestion relatifs à un fonds d'investissement sont engagés dans le but de tirer du revenu de la part de ce fonds.

2.3.2.2. Taxes à la consommation

Le paiement d'honoraires pour service de gestion ou d'administration, une fourniture taxable, ne donnera droit à des CTI/RTI que si ce service de gestion ou d'administration est acquis dans le cadre des activités

²⁰² En sus de leur compte de capital respectif.

²⁰³ Dans ces cas spécifiques, le commandité *ad hoc* sous-contractera la gestion du fonds à une entité gestionnaire de la façon décrite à la sous-section 2.2. du présent texte.

²⁰⁴ La solution la plus courante à de telles considérations est la conclusion d'ententes parallèles (*side letters*) entre le fonds et les investisseurs bénéficiant de certains traitements privilégiés, notamment relativement aux frais de gestion. Voir à titre d'exemple *Limited Partnership Agreement: Private Equity Fund*, précité, note 55, art. XV.

²⁰⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n°6 (annulé), « Dépenses payées personnellement par un associé », 31 août 2022.

²⁰⁶ *Id.*

commerciales de l'acquéreur²⁰⁷. Dans cette situation, les investisseurs acquièrent un tel service taxable dans le cadre de leur détention de leur participation dans une société de personnes, ce qui ne constitue pas une activité commerciale. Les investisseurs n'auraient ainsi pas droit à des CTI/RTI relativement à ces frais de gestion, ce qui est cohérent étant donné que le fonds lui-même n'y aurait pas eu accès.

2.3.2.3. *Compte de capital et PBR*

Lorsque les frais de gestion sont versés non pas par le fonds, mais par chacun des investisseurs, il est alors courant que ces paiements de frais de gestion soient exclus par la convention de SEC du fonds de la définition de contribution en capital des associés ainsi que de la comptabilisation du compte de capital de ceux-ci.

Un tel arrangement avantage à la fois les gestionnaires²⁰⁸ ainsi que les investisseurs qui ont bénéficié de congés ou de rabais de frais de gestion²⁰⁹.

En revanche, le paiement de ces frais de gestion par l'investisseur, contrairement à une contribution pour frais de gestion effectuée par l'investisseur en faveur du fonds, ne donne pas lieu à une augmentation du PBR de la participation de l'investisseur dans le fonds²¹⁰, mais bien à une déduction dans le revenu de l'associé. Si cette contribution pour frais de gestion avait été effectuée en faveur du fonds²¹¹, le PBR de la participation de l'investisseur aurait été augmenté et le revenu du fonds aurait été subséquemment diminué d'autant, puisque le fonds aurait ensuite payé lui-même les frais de gestion et obtenu une déduction dans le calcul de son revenu, entraînant possiblement une perte fiscale du fonds pouvant être attribuée à ses associés.

La facturation des frais de gestion aux investisseurs peut donc être avantageuse pour un investisseur dans les cas où le fonds connaît des pertes fiscales et où la fraction à risque de l'investisseur ne lui permettrait pas de bénéficier d'une déduction dans son revenu à l'égard d'une perte fiscale du fonds lui étant attribuée, l'investisseur préférant alors obtenir une déduction des frais de gestion payables directement par lui dans le calcul de son propre revenu.

²⁰⁷ Par. 169(1) L.T.A.

²⁰⁸ Puisque les frais de gestion n'entrent alors pas dans la base de calcul du rendement-cible.

²⁰⁹ Puisque ceux-ci n'auront pas eu à déboursier ces frais, en plus de ne pas voir leur participation relative aux bénéfices du fonds être diminuée par les contributions des autres investisseurs n'ayant pas bénéficié d'un tel congé ou rabais.

²¹⁰ Puisque ce montant ne constitue pas un apport de capital au sens du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R.

²¹¹ Lequel fonds aurait subséquemment payé lui-même les frais de gestion.

3. ENJEUX FISCAUX ET COMMERCIAUX RELATIFS À L'INTÉRÊT DIFFÉRÉ

3.1. DISTINCTION FONDAMENTALE ENTRE L'INTÉRÊT DIFFÉRÉ ET LES FRAIS DE GESTION AUX FINS DES TAXES À LA CONSOMMATION

Les taxes à la consommation ne sont généralement pas directement applicables aux attributions et distributions d'intérêt différé, que celles-ci soient effectuées en faveur de l'associé commandité qui administre lui-même le fonds ou en faveur d'un commanditaire spécial. Une attribution et une distribution de revenu et de capital d'un fonds d'investissement au titre de l'intérêt différé représente la participation de l'associé recevant cet intérêt différé dans les bénéfices et les actifs du fonds d'investissement. Une telle distribution monétaire relative à la participation d'un associé dans une société de personnes constitue un service financier aux fins de la partie IX L.T.A., en vertu de l'alinéa f) de la définition de « service financier » au paragraphe 123(1) L.T.A., c'est-à-dire une fourniture exonérée en vertu de l'article 1 de la partie VII de l'annexe V L.T.A.²¹² Les taxes à la consommation ne s'appliquent donc pas directement à l'intérêt différé.

