



L'Europe veut porter atteinte à l'indépendance et au secret de l'avocat !

I Jean-Pierre BUYLE

Les révélations dans le cadre de l'affaire *Panama Papers* ont fait apparaître la manière dont des sociétés et des comptes non déclarés ont été utilisés pour dissimuler des revenus et des actifs à l'étranger, souvent à des fins de fraude fiscale ou à d'autres fins illicites.

En réaction à ce scandale, les institutions européennes ont réagi.

La Commission européenne a constaté que le cadre fiscal actuel présentait encore des lacunes et a décidé d'y remédier par davantage de transparence.

Le Parlement européen a demandé que des mesures plus strictes soient prises contre les intermédiaires qui interviennent dans des mécanismes de planification fiscale agressive.

Le Conseil du 25 mai 2016 a invité la Commission « à envisager des initiatives législatives concernant des règles de communication obligatoire d'informations inspirées de l'action 12 du projet BEPS de l'OCDE en vue d'introduire des mesures dissuasives plus effectives destinées aux intermédiaires qui interviennent dans des montages ayant pour objet la fraude ou l'évasion fiscale ».

Le 5 juillet 2016, la Commission a publié une communication et annoncé diverses mesures en vue de renforcer la transparence fiscale.

Le 12 juillet 2016 la directive 2016/1164/UE sur la lutte contre l'évasion fiscale a été signée. Elle devrait permettre d'éviter certains des types les plus répandus de transfert de bénéfices, grâce à des règles coordonnées.

Le 10 novembre 2016, la Commission a lancé une consultation en vue de recueillir des avis sur les actions que devrait prendre l'Union européenne, à l'égard des « intermédiaires » qui facilitent la fraude et l'évasion fiscales.

Parmi ces « intermédiaires », la Commission visait expressément « des consultants,

des avocats, des conseillers en finance et en investissement, des comptables, des établissements financiers, des courtiers d'assurances et des agents qui créent des sociétés (« prestataires de services aux sociétés et trusts »).

AVOCATS.BE a répondu à cette consultation. L'ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique relève que « Si les États membres s'ingénient à créer des régimes fiscaux particuliers, il est du devoir du professionnel en conseil fiscal d'en prendre connaissance afin de pouvoir donner un conseil correct sur l'application ou non de ce régime à la situation de son client ou de l'informer sur la possibilité d'en bénéficier. C'est la diversité des régimes nationaux qui crée des opportunités – ou des failles – exploitables dans le cadre de l'optimisation fiscale. Les États le savent et se laissent parfois entraîner dans une surenchère. »

Ce projet de recommandation adopté le 28 juin 2017 est inacceptable.

AVOCATS.BE recommande à la Commission d'encourager les États membres à communiquer, par échange spontané entre leurs autorités compétentes, les informations dont elles ont connaissance et qui peuvent être utiles aux autorités des autres États membres. En outre, AVOCATS.BE estime que la Commission devrait proposer aux États membres de prendre des mesures concrètes visant à une harmonisation fiscale plus poussée, qui permettrait de rendre l'ensemble de l'Union attractive pour les investisseurs étrangers avec une véritable sécurité juridique. L'Union pourrait notamment envisager d'intervenir dans le domaine de la fiscalité directe, comme accessoire à sa politique de libre circulation.

Parallèlement à ces démarches, la Commission a publié le 21 juin 2017 une proposition de directive modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne

l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

De son côté, le Parlement a institué une Commission d'enquête sur le blanchiment, la fraude fiscale et l'évasion fiscale (Pana). Cette commission a publié un projet de recommandations au Conseil et à la Commission ainsi qu'un projet de rapport d'enquête.

Le projet de recommandations comporte quelques paragraphes qui portent atteinte à l'État de droit, l'indépendance de la profession et le secret professionnel.

Ainsi, la Commission Pana :

- préconise d'abandonner l'autorégulation pour adopter une supervision appropriée

et une réglementation contrôlée par l'État des professions actuellement auto-réglementées, par l'intermédiaire d'un régulateur/superviseur national distinct et indépendant,

- insiste sur le fait qu'en attendant le retrait progressif de l'autorégulation des entités assujetties au niveau de l'Union, la profession d'avocat doit adopter une méthode grâce à laquelle le principe du secret professionnel entre un avocat et son client n'entrave pas les déclarations de transactions suspectes ou la déclaration de toute autre activité potentiellement illégale,
- souligne que les avocats qui prodiguent des conseils aux non-résidents devraient être tenus juridiquement responsables lorsqu'ils élaborent une planification fiscale ou des systèmes de blanchiment de capitaux.

Ce projet de recommandation adopté le 28 juin 2017 est inacceptable. Tout doit être mis en œuvre pour qu'il soit amendé d'ici l'adoption du texte définitif en séance plénière du Parlement à la mi-novembre 2017.

AVOCATS.BE en appelle à la solidarité de tous les barreaux et fédérations d'avocats.

Jean-Pierre BUYLE
Président d'AVOCATS.BE
Bruxelles, Belgique
jpbuyle@buylelegal.eu



Common Interest Privilege in Cross-Border Matters: Canada vs. US Law

**I Dalton W. McGRATH, Q.C.
& Michael O'BRIEN**

While many tenets concerning the protections afforded by privilege are similar in both Canada and the United States, there are key differences and treatment when it comes to settlement and common interest privilege, as some recent cases highlight.

Common Interest Privilege in Canada

Common interest privilege has been interpreted in Canada to apply to many communications providing the parties share a "common interest" in the underlying subject matter. Typically, a common interest has been applied to enable parties to communicate frankly between themselves without waiving privilege where generally the parties have the same self-interest, share a common goal or are seeking same or similar remedies.

While common interest privilege is most commonly thought to apply to litigation, arbitration or dispute resolution proceedings, some Canadian cases have entrenched that protection in the commercial context in order to allow parties to pursue similar common interest in commercial transactions. For example, the British Columbia Court of Appeal in *Maximum Ventures Inc. v. De Graaf*, 2007 BCCA 510, accepted that common interest privilege could be claimed where legal opinions are shared amongst and between parties who share a common interest in a transaction as part of due diligence. The court held that where there is a sufficient interest in common to extend the common interest privilege to disclosure of opinions, even in circumstances where

no litigation is in existence or contemplated, that protection is afforded. Other Canadian cases have echoed that view.

New York Court of Appeals' Ruling

Recently, the New York Court of Appeals held that the common interest doctrine applies only where a reasonably anticipated litigation is involved.

In *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans, Inc.*, 27 N.Y.3d 616 (2016), Bank of America and Countrywide claimed privilege over documents involving pre-closing matters of common interest between the parties during a period in which parties signed a merger agreement. The merger agreement in question contained both a confidentiality clause as well as a common interest agreement that was intended to protect communications between the companies regarding matters relating to the merger, including employee benefit plans, legal advice on tax issues, etc.

While the lower courts allowed the common interest exception to apply, the court of appeals reversed the broader application of the common interest doctrine. The end result is that where New York law applies (as choice of law or otherwise), the common interest doctrine does not extend to non-litigation disputes.

Settlement Privilege in Canada

Both Canada and the United States recognize a strong public interest in favour of maintaining