À la suite des modifications au paragraphe 272.1(3) L.T.A. et de l'ajout du paragraphe 272.1(8) L.T.A. et face à l'ambiguïté entourant la détermination de la JVM des services de gestion ou d'administration rendus à un fonds d'investissement, certains gestionnaires de fonds ainsi que plusieurs membres de la communauté fiscale ont craint que les montants d'intérêt différé attribués et distribués à un associé commandité ou à un commanditaire spécial d'un fonds puissent être pris en compte dans la détermination de la JVM des services taxables de gestion ou d'administration rendus au fonds par l'associé commandité et ainsi être indirectement assujettis aux taxes à la consommation.

L'objet des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. est de permettre à l'administration fiscale de cotiser le fonds²¹³ ou son associé commandité²¹⁴ pour la différence entre les taxes à la consommation effectivement remises par l'associé commandité et les taxes à la consommation calculées sur la JVM, déterminée par l'administration fiscale, des services de gestion ou d'administration.

La détermination de la JVM d'un bien ou d'un service est une question de fait. Dans l'interprétation technique 197267a, l'ARC se prononce ainsi à ce sujet :

« The FMV of the management or administrative services rendered by the general partner to the investment limited partnership should take into consideration the industry standard for the management of investments in comparable situations. The industry standard for the management of investments includes management fees and performance fees that may be payable to the manager. These fees represent, for GST/HST purposes, consideration for a supply of management or administrative services provided in relation to the asset portfolio of an investment vehicle. Where the investment vehicle is a limited partnership, these fees will

²¹² Voir également à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée en matière de TPS/TVH 182403, « Partnership Distributions », 17 septembre 2018.

²¹³ Al. 296(1)b) L.T.A.

²¹⁴ À titre d'agent perceuteur, en vertu du paragraphe 221(1) L.T.A.

usually be described in the limited partnership agreement, the offering memorandum provided to investors and/or the management agreement.

Typical management fees in the investment industry are taken as a percentage of the total assets under management and cover a variety of expenses, including portfolio management, advisory services, research and administrative costs. The fees vary depending on various factors, such as the size of the investment and whether the investments require passive or active management. An actively managed fund involves a greater effort on the part of the manager to monitor the performance and holdings of the fund and frequently making buy and sell decisions and therefore, would have a higher management fee than a passively managed fund²¹⁵. »

Il ressort de cet énoncé que l'administration fiscale déterminera la JVM des services de gestion et d'administration en observant les comparables, c'est-à-dire les frais de gestion normaux dans l'industrie de la gestion d'investissement pour des services de gestion de portefeuille, de conseils et de recherches relatifs aux investissements, ainsi que divers dépenses et frais administratifs, ce qui, en somme, correspond à la définition de « service de gestion des actifs » au paragraphe 123(1) L.T.A. étudiée à la deuxième section du présent texte. L'industrie de la gestion de portefeuille de valeurs mobilières et, plus largement, l'industrie de la gestion d'actifs financiers, de laquelle le secteur du capital-investissement peut raisonnablement être considéré comme un sous-ensemble, sont très développées au Canada. Les comparables en matière de pratiques courantes de rémunération des gestionnaires de portefeuille de valeurs mobilières ou d'actifs financiers sont nombreux et peuvent vraisemblablement servir de base de comparaison aux fins de la détermination de la JVM d'un « service de gestion des actifs » dans le secteur du capital-investissement. De façon générale, tant en matière de gestion de portefeuille de valeurs mobilières que de capital-investissement, les frais de gestion se calculent sur la base d'un pourcentage fixe de la valeur nette des actifs sous gestion et sont payés de façon récurrente²¹⁶, ce que l'ARC a reconnu à plusieurs reprises²¹⁷. Les frais de gestion d'un fonds de capital-investissement se calculent généralement sur la base d'un pourcentage fixe du total des engagements de capital du fonds et il est clair que ces frais de gestion sont visés par l'application des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A., de sorte qu'ils sont assujettis aux taxes à la consommation, parce qu'ils représentent la contrepartie d'un service taxable de gestion de l'actif.

Dans certains cas, quoique cela soit plus rare dans l'industrie du capital-investissement, de tels frais de gestion peuvent prévoir certaines primes au rendement annuel des gestionnaires. La mention de « *performance fees* » par l'ARC dans le passage de l'interprétation technique 197267a cité ci-dessus, bien qu'ambigüe, ne devrait donc vraisemblablement pas être interprétée comme tendant à inclure l'intérêt différé dans la JVM des frais de gestion.

L'intérêt différé ne constitue pas un frais de gestion ni une prime au rendement applicable à des frais de gestion payés en contrepartie d'une fourniture de services de gestion ou d'administration : l'intérêt différé est une participation dans les revenus et les actifs d'un fonds d'investissement. Cette participation est

²¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 115.

²¹⁶ La plupart du temps, de façon mensuelle et parfois de façon trimestrielle, voire, dans des cas moins courants, annuelle.

²¹⁷ *Supra*, note 95.

accordée à une entité contrôlée par les promoteurs du fonds. Cette entité sera généralement un commanditaire spécial ou, parfois, l'associé commandité du fonds, ou bien, dans certains cas, l'entité gestionnaire, si cette dernière participe au fonds à titre de commanditaire. Cette participation des promoteurs dans les revenus et les actifs du fonds est accordée aux promoteurs afin de rémunérer les risques courus par ceux-ci bien avant la création du fonds, c'est-à-dire bien avant qu'il n'y ait quoi que ce soit à gérer ou à administrer. Les risques commerciaux courus par les promoteurs d'un fonds d'investissement ont été décrits à la première section du présent texte. Ces risques se composent notamment d'importants investissements en temps et en argent afin d'élaborer et de conceptualiser le fonds potentiel (notamment en décidant du type de fonds, des industries et des investisseurs visés, de la durée du fonds, etc.) et afin de promouvoir le fonds potentiel auprès d'éventuels investisseurs, sans aucune garantie que suffisamment d'intérêt sera suscité auprès de ces derniers pour que soit amorcé un processus formel de négociation et de mise en place d'une convention de SEC. La promotion d'un fonds de capital-investissement nécessite l'entretien et l'utilisation d'un large réseau professionnel et d'affaires, une fine connaissance de l'industrie financière et des investissements de temps considérables.

Cette prise de risque est la raison, sur le plan commercial et d'affaires, pour laquelle les promoteurs ont droit à une participation dans les revenus et les actifs du fonds d'investissement dont ils sont, du fait de leur rôle de promoteurs, à l'origine. Malgré les définitions particulièrement larges des termes « fourniture²¹⁸ » et « service²¹⁹ » dans la partie IX L.T.A., la prise de risque par les promoteurs d'un fonds d'investissement ne constitue pas une fourniture ni un service aux fins de la partie IX L.T.A. À tout le moins, cette prise de risque par les promoteurs du fonds ne constitue pas une fourniture effectuée **en faveur de quelqu'un** et encore moins une fourniture effectuée par l'associé commandité d'une « société en commandite de placement » **en faveur de** celle-ci à laquelle les paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A. pourraient s'appliquer. En effet, la prise de risque est généralement effectuée par les promoteurs bien avant la constitution de l'associé commandité et la genèse du fonds d'investissement.

Il peut arriver que l'intérêt différé soit versé à l'associé commandité, lequel est contrôlé directement ou indirectement par les promoteurs. Dans ces cas, l'intérêt différé est versé à cette entité en raison, sur le plan commercial et d'affaires, du contrôle de cette entité par les promoteurs, car c'est en faveur de ces promoteurs, qui ont assumé des risques et qui sont à la base du fonds d'investissement, que cet intérêt différé est versé. L'associé commandité n'assume aucun risque par rapport au fonds²²⁰ dans le cadre de son rôle de gestionnaire de celui-ci, parce que les frais de gestion, soit la rémunération qui lui est versée par le fonds en contrepartie de services de gestion ou d'administration, sont fixes et généralement supérieurs à ses frais généraux. *A fortiori*, l'intérêt différé est souvent versé à un commanditaire spécial qui n'assume aucun rôle dans la gestion du fonds et n'a d'autre rôle prévu à la convention de SEC que de fournir un apport de

²¹⁸ Par. 123(1) « fourniture » L.T.A.

²¹⁹ Par. 123(1) « service » L.T.A.

²²⁰ L'associé commandité peut bien sûr courir un risque par rapport aux tiers, en raison de sa responsabilité illimitée.

capital²²¹ et de recevoir l'intérêt différé en tant qu'entité intermédiaire entre le fonds et les promoteurs, à qui une telle participation dans les revenus et les actifs du fonds est ultimement destinée.

Cette dualité entre les rôles de gestionnaires et de promoteurs et, corrélativement, entre les frais de gestion et l'intérêt différé a à plusieurs reprises été reconnue par l'ARC²²² dans le cadre de l'interprétation du paragraphe 272.1(1) L.T.A. et de l'ancien libellé du paragraphe 272.1(3) L.T.A. Par exemple, en réponse à une question posée lors d'une table ronde organisée en 2006 par l'Association du Barreau canadien, relativement à un associé commandité d'une SEC ayant droit à une rémunération à deux volets composée d'un volet fixe calculé sur la valeur nette des actifs de la SEC et d'un volet variable constituant une participation dans les profits de la SEC, l'ARC a énoncé ceci :

« Where a corporate general partner of a limited partnership makes a supply of property or a service to the partnership in the course of its own commercial activity, the supply will be a taxable supply and subsection 272.1(3) of the Act will apply. The determination of whether a general partner does something in the course of its own commercial activity or as a member of a partnership depends on the applicable provincial partnership law and the facts of the particular situation. In the fact situation presented in this question, the corporate general partner of the limited partnership receives a fee for services it provides to the partnership (e.g., the fee based on the net value of partnership assets), which is in addition to its share of the profits or losses from the business of the partnership. This is an indication that the amount is remuneration for services provided by the corporate partner on its own account, i.e., in the course of its own business, and not for something done as a member of the partnership, even though the agreement to provide such services is included in the partnership agreement²²³. »
(Notre soulignement)

Il ressort de cet énoncé que l'ARC considère depuis longtemps que les frais de gestion versés à l'associé commandité, lesquels sont assujettis aux taxes à la consommation puisqu'ils constituent la contrepartie d'un service taxable de gestion ou d'administration, sont versés en sus – et sont donc distincts – de la participation de cet associé commandité dans les revenus de la SEC, laquelle participation peut prendre la forme d'une participation au prorata du capital investi ou de l'intérêt différé.

L'intérêt différé et les frais de gestion sont distincts tant dans ce qu'ils visent respectivement à rémunérer que dans leur nature : l'intérêt différé est une participation dans les revenus et les actifs d'un fonds d'investissement à l'égard de laquelle toute distribution d'argent constitue un service financier²²⁴ exonéré²²⁵ aux fins de la partie IX L.T.A., alors que les frais de gestion sont, ou devraient être, considérés comme des honoraires versés en contrepartie d'un service de gestion ou d'administration taxable. Les montants de

²²¹ Comme cela sera détaillé à la sous-section 3.2. du présent texte, cet apport de capital est souvent nominal, mais plus élevé que l'apport de capital nominal de l'associé commandité.

²²² *Supra*, note 95.

²²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Conférence (table ronde) « CBA/CRA GST Round Table », « Partnerships: Supply from General Partner to Limited Partnership », question 13, précité, note 95.

²²⁴ Par. 123(1) « service financier », al. f) L.T.A.

²²⁵ Art. 1 de la partie VII de l'annexe V L.T.A.

distributions au titre de l'intérêt différé d'un fonds ne devraient donc pas être pris en considération dans l'établissement de la JVM des services de gestion ou d'administration rendus à un fonds d'investissement par son associé commandité aux fins de l'application des paragraphes 272.1(3) et 272.1(8) L.T.A.

3.2. COMMANDITAIRE SPÉCIAL : ENJEUX FISCAUX ET COMMERCIAUX

3.2.1. Considérations fiscales – Paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R. (règles anti-évitement particulières)

Il est de pratique courante dans l'industrie des fonds d'investissement, notamment pour des raisons de protection d'actifs qui seront abordées à la sous-section 3.2.2. du présent texte, d'inclure dans la structure d'un fonds d'investissement un commanditaire spécial ne fournissant qu'un apport nominal en argent au fonds et qui est une entité détenue par les gestionnaires du fonds parallèlement à l'entité gestionnaire, n'ayant pour seules fonctions que de fournir un apport de capital nominal au fonds et de recevoir le ou les versements d'intérêt différé. Pour mieux saisir le contexte, le lecteur est invité à se référer aux organigrammes du présent texte illustrant des structures de fonds d'investissement.

L'article 103 L.I.R. impose certaines limites quant à la répartition du revenu d'un fonds entre ses associés. En effet, les paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R. contiennent des règles anti-évitement qui pourraient avoir pour effet de réattribuer, sur le plan fiscal, les versements d'intérêt différé reçus par le commanditaire spécial en faveur de l'associé commandité.

3.2.1.1. Le paragraphe 103(1) L.I.R. – Test d'objet

Le paragraphe 103(1) L.I.R. peut trouver application, que les associés d'une société de personnes aient ou non entre eux un lien de dépendance, lorsque le test d'objet de ce paragraphe est rempli quant aux attributions et distributions des revenus et des pertes de la société de personnes. Ce paragraphe se lit ainsi :

« 103(1) Lorsque les associés d'une société de personnes sont convenus de partager en proportions déterminées tout revenu ou perte de la société de personnes provenant d'une source donnée ou de sources situées dans un endroit déterminé ou tout autre montant qui se rapporte à une activité quelconque de la société de personnes et qui doit entrer en ligne de compte dans le calcul du revenu ou du revenu imposable de tout associé de cette société de personnes et lorsqu'il est raisonnable de considérer que cette convention a pour objet principal de réduire les impôts ou de différer le paiement des impôts qui auraient pu être ou devenir payables par ailleurs en vertu de la présente loi, la part du revenu ou de la perte, selon le cas, ou de l'autre montant, revenant à chaque associé de la société de personnes est le montant qui est raisonnable, compte tenu des circonstances, y compris les proportions dans lesquelles les associés sont convenus de partager les profits et les pertes de la société de personnes provenant d'autres sources ou de sources situées à d'autres endroits. » (Notre soulignement)

Dans le cadre d'une structure de fonds d'investissement, à moins que le commanditaire spécial ne soit une entité disposant d'importants attributs fiscaux tels que des pertes autres qu'en capital reportables ou des pertes en capital nettes déductibles ou bénéficiant d'un quelconque traitement préférentiel en matière

d'impôt sur le revenu, il est difficile de conclure que le test d'objet du paragraphe 103(1) L.I.R. est rempli relativement à l'attribution de l'intérêt différé en faveur du commanditaire spécial plutôt qu'en faveur de l'associé commandité. En effet, en l'absence de tels attributs fiscaux, il ne serait pas raisonnable de conclure que le principal objet de l'attribution de l'intérêt différé au commanditaire spécial est de réduire ou différer l'impôt, puisque celui-ci devrait alors être assujéti à l'impôt sur ces montants de la même façon que le serait l'associé commandité s'il avait reçu l'intérêt différé. Dans le cas où le commanditaire spécial, le commandité ou les deux étaient des sociétés de personnes, le test d'objet du paragraphe 103(1) L.I.R. devrait, de la même façon, n'être rempli que si l'un des associés du commanditaire spécial possédait à son tour d'importants attributs fiscaux permettant de réduire ou différer l'impôt de façon suffisamment prévisible et efficace pour être en mesure de conclure qu'il s'agissait là du motif principal de l'attribution de l'intérêt différé.

L'étude de la jurisprudence concernant le paragraphe 103(1) L.I.R. suggère que le test d'objet de ce paragraphe ne sera rempli que dans les situations factuelles présentant au moins l'un des éléments suivants :

- l'utilisation des pertes reportables ou autres attributs fiscaux d'un nouvel associé ou d'un « associé temporaire » par une attribution disproportionnée du revenu fiscal²²⁶;
- l'attribution d'un revenu fiscal de la société de personnes à un associé de façon non proportionnelle à la distribution des montants d'argent réellement versés²²⁷.

La mise en place d'une structure comportant un commanditaire spécial est une pratique commerciale courante et reconnue, qui ne relève habituellement pas du trompe-l'œil, et dans le cadre de laquelle l'attribution du revenu fiscal sera appariée à la distribution de l'intérêt différé en argent. Cette pratique ne devrait normalement pas remplir le test d'objet du paragraphe 103(1) L.I.R. à la lumière de la loi et de la jurisprudence.

Le risque d'application du paragraphe 103(1) L.I.R. à une structure de fonds d'investissement comportant un commanditaire spécial semble donc généralement faible.

3.2.1.2. Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. – Lien de dépendance d'associés, réattribution raisonnable

Le paragraphe 103(1.1) L.I.R. contient une règle de réattribution, sur le plan fiscal, des revenus et des pertes d'une société de personnes, lorsqu'au moins deux de ses associés ont entre eux un lien de dépendance. Dans le cadre d'une structure de fonds d'investissement, l'administration fiscale pourrait théoriquement réattribuer les parts du revenu du commanditaire spécial sur la base du paragraphe 103(1.1) L.I.R., lequel ne contient pas de test d'objet et se lit ainsi :

« (1.1) Lorsque plusieurs associés d'une société de personnes qui ont, entre eux, un lien de dépendance conviennent de partager tout revenu ou toute perte de la société de personnes,

²²⁶ *XCO Investments Ltd. c. La Reine*, 2005 CCI 655 conf. par 2007 CAF 53, par. 24; *594710 British Columbia Ltd. c. La Reine*, 2016 CCI 288 inf. par *Canada c. 594710 British Columbia Ltd.*, 2018 CAF 166, par. 68 à 75.

²²⁷ *Penn West Petroleum Ltd. c. La Reine*, 2007 CCI 190, par. 20, 37, 43 et 48.

ou tout autre montant qui se rapporte à une activité quelconque de la société de personnes, et qui doit entrer en ligne de compte dans le calcul du revenu ou du revenu imposable de ces associés et que la part du revenu, de la perte ou de cet autre montant revenant à l'un de ces associés n'est pas raisonnable dans les circonstances, compte tenu du capital qu'il a investi dans la société de personnes ou du travail qu'il a accompli pour elle ou de tout autre facteur pertinent, cette part est réputée, indépendamment de toute convention, être le montant qui est raisonnable dans les circonstances. »

Le libellé en anglais de cette disposition est un peu plus clair quant à l'applicabilité de ce paragraphe à une structure de fonds comprenant un commanditaire spécial :

« (1.1) Where two or more members of a partnership who are not dealing with each other at arm's length agree to share any income or loss of the partnership or any other amount in respect of any activity of the partnership that is relevant to the computation of the income or taxable income of those members and the share of any such member of that income, loss or other amount is not reasonable in the circumstances having regard to the capital invested in or work performed for the partnership by the members thereof or such other factors as may be relevant, that share shall, notwithstanding any agreement, be deemed to be the amount that is reasonable in the circumstances. » (Notre soulignement)

Le commanditaire spécial et l'associé commandité d'un fonds ont généralement les mêmes actionnaires, directement ou indirectement, de sorte qu'ils sont habituellement des personnes liées ayant donc entre elles un lien de dépendance. Le premier critère d'application du paragraphe 103(1.1) L.I.R. est donc généralement rempli dans le cadre d'une structure de fonds d'investissement comportant un commanditaire spécial, car au moins deux associés du fonds ont habituellement un lien de dépendance.

Il serait possible pour l'administration fiscale de revoir les parts de ces deux associés dans les revenus du fonds dans la mesure où ces parts ne sont pas raisonnables dans les circonstances, compte tenu du capital qu'ils ont investi dans le fonds, du travail qu'ils ont accompli pour le fonds ou de tout autre facteur pertinent.

Le commanditaire spécial, tout comme le commandité *ad hoc*, sont généralement des entités n'ayant que peu d'actifs et d'employés et qui n'accomplissent habituellement que peu de travail pour le fonds, si ce n'est, dans le cas du commandité *ad hoc*, que celui d'exercer son pouvoir d'administration à l'égard de la convention de gestion conclue par lui-même ou par le fonds, le cas échéant, avec l'entité gestionnaire. Ces deux entités ne souscrivent généralement à des parts du fonds qu'en contrepartie d'un capital relativement faible comparativement aux montants contribués par les investisseurs.

À l'égard de la détermination du caractère raisonnable de la part d'un associé aux fins du paragraphe 103(1.1) L.I.R., la Cour canadienne de l'impôt mentionne ce qui suit dans l'affaire *Fillion c. La Reine*²²⁸ :

²²⁸ [2004] 3 C.T.C. 2473 (C.C.I.); voir aussi le site Internet de la Cour canadienne de l'impôt, jugement du 6 décembre 2002 (« *Fillion – CCI* »). Jugement confirmé par *Fillion c. Canada*, 2004 CAF 135.

« Bien que le test de la raisonnable ne soit pas un simple exercice mathématique et qu'il sous-entend la prise en considération de multiples facteurs, il doit cependant reposer sur des fondements acceptables et raisonnables dans le cadre d'opérations comparables aux activités économiques généralement reconnues²²⁹. »

La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Aquilini v. Canada*²³⁰, a récemment précisé l'interprétation du paragraphe 103(1.1) L.I.R. ainsi que du critère de raisonnable. La raisonnable doit être évaluée sur la base du capital investi, du travail accompli ou de « tout autre facteur pertinent ». La Cour n'a pas accepté l'argument des contribuables selon lequel la distribution du revenu et du capital de la société de personnes en faveur de certains associés ayant un lien de dépendance avec d'autres associés et n'ayant apporté à la société de personnes qu'une contribution en capital nominale était raisonnable en l'espèce. Les contribuables ont plaidé que la distribution était motivée par des considérations de protection des actifs des autres associés à l'encontre de leurs créanciers. La Cour n'a pas retenu l'objectif de protection d'actifs comme étant un facteur pertinent aux fins du test de raisonnable du paragraphe 103(1.1) L.I.R.

La Cour d'appel fédérale a décidé que l'expression « tout autre facteur pertinent », contenue dans l'extrait du libellé du paragraphe 103(1.1) L.I.R. suivant : « n'est pas raisonnable dans les circonstances, compte tenu du capital qu'il a investi dans la société de personnes ou du travail qu'il a accompli pour elle ou de tout autre facteur pertinent », ne peut pas inclure les considérations de protection d'actifs des associés, sur la base du principe d'interprétation *ejusdem generis*. Selon la Cour :

« Creditor protection is not of the same class as the enumerated factors of capital invested and work performed, both of which are factors that would have, directly or indirectly, led to or contributed to the income that was earned by the partnership and which is allocated to the partners²³¹. »

À la lumière du libellé du paragraphe 103(1.1) L.I.R. et de son interprétation dans la jurisprudence, il demeure théoriquement possible que l'intérêt différé attribué au commanditaire spécial puisse être réattribué à l'associé commandité du fonds. L'ARC et Revenu Québec ne se sont jamais prononcés publiquement sur cette possibilité dans le cadre d'une structure de fonds d'investissement.

Une solution possible pour les gestionnaires de fonds particulièrement sensibles à de tels enjeux fiscaux est de mettre en place une structure comprenant un commandité *ad hoc* avec délégation de la gestion du fonds à une entité gestionnaire et d'établir la souscription au fonds du commanditaire spécial à un prix nettement supérieur au prix de souscription du commandité *ad hoc*²³². Sur la base des critères d'application du paragraphe 103(1.1) L.I.R. et de l'interprétation restrictive qu'en a fait la jurisprudence, le fait pour le commanditaire spécial d'avoir investi largement plus d'argent dans le fonds que le commanditaire spécial pourrait suffire à justifier l'attribution de l'intérêt différé à celui-ci, particulièrement lorsque le commandité

²²⁹ *Fillion – CCI*, précité, note 228, par. 59.

²³⁰ 2021 FCA 206 (« *Aquilini* »).

²³¹ *Id.*, par. 42.

²³² Bien que ce prix soit généralement minime lorsqu'il est comparé aux investissements des autres commanditaires.

ad hoc n'effectue que peu de travail pour le fonds, c'est-à-dire lorsqu'il ne fait que détenir un pouvoir d'administration du fonds et de supervision à l'égard de la convention de gestion conclue avec l'entité gestionnaire.

Il importe par ailleurs de rappeler que l'attribution et la distribution de l'intérêt différé ne vise pas, sur le plan commercial et d'affaires, à rémunérer la gestion et l'administration du fonds, comme cela a été détaillé à la sous-section 3.1. du présent texte. En effet, sur le plan commercial et d'affaires, l'intérêt différé est versé aux promoteurs du fonds d'investissement, indirectement, c'est-à-dire par le biais du commanditaire spécial ou du commandité *ad hoc* que les promoteurs contrôlent, en raison des risques commerciaux courus par ces derniers dans la mise en place du fonds.

La solution possible susmentionnée relative au prix de souscription de la participation du commanditaire spécial au fonds semble adéquate à la lumière de la jurisprudence applicable au paragraphe 103(1.1) L.I.R. et pourrait rendre relativement faibles les risques d'application de cette disposition à une structure de fonds d'investissement comportant un commanditaire spécial.

Quoi qu'il en soit, l'application de l'article 103 L.I.R. afin de réattribuer l'intérêt différé en faveur du commandité *ad hoc* ne devrait normalement pas créer de passif fiscal supplémentaire, en supposant que le commanditaire spécial, ou ses associés, le cas échéant, ne bénéficie pas d'attributs fiscaux importants ou de statut fiscal particulier et que les deux entités, ou leurs associés, le cas échéant, ont la même forme juridique. Cela dit, une telle réattribution entraînerait des répercussions commerciales, puisque le commandité *ad hoc* se verrait obligé de payer l'impôt relatif à l'intérêt différé alors que les sommes d'argent relatives à cet intérêt différé seraient entre les mains du commanditaire spécial²³³.

Il convient cependant de noter qu'en cas de nouvelle cotisation établie sur la base de l'article 103 L.I.R., les intérêts payables par le commandité *ad hoc* sur l'impôt relatif à l'intérêt différé n'ayant pas été payés à la date prescrite seraient plus élevés que les intérêts que recevrait le commanditaire spécial sur son impôt payé en trop, la différence entre ces taux étant toujours de 4 %²³⁴. De tels intérêts payables ne sont pas déductibles²³⁵ dans le calcul du revenu. Dans un contexte où l'impôt relatif à l'impôt différé a été payé par l'entité à qui l'intérêt différé a été attribué et distribué, la réattribution de cet intérêt différé à un autre associé ne créera pas de passif fiscal supplémentaire pourvu que ces entités aient la même forme juridique et soient assujetties au même régime fiscal, sous réserve des intérêts susmentionnés et de toute pénalité imposée par la cotisation, le cas échéant.

²³³ Diverses solutions devraient alors être examinées afin de permettre au commandité *ad hoc* d'accéder aux sommes nécessaires afin de payer l'impôt sur l'intérêt différé, sans conséquences fiscales supplémentaires. Par exemple, la fusion du commandité *ad hoc* et du commanditaire spécial pourrait être envisagée pourvu que certaines conditions soient remplies. Cela dit, cette fusion pourrait entraîner des conséquences commerciales importantes, notamment en matière de protection d'actifs, qui devront être prises en considération.

²³⁴ Al. 4301a) et 4301b) R.I.R.

²³⁵ S.-al. 18(1)t)(i) L.I.R.

3.2.2. Considérations en matière de protection d'actifs

Certains gestionnaires de fonds d'investissement préfèrent verser l'intérêt différé en faveur d'un commanditaire spécial pour des raisons de protection d'actifs, afin de mettre l'intérêt différé « à l'abri des créanciers » et loin de la responsabilité illimitée de l'associé commandité.

Bien qu'une telle considération soit légitime, il n'est pas certain que le versement de l'intérêt différé en faveur du commanditaire spécial assure la protection escomptée de ces montants, à tout le moins en contexte québécois. La lecture croisée des articles 2242 C.c.Q. et 2246 C.c.Q. laisse planer l'ambiguïté quant à savoir si les sommes d'intérêt différé sont bel et bien « à l'abri des créanciers » dans les mains du commanditaire spécial.

En effet, bien que l'alinéa 1 de l'article 2246 C.c.Q. édicte que la responsabilité du commanditaire est limitée à son apport au fonds commun de la société, l'alinéa 1 de l'article 2242 C.c.Q. prévoit que « [l]e commanditaire a le droit de recevoir sa part des bénéfices, mais si le paiement de ces bénéfices entame le fonds commun, le commanditaire qui les reçoit est tenu de remettre la somme nécessaire pour couvrir sa part du déficit, avec intérêts ».

Il est raisonnable de considérer qu'une distribution d'intérêt différé, particulièrement dans le contexte de la liquidation d'un fonds d'investissement « entame le fonds commun ». Dans un tel contexte de liquidation de fonds, notamment, bien que tous les passifs connus du fonds soient *a priori* réglés avant le versement de la rémunération en cascade, il est possible qu'il existe à ce moment des passifs inconnus du fonds. Par exemple, de tels passifs pourraient résulter d'une faute contractuelle ou extracontractuelle de la part de l'associé commandité commise dans le cadre de sa gestion du fonds. Il serait alors envisageable que le commanditaire spécial se voit forcé de remettre les montants d'intérêt différé au fonds, avec intérêt, afin d'assumer ce passif dévoilé à la suite de la distribution de l'intérêt différé.

De plus, le libellé de l'article 2242 C.c.Q. ne semble pas poser de critère d'antériorité du passif à la distribution, ni de critère de solvabilité, de sorte qu'il n'est pas certain que les distributions d'intérêt différé (lesquelles peuvent survenir durant la vie d'un fonds et pas seulement lors de sa liquidation totale) ayant lieu avant la création d'un passif ou la commission d'une faute soient à l'abri des créanciers de ce passif subséquent.

À la date du présent texte, aucune décision n'a été rendue par un tribunal concernant l'article 2242 C.c.Q. ni la disposition qui l'a précédé, c'est-à-dire l'article 1886 du *Code civil du Bas-Canada*. La réelle protection à l'égard des tiers des distributions d'intérêt différé versés à un commanditaire spécial, de même que toute distribution en faveur de tout commanditaire d'un fonds d'investissement par ailleurs, demeure donc incertaine dans le contexte du droit civil québécois. Cette pratique n'en demeure pas moins populaire au Québec comme ailleurs.

CONCLUSION

La rédaction d'une convention de société en commandite formant un fonds de capital-investissement et, le cas échéant, de la ou des conventions de gestion d'actifs l'accompagnant est une opération délicate tant sur le plan commercial que sur les plans juridique et fiscal. Les nuances sont nombreuses et les ambiguïtés fréquentes. Les professionnels au service de cette industrie se doivent de les connaître et de collaborer étroitement pour accorder correctement les intérêts des gestionnaires et des investisseurs.

Le présent texte a permis d'attirer l'attention sur plusieurs enjeux soulevés par les diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la partie IX L.T.A. applicables aux structures de fonds de capital-investissement et de mettre en lumière les principales avenues de veille et de clarification à prendre en considération dans l'établissement des arrangements commerciaux entre les parties prenantes d'un fonds de capital-investissement